



Kommentar zu: Urteil: [4A\\_368/2020](#) vom 9. Februar 2021  
Sachgebiet: Vertragsrecht  
Gericht: Bundesgericht  
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung  
dRSK-Rechtsgebiet: Zivilprozessrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

## Die Verbindung von Pfand- und Forderungsklage

### Eine konstruktive Kritik an der bundesgerichtlichen Praxis zur Zulässigkeit der Häufung der Klagen auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts und auf Zahlung der Werklohnforderung

#### Autor / Autorin

Matthias Brunner

**BAUR HÜRLIMANN**  
RECHTSANWÄLTE

Philip Carr

#### Redaktor / Redaktorin

Beat Brändli

Universität St.Gallen

*Gemäss dem kommentierten Entscheid ist die objektive Häufung der Klage betreffend definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts mit der Klage auf Zahlung des Werklohnes unzulässig, wenn für letztere kein Schlichtungsverfahren durchlaufen wurde. Im Rahmen der laufenden Revision der Zivilprozessordnung wird vom Bundesrat eine Anpassung von Art. 198 lit. h ZPO vorgeschlagen, die im kommentierten Fall zu einer Befreiung der Forderungsklage vom Schlichtungsobligatorium geführt hätte. Nach hier vertretener Auffassung hätte das Bundesgericht im kommentierten Fall indes bereits nach geltendem Prozessrecht zu diesem Ergebnis gelangen können.*

#### Sachverhalt

[1] Mit Werkvertrag vom Oktober 2010 beauftragten B.B. und C.B. (Besteller) die A. GmbH (Unternehmerin) mit Holzbauarbeiten im Zusammenhang mit der Sanierung eines Wohnhauses in D. Der vereinbarte Werklohn betrug CHF 372'045.85.

[2] Am 10. Juli 2011 stellte die Unternehmerin den Bestellern ihre Schlussrechnung über CHF 496'429.00, wovon unter Berücksichtigung bereits geleisteter Akontozahlungen von CHF 179'930.00 und einer zusätzlichen Zahlung über CHF 56'000.00 ein Betrag von CHF 126'407.00 (inkl. 2 % Skonto) unbeglichen blieb.

[3] Die Unternehmerin gelangte in der Folge an das Kreisgericht Toggenburg, das am 25. November 2011 die zuvor superprovisorisch verfügte vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandsomme von CHF 126'407.00 (nebst Zins) auf dem entsprechenden Grundstück bestätigte.

[4] Am 9. März 2012 erhob die Unternehmerin beim Kreisgericht Toggenburg Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts sowie auf Zahlung des ausstehenden Werklohns von CHF 126'407.00 (nebst Zins). Nachdem das Kreisgericht Toggenburg mangels örtlicher Zuständigkeit nicht auf die Klage eingetreten war und das Kantonsgericht St. Gallen diesen Entscheid bestätigt hatte, reichte die Unternehmerin ihre Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts sowie Bezahlung des offenen Werklohns beim Kreisgericht St. Gallen ein. Die Besteller erhoben hierauf Widerklage und verlangten ihrerseits die Zahlung von CHF 66'786.30 sowie die Löschung des vorgemerkten Bauhandwerkerpfandrechts. Mit Entscheid vom 6. September 2017 hiess das Kreisgericht St. Gallen die Forderungs- und die Pfandklage der Unternehmerin vollumfänglich und die Widerklage der Besteller im Umfang von CHF 6'360.15 gut.

[5] Die von den Bestellern gegen diesen Entscheid angehobene Berufung hiess das Kantonsgericht St. Gallen am 28. Mai 2020 teilweise gut. Es trat auf die Klage auf Zahlung von CHF 126'407.00 (nebst Zins) nicht ein, wies das

Grundbuchamt an, das Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen und verpflichtete die Unternehmerin, den Bestellern CHF 24'542.60 (nebst Zins) zu bezahlen. Das Nichteintreten auf die Werklohnklage begründete das Kantonsgericht damit, dass die Unternehmerin das dafür erforderliche Schlichtungsverfahren nicht durchlaufen habe. Die Löschung des Bauhandwerkerpfandrechts sei deshalb anzuordnen, weil die von den Bestellern geleisteten Akontozahlungen den geschuldeten Werklohn um CHF 24'542.60 übersteigen würden. Im entsprechenden Umfang sei die Widerklage der Besteller gutzuheissen, im Übrigen sei sie abzuweisen.

[6] Gegen diesen Entscheid gelangte die Unternehmerin mit Beschwerde in Zivilsachen vom 30. Juni 2020 ans Bundesgericht, welches die Beschwerde mit Urteil vom 9. Februar 2021 abwies, soweit es darauf eintrat.

## Erwägungen

[7] Einleitend rief das Bundesgericht die im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren geltenden Rügeanforderungen in Erinnerung (E. 1) und nahm sich sodann der Frage an, ob die Vorinstanz zu Recht nicht auf die Leistungsklage (Werklohnklage) der Unternehmerin eingetreten war (E. 2).

[8] Die Vorinstanz habe ihr Nichteintreten damit begründet, dass die Unternehmerin für diese Klage kein Schlichtungsverfahren angestrengt habe, obschon ein solches notwendig gewesen wäre. Art. 198 lit. h ZPO, der eine Ausnahme vom Grundsatz des Schlichtungserfordernisses gemäss Art. 197 ZPO vorsehe, wenn das Gericht Frist für eine Klage gesetzt hat, finde lediglich auf das Begehren um definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts Anwendung, nicht aber auf das in objektiver Klagenhäufung gestellte Begehren um Verurteilung zur Zahlung des Werklohns. Die Frage sei zwar bislang höchstrichterlich ungeklärt. Das Bundesgericht habe aber wiederholt entschieden, dass die Liste der Ausnahmen vom Schlichtungsverfahren nach Art. 198 ZPO abschliessend sei. Die Klagenhäufung zähle nicht dazu. Der klare Gesetzeswortlaut lasse die Annahme nicht zu, die Forderungsklage sei implizit im Ausnahmetatbestand von Art. 198 lit. h ZPO mitenthalten. Entgegen dem Vorbringen der Unternehmerin hätten die Besteller durch die vorbehaltlose Einlassung auf die Klage auch nicht im Sinne von Art. 199 Abs. 1 ZPO auf das Schlichtungsverfahren verzichtet. Ein solcher Verzicht könne zwar auch konkludent erfolgen. Dieser könne indes nicht in einer blossen Einlassung bestehen, zumal Art. 221 Abs. 2 lit. d [*recte*: lit. b] ZPO vorschreibe, dass mit der Klage die Klagebewilligung oder die allfällige Verzichtserklärung einzureichen sei (E. 2.1).

[9] Die Unternehmerin mache geltend, die enge Konnexität zwischen Pfand- und Vergütungssumme habe bei verschiedenen Autoren keine Zweifel aufkommen lassen, dass die Forderungsklage implizit im Ausnahmetatbestand von Art. 198 lit. h ZPO enthalten sein müsse, und diese Autoren hielten es an sich für sinnvoll, für die Leistungsklage auf eine Schlichtung zu verzichten. Dabei übersehe die Unternehmerin, dass sich die von ihr erwähnten Autoren entweder überhaupt nicht zur vorliegend relevanten Frage äussern oder dies ohne Begründung tun würden. Es gebe keinen Grund von der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen, wonach die Liste der Ausnahmen vom Erfordernis des Schlichtungsverfahrens gemäss Art. 198 ZPO abschliessend sei. Habe das Gericht eine Frist für eine Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gesetzt, könne die diesem Pfandrecht zugrundeliegende Forderung weder eigenständig noch in objektiver Klagenhäufung unter Verweis auf Art. 198 lit. h ZPO ohne vorgängige Schlichtung geltend gemacht werden. Die Fristansetzung beziehe sich bloss auf die Klage auf Eintragung des definitiven Bauhandwerkerpfandrechts und nicht auf die Forderungsklage. Wenngleich eine anderslautende Auslegung von Art. 198 lit. h ZPO einem praktischen Bedürfnis entspräche, lasse der Gesetzeswortlaut eine solche nicht zu, was auch der Gesetzgeber erkannt habe. In der Botschaft vom 26. Februar 2020 zur Änderung der ZPO werde vorgeschlagen ([BBJ 2020 2697](#) S. 2754 f.), Art. 198 lit. h ZPO dahingehend zu ergänzen, dass das Schlichtungsverfahren nicht bloss dann entfällt, wenn das Gericht Frist für eine Klage gesetzt hat, sondern auch bei Klagen, die mit einer solchen Klage vereint werden, sofern die Klagen in einem sachlichen Zusammenhang stehen. Vorliegend bestehe kein Anlass, dem Gesetzgeber vorzugreifen. Die blossen Wiederholung der vor der Vorinstanz geäusserten Rechtsauffassung der Unternehmerin zur Nichtanwendbarkeit von Art. 199 Abs. 1 ZPO genüge sodann den Rügeanforderungen im Rechtsmittelverfahren nicht. Die Vorinstanz sei daher zu Recht nicht auf die Leistungsklage der Unternehmerin eingetreten (E. 2.2.).

## Kommentar

### A. Das praktische Bedürfnis nach Verbindung von Pfand- und Forderungsklage

[10] Bemerkenswerterweise erkennt das Bundesgericht, dass die gleichzeitige Geltendmachung des Anspruchs auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts und der dem Pfandrecht zugrundeliegenden Werklohnforderung «*einem praktischen Bedürfnis entspräche*». Dieses Bedürfnis resultiert aus Sicht des Baupfandgläubigers einerseits daraus, dass er regelmässig kein praktisches Interesse an der isolierten Durchsetzung seines Anspruchs auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts hat, weil ein definitiv eingetragenes Bauhandwerkerpfandrecht als reines Sicherungsrecht noch keine Grundlage für die Zwangsvollstreckung bildet. Andererseits bedeutet die materiellrechtliche Akzessorietät zwischen

Bauhandwerkerpfandrecht und Forderung, dass bereits im Verfahren betreffend Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts vorfrageweise über den Forderungsbestand entschieden werden muss, wobei seitens des Grundeigentümers sämtliche Einreden und Einwendungen gegen Bestand und Höhe der Forderung vorgebracht werden können (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, Rz. 548, 550, 580 und 583). Bei dieser Ausgangslage ist evident, dass Baupfandgläubiger in der Regel ein grosses Interesse daran haben, Pfand- und Forderungsklage miteinander im gleichen Gerichtsverfahren geltend zu machen. Aufgrund der materiellrechtlichen Akzessorietät von Pfand- und Forderungsrecht ist ferner auch unter den Gesichtspunkten der Verfahrensbeschleunigung sowie der Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen eine Verbindung in einem Prozess zu befürworten, so dass eine entsprechende objektive Klagenhäufung auch aus Sicht des Gerichtsbetriebs sinnvoll erscheint. Trotz dieser Zusammenhänge verneint das Bundesgericht die Zulässigkeit der Häufung der Pfand- und der Forderungsklage gegen die identische beklagte Partei, solange für die Forderungsklage kein Schlichtungsverfahren durchgeführt wurde; dies mit Verweis auf den angeblich abschliessenden Charakter der Auflistung in Art. 198 ZPO.

[11] Diese Auffassung trägt somit dem vorbeschriebenen, vom Bundesgericht selbst erkannten praktischen Bedürfnis keine Rechnung; sie hat vielmehr zur Konsequenz, dass der Bauhandwerker im Prozess betreffend die definitive Eintragung seines Pfandrechts zwar gehalten ist, den Vollbeweis für die vorfrageweise zu prüfende Höhe der offenen Werklohnforderung zu erbringen (vgl. E. 3 des besprochenen Entscheids m.H. auf BGE [138 III 132](#) E. 4.2.2), es ihm aber dennoch verwehrt ist, Zahlung des nachweislich geschuldeten Werklohns zu verlangen, wenn vorgängig kein Schlichtungsverfahren stattgefunden hat. Daran vermochte für das Kantonsgericht St. Gallen und letztlich das Bundesgericht nicht einmal der Umstand etwas zu ändern, dass die beklagte Partei den Verzicht auf das Schlichtungsverfahren bei einem Streitwert von über CHF 100'000.00 erstinstanzlich in keiner Weise beanstandet hatte. Auch Gründe der Prozessökonomie oder die Überlegung, dass eine separate Behandlung von Pfand- und Forderungsklage zu widersprüchlichen Entscheiden führen kann, fanden keinen Eingang in die bundesgerichtlichen Erwägungen.

[12] Es liegt auf der Hand, dass dieses Ergebnis unbefriedigend ist, was die Frage aufwirft, ob die bundesgerichtliche Auslegung der Zivilprozessordnung wirklich der Weisheit letzter Schluss ist. Nach hier vertretener Auffassung drängt sich aus den nachfolgend dargelegten Gründen eine andere Lösung auf. In Erinnerung zu rufen ist in diesem Zusammenhang vorab, dass das Zivilprozessrecht eine dienende Funktion hat und darauf ausgerichtet ist, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen (BGE [139 III 457](#) E. 4.4.3.3). Dementsprechend ist im Zweifelsfall nicht anzunehmen, einer prozessualen Gesetzesvorschrift komme eine Bedeutung zu, die geeignet ist, die Verfolgung materieller Ansprüche übermässig zu erschweren (BGE [116 II 215](#) E. 3).

### **B. Der Ausnahmekatalog in Art. 198 ZPO als *numerus clausus*?**

[13] Das Bundesgericht begründet die Unzulässigkeit der Verbindung von Pfand- und Forderungsklage im konkreten Fall (wie erwähnt) damit, dass es den Ausnahmekatalog in Art. 198 ZPO in ständiger Rechtsprechung als abschliessend betrachtet habe. Doch bereits dieses Argument erweist sich bei näherer Betrachtung als nicht stichhaltig.

[14] Es ist zwar richtig, dass das Bundesgericht in den referenzierten Urteilen (vgl. E. 2.1) festgehalten hat, die Liste der Ausnahmen vom Erfordernis der Durchführung eines Schlichtungsverfahrens nach Art. 198 ZPO sei abschliessend; würden mit einer Aberkennungsklage Ansprüche gehäuft, für die nach Art. 198 ZPO keine Ausnahme vom Schlichtungsverfahren gelte, sei grundsätzlich ein Schlichtungsverfahren durchzuführen, bevor Klage erhoben werden könne (BGer [4A 176/2019](#) vom 2. September 2019 E. 4.3 m.w.H.). Ein Blick auf den Entscheid in BGE [138 III 558](#) zeigt jedoch, dass das Bundesgericht den angeblich abschliessenden Charakter des Ausnahmekatalogs in Art. 198 ZPO auch schon selbst relativiert hat. Diesem Entscheid zufolge ist namentlich bei Streitigkeiten zur sozialen Krankenversicherung, für welche die Kantone eine einzige kantonale Instanz nach Art. 7 ZPO bezeichnen haben, kein vorgängiges Schlichtungsverfahren durchzuführen, obwohl Art. 198 ZPO hierfür keine Ausnahme vorsieht. Ausschlaggebend war für das Bundesgericht dabei im Ergebnis, dass es «*ein offensichtliches Versehen des Gesetzgebers*» gewesen sei, dass Art. 7 ZPO in Art. 198 lit. f ZPO nicht erwähnt wurde (BGE [138 III 558](#) E. 4.5).

### **C. Die Tragweite von Art. 198 lit. h ZPO bei der Verbindung von Pfand- und Forderungsklage**

[15] Selbst wenn mit dem Bundesgericht Art. 198 ZPO nach Massgabe seines Wortlauts als abschliessende Liste der Ausnahmen vom Schlichtungsbobligatorium aufgefasst wird, darf die Gesetzesauslegung an dieser Stelle nicht stehen bleiben. Das Bundesgericht betont in ständiger Rechtsprechung, dass «*nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz*», wobei ein sog. pragmatischer Methodenpluralismus zu verfolgen ist, der alle relevanten Auslegungsmittel berücksichtigt (statt vieler BGE [146 III 63](#) E. 4.4.1).

[16] Das in Art. 197 ZPO statuierte Schlichtungsobligatorium ist Ausdruck des vom Gesetzgeber verfolgten Prinzips, wonach dem gerichtlichen Entscheidungsverfahren im Grundsatz ein Schlichtungsverfahren voranzugehen hat («Zuerst schlichten, dann richten»; Botschaft zur ZPO vom 28. Juni 2006, [BBl 2006 7221](#) S. 7328). Zum Grundsatz hat der Gesetzgeber in Art. 198 lit. h ZPO eine Ausnahme vorgesehen für den Fall, dass das Gericht für eine Klage eine Frist angesetzt hat. Dieser Ausnahmetatbestand wurde auf Antrag der Kommission durch den Ständerat ins Gesetz aufgenommen, wobei zur Begründung lediglich angeführt worden war, es erscheine «*sinnvoll, dass für solche Fälle ebenfalls ein Ausnahmetatbestand geschaffen*» werde (AB S 2007 520).

[17] Es wäre – wie noch im bundesrätlichen Entwurf der ZPO vorgesehen – ohne Weiteres denkbar gewesen, eine Prosequierung (soweit keine andere in Art. 198 ZPO enthaltene Ausnahme greift) mittels Einreichung eines Schlichtungsgesuchs vorzusehen. Der Grund dafür, dass für den Gesetzgeber die abweichende Lösung einer direkten Einreichung der Prosequierungsklage beim Gericht sinnvoller erschien, wird im Kontext vorsorglicher Massnahmen – wozu auch die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gezählt wird (BGE [137 III 563](#) E. 3.3) – darin zu sehen sein, dass sich mit dem die Prosequierungsfrist ansetzenden Gericht bereits eine gerichtliche Instanz mit der Streitsache befasst und in die Rechtsstellung der Gegenpartei eingreifende Anordnungen getroffen hat. Aus diesem Grund wird in Abweichung vom Prinzip des vorgängigen Schlichtens der beschleunigten Anspruchsbeurteilung der Vorrang eingeräumt (OGer BE [ZK 2015 153](#), Entscheid vom 25. Juni 2015 E. 5).

[18] Will der Baupfandgläubiger die Pfandklage mit der Forderungsklage trotz gemäss Bundesgericht bestehendem Schlichtungsobligatorium verbinden, so muss er die Pfandklage innerhalb der Prosequierungsfrist gleichwohl direkt beim Gericht einreichen. Gleichzeitig mit der Klageeinreichung wird er aber die Sistierung (Art. 126 ZPO) des Verfahrens bis zum Zeitpunkt verlangen müssen, in dem gestützt auf die noch einzuholende Klagebewilligung die Forderungsklage erhoben werden kann, sodass alsdann eine Vereinigung (Art. 125 lit. c ZPO) der beiden Klagen im gleichen Verfahren beantragt werden kann (vgl. BGer [4A 413/2012](#) vom 14. Januar 2013 E. 6.2). Es ist auf der einen Seite augenfällig, dass hiermit der vorbeschriebene Zweck der Ausnahme von Art. 198 lit. h ZPO gerade wieder dahinfällt. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Art. 198 lit. h und Art. 197 ZPO wird jedenfalls für den Anspruch auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ins Gegenteil verkehrt, wird man doch dessen Verbindung mit der Forderungsklage in der Praxis als Normalfall ansehen dürfen. Andererseits bedeutet der mühsame Umweg über die Schlichtungsbehörde und die umständliche Koordination mit der separat zu erhebenden Pfandklage u.E. eine übermässige Erschwerung der Verfolgung materieller Ansprüche, die u.U. gar geeignet ist, den Baupfandgläubiger von der Verbindung der Pfand- mit der Forderungsklage abzuhalten. Dies steht mit der dienenden Funktion des Zivilprozessrechts nicht im Einklang (hierzu schon vorn Rz. 12). Bei einem Verzicht auf die Verbindung von Pfand- und Forderungsklage würde ferner der verfahrensmässige Effizienzgewinn, der im Rahmen einer gemeinsamen gerichtlichen Beurteilung klarerweise besteht, zunichtegemacht. Im Ergebnis gebietet deshalb u.E. der Zweck von Art. 198 lit. h ZPO jedenfalls beim Anspruch auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts, eine Befreiung vom Schlichtungsobligatorium auch für die Forderungsklage anzunehmen.

[19] Dieses Auslegungsergebnis bestätigt sich im Rahmen einer Betrachtung der Gesetzessystematik. So ist vor dem Aktenschluss gemäss Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO eine Klageänderung (ohne Zustimmung der Gegenpartei) zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht. Hierfür genügt es, wenn zwei Klagen auf dem gleichen sachlichen oder rechtlichen Grund beruhen (BGE [129 III 230](#) E. 3.1), was hinsichtlich der Pfand- im Verhältnis zur Forderungsklage offensichtlich der Fall ist. Die Zulässigkeit der Klageänderung wird vom Bundesgericht jedoch unter keine weiteren als die in Art. 227 Abs. 1 ZPO erwähnten Voraussetzungen gestellt. Insbesondere untersteht der neue oder geänderte prozessuale Anspruch nicht dem Schlichtungsobligatorium (BGer [4A 222/2017](#) vom 8. Mai 2018 E. 4.1.2), obwohl Art. 227 ZPO im Ausnahmekatalog von Art. 198 ZPO ebenfalls nicht erwähnt wird. Eine Verbindung der Pfandklage mit der Forderungsklage wäre also mit der Replik im Prozess betreffend definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts i.S. einer Klageänderung zulässig, ohne dass vorgängig noch ein Schlichtungsverfahren durchlaufen werden müsste. Eine anfängliche Häufung der beiden Ansprüche wäre hingegen unzulässig, wenn hinsichtlich der Forderungsklage die Klagebewilligung fehlt. Für eine solche Differenzierung ist ein sachlicher Grund nicht ersichtlich (gl.M. OGer BE [ZK 2015 153](#), Entscheid vom 25. Juni 2015 E. 6 u. 12).

[20] Ein weiteres systematisches Argument gegen den vom Bundesgericht vertretenen Standpunkt ergibt sich schliesslich aus dem Ausnahmetatbestand von Art. 198 lit. g ZPO, wonach für die Widerklage generell kein Schlichtungsobligatorium besteht. Die Zulässigkeit der Widerklage steht gemäss Art. 224 ZPO allein unter der Voraussetzung, dass der von der Widerklägerin geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist. Der Beklagten ist es als Widerklägerin folglich gestattet, ihrerseits ohne ein Schlichtungsverfahren durchlaufen zu müssen, unter der Voraussetzung von Art. 224 ZPO jeden denkbaren Anspruch oder auch mehrere objektiv gehäufte Ansprüche widerklageweise gegen die Hauptklägerin geltend zu machen. Die Widerklage muss dabei nicht einmal einen sachlichen Zusammenhang zur Hauptklage aufweisen

(Botschaft zur ZPO vom 28. Juni 2006, [BBI 2006 7221](#) S. 7339). Dies präsentiert sich im Verhältnis zur prozessualen Rechtslage, die hinsichtlich der objektiven Klagenhäufung für die Klägerin gelten soll, als Verletzung des Grundsatzes der prozessualen Waffengleichheit, der es auch im Zivilprozess verbietet, eine der Parteien prozessual in eine «*deutlich ungünstigere Situation*» zu stellen bzw. wesentlich zu benachteiligen (Urteil des EGMR i.S. [Ankerl gegen Schweiz](#) vom 23. Oktober 1996, Recueil CourEDH 1996-V S. 1553, Ziff. 38; BGE [133 I 1](#) E. 5.3.1).

#### **D. Art. 198 lit. h E-ZPO**

[21] Im Ergebnis ist deshalb nicht ersichtlich, inwiefern das Bundesgericht jedenfalls im zu beurteilenden Fall der Verbindung einer Pfand- mit einer Forderungsklage, auf unzulässige Weise dem Gesetzgeber vorgegriffen hätte, wenn es auch die Forderungsklage als von der Befreiung vom Schlichtungsobligatorium i.S.v. Art. 198 lit. h ZPO mitumfasst betrachtet hätte. U.E. hätte dies einer zumindest vertretbaren Auslegung des bereits geltenden Prozessrechts entsprochen. Nichtsdestotrotz ist zu begrüssen, dass der Bundesrat in seiner Botschaft vom 26. Februar 2020 zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung; [BBI 2020 2697](#) S. 2754 f.) vorgeschlagen hat, Art. 198 lit. h ZPO auf prozessuale Ansprüche auszudehnen, die mit einer Klage, für die das Gericht Frist angesetzt hat, in einem sachlichen Zusammenhang stehen.

#### **E. Exkurs: Verzicht auf Schlichtungsverfahren durch Einlassung?**

[22] Abschliessend kommen wir auf die im besprochenen Urteil bloss gestreifte Frage nach der Zulässigkeit eines konkludenten Verzichts auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens durch vorbehaltlose Einlassung der beklagten Partei zu sprechen. Das Kantonsgericht St. Gallen hatte erwogen, ein gemeinsamer Verzicht der Parteien auf ein Schlichtungsverfahren nach Art. 199 Abs. 1 ZPO könne zwar gemäss Botschaft und einem Teil der Lehre auch konkludent erfolgen, indem sich die beklagte Partei der direkten Klageeinreichung nicht widersetze. Gemäss Art. 221 Abs. 2 lit. b ZPO sei indes mit der Klage gegebenenfalls die Klagebewilligung oder die allfällige Verzichtserklärung einzureichen. Für einen konkludenten Verzicht durch blosser Einlassung verbleibe deshalb kein Raum (vgl. Kantonsgericht St. Gallen, Entscheid [BO.2018.9](#) vom 28. Mai 2020 E. 1.a.cc; die Erwägung wird in E. 2.1 des Bundesgerichtsurteils verkürzt wiedergegeben, sodass der Eindruck ersteht, die Vorinstanz habe die Möglichkeit der konkludenten Einlassung gleichzeitig bejaht und verneint). Die diesbezügliche Haltung des Bundesgerichts wird aus dem Entscheid nicht ersichtlich, zumal es sich mangels hinreichender Rüge nicht näher mit der Frage beschäftigen musste (E. 2.2).

[23] Aus Sicht der beschwerdeführenden Unternehmerin dürfte ärgerlich sein, dass ihre Rechtsauffassung in einem wenige Wochen später ergangenen Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts geschützt wurde. So erwog das Bundesgericht in dieser jüngeren Entscheid, ein Verzicht auf das Schlichtungsverfahren könne auch konkludent erfolgen, wenn sich die beklagte Partei einer direkten Klageeinreichung beim Gericht bei einem Streitwert ab CHF 100'000.00 nicht widersetze (BGer [5A\\_1006/2020](#) vom 16. März 2021 E. 3.3).

[24] Diesem Entscheid der II. zivilrechtlichen Abteilung ist zuzustimmen. Nicht zu überzeugen vermag u.E. hingegen die gegenteilige Beurteilung des Kantonsgerichts St. Gallen. Wie das Kantonsgericht richtigerweise selbst festhält, sah die Botschaft zur Zivilprozessordnung ausdrücklich vor, dass der gemeinsame Verzicht der Parteien auf ein Schlichtungsverfahren bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert ab CHF 100'000.00 auch konkludent erfolgen kann, wenn die Gegenpartei sich der direkten Klageeinreichung nicht widersetzt ([BBI 2006 7221](#) S. 7329). Es trifft zwar zu, dass die Klagebewilligung eine Prozessvoraussetzung darstellt (BGE [146 III 185](#) E. 4.4.2). In Erinnerung zu rufen ist in diesem Zusammenhang indes, dass die Prozessvoraussetzungen grundsätzlich erst im Zeitpunkt der Fällung des Sachurteils gegeben sein müssen (BGE [140 III 159](#) E. 4.2.4). Soweit eine fehlende Prozessvoraussetzung im Verfahren *heilbar* ist, genügt es deshalb, wenn die fehlende Prozessvoraussetzung im Verfahren nachträglich eintritt. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die beklagte Partei den Eintritt einer Prozessvoraussetzung durch ihr eigenes Verhalten nachträglich herbeiführen kann. In solchen Konstellationen ist deshalb nicht sofort ein Nichteintretensentscheid zu fällen; vielmehr ist seitens des Gerichts Möglichkeit zur Heilung einzuräumen. Im vorliegenden Kontext besteht die fehlende Prozessvoraussetzung in der nicht vorliegenden Klagebewilligung, was sich aber durch einen nachträglichen Verzicht i.S.v. Art. 199 Abs. 1 ZPO heilen lässt. Reicht der Kläger demnach ohne vorgängige Schlichtung eine Klage mit einem Streitwert ab CHF 100'000.00 direkt beim Gericht ein, sollte das Gericht der Gegenpartei deshalb die Gelegenheit geben, zur Verzichtsmöglichkeit Stellung zu beziehen (in diesem Sinne auch EGU, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 199 N. 8 f.). Für die Annahme eines konkludenten Verzichts lässt es das Bundesgericht dabei bereits genügen, wenn zum in der Klage angebrachten Hinweis, wonach das Schlichtungsverfahren entfallt, seitens der Beklagten keine Stellungnahme erfolgt (vgl. BGer [5A\\_1006/2020](#) vom 16. März 2021 E. 3.3).

MLaw PHILIP CARR ist Gerichtsschreiber am Zivilgericht Basel-Stadt.

**Zitiervorschlag:** Matthias Brunner / Philip Carr, Die Verbindung von Pfand- und Forderungsklage, in: dRSK, publiziert am 30. April 2021

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

**EDITIONS WEBLAW**

**Weblaw AG** | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

**weblaw.ch**