

# Das neue Schlichtungsverfahren mit ersten Praxishinweisen

Kurzvortrag anlässlich des ersten Kolloquiums ZPO vom 10. Mai 2011, Chur

(von Dr. iur. Dominik Infanger, Rechtsanwalt und Notar, Chur)

---

## I. Wesentliche Änderungen im Schlichtungsverfahren im Vergleich

### ZPO GR

### ZPO CH

---

Bisher gab es keine Möglichkeit, auf das Schlichtungsverfahren zu **verzichten**.

Art. 199

- Gemeinsam bei einem Streitwert von mindestens CHF 100'000;
- Kläger einseitig, wenn Beklagter Sitz oder Wohnsitz im Ausland oder unbekanntem Aufenthaltsort hat;
- Streitigkeiten nach Gleichstellungsgesetz.

**Schlichtungsgesuch** hatte nach Art. 64 die Parteien zu bezeichnen und den Streitgegenstand zu umschreiben.

Art. 202 Abs. 2

- Parteibezeichnung;
- Umschreibung Streitgegenstand;
- *Rechtsbegehren*.

Gemäss ZPO GR konnte die **verspätete Ansetzung** der Verhandlung beantragt werden.

Nicht mehr möglich: Ordnungsfrist nach Art. 203 ZPO: Verhandlung hat innert zwei Monaten stattzufinden.

Bisher galt nach Art. 66 Abs. 1: Personen im Kreis "sollen in der Regel **persönlich**" **erscheinen** und in Ehesachen.

Art. 204 Abs. 1

Alle Personen "müssen persönlich" erscheinen mit Ausnahmen (Abs. 3)

**Widerklage** musste gemäss Art. 67 Abs. 2 mit Verwirkungsfolge an der Vermittlungsverhandlung erhoben werden.

Art. 224

Mit Klageantwort.

Der **Klagerückzug** war gemäss Art. 70 Abs. 2 ZPO immer ohne Rechtskraftwirkung.

Art. 208 Abs. 2

Vorbehaltloser Rückzug mit Rechtskraftwirkung.

## ZPO GR

## ZPO CH

---

Bisher führte das erste **Säumnis** zu einem neuen Termin (Art. 76).

Art. 206  
Kläger:  
Erstes Säumnis führt zur Abschreibung zufolge Rückzugs des Schlichtungsge-  
suchs.

Beklagter:  
Erstes Säumnis führt zur Ausstellung der  
Klagebewilligung.

Beide:  
Abschreibung zufolge Gegenstandslo-  
sigkeit.

Die ZPO GR sah keine Möglichkeit vor,  
einen **Urteilsvorschlag** zu unterbreiten  
(Ausnahme: Mietschlichtungsverfahren  
gestützt auf OR).

Art. 210  
- Streitigkeiten nach dem Gleichstel-  
lungsgesetz;  
- Streitigkeiten aus Miete und Pacht;  
- Bis zu einem Streitwert von CHF  
5000.

**Spruchkompetenz** lag bisher bei CHF  
1'000 und war zwingend (Art. 16).

Art. 212  
Freiwillig bis maximal CHF 2'000 und nur  
auf Antrag der klagenden Partei

Die **Prosequierungsfrist** betrug bisher  
20 bzw. 30 Tage bei Miet- und Pachtsa-  
chen (Art. 82).

Art. 209 Abs. 3 und 4  
- 3 Monate (Normalfall);  
- 30 Tage bei Miet- und Pachtsachen;  
- Unterschiedliche Fristen bei beson-  
deren gesetzlichen oder gerichtlichen  
Klagefristen.

Bisher entschied der Kreispräsident auf  
Antrag über amtliche und ausseramtliche  
**Kosten** (Art. 77 i.V.m. Art. 122).

Art. 113 Abs. 1 und 207  
- Amtliche Kosten trägt der Kläger;  
- Ausseramtliche Kosten werden keine  
zugesprochen.

Im bündnerischen Vermittlungsverfahren  
galten die **Gerichtsferien** (Art. 62).

Art. 145 Abs. 2  
Gerichtsferien gelten nicht im Schlich-  
tungsverfahren.

## **II. Rechtshängigkeit und Schlichtungsverfahren**

### *a) In Zusammenhang mit dem Schlichtungsgesuch*

Einreichung eines Schlichtungsgesuchs begründet Rechtshängigkeit (Art. 62 ZPO).

Inhalt Schlichtungsgesuch (vgl. Art. 202 ZPO): Bezeichnung der Parteien, des Rechtsbegehrens und des Streitgegenstandes.

Streitgegenstand muss grundsätzlich genau bezeichnet sein, damit die Rechtshängigkeit eintreten kann, wobei Präzisierungen bis zur Ausstellung der Klagebewilligung zulässig sind. Unzureichend: Forderung eines Geldbetrages aus Arbeitsrecht.

Folgen bei mangelhafter Bezeichnung des Streitgegenstandes: (i) Nachreichung verlangen und (ii) verzögerte Begründung der Rechtshängigkeit (Achtung bei Verwirklichungsfristen!).

### *b) Freiwillige Schlichtungsverhandlung*

Die Zulässigkeit von freiwilligen Schlichtungsverhandlungen ist umstritten. Im Zweifel sollte eine Schlichtungsverhandlung durchgeführt werden, (i) weil die Klagebewilligung eine Prozessvoraussetzung ist, welche letztlich vom nachgelagerten Gericht überprüft wird, und (ii) dadurch ein Behörden-Pingpong vermieden wird.

In klaren Fällen (z. B. Abberufung eines Verwalters einer Stockwerkeigentümergeinschaft) sollte aber auf ein Gesuch nicht eingetreten werden (fehlende sachliche Zuständigkeit).

Umstritten sind auch die Wirkungen eines Schlichtungsgesuchs in einer Streitsache, die nicht geschlichtet werden muss (z.B. definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts). Soll die Rechtshängigkeit bereits mit Einreichung des Schlichtungsgesuchs eintreten oder erst dann, wenn das Gesuch resp. die Klage beim Gericht eingereicht wird? Soll Art. 63 ZPO analog gelten?

### *c) In Zusammenhang mit Widerklagen*

Widerklagen müssen neu erst mit der Klageantwort eingereicht werden (Art. 224 ZPO). Entsprechend tritt auch erst dann die Rechtshängigkeit ein. Es wird aber auch die Meinung vertreten, dass die Widerklage bereits im Schlichtungsverfahren eingereicht werden kann, womit auch gleich die Rechtshängigkeit begründet wird.

d) *Auswirkung auf Prosequierungsfrist (Übergangsrecht)*

Im Kanton Graubünden: Rechtshängigkeit wurde auch nach alter Bündner ZPO mit Einreichung des Schlichtungsgesuchs begründet. Es wird daraus und aus Art. 404 Abs. 1 ZPO geschlossen, dass altrechtliche Schlichtungsverfahren, deren Protokolle im Jahre 2011 noch offen sind, bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahren nach altem bündnerischem Prozessrecht ablaufen (Leitscheinfrist also bloss 20 Tage und nicht drei Monate).

In anderen Kantonen ist Vorsicht geboten.

(i) Zürich: Das Obergericht des Kantons Zürich vertritt diametral die gegenteilige Meinung:

*"Es wird offenbar die Meinung vertreten, diesfalls gelte das neue Recht nicht, denn das Schlichtungsbegehren bewirke Rechtshängigkeit, und daher sei eine Sache in der ersten Instanz gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO nach altem Recht zu führen, wenn sie nur bei der Schlichtungsinstanz noch im alten Jahr eingegangen sei. Die Auffassung stützt sich auf BSK ZPO-Frei/Willisegger, Art. 404 N10 f., welche das damit begründen, 'Instanz' im Sinne der Bestimmung könne nur eine mit Entscheidkompetenz ausgestattete Behörde sein. Das Letztere wird nicht weiter erläutert und ist durchaus nicht zwingend. Gegenteilig liegt es näher, auch die Schlichtungsbehörde als 'Instanz' im Sinne der Bestimmung zu verstehen. Damit hat der Friedensrichter alter Ordnung ein am Jahreswechsel 2010/11 bei ihm hängiges Verfahren noch nach altem Recht zu Ende zu führen, und insbesondere bestimmt sich die Gültigkeitsfrist der Weisung als Bestandteil des Sühnverfahrens nach den alten Regeln - wozu etwa auch die alten Gerichtsferien gehören. Dass die neue ZPO bestimmt, schon die Anrufung der Schlichtungsbehörde begründe Rechtshängigkeit, steht dem nicht entgegen. Der entsprechende Art. 62 ZPO bezieht sich auf die Wirkungen der Rechtshängigkeit, die in Art. 64 ZPO geregelt sind und hat keinen Bezug zum Übergangsrecht. So sprechen sich auch der ZK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 404 N. 9 und der KuKo ZPO-Domej, Art. 404 N. 2 dafür aus, die Schlichtungsbehörde als eigene 'Instanz' im Sinne von Art. 404 ZPO zu verstehen. Damit wird nebenbei erreicht, dass das neue Recht möglichst bald angewendet wird: Der Zweck einer Gesetzesänderung muss es ja wohl sein, dass das neue Recht angewendet wird, und nicht, dass es möglichst lange*

*nicht gilt (ZK ZPO SutterSomm/Seiler Art. 404 N. 4)." (Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. März 2011; Geschäfts-Nr.: LF110017-O)*

(ii) Bern: Das Obergericht des Kantons Bern vertritt die Meinung, dass das Aussöhnungsverfahren für Ladungsgesuche vor 2011 nach altem Recht zu erfolgen hat und zwar unabhängig davon, ob die Ladung Rechtshängigkeit begründet hat. Es wird eine altrechtliche Klagebewilligung erteilt, die Klage sei dann aber gleichwohl nach der Schweizerischen ZPO einzureichen (Kreisschreiben der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern, Übergangsrecht zur neuen Zivilprozessordnung). Diese Mischform ist m.E. abzuweisen.

### **III. Befangenheit**

Die in Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK enthaltene Garantie des verfassungsmässigen Richters, wonach der Einzelne Anspruch darauf hat, dass seine Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird, gilt auch für die Schlichtungsbehörde. Die Ausstandsgründe werden in Art. 47 ZPO konkretisiert.

Zahlreiche Vermittler amten nebenamtlich und sind gleichzeitig in Kanzleigemeinschaften tätig. Es stellt sich die Frage, ob der Vermittler in Ausstand treten muss, wenn sein Büropartner anlässlich einer Vermittlung eine Partei vertritt. Es ist denkbar und von der Rechtsprechung anerkannt, dass auch besondere Gegebenheiten hinsichtlich des Verhältnisses zwischen einem Richter und einem Parteivertreter den objektiven Anschein der Befangenheit des Ersteren begründen und daher dessen Ausstand gebieten können (BGE 92 I 271 Erw. 5 S. 276, 1P.515/2002 vom 13. Februar 2003, 1P.180/2004 vom 7. Mai 2004, Pra 2000 Nr. 142 Erw. 3).

Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können u.a. folgende Fälle erwähnt werden:

*a) Befangenheit verneint*

- Nach der Rechtsprechung ist eine Richterin nicht schon deshalb befangen, weil ihr Lebensgefährte, ebenfalls Richter, von der Gesuchstellerin zuvor erfolgreich abgelehnt wurde. Da Zeichen von Sympathie oder Antipathie gegenüber den Verfahrensparteien fehlten, bestanden keine Anzeichen für eine Befangenheit (Urteil 1P.630/2003 vom 23. Januar 2004).
- Ein Richter ist nicht befangen, wenn der Parteivertreter der gleichen Anwaltskanzlei angehört wie ein Rechtsanwalt, der den Richter in einem früheren Verfahren vertreten hatte. Eine besonders enge Beziehung zwischen Richter und Rechtsvertreter wirke sich nicht auf eine ganze Bürogemeinschaft mit einer Mehrzahl von Partnern aus, die ihre Mandate eigenständig führten (Urteil 1P.53/2005 vom 8. März 2005).
- Ein Richter ist in einem Zivilverfahren nicht befangen, wenn eine Partei durch den Büropartner seines Vaters vertreten ist (Urteil 1P.265/1997 vom 14. August 1997, publiziert in: SJ 1997, S. 626).

*a) Befangenheit bejaht*

- Befangenheit liegt vor, wenn der Sohn eines verfahrensbeteiligten wissenschaftlichen Experten einen Betrieb leitet, der mit einer Verfahrenspartei in wirtschaftlicher Konkurrenz steht (BGE 119 V 456)
- Ein Verwaltungsrichter ist befangen, wenn er eine Doppelfunktion als Richter und Rechtsanwalt ausübt und als Anwalt ein noch offenes Mandat führt oder für die Partei mehrmals tätig wurde (BGE 116 Ia 485).

Insbesondere aus BGE 92 I 271 kann geschlossen werden, dass die Zugehörigkeit eines Vermittlers zu einer Bürogemeinschaft die Befangenheit begründen kann. Ein Schiedsrichter wurde als befangen beurteilt, weil seine Frau als juristische Mitarbeiterin in der Kanzlei desjenigen Anwaltes tätig war, der den Schiedsrichter ernannt hat. Daraus wird in der Lehre geschlossen, dass der Anschein der Befangenheit gegeben ist (Basler Kommentar zur ZPO, Art. 47 N 40 mit weiterem Hinweis).

#### **IV. Hinweise aus der bisherigen Praxis**

##### *a) Feststellung und Anfechtung des Kindesverhältnisses*

Feststellung und Anfechtung des Kindesverhältnisses sind Klagen über den Personenstand im Sinne von Art. 198 Bst. b ZPO und müssen nicht geschlichtet werden. Werden mit diesen Klagen auch Unterhalt eingeklagt, stellt sich die Frage, ob dann insgesamt auf ein Schlichtungsverfahren verzichtet werden kann; denn die Unterhaltsklage unterliegt dem Schlichtungsobligatorium.

Alle drei Klagen, das heisst Leistungs-, Statutsgestaltung- und Statusfeststellungsklagen laufen im vereinfachten Verfahren ab. Grundsätzlich ist daher eine Überweisung gestützt auf Art. 127 Abs. 1 ZPO möglich, zumal auch ein sachlicher Zusammenhang besteht.

Die Schlichtungsbehörde Plessur und das BezGer Plessur vertreten (zurzeit) diesbezüglich die Meinung, dass für die Unterhaltsklage ebenfalls das Schlichtungsverfahren entfällt.

Es ist durchaus auch die gegenteilige Meinung vertretbar. Die Lösung würde dann so aussehen: Unterhaltsklage wird geschlichtet und Personenstandsklage sistiert nach Art. 126 ZPO und der Richter, bei welchem die Unterhaltsklage eingereicht wird, vereinigt die beiden Klagen nach Art. 125 Bst. c ZPO oder macht eine Überweisung nach Art. 127 ZPO.

Eine ähnliche Problematik besteht in Zusammenhang mit der Kündigungsanfechtung und der Ausweisung. Mit der Aufhebung von aOR 274g ist die Möglichkeit der Beurteilung einer Kündigungsanfechtung durch den Ausweisungsrichter entfallen. Die ZPO sieht jedoch nicht vor, dass ein Verfahren betreffend Kündigungsanfechtung der Ausweisungsbehörde zu überweisen ist.

##### *b) Vertretung von juristischen Personen*

Hier ist unsicher, wann eine juristische Person anwesend ist. Grundsätzlich müssen Organvertreter erscheinen, wobei es ausreicht, wenn ein Vertreter mit Kollektivunterschriftsberechtigung eine Spezialvollmacht vorlegt, wonach der wie ein Einzelzeichnungsberechtigter handeln kann.

Ausnahmen sind im Gesetz geregelt: Versicherung, Arbeitgeber und Vermieter.

*c) Zulassung nichtberufsmässiger Begleiter*

"Die Nichtgewerbsmässige Vertretung bestimmt sich fortan einzig nach Bundesrecht" Zürcher Kommentar zur ZPO, Art. 68 N 2). Ein nichtberufsmässiger Begleiter ist gemäss ZPO voraussetzungslos zugelassen. Die Regelung in unserem EGzZPO, wonach zur nichtberufsmässigen Vertretung ein begründetes Gesuch gestellt und dieses bewilligt werden muss, verstösst daher gegen Bundesrecht.

*d) Abschreibungsverfügung im Schlichtungsverfahren*

In der Lehre wird zum Teil die Meinung vertreten, bei Klagerückzug, Vergleich oder Gegenstandslosigkeit müsse keine Abschreibungsverfügung erlassen werden. Es wird in der Praxis zurzeit eine sogenannte Feststellungsverfügung erlassen, in welcher festgestellt wird, dass die Klage zurückgezogen wurde, die Parteien sich verglichen haben oder der Streit gegenstandslos wurde.

Ich bin der Meinung, dass das Verfahren zumindest der guten Ordnung halber abgeschrieben werden muss. Es wird ja auch mit Eingang des Schlichtungsverfahrens eröffnet. Daher können Klagerückzug, Vergleich und Gegenstandslosigkeit direkt in der Abschreibungsverfügung aufgenommen werden.

*e) Überweisung bei örtlicher oder sachlicher Unzuständigkeit*

Aus pragmatischen Gründen werden bei örtlicher oder sachlicher Unzuständigkeiten die Streitsachen überwiesen, beispielsweise von der Schlichtungsbehörde ans Gericht oder an eine andere Schlichtungsbehörde bzw. von Gericht zu Gericht.

Die Überweisung hat der Gesetzgeber bewusst nicht gewollt. Es wurde im Vernehmlassungsverfahren darauf hingewiesen, dass die Überweisung im Entwurf nicht geregelt ist. Trotz dieses Hinweises blieb es dabei. Es liegt somit kein Versehen des Gesetzgebers vor.

Ich wäre daher mit Überweisungsverfügung vorsichtig, so gut und praktisch sie gemeint sind. Es könnte dazu führen, dass die Rechtshängigkeit ungewollt endet. Die Überweisung beinhaltet auch ein Nichteintreten. Bei Nichteintreten hat der Kläger innert eines Monats seine Eingabe bei der zuständigen Behörde einzureichen. Es könnte spitzfindig die Meinung vertreten werden, die Neueinreichung müsse vom



Kläger und nicht vom Gericht erfolgen. Sollte dieser Ansicht gefolgt werden, könnte die Monatsfrist von Art. 63 Abs. 1 ZPO unbemerkt auslaufen.

Chur, am 10. Mai 2011