

Der neue Bauprozess - Tiefenbohrungen in der ZPO

Peter Reetz, PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Küsnacht / Zürich

- I. **Vorbemerkungen**
- II. **Bauprozesse vor Handelsgericht**
 - A Allgemeine Voraussetzungen
 - B Wahlrecht der klagenden Partei
 - C Zwingende Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen
 - D Beispiel: Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts
- III. **Weitere Fragen im Zusammenhang mit Bauhandwerkerpfandrechten**
 - A Gerichtsstand (Örtliche Zuständigkeit)
 - B Prosequierung eines vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechtes
- IV. **Örtliche Zuständigkeit bei „Baustreitgenossen“**
 - A Erschwernis für Bauherren bei der Rechtsverfolgung
 - B Anwendungsfall
- V. **Örtliche Zuständigkeit am Erfüllungsort**
 - A Inhalt des Erfüllungsortsgerichtsstandes
 - B Beispiel
- VI. **Streitverkündungsklage in Bausachen**
 - A Begriff
 - B Praktische Bedeutung
 - C Gerichtsstand für die Streitverkündungsklage
 - D Wann macht eine Streitverkündungsklage Sinn?
 - E Grenzen der Streitverkündungsklage
 - F Gleiche sachliche Zuständigkeit und gleiche Verfahrensart?
 - G Die Möglichkeiten des Subunternehmers im Beispiel
- VII. **Vorsorgliche Beweisführung in Bauprozessen**
 - A Gesetzliche Grundlage
 - B Gefährdung von Beweismitteln
 - C Schutzwürdiges Interesse
- VIII. **Wahrung von Verjährungsfristen in Handelssachen**
 - A Kein Schlichtungsverfahren in Handelssachen: ein Problem?
 - B Lösung des Problems
- IX. **Zum Schluss noch eine Prozessfalle**
 - A Anfechtung von Beschlüssen von Stockwerkeigentümerversammlungen
 - B Die Auslegung durch das Bundesgericht
 - C Würdigung

I. Vorbemerkungen

Im Folgenden werden einige **bauprozessual relevante Bestimmungen** der Schweizerischen Zivilprozessordnung überblicksweise erörtert. Dabei soll ein Bezug zu Fragen hergestellt werden, welche sich dem Baupraktiker im Alltag stellen können. Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich dabei auf ausgewählte Einzelfragen und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

II. Bauprozesse vor Handelsgericht

A Allgemeine Voraussetzungen

Die Schweizerische Zivilprozessordnung lässt die *Errichtung bzw. den Fortbestand von Handelsgerichten* – bisher existieren solche in den Kantonen Zürich, Bern, Aargau und St. Gallen – (nach wie vor) zu. Der Gesetzgeber gibt dabei vor, wann eine *Streitigkeit als handelsrechtlich zu qualifizieren* ist; dabei sind kumulativ die folgenden **drei Voraussetzungen** zu erfüllen: (i) die **geschäftliche Tätigkeit** mindestens einer Partei muss betroffen sein (**Handelssache**); (ii) gegen den Entscheid des Handelsgerichts muss die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offenstehen (d.h. das entsprechende **Streitwerterfordernis** von CHF 30'000 bzw. von CHF 15'000 in Arbeits- und Mietsachen gemäss Art. 74 Abs. 1 BGG muss erfüllt sein); (iii) die Parteien müssen im **schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen** sein (vgl. zum Ganzen Art. 6 Abs. 2 ZPO).

Sind diese drei Voraussetzungen nicht erfüllt, ist das Handelsgericht sachlich nicht zuständig. Diesfalls bleibt dem Kläger nur die Möglichkeit, an die ordentlichen Gerichte oder – in Sonderfällen – an ein anderes Spezialgericht (z.B. Arbeitsgericht oder Mietgericht) zu gelangen. Vorbehalten bleibt der Fall von Art. 6 Abs. 3 ZPO (dazu sogleich B).

B Wahlrecht der klagenden Partei

Vorab zu erwähnen ist sodann das in Art. 6 Abs. 3 ZPO geregelte *Wahlrecht*, welches der klagenden Partei unter gewissen Voraussetzungen die **Wahl zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht** (Bezirksgericht, Regionalgericht oder Kreisgericht) ermöglicht. Ein solches Wahlrecht besteht dann, wenn *nur die beklagte (nicht aber die klagende) Partei im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen* ist, indes die übrigen Voraussetzungen (Handelssache sowie Streitwerterfordernis) erfüllt sind (vgl. Art. 6 Abs. 3 ZPO).

Das Wahlrecht ermöglicht es etwa einer natürlichen Person (z.B. einem Stockwerkeigentümer, welcher Mängelrechte aus Kaufvertrag geltend macht), im Einzelfall abzuwägen, ob sie von den Vorteilen einer institutionalisierten Spezialgerichtsbarkeit (Handelsgericht mit Fachrichtern) Gebrauch machen, dafür aber (auf kantonaler Ebene) eine Instanz verlieren will oder nicht. Entscheidet sie sich gegen die Anrufung des Handelsgerichts und gelangt sie an das ordentliche Gericht, so hat sie zwar zwei kantonale Instanzen zur Verfügung (Art. 75 Abs. 2 BGG), verliert jedoch die Vorteile der – vor allem auch wegen der hohen Vergleichsquote von rund 75% als schnell bekannten – Handelsgerichtsbarkeit.

C Zwingende Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen

Bereits hier ist sodann darauf hinzuweisen, dass das Handelsgericht auch für die Anordnung **vorsorglicher Massnahmen vor Eintritt der Rechtshängigkeit einer Klage** (sachlich) zuständig ist (Art. 6 Abs. 5 ZPO), womit die ZPO den Kantonen eine *zwingende Vorgabe hinsichtlich der Regelung der sachlichen Zuständigkeit* macht. Für vorsorgliche Massnahmen während der Rechtshängigkeit einer Klage ist ohnehin das mit der Hauptsache befasste Gericht

– in casu das Handelsgericht – zuständig, was sich von selbst versteht und daher im Gesetz nicht eigens erwähnt wird.

Für den *Kanton Zürich* z.B. bedeutet Art. 6 Abs. 5 ZPO *prozessuales Neuland*: Bis anhin fielen vorsorgliche Massnahmen vor Eintritt der Rechtshängigkeit einer Klage auch in Handelssachen grundsätzlich in die sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters am Bezirksgericht (vgl. § 222 Ziff. 3 aZPO/ZH; Ausnahmen von dieser Regel enthielt § 61 Abs. 2 aGVG/ZH).

D Beispiel: Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

1. Vorbemerkungen

Nach diesem allgemeinen Überblick (soeben II.A–C) sollen nun ein paar wenige der vielen Fragen, welche sich im Zusammenhang mit Bauprozessen vor Handelsgericht stellen, anhand der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts illustriert werden. Dazu Folgendes:

Bauhandwerkerpfandrechte werden bekanntlich zunächst (infolge regelmässig gegebener zeitlicher Dringlichkeit fast ausnahmslos) **vorläufig eingetragen**. Die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts hat dabei nach wie vor im *summarischen Verfahren* zu erfolgen (Art. 249 lit. d Ziff. 11 ZPO, wo auf Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB verwiesen wird). Insofern ergibt sich aus der ZPO (noch) nichts Neues.

2. Sachliche Zuständigkeit für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

a) Handelsgericht

Soweit nun die Voraussetzungen für die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichtes (Handelssache, Streitwerterfordernis und Registereintrag, vgl. Art. 6 Abs. 2 ZPO) erfüllt sind, ist nun speziell Art. 6 Abs. 5 ZPO zu beachten: Nach dieser Bestimmung ist das Handelsgericht (wie erwähnt, vgl. II.C) auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen *vor* Eintritt der Rechtshängigkeit einer Klage (sachlich) zuständig. Im Ergebnis ist damit für die **vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten das Handelsgericht zuständig**¹, womit den Kantonen abweichende Regelungen (so wie etwa früher im Kanton Zürich, wonach gemäss § 222 Ziff. 3 aZPO/ZH immer der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht sachlich zuständig war) verwehrt bleiben. Praktisch bedeutet dies etwa, dass sich das Handelsgericht des Kantons Zürich neu mit einer Vielzahl von superprovisorischen Gesuchen um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auseinandersetzen müssen.

b) Folgen bei Missachtung der Zuständigkeitsregel von Art. 6 Abs. 5 ZPO

Art. 6 Abs. 5 ZPO ist dabei aus folgendem Grund von nicht zu unterschätzender **Bedeutung**: Beantragt der Gesuchsteller (regelmässig ein Unternehmer oder ein Subunternehmer etc.) die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts beim "**falschen**" (**d.h. einem sachlich unzuständigen**) **Gericht**, so wird dieses auf das Gesuch um vorläufige Eintragung **nicht eintreten, was entsprechende Kosten- und Entschädigungsfolgen auslöst**. Dies kann – so etwa, wenn das Eintragungsgesuch (wie in der Praxis üblich) "im letzten Moment" gestellt worden ist – zur Konsequenz haben, dass alsdann die dreimonatige Eintragungsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB (diese Frist wird ab 1.1.2012 infolge der vermutlich dannzumal in Kraft tretenden Revision des Immobiliarsachenrechts vier Monate betragen) vorbei ist. Die ZPO sieht dabei anders als früher verschiedene Kantone (vgl. dazu etwa § 112 Abs. 1 aZPO/ZH) *keine automatische Überweisung von einem sachlich unzuständigen Gericht an das sachlich*

¹ A.M. jedoch Thomas Seeger, Präsident des Handelsgerichtes des Kantons Zürich, anlässlich eines am 22. November 2010 gehaltenen Vortrages vor der Fachgruppe Zivilprozessrecht des Zürcher Anwaltsverbandes. Zur Begründung vgl. sogleich II.D.2.c.

zuständige Gericht vor und es wird dem Kläger auch nicht die Möglichkeit gegeben, bei einem Nichteintretensentscheid unter Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit innert einer bestimmten Frist das sachlich zuständige Gericht zu bezeichnen und Überweisung an dieses zu verlangen. Ob nun dem Gesuchsteller in dieser Konstellation (= sachlich unzuständiges Gericht) eine Nachfrist (d.h. die gesetzliche Monatsfrist) gemäss Art. 63 ZPO gewährt werden wird, ist dabei offen, zumal sich Art. 63 ZPO gesetzssystematisch wohl nur auf die örtliche, nicht jedoch auf die sachliche Zuständigkeit bezieht (vgl. Art. 4 Abs. 1 ZPO)². Gelöst werden könnte das Problem folglich nur dann, wenn man Art. 63 ZPO, wonach einem Kläger bei einem Nichteintretensentscheid eine Nachfrist von einem Monat gewährt wird, um seine Eingabe (unter Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit) beim zuständigen Gericht neu einzureichen, (analog) auch auf Klagen bzw. Gesuche anwenden würde, welche bei einem sachlich unzuständigen Gericht eingereicht werden. Nachdem jedoch die ZPO nur die örtliche Zuständigkeit regelt, hingegen die sachliche Zuständigkeit explizit den Kantonen vorbehalten (Art. 4 Abs. 1 ZPO)³, ist jedenfalls nicht mit Sicherheit damit zu rechnen, dass die Gerichte Art. 63 ZPO analog auf Klagen bzw. Gesuche anwenden werden, welche bei einem sachlich unzuständigen Gericht eingereicht werden⁴.

c) Ist Art. 6 Abs. 5 ZPO wirklich auf Bauhandwerkerpfandrechte anwendbar?

Fraglich ist sodann (trotz des vermeintlich klaren Wortlautes von Art. 6 Abs. 5 ZPO), ob die **Handelsgerichte vorläufige Eintragungen von Bauhandwerkerpfandrechten effektiv behandeln werden oder nicht**. Im Einzelnen: An sich erscheint es klar, dass die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes eine vorsorgliche Massnahme ist, gelten doch für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes die üblichen Regeln, welche für vorsorgliche Massnahmen gelten (vgl. Art. 261 Abs. 1 ZPO: Glaubhaftmachung, dass a) ein Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist – sog. "Hauptsachenprognose" – und dass b) aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht – sog. "Nachteilsprognose"). Gerade hier liegt nun jedoch das "Problem" bzw. der (sollte man dies so sehen wollen) "Ausweg", mit dem die Handelsgerichte die Zuständigkeit für die vorläufige Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten von sich weisen könnten: Nicht ganz von der Hand zu weisen ist nämlich das (nach der hier vertretenen Auffassung nicht geteilte) Argument, dass sich Art. 6 Abs. 5 ZPO nur auf vorsorgliche Massnahmen im "engeren" (eigentlichen) Sinne beziehe, d.h. nur auf vorsorgliche Massnahmen, welche in den Art. 261 ff. ZPO geregelt sind. Wird so argumentiert, so müsste man zur Auffassung gelangen, dass es sich bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes nicht um eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 6 Abs. 5 ZPO handle, da Art. 249 lit. d Ziff. 11 ZPO (wo die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes geregelt ist) eine Sondernorm sei bzw. weil Art. 249 lit. d Ziff. 11 ZPO nicht bei Art. 261 ff. ZPO (wo die vorsorglichen Massnahmen im Sinne von Art. 6 Abs. 5 ZPO geregelt seien) stehe⁵.

² Nach BSK ZPO-DOMINIK INFANGER, Art. 63 N 1, N 6 und N 9, fallen ausschliesslich Klagen, welche beim örtlich unzuständigen Gericht eingereicht werden, unter Art. 63 ZPO, da die ZPO gemäss Art. 4 Abs. 1 nur die örtliche Zuständigkeit regle.

³ Wo die ZPO die sachliche Zuständigkeit *ausnahmsweise* regelt, tut sie dies *explizit*: Vgl. dazu Art. 4 Abs. 1 ZPO, wonach die Kantone die sachliche Zuständigkeit regeln, "soweit das Gesetz [ZPO] nichts anderes bestimmt"; (explizite) Vorgaben der ZPO über die sachliche Zuständigkeit finden sich nur vereinzelt, so etwa in Art. 85, 90, 224 und 227 ZPO.

⁴ Befürwortend immerhin: THOMAS SUTTER-SOMM/MARTIN HEDINGER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), N 43 zu Art. 31 ZPO; PRISCA SCHLEIFFER MARAIS, Stämpfli Handkommentar, ZPO, Art. 63 N 4; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 7.18. Siehe ferner ZR 109 (2010), Nr. 63, E. 3 am Ende, woraus implizit hervorgeht, dass Art. 63 CH-ZPO auch auf Fälle *sachlicher Unzuständigkeit* anwendbar sein dürfte.

⁵ So offenbar die Meinung innerhalb des Handelsgerichtes des Kantons Zürich, vgl. dazu Fussnote 1.

Wie die Frage letztlich von den Handelsgerichten entschieden werden wird, ist dabei offen. Es ist jedenfalls zu wünschen, dass die vier Handelsgerichte diese (für die Baupraxis zentrale) Frage einheitlich und gleich behandeln; es kann nicht sein, dass diese nun durch ein Bundesgesetz vorgegebene Frage in den verschiedenen Kantonen unterschiedlich behandelt wird. Dennoch ist nicht auszuschliessen, dass das Bundesgericht diese Frage wird entscheiden müssen, auch wenn es sich dabei um eine Frage der (grundsätzlich den Kantonen vorbehaltenen, vgl. Art. 4 Abs. 1 ZPO) sachlichen Zuständigkeit handelt. Diese Auffassung trägt jedenfalls im vorliegenden Fall, da die sachliche Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen (vor Rechtshängigkeit) vor Handelsgericht und die Frage, was denn genau zu solchen vorsorglichen Massnahmen zu zählen ist, *durch Art. 6 Abs. 5 ZPO und damit durch Bundesrecht geregelt* ist.

d) Zuständigkeit des handelsgerichtlichen Einzelgerichts

Ebenfalls sind die Kantone nach der hier vertretenen Auffassung (auch ohne explizite gesetzliche Regelung) kraft ihrer Gerichtsorganisationshoheit befugt, die Zuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen in Handelssachen (so etwa auch betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes) einem *Einzelgericht* zu übertragen – dass Art. 6 Abs. 5 ZPO vom Handelsgericht spricht, hat nicht die Bedeutung, dass innerhalb des Handelsgerichts die Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen nicht auf einen Einzelrichter bzw. eine Einzelrichterin übertragen werden kann.

3. Konsumation des Wahlrechtes gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO durch vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes?

Offen ist sodann, ob ein Kläger das ihm nach Art. 6 Abs. 3 ZPO für die Hauptklage zustehende **Wahlrecht** (Wahl zwischen Bezirksgericht/Regionalgericht/Kreisgericht und Handelsgericht) **konsumiert bzw. seine Wahl definitiv ausgeübt** hat, wenn er die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes beim Einzelgericht am Bezirksgericht/Regionalgericht/Kreisgericht bzw. gemäss Art. 6 Abs. 5 ZPO beim Einzelgericht am Handelsgericht⁶ beantragt hat.

Nachdem der Gesuchsteller im Hauptprozess gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO wählen kann, ob er das Bezirksgericht/Regionalgericht/Kreisgericht oder das Handelsgericht für den Hauptprozess anruft, muss ihm diese **Wahlmöglichkeit auch bereits für die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes** zur Verfügung stehen. Daran schliesst sich unweigerlich die Frage an, ob die (für die vorläufige Eintragung notwendigerweise zu treffende) Wahl den Gesuchsteller für den später einzuleitenden Hauptprozess bindet oder nicht; d.h. es ist zu fragen, ob ein Gesuchsteller, welcher die vorläufige Eintragung beim Einzelgericht am ordentlichen Gericht beantragt hat, nachher (für den Hauptprozess) immer noch an das Handelsgericht gelangen kann bzw. ob (im umgekehrten Fall) ein Gesuchsteller, welcher für die vorläufige Eintragung das Einzelgericht am Handelsgericht angerufen hat, nachher (für den Hauptprozess) noch an das ordentliche Gericht gelangen kann.

Die Beantwortung dieser Frage muss sich daran orientieren, ob der Gesuchsteller ein **rechtlich geschütztes Interesse** für eine solche nachträgliche (nach der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes noch erfolgende) Wahl haben kann: Nach der hier vertretenen Auffassung ist ein solches Interesse zu **verneinen**; vielmehr zeigen gerade die Regelungen in Art. 5 Abs. 2 ZPO und Art. 6 Abs. 5 ZPO, dass vorsorgliche Massnahmen *vor* Rechtshängigkeit einerseits und Hauptprozess andererseits grundsätzlich vom gleichen Gericht (bzw. – was die vorsorglichen Massnahmen betrifft – von einem Einzelgericht innerhalb des für die Hauptsache sachlich zuständigen Gerichts) behandelt werden sollen. Dieses Verständnis trägt denn auch

⁶ Nach der hier vertretenen Auffassung kann bei einer bereits am Handelsgericht eingeleiteten Klage die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes nur noch beim Einzelgericht am Handelsgericht (und nicht mehr beim Einzelgericht am Bezirksgericht/Regionalgericht/Kreisgericht) beantragt werden. Zur Begründung siehe sogleich im Text.

wesentlich zur *Prozessökonomie und zu einer widerspruchsfreien Rechtsprechung* bei: Dies deshalb, da das für die vorsorgliche Massnahme zuständige Einzelgericht bereits Vorkenntnisse hat gewinnen können und später auch als Mitglied des Hauptsachegerichts (möglicherweise sogar als Instruktionsrichter, vgl. dazu auch Art. 224 ZPO) wird amten können, was erhebliche Synergien freilegt, raschere Entscheide gewährleistet und letztlich im Interesse beider Parteien liegen muss. Das Interesse des Gesuchstellers, sich die Sache "nach reiflichem Studium" (und allenfalls nach für ihn nachteiligen Erfahrungen mit dem einzelgerichtlichen Massnahmengerecht) noch einmal neu überlegen und ein Gericht anrufen zu können, welchem der fragliche Einzelrichter bzw. die fragliche Einzelrichterin nicht angehört, ist demgegenüber nicht als besonders gross, jedenfalls aber nicht als rechtlich schützenswert einzustufen.

III. Weitere Fragen im Zusammenhang mit Bauhandwerkerpfandrechten

A Gerichtsstand (Örtliche Zuständigkeit)

1. Vorbemerkung

Vorstehend (II.D.2) war bereits von der sachlichen Zuständigkeit die Rede. Des Weiteren stellt sich jedoch auch die Frage, wo die **örtliche Zuständigkeit für die Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten** liegt.

2. Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass es den Parteien freisteht, eine **Gerichtsstandsvereinbarung** zu treffen. Dabei sind die Parteien in der Wahl des zuständigen Gerichtes völlig frei, nachdem Art. 17 ZPO (anders als früher Art. 9 Abs. 3 GestG) keine Ablehnungsbefugnis des vereinbarten Gerichtes (mangels genügenden Bezuges zum vereinbarten Gerichtsstand) mehr vorsieht. Haben die Parteien eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen, so ist diese grundsätzlich bindend und es hat dabei sein Bewenden; dies allerdings nur dann, *wenn sich diese Gerichtsstandsvereinbarung auch auf die Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten bezieht*. Letzteres ist im jeweiligen Einzelfall zu prüfen.

3. Der Gerichtsstand von Art. 37 der SIA-Norm 118

In diesem Zusammenhang fragt es sich namentlich, ob der **Gerichtsstand gemäss Art. 37 SIA-Norm 118** (nämlich: Wohnsitz der beklagten Partei) auch für Bauhandwerkerpfandrechte gilt, nachdem die SIA-Norm 118 die Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten weder explizit noch sinngemäss regelt. Nach der hier vertretenen Auffassung bezieht sich dabei Art. 37 SIA-Norm 118 bzw. der darin enthaltene Gerichtsstand *auch auf Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten* – und zwar deshalb, da die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes ein aus einem *werkvertraglichen Anspruch abgeleiteter Anspruch* ist. Hinzu kommt, dass vernünftige Parteien kaum ein Splitting von Gerichtsständen für werkvertragliche Ansprüche einerseits und Ansprüche im Zusammenhang mit der Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten andererseits vereinbaren würden. Es drängt sich daher auf, die für das werkvertragliche Verhältnis geltenden Bestimmungen – und damit auch den *Gerichtsstand gemäss Art. 37 SIA-Norm 118 – auch auf die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes anzuwenden*.

Die **Beachtlichkeit von Art. 37 SIA-Norm 118 auch für die Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten** (bei gleichzeitigem Fehlen einer vorgehenden expliziten Gerichtsstandsvereinbarung gemäss Art. 17 ZPO) hat nun aber nach dem Gesagten zur Folge, dass die *dispositive gesetzliche Bestimmung von Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO* (wonach Klagen auf Errichtung gesetzlicher Pfandrechte am Ort, an dem das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist oder aufzunehmen wäre, anzubringen sind) *dann nicht zur Anwendung kommt, wenn die Parteien die SIA-Norm 118 vereinbart* haben. Anders ausgedrückt: Art. 29 Abs. 1 lit. c

ZPO und der Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache kommen nur dann zur Anwendung, wenn die Parteien weder eine explizite Gerichtsstandsvereinbarung i.S.v. Art. 17 ZPO (in der Vertragsurkunde selbst oder anderswo) getroffen noch die SIA-Norm 118 vereinbart haben.

4. Besonderheiten bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes

Die soeben (III.A.3) diskutierte Frage stellt sich indes lediglich im Zusammenhang mit der definitiven Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes, wo eine Hauptklage zu erheben ist.

Die **vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes** hingegen (welche nach der hier vertretenen Auffassung eine vorsorgliche Massnahme ist) kann nämlich gemäss Art. 13 ZPO (Gerichtsstand für vorsorgliche Massnahmen) **nicht nur am Ort des Hauptsachengerichtsstandes** (Art. 13 lit. a ZPO) – sei dieser ein vereinbarter oder ein gesetzlicher –, sondern auch am **Vollstreckungsort** (Art. 13 lit. b ZPO), d.h. am **Ort der gelegenen Sache** (Lageort des Grundstücks), verlangt werden. Bei den Gerichtsständen gemäss Art. 13 ZPO handelt es sich dabei um **zwingende** Gerichtsstände, weshalb die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes *immer bzw. ungeachtet einer davon abweichenden Gerichtsstandsvereinbarung* (einer expliziten oder einer durch Art. 37 der SIA-Norm 118 erfolgenden) am Vollstreckungsort bzw. am Lageort des Grundstücks verlangt werden kann.

In der Folge – d.h. *nach* der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes – ist indes zu überlegen, wo nun die zwecks definitiver Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes zwingend (vgl. Art. 263 ZPO) zu erhebende **Hauptklage** einzuleiten ist. Dabei ist (wie erwähnt, vgl. III.A.3) zunächst zu prüfen, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung i.S.v. Art. 17 ZPO (getroffen in der Vertragsurkunde oder anderswo) besteht und (falls nicht) ob die SIA-Norm 118 vereinbart wurde; erst hernach gelangt Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO (dispositiver Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache bzw. am Lageort des Grundstücks) zur Anwendung.

5. In verschiedenen Kantonen liegende Gerichtsstände für Hauptklage und vorläufige Eintragung

Beizufügen ist noch dies: Auch wenn die Hauptsachenzuständigkeit (zufolge einer in der Vertragsurkunde oder anderswo getroffenen Gerichtsstandsvereinbarung i.S.v. Art. 17 ZPO oder zufolge Massgeblichkeit von Art. 37 SIA-Norm 118) in einem anderen Kanton als dem Ort der gelegenen Sache (Lageort des Grundstücks) liegt, steht es dem Gesuchsteller (Unternehmer, Subunternehmer etc.) nach dem Gesagten (III.A.4) dennoch frei, die **vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes am Ort der gelegenen Sache (Lageort des Grundstücks)** gemäss Art. 13 lit. b ZPO zu verlangen. Dies wie erwähnt deshalb, da es sich beim Gerichtsstand gemäss Art. 13 lit. b ZPO um einen zwingenden Gerichtsstand handelt, wie sich aus der Norm selbst ergibt.

Dies gilt selbst dann, wenn in der Hauptsache das **Handelsgericht eines anderen Kantones zuständig** ist: Art. 6 Abs. 5 ZPO (wonach das Handelsgericht selbst auch die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Eintritt der Rechtshängigkeit besorgen müsste) ist diesfalls nicht verletzt, sondern wird durch Art. 13 lit. b ZPO als *lex specialis* verdrängt. Anders ausgedrückt: Die Anwendung von Art. 6 Abs. 5 ZPO setzt voraus, dass die vorsorgliche Massnahme im *gleichen Kanton* beantragt wird, in dem die Hauptsachenzuständigkeit (des Handelsgerichts) liegt; nicht anwendbar ist Art. 6 Abs. 5 ZPO jedoch dann, wenn sich der Vollstreckungsort für die vorsorgliche Massnahme (d.h. der Lageort des Grundstücks) in einem anderen Kanton als im (für die Hauptsache zuständigen) Handelsgerichtskanton befindet.

B Prosequierung eines vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechtes

1. Gerichtliche Frist zur Einreichung der Klage

Hinsichtlich der Prosequierung von vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechten ist zunächst auf **Art. 263 ZPO** hinzuweisen. Nach dieser Bestimmung setzt das Gericht der gesuchstellenden Partei (wenn die Klage in der Hauptsache – wie dies bei Bauhandwerkerpfandrechten allermeist der Fall ist – noch nicht rechtshängig ist) eine **Frist zur Einreichung der Klage**. Dies ist mit der Androhung zu verbinden, die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes falle bei ungenutztem Ablauf der Frist, d.h. bei Nichteinleitung der Hauptklage innert Frist, ohne Weiteres dahin.

2. Kein Schlichtungsverfahren (mehr)

Dass das Gericht nach einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes eine Frist zur Prosequierung setzt, ist nichts Neues. Für verschiedene Kantone Neuland beschritten wird jedoch mit der Regelung gemäss Art. 198 lit. h ZPO, wonach dann, wenn das **Gericht** (wie bei der Prosequierung von vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechten) **eine Frist für die Hauptklage gesetzt hat, das Schlichtungsverfahren entfällt**. Entsprechend wird künftig die Schlichtungsbehörde (Friedensrichter, Vermittler etc.) in keinem Kanton mehr anzurufen sein, um ein Bauhandwerkerpfandrecht zu prosequieren. Vielmehr ist innerhalb der vom Massnahmengericht (regelmässig ein Einzelgericht) gesetzten Frist direkt an das ordentliche Gericht zu gelangen.

3. Hohe Anforderungen an den Kläger

Neu heisst es also "**Gas geben**" – und zwar ganz einfach deshalb, da innert der vom Massnahmengericht gesetzten Frist (welche als gerichtliche Frist immerhin *verlängerbar* ist, vgl. Art. 144 Abs. 2 ZPO) eine *vollständige Klage* ausgearbeitet sein muss (vgl. Art. 221 ZPO). Bis anhin konnte man teilweise noch (in etwa) rund sechs Monate zuwarten, indem zunächst die Schlichtungsbehörde (Friedensrichter) anzurufen war, worauf eine Sühnverhandlung bzw. ein Aussöhnungsversuch stattfand, eine Klagebewilligungs- bzw. Weisungsfrist (evtl. noch verlängert durch Gerichtsferien) lief und wobei zusätzlich ebenfalls noch Fristerstreckungen möglich waren.

4. Rechtslage bei irrtümlicher Anrufung der Schlichtungsbehörde

Achtung: Wer innert Frist (fälschlicherweise) die Schlichtungsbehörde (Friedensrichter, Vermittler etc.) anruft, hat nach der hier vertretenen Auffassung die Prosequierungsfrist (infolge **funktioneller Unzuständigkeit der Schlichtungsbehörde** gemäss Art. 198 lit. h ZPO) jedenfalls dann verpasst, wenn der dafür zuständige Kanton (vgl. Art. 4 Abs. 1 ZPO) bei Anrufung einer funktionell unzuständigen Instanz keine automatische Überweisung an die funktionell zuständige Instanz oder ein Recht des Klägers, eine solche Überweisung innert einer bestimmten Frist zu verlangen, vorsieht. Art. 63 ZPO dürfte angesichts der klaren gesetzlichen Vorgabe in Art. 198 lit. h ZPO vermutlich nicht (analog) anwendbar sein.

IV. Örtliche Zuständigkeit bei „Baustreitgenossen“

A Erschwernis für Bauherren bei der Rechtsverfolgung

Nach Art. 15 Abs. 1 ZPO ist bei einer Klage gegen mehrere Streitgenossen (d.h. bei passiver Streitgenossenschaft) das **für eine beklagte Partei zuständige Gericht für alle beklagten Parteien zuständig**, es sei denn (diesen Vorbehalt macht der Gesetzgeber), diese Zuständigkeit (für die eine beklagte Partei) beruhe nur auf einer Gerichtsstandsvereinbarung (i.S.v. Art. 17 ZPO). Diese Bestimmung (Art. 15 Abs. 1 ZPO) ist neu, denn nach bisherigem Recht (vgl. BGE

129 III 80 E. 2.3) war die Inanspruchnahme sämtlicher passiven Streitgenossen vor dem für einen Beklagten zuständigen Gericht auch dann zuzulassen, wenn sich die Zuständigkeit für diesen nur aus einer Gerichtsstandsvereinbarung ergab. Dies wird in der Praxis namentlich Bauherren, jedoch auch Total- oder Generalunternehmer (hart) treffen, welche gleichzeitig gegen mehrere haftpflichtige Baudienstleister vorgehen wollen.

B Anwendungsfall

Dazu ein **Beispiel**, das in der Folge mehrfach verwendet werden wird:

Bauherr mit Wohnsitz in Zürich, Architekt mit Wohnsitz in Luzern, Unternehmer mit Sitz in Bern, Subunternehmer mit Sitz in Fribourg; das Bauwerk wird in Andermatt gebaut.

Der Bauherr klagt nun den Unternehmer und den Architekten gemeinsam an dem nur mit dem Unternehmer vereinbarten Gerichtsstand Zürich ein. Wie entscheidet das Gericht?

Antwort: Es **tritt** auf die vom Bauherrn gegen den Architekten erhobene Klage **nicht ein** (Art. 15 Abs. 1 ZPO).

V. Örtliche Zuständigkeit am Erfüllungsort

A Inhalt des Erfüllungsortsgerichtsstandes

Neu und in der Praxis von fundamentaler Bedeutung ist sodann der nun auch in Binnenverhältnissen geltende **Gerichtsstand am Erfüllungsort**. Art. 31 ZPO sieht diesbezüglich vor, dass für Klagen aus Vertrag das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Ort zuständig ist, an dem die **charakteristische Leistung zu erbringen** ist. Ergänzend ist ein Doppeltes beizufügen: (i) Massgebend ist nicht etwa die eingeklagte (d.h. die streitige), sondern die charakteristische Leistung. (ii) Abzustellen ist auf denjenigen Ort, an dem die charakteristische Leistung gemäss Gesetz oder Vereinbarung (vgl. Art. 74 OR) *zu erfüllen gewesen wäre bzw. zu erfüllen ist*. Wurde indes die charakteristische Leistung in der Folge an einem davon verschiedenen Ort erbracht, so ist darin nach der hier vertretenen Auffassung zumindest bei vorbehaltloser Annahme der Erfüllung die Vereinbarung eines neuen Erfüllungsortes zu erblicken, welche zuständigkeitsrechtlich zu beachten ist⁷.

B Beispiel

Beispiel: Wir gehen wieder vom genannten Fall (vgl. IV.B) aus. **Frage:** Wo kann der Architekt, dessen Vertragspflichten hauptsächlich in *Bauleitungsaufgaben* bestehen, sein Honorar einklagen?

Antwort: Dies ist möglich einerseits in Zürich als Wohnsitz des Bauherrn/Schuldners (Art. 10 Abs. 1 lit. a ZPO) und andererseits am Landgericht Ursern als Erfüllungsort der charakteristischen Leistung (Art. 31 ZPO).

Anschlussfrage: Ändert sich etwas, wenn es sich bei der Hälfte der vom Architekten vertraglich versprochenen Leistungen um *Planungsleistungen* handelt, welche er in seinem Büro in Luzern erbracht hat?

Antwort: Diesfalls wäre an sich (gemäss Art. 31 ZPO) zunächst zu prüfen, wo die charakteristische Leistung zu erbringen war bzw. wo sie erbracht worden ist (Suche nach dem Erfüllungsort). Indes sind vorliegend *beide vom Architekten erbrachten Leistungen* (Planungsleistung, welche in Luzern erbracht worden ist, und Bauleitung, welche in Andermatt

⁷ G.L.M. THOMAS SUTTER-SOMM/MARTIN HEDINGER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), N 43 zu Art. 31 ZPO, mit Verweisen; a.M. DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkommentar, N 3 zu Art. 31 ZPO.

erbracht worden ist) *charakteristische Leistungen*; mithin kämen als Erfüllungsortsgerichtsstände (je getrennt für den jeweiligen Honorarteil, welcher an den beiden Orten Luzern und Andermatt erarbeitet worden ist) sowohl Luzern als auch Ursern in Frage.

Eine Lösung für derartige Fragen bietet Art. 15 Abs. 2 ZPO, wonach dann, wenn *mehrere Ansprüche gegen eine beklagte Partei in einem sachlichen Zusammenhang stehen*, jedes Gericht zuständig ist, das für einen der Ansprüche zuständig ist (sog. *objektive Klagenhäufung*). Konkret ist zu berücksichtigen, dass der Architekt (im Sinne einer Teilklage, vgl. dazu Art. 86 ZPO) auch entweder nur das Honorar für die von ihm in Luzern erbrachten Planungsleistungen oder nur das Honorar für die von ihm in Andermatt erbrachten Bauleitungsleistungen (separat) einklagen könnte. Zudem dürfte unbestritten sein, dass die Planungsleistungen und die Bauleitungsleistungen, welche für das selbe Bauprojekt erbracht wurden, in einem "sachlichen Zusammenhang" im Sinne von Art. 15 Abs. 2 ZPO stehen. Entsprechend **können vorliegend beide Honoraranteile** (sowohl für die Planungsleistungen als auch für die Bauleitungsleistungen) **entweder in Luzern** (Art. 31 ZPO i.V.m. Art. 15 Abs. 2 ZPO), **beim Landgericht Ursern** (Art. 31 ZPO i.V.m. Art. 15 Abs. 2 ZPO) **oder in Zürich** (Art. 31 ZPO i.V.m. Art. 10 Abs. 1 lit. a ZPO) **eingeklagt** werden.

VI. Streitverkündungsklage in Bausachen

A Begriff

In Art. 81 f. ZPO ist sodann ein **in der deutschen Schweiz neues und in Bausachen sehr praxisrelevantes Institut** geregelt, nämlich jenes der Streitverkündungsklage. Eine Streitverkündungsklage liegt dann vor, wenn die streitverkündende Partei (meistens ist dies der Beklagte) ihre Ansprüche, welche sie im Falle des Unterliegens gegen die streitberufene Person zu haben glaubt, beim Gericht, das mit der Hauptklage befasst ist, geltend macht. Die Streitverkündungsklage ist demnach in gewisser Art eine *Verstärkung der "gewöhnlichen" (einfachen) Streitverkündung*, indem es die Streitverkündungsklage ermöglicht, die entsprechenden Ansprüche direkt vom mit der Hauptklage befassten Gericht beurteilen zu lassen.

Durch Streitverkündungsklagen soll die *Aktenkenntnis des Gerichtes*, welche dieses aufgrund der Beurteilung der Hauptklage bereits erworben hat bzw. zu erwerben im Begriffe ist, *für einen weiteren Prozess (den Streitverkündungsprozess) fruchtbar* gemacht werden. Die Zulassung der Streitverkündungsklage ist dabei *spätestens mit der Klageantwort oder mit der Replik im Hauptprozess zu beantragen*, wobei das zuständige Gericht zunächst einen Entscheid über die Zulassung der Streitverkündungsklage zu fällen hat (vgl. Art. 82 ZPO).

B Praktische Bedeutung

In Bausachen ist es bekanntlich sehr häufig so, dass eine Partei einer anderen Partei (ausserprozessual oder prozessual durch Vermittlung des Gerichts) den Streit verkündet. Die **Wirkungen der Streitverkündung ergeben sich dabei aus dem materiellen Recht** – konkret aus dem (durch die ZPO geänderten) Art. 193 OR.

Häufig waren bzw. sind Streitverkündungen v.a. **in Prozessen des Bauherrn gegen den Unternehmer (häufig ist dies auch ein Total- oder ein Generalunternehmer)**, wenn der Unternehmer den Streit seinem Subunternehmer bzw. seinen Subunternehmern (oder aber – was vor allem bei TU- oder GU-Verträgen vorkommt – einem in seinem Auftrag tätigen Architekten/Ingenieur) verkündet. Ferner ergeben sich Streitverkündungslagen im Gefolge von Prozessen, welche ein Bauherr gegen einen Architekten/Ingenieur führt – dies etwa, wenn der Architekt dem Unternehmer, gegen den er Regressansprüche zu haben glaubt, den Streit verkündet. Im Zusammenhang mit der Streitverkündungsklage stellen sich wiederum zahlreiche Fragen, von denen im Folgenden ein paar herausgegriffen werden.

C Gerichtsstand für die Streitverkündungsklage

1. Rechtslage bei Gerichtsstandsvereinbarung für Hauptprozess

Nach Art. 16 ZPO ist für die Streitverkündungsklage das **Gericht des Hauptprozesses** zuständig. Fraglich ist dabei zunächst, ob dies auch dann gilt, wenn sich die Zuständigkeit des Gerichts des Hauptprozesses nur aus einer Gerichtsstandsvereinbarung ergibt (bzw. es fragt sich, ob der Gehalt von Art. 15 Abs. 1 ZPO, welcher für die einfache Streitgenossenschaft gilt, auch auf die Streitverkündungsklage zu übertragen ist oder ob diesbezüglich ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt). Auszugehen ist wieder vom genannten **Beispiel**:

Konkret wird dabei angenommen, dass der *Bauherr aus Zürich den Unternehmer aus Bern am gegenseitig vereinbarten Gerichtsstand Zürich eingeklagt* hat. Die Frage ist nun, ob der Unternehmer mit Sitz in Bern am mit seinem Bauherrn vereinbarten Gerichtsstand Zürich Streitverkündungsklage gegen seinen Subunternehmer mit Sitz in Fribourg erheben kann.

Antwort: Die Frage ist nach der hier vertretenen Auffassung zu **bejahen**, da es in Art. 16 ZPO eben gerade keine Bestimmung gibt, welche einen analogen Inhalt wie Art. 15 Abs. 1 ZPO (am Ende) hat. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass Streitverkündungsklagen an zwischen den Hauptparteien *vereinbarten* Gerichtsständen nicht zulässig sind, so wäre es ihm ein Leichtes gewesen, dies (gleich wie in Art. 15 Abs. 1 ZPO für einfache Streitgenossen) explizit zu regeln. Dies hat er indes nicht getan.

Im **Ergebnis** bedeutet dies, dass Streitverkündungsbeklagte im Rahmen der Streitverkündungsklage möglicherweise an einem Ort (Ort des Hauptprozesses) in ein Verfahren verwickelt bzw. "hineingezogen" werden, mit dem sie nicht rechneten (da sie von der Gerichtsstandsvereinbarung zwischen den beiden Hauptparteien nichts wussten und auch nichts wissen konnten). Dies ist jedoch hinzunehmen, und zwar aus folgendem Grund:

2. Rechtslage bei Gerichtsstandsvereinbarung zwischen den potentiellen Streitverkündungsparteien

Wer sicher sein will, dass er (im komplexen Baugefüge) nicht an einem Ort (etwa im Rahmen einer Streitverkündungsklage) in einen Prozess hineingezogen wird, den er nicht voraussehen kann, **kann Vorsorge treffen und hat seinerseits mit seinem Vertragspartner eine Gerichtsstandsvereinbarung im Sinne von Art. 17 ZPO abzuschliessen**. Würde also im vorliegenden Fall der Subunternehmer mit Sitz in Fribourg mit dem Unternehmer mit Sitz in Bern eine *Gerichtsstandsvereinbarung* (egal welchen Ortes) *abschliessen*, so könnte der Unternehmer den Subunternehmer nur an diesem Ort (und nirgends sonst, vgl. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 ZPO) ins Recht fassen. Eine **Gerichtsstandsvereinbarung zwischen den potentiellen Streitverkündungsparteien** (vorliegend zwischen Unternehmer und Subunternehmer) **kann folglich vom Unternehmer nicht durch eine Streitverkündungsklage an einem andern Ort "ausgehebelt" werden**; vielmehr ist die Gerichtsstandsvereinbarung für Unternehmer und Subunternehmer verbindlich und eine Streitverkündungsklage an einem anderen Ort kann nicht stattfinden bzw. es wäre auf eine solche nicht einzutreten.

D Wann macht eine Streitverkündungsklage Sinn?

Fraglich ist sodann, in welchen Konstellationen und unter welchen Voraussetzungen eine Streitverkündungsklage überhaupt sinnvoll ist. Diesbezüglich fallen verschiedene Faktoren ins Gewicht:

Zunächst ist dabei aus Sicht **des potentiellen Streitverkündungsklägers** (in der Regel ist dies die im Hauptprozess beklagte Partei, im Beispiel also der Unternehmer) zu prüfen, wie seine (d.h. des Streitverkündungsklägers und Beklagten im Hauptprozess) **Chancen in eben diesem Hauptprozess** effektiv sind. Davon hängt vieles ab:

Ist etwa **damit zu rechnen, dass die Hauptklage abgewiesen wird**, so ist eine Streitverkündungsklage in der Regel nicht nötig und nur mit Zurückhaltung zu ergreifen, da die Streitverkündungsklage "faktisch abhängig" ist vom Ausgang des Hauptprozesses. Dies bedeutet: Wird die Hauptklage abgewiesen, so führt dies automatisch zur Gegenstandslosigkeit der Streitverkündungsklage, wobei diesfalls jedoch *der Streitverkündungskläger* (d.h. regelmässig der im Hauptprozess Beklagte) *dem Streitverkündungsbeklagten gegenüber entschädigungspflichtig wird*⁸. Im Übrigen bestehen oft eingespielte wirtschaftliche Beziehungen zwischen einem potentiellen Streitverkündungskläger und einem potentiellen Streitverkündungsbeklagten, welche nicht ohne Not – also insbesondere dann nicht, wenn die Hauptklage vermutlich abgewiesen wird – durch eine Streitverkündungsklage gefährdet werden sollten.

Umgekehrt **kann sich eine direkte Streitverkündungsklage** (bei deren Gutheissung der Streitverkündungskläger in der Folge über einen definitiven Rechtsöffnungstitel gegenüber dem Streitverkündungsbeklagten verfügt) **namentlich dann rechtfertigen, wenn der Streitverkündungskläger** (d.h. regelmässig der Beklagte im Hauptprozess) **mit seinem Unterliegen im Hauptprozess rechnet, indes ganz klar davon ausgeht, dass ihm ein Regressanspruch gegenüber dem Streitverkündungsbeklagten zusteht** (etwa bei gleicher vertraglicher Situation zwischen den Hauptparteien einerseits und den Streitverkündungsparteien andererseits) und dass dieser mit einiger Wahrscheinlichkeit (eben weil es um dieselben Fragen geht wie im Hauptprozess) auch durchsetzbar ist. In einer solchen Konstellation kann eine Klagegutheissung im Hauptprozess das Gericht unter Umständen durchaus auch faktisch (wenn auch nicht rechtlich) dazu "anspornen", die Streitverkündungsklage ebenfalls gutzuheissen.

E Grenzen der Streitverkündungsklage

Ferner fragt es sich, ob der Streitverkündungskläger (das ist regelmässig der Beklagte im Hauptprozess) zusätzlich zu seinem Regressanspruch (welcher Hauptgegenstand der Streitverkündungsklage ist) auch **noch weitere (konnexe) Ansprüche geltend machen kann** bzw. ob er sich diesbezüglich auf Art. 15 Abs. 2 ZPO (wo die objektive Klagenhäufung geregelt ist) berufen kann. Kann etwa im **Beispiel** der auf Nachbesserung eingeklagte Unternehmer, welcher mit Streitverkündungsklage Nachbesserung von seinem Subunternehmer verlangt, in der Streitverkündungsklage gleichzeitig auch noch die Rückleistung von (infolge zu hoher Akontozahlungen) zu viel geleistetem Werklohn vom Subunternehmer verlangen?

⁸ Teilweise abweichend DANIEL SCHWANDER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), N 36 zu Art. 82 ZPO, welcher ausführt, dass die Kosten für den abgeschriebenen Streitverkündungsprozess diesfalls grundsätzlich ebenfalls dem Kläger des Hauptprozesses aufzuerlegen seien, vorausgesetzt, der Streitverkündungskläger (d.h. regelmässig der Beklagte im Hauptprozess) sei "in guten Treuen zur Prozessführung [d.h. zur Streitverkündungsklage] veranlasst" gewesen (mit Verweis auf Art. 107 Abs. 1 lit. e i.V.m. lit. b ZPO). Dieser Auffassung ist insofern beizupflichten, als diesfalls (i) der Kläger des Hauptprozesses in der Tat auch die Gerichtskosten des Streitverkündungsprozesses zu übernehmen hat und (ii) im *Innenverhältnis zwischen Kläger und Beklagtem des Hauptprozesses* (aber nur dort!) der Kläger (des Hauptprozesses) dem Beklagten (des Hauptprozesses) für eine allfällige Parteientschädigung an den Streitverkündungsbeklagten verantwortlich bzw. haftbar wird. Indes ist es nach der hier vertretenen Auffassung nicht zutreffend, dem Streitverkündungsbeklagten (nach der Abschreibung der Streitverkündungsklage) lediglich einen Anspruch auf Parteientschädigung gegenüber dem Kläger des Hauptprozesses einzuräumen, steht er doch mit diesem regelmässig in keinem Vertragsverhältnis und war es auch nicht dieser, welcher ihn eingeklagt hat. Entsprechend muss dem Streitverkündungsbeklagten ein definitiver Rechtsöffnungstitel (hinsichtlich des Anspruchs auf Parteientschädigung) **gegenüber dem Streitverkündungskläger** (also regelmässig gegenüber dem Beklagten des Hauptprozesses) **zuerkannt werden**, um die Bedürfnisse des Streitverkündungsbeklagten ausreichend zu wahren. In sinnemässiger Übereinstimmung mit DANIEL SCHWANDER, a.a.O., ist jedoch davon auszugehen, dass sich der Streitverkündungskläger (und Beklagte des Hauptprozesses) hinsichtlich dieser (von ihm an den Streitverkündungsbeklagten zu zahlenden) Parteientschädigung wie erwähnt am Kläger des Hauptprozesses schadlos halten kann, wozu ihm das Gericht ein entsprechendes Regressrecht einzuräumen hat.

Nach der hier vertretenen Auffassung **steht dieses Recht dem Streitverkündungskläger** (und Beklagten im Hauptprozess) **nicht zu**⁹.

Umgekehrt ist dem **Streitverkündungsbeklagten auch das Recht verwehrt, Widerklage gegen den Streitverkündungskläger** (und Beklagten im Hauptprozess) **zu erheben**¹⁰. Entsprechend könnte der im Beispiel mit Streitverkündungsklage auf Nachbesserung belangte Subunternehmer auch nicht widerklageweise die Bezahlung von Restwerklohn vom Unternehmer verlangen.

Würden diese Möglichkeiten (objektive Klagenhäufung durch den Streitverkündungskläger und Widerklage durch den Streitverkündungsbeklagten) zugelassen, so würden der Grundsatz, dass die Streitverkündungsklage von der Hauptklage abhängig ist und der Grundsatz, dass das Verfahren durch die Streitverkündungsklage nicht zu sehr verkompliziert werden soll, ausgehöhlt. Dies entsprach jedoch nicht den Vorstellungen des Gesetzgebers; er wollte die Streitverkündungsklage bewusst begrenzen.

F Gleiche sachliche Zuständigkeit und gleiche Verfahrensart?

Eine weitere, sich gerade in Bauprozessen häufig stellende Frage ist, ob eine **Streitverkündungsklage zulässig ist, wenn für sie eine andere sachliche Zuständigkeit** (z.B. Bezirksgericht) als für die Hauptklage (welche z.B. vom Handelsgericht beurteilt wird) **gegeben** wäre oder **wenn die Streitverkündungsklage im vereinfachten Verfahren (statt im ordentlichen Verfahren wie die Hauptklage) zu behandeln** wäre. Auch dies ist **nicht der Fall**, weshalb darin eine weitere Grenze der Streitverkündungsklage zu erblicken ist:

Auch wenn dies dem Gesetz (nicht mehr) direkt zu entnehmen ist¹¹, stehen einer derartigen Ausweitung der Zulässigkeit der Streitverkündungsklage sachliche Gründe entgegen: Zum einen wäre es nicht hinzunehmen, dass dem Streitverkündungsbeklagten durch "Ziehung" an ein für ihn sachlich nicht zuständiges Gericht allenfalls eine Instanz verloren ginge und zum anderen ist zum vornherein nicht ohne Weiteres ersichtlich, wie ein Prozess ablaufen soll, in dem für Hauptklage und Streitverkündungsklage verschiedene Verfahrensarten anwendbar wären.

G Die Möglichkeiten des Subunternehmers im Beispiel

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass eine **zweite Streitverkündungsklage**, d.h. eine Streitverkündungsklage des Streitverkündungsbeklagten gegen eine weitere Person (etwa eine Klage des Subunternehmers gegen den Sub-Subunternehmer auf Nachbesserung durch diesen), nach Art. 81 Abs. 2 ZPO **unzulässig** ist. Art. 81 Abs. 2 ZPO soll wiederum eine Ausweitung des Prozesses, welche zu ungebührlichen Nachteilen für die Parteien des Hauptprozesses führt, verhindern.

Im vorliegenden Fall bliebe dem Subunternehmer folglich nur die Möglichkeit, seinem Sub-Subunternehmer ausserprozessual oder prozessual (d.h. durch Vermittlung des für Hauptklage und Streitverkündungsklage zuständigen Gerichts) den **Streit zu verkünden** (jedoch ohne eine – unzulässige zweite – Streitverkündungsklage erheben zu können). Eine andere Möglichkeit besteht in einer separaten, neuen Klage des Subunternehmers gegen seinen Sub-Subunternehmer, verbunden mit dem prozessualen Begehren um Überweisung an das mit der Hauptklage und der Streitverkündungsklage befasste Gericht (Art. 127 Abs. 1 ZPO), wobei

⁹ Gl.M. DANIEL SCHWANDER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), N 18 zu Art. 81 ZPO.

¹⁰ DANIEL SCHWANDER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), N 18 zu Art. 81 ZPO.

¹¹ Im Einzelnen: DANIEL SCHWANDER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), N 26 ff. zu Art. 81 ZPO.

dieses Vorgehen in der Praxis freilich nicht selten am Einverständnis des mit der Hauptklage und der Streitverkündungsklage befassten Gerichtes scheitern dürfte.

VII. Vorsorgliche Beweisführung in Bauprozessen

A Gesetzliche Grundlage

In Art. 158 ZPO ist die neu schweizweit so genannte **vorsorgliche Beweisführung** (ehemals: vorsorgliche Beweissicherung, vorsorgliche Beweisaufnahme etc.) geregelt. Danach **nimmt das Gericht** – und zwar in Anwendung der *Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen und damit im summarischen Verfahren* (vgl. Art. 158 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 248 lit. d ZPO) – **jederzeit Beweis ab**, wenn das *Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt* (Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO) oder (und das sind in der Praxis die häufigeren Fälle) wenn die gesuchstellende Partei eine *Gefährdung der Beweismittel* oder ein *schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht* (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO).

B Gefährdung von Beweismitteln

Bei (glaubhaft gemachter) Gefährdung eines Beweismittels konnte bereits bis anhin in praktisch allen Kantonen eine vorsorgliche Beweisführung (vorsorgliche Beweissicherung bzw. vorsorgliche Beweisaufnahme etc.) anbegehrt werden, wobei diesfalls (anders als bei den übrigen vorsorglichen Massnahmen) **nur eine Beweisgefährdung, nicht aber eine sog. "Hauptsachenprognose" und auch keine sog. "Nachteilsprognose" glaubhaft zu machen war**. Dies bleibt auch unter der ZPO so, was sich aus Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO ergibt und woran auch der Verweis auf die vorsorglichen Massnahmen in Art. 158 Abs. 2 ZPO nichts zu ändern vermag. Erforderlich (und genügend) war und ist nur (aber immerhin) eine **Beweisgefährdung**.

C Schutzwürdiges Interesse

Neu ist demgegenüber für die meisten Kantone die Tatsache, dass eine vorsorgliche Beweisführung auch schon bei einem **schutzwürdigen Interesse** – und zwar bei blosser *Glaubhaftmachung* desselben ohne weitere Nachweise – verlangt werden kann. Ein solches schutzwürdiges Interesse kann dabei namentlich auch darin bestehen, dass *erst infolge der Abnahme eines bestimmten Beweismittels eine Prognose über die Prozesschancen gemacht werden kann*¹².

Die **Praxis** wird dabei zeigen müssen, ob das **Erfordernis des schutzwürdigen Interesses** extensiv oder (wie nach der hier vertretenen Auffassung vorgeschlagen wird) restriktiv gehandhabt wird. In Kürze ist an dieser Stelle auf folgende Punkte hinzuweisen:

(i) **Zu vermeiden** ist auf jeden Fall, dass Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO dazu führt, dass sog. *"fishing expeditions"*, welche dem kontinentaleuropäischen Rechtsverständnis fremd sind, neu auch in der Schweiz zugelassen werden. Der Anspruch der gesuchstellenden Partei muss schutzwürdig sein, was nicht leichthin anzunehmen ist. (ii) Zwar trifft es zu, dass auch ein **künftig allenfalls zu führender Prozess** ein schutzwürdiges Interesse begründen kann, zumal sich (mit Blick auf Baustreitigkeiten) namentlich etwa durch ein vorprozessual eingeholtes *gerichtliches* Gutachten die Prozessaussichten wesentlich besser beurteilen lassen als durch ein Privatgutachten (was sich von selbst versteht). Ebenso ist die vorprozessuale *gerichtliche* Zeugenbefragung gewiss auch sinnvoller als die vorprozessuale anwaltliche Zeugenbefragung, welche im Lichte der Schweizerischen Ständeregeln nach wie vor nur unter eingeschränkten Voraussetzungen zulässig ist¹³.

¹² Vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006, 7315, wo von *Prozessaussichten* gesprochen wird.

¹³ Vgl. Art. 7 Abs. 1 der Schweizerischen Ständeregeln (für Rechtsanwälte).

Indes ist nach der hier vertretenen Auffassung zu fordern, dass es sich bei dem Prozess, für den eine vorsorgliche Beweisführung verlangt wird, **jedenfalls um einen nicht aussichtslosen Prozess handelt**, was *glaubhaft* gemacht werden muss (vgl. Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO). Überdies zu postulieren ist, dass die **sonstigen Prozessaussichten** (d.h. die Prozessaussichten bezüglich derjenigen Tatbestandsmerkmale, hinsichtlich derer keine vorsorgliche Beweisführung verlangt wird) **intakt** (d.h. bei mindestens 50% Gewinnchance liegend) **sind**, wobei diese Gewinnchancen ebenfalls *glaubhaft* zu machen sind (vgl. Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO). Eine derartige Handhabung von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO bietet zum einen den *Vorteil*, dass bei einem begründeten und glaubhaft gemachten Interesse (welches diesfalls automatisch schutzwürdig ist) tatsächlich *auch ohne Beweisführung vorprozessual Beweise durch das Gericht erhoben werden können*, womit der Intention des Gesetzgebers (vgl. dazu Fussnote 7) Rechnung getragen wird. Zum andern und umgekehrt sind die vorgetragenen Leitplanken ein Schutzschild gegen ohne ausreichende Gründe initiierte "Ausforschungsbeweise" ("fishing expeditions"), welche wie erwähnt nicht nur der schweizerischen Prozessrechtstradition widersprechen, sondern auch nicht dem Rechtszustand der (allermeisten) Kantone entsprochen haben.

VIII. Wahrung von Verjährungsfristen in Handelssachen

A Kein Schlichtungsverfahren in Handelssachen: ein Problem?

Nach Art. 198 lit. f ZPO **entfällt das Schlichtungsverfahren bei Streitigkeiten, für die nach den Art. 5 und 6 ZPO eine einzige kantonale Instanz zuständig** ist; d.h. es geht hier insbesondere auch um Streitigkeiten, für welche das **Handelsgericht sachlich zuständig** ist. Bei *drohendem Ablauf einer Verjährungsfrist* (vgl. dazu Art. 371 Abs. 2 OR, wonach die Verjährungsfrist für Ansprüche des Bestellers eines unbeweglichen Bauwerkes wegen allfälliger Mängel des Werkes gegenüber dem Unternehmer sowie gegenüber dem Architekten oder Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben, *fünf Jahre* seit der Abnahme beträgt) *und bei gleichzeitiger Nichtabgabe einer Verjährungsverzichtserklärung durch die (potentiell) beklagte Partei* kann dies in Fällen, in denen das Handelsgericht zuständig ist, zur Folge haben, dass *direkt beim zuständigen Gericht (Handelsgericht) geklagt werden muss*, damit die Verjährungsfrist unterbrochen wird. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn – etwa **mangels eines Betreibungsortes in der Schweiz** oder **mangels Betreibungsfähigkeit des Anspruchs**, letzteres namentlich bei Nicht-Geldleistungen wie (in Bausachen) insbesondere bei **Nachbesserungsforderungen** (vgl. BGer. 4C.258/2001 E. 4.1.2) – auch eine **Betreibung nicht möglich** ist, um die Verjährung zu unterbrechen (vgl. zur Verjährungsunterbrechung Art. 135 Ziff. 2 OR).

B Lösung des Problems

1. Eine mögliche Lösung

Ist in diesem Zeitpunkt (d.h. kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist) die Klageschrift noch nicht im Einzelnen ausgearbeitet, so müsste die Klage – zwecks Vermeidung des Eintritts materieller Rechtskraft – *nach der Einreichung umgehend wieder zurückgezogen werden und zwar, bevor das Gericht (Handelsgericht) die Klage der beklagten Partei zugestellt hat* (Art. 65 ZPO). Geschieht dies nicht, so hat die klagende Partei die Folgen einer nicht gründlich ausgearbeiteten (und damit unausgegorenen) Klage zu tragen, was entsprechende prozessuale Risiken mit sich bringt.

2. Mehrere Scheinlösungen

Andere "Lösungswege" überzeugen demgegenüber nach der hier vertretenen Auffassung **nicht**:

- Nicht sinnvoll erscheint es zunächst, die **Klage einfach bei einer Schlichtungsbehörde** (desselben Kantons) einzureichen, um sie hernach vor ein *sachlich unzuständiges Gericht desselben Kantons* zu tragen und alsdann auf die Anwendung von Art. 63 ZPO (Gewährung einer Nachfrist von einem Monat) zu hoffen: Zum einen fragt es sich, ob Art. 63 ZPO auf Klagen, welche bei einem *sachlich unzuständigen* Gericht eingereicht werden, überhaupt anwendbar ist, nachdem die ZPO nur die örtliche Zuständigkeit regelt (und die Regelung der sachlichen Zuständigkeit den Kantonen vorbehält, Art. 4 Abs. 1 ZPO, vgl. oben II.D.2.b). Zum anderen liesse sich diesfalls wohl der *Vorwurf des Rechtsmissbrauchs* nicht ohne weiteres von der Hand weisen. Im Ergebnis würde folglich das Risiko eingegangen, dass die Anrufung der Schlichtungsbehörde nicht als verjährungsunterbrechende Handlung qualifiziert würde.
- Ähnlich verhält es sich, wenn der **Kläger ein Schlichtungsverfahren in einem anderen Kanton (konkret in einem Nicht-Handelsgerichtskanton) einleitet**, um die Sache nachher vor ein *örtlich unzuständiges Gericht desselben Kantons* zu tragen. Diesfalls stünde zwar der Anwendung von Art. 63 ZPO, welcher auf bei einem örtlich unzuständigen Gericht eingereichte Klagen unbestrittenermassen anwendbar ist, nichts entgegen. Allerdings würde sich auch hier wiederum das *Problem des Rechtsmissbrauchs* stellen, ist doch in der Regel (gleich wie auch bei der Frage, welches Gericht innerhalb eines Kantons sachlich zuständig ist, vgl. dazu soeben im letzten Bullet Point) erkennbar, wo (d.h. an welchem Ort) eine Klage einzuleiten ist.
- Schliesslich ist noch zu prüfen, wie sich die Rechtslage darstellt, wenn die **Forderung vor Einleitung des Prozesses an eine nicht im Handelsregister eingetragene Person zediert wird**. Diesfalls fragt es sich, ob sich diese Person (d.h. der Zessionar) auf Art. 6 Abs. 3 ZPO berufen, in der Folge das ordentliche Gericht (ein Nicht-Handelsgericht) wählen sowie vorgängig ein Schlichtungsverfahren einleiten (und sich damit genügend Zeit verschaffen) kann. Dieses Vorgehen ist zwar grundsätzlich zulässig. Verfolgt jedoch die *Zession einzig den Zweck, die Einleitung der Klage direkt (d.h. ohne vorgängiges Schlichtungsverfahren) beim Handelsgericht zu umgehen* und liegt ihr kein anderer (nachvollziehbarer) wirtschaftlicher Vorgang zu Grunde (so insbesondere bei einer Zession an eine natürliche Person, welche mit der Sache überhaupt nichts zu tun hat), so stellt sich auch hier wiederum die *Frage des Rechtsmissbrauchs*. Ein entsprechendes Vorgehen erscheint demnach in der Regel nicht wirklich empfehlenswert.

IX. Zum Schluss noch eine Prozessfalle

A Anfechtung von Beschlüssen von Stockwerkeigentümersammlungen

Im Stockwerkeigentumsrecht wird bekanntlich hinsichtlich der Versammlung der Stockwerkeigentümer und des Ausschusses auf die Vorschriften über die Organe des Vereins und über die Anfechtung von Vereinsbeschlüssen verwiesen (Art. 712m Abs. 2 ZGB). Konkret bedeutet dies, dass **Beschlüsse von Stockwerkeigentümersammlungen, welche das Gesetz oder die Statuten (hier: das Stockwerkeigentümerreglement) verletzen, von Gesetzes wegen binnen Monatsfrist beim Gericht angefochten werden können und – um die Frist zu wahren – auch angefochten werden müssen** (Art. 75 ZGB). Es fragt sich dabei, was genau es mit dieser **Monatsfrist** auf sich hat.

B Die Auslegung durch das Bundesgericht

Das Bundesgericht hat zu dieser Frage in BGE 135 III 489 Stellung genommen. Es hat dabei festgehalten, dass die gesetzliche Monatsfrist gemäss Art. 75 ZGB eine **Verwirkungsfrist** ist und es hat ferner ausgeführt, dass diese **Verwirkungsfrist durch ein Schlichtungsgesuch grundsätzlich gewahrt** wird, wenn der Kläger den Streit in der Folge auch tatsächlich vor das urteilende Gericht bringt.

Von **überragender Bedeutung** ist dabei die bundesgerichtliche Feststellung, dass aus Art. 209 Abs. 4 ZPO (klar) hervorgehe, dass **bei kürzeren gesetzlichen und gerichtlichen Verwirkungsfristen** (Klagefristen) als der ordentlicherweise geltenden Klagefrist von drei Monaten (Art. 209 Abs. 3 ZPO) *auch die Klagebewilligung innert dieser derart verkürzten Klagefrist* (zusammen mit der Klage, vgl. Art. 221 ZPO) beim urteilenden Gericht einzureichen ist. *Im Klartext*: Etwa im Falle von Art. 75 ZGB i.V.m. Art. 712m Abs. 2 ZGB ist nicht nur das Schlichtungsgesuch innert der Frist von einem Monat (Art. 75 ZGB i.V.m. Art. 712m Abs. 2 ZGB) bei der Schlichtungsbehörde einzureichen, **sondern es ist hernach auch die Klagebewilligung** (zusammen mit der Klage, vgl. Art. 221 ZPO) **innert einem Monat** (Art. 75 ZGB i.V.m. Art. 712m Abs. 2 ZGB) **dem urteilenden Gericht einzureichen**.

C Würdigung

Relevant und beachtlich sind daher zwei Fristen – beide sind einzuhalten, ansonsten ist "die Frist" verpasst. Die Beachtlichkeit der zweiten Frist (nämlich der Frist für die Einreichung von Klagebewilligung und Klage an das Gericht nach durchgeführtem Schlichtungsverfahren) ergibt sich dabei nur (eher) "versteckt" aus Art. 209 Abs. 4 ZPO. Nur "versteckt" ergibt sich dies aus Art. 209 Abs. 4 ZPO deshalb, weil der Vorbehalt weiterer besonderer gesetzlicher und gerichtlicher Klagefristen (gemeint sind Verwirkungsfristen, dazu sogleich im nächsten und im übernächsten Absatz) nicht als zweiter Satz von Art. 209 Abs. 3 ZPO (wo die ordentliche Klagefrist von drei Monaten geregelt ist) angefügt worden ist, sondern – gesetzessystematisch wenig nachvollziehbar – als zweiter Satz von Art. 209 Abs. 4 ZPO fungiert. Art. 209 Abs. 4 ZPO regelt indes grundsätzlich nur die Klagefrist für Streitigkeiten aus der Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht (und sieht diesbezüglich vor, dass die Klagefrist dreissig Tage beträgt, was bereits bis anhin aufgrund von Art. 274f Abs. 1 aOR allgemein gegolten hat). Indem also der Vorbehalt besonderer gesetzlicher und gerichtlicher Klagefristen (gemeint: Verwirkungsfristen) systematisch im falschen Absatz (Abs. 4) statt im richtigen Absatz (Abs. 3) von Art. 209 ZPO untergebracht worden ist, ist er zwar erkennbar, aber eben nicht leicht erkennbar.

Die **nicht gerade leichte Erkennbarkeit von Art. 209 Abs. 4 Satz 2 ZPO** ergibt sich zudem daraus, dass der Satz "Vorbehalten bleiben weitere besondere gesetzliche und gerichtliche Klagefristen" keinesfalls derart klar ist wie etwa Art. 153 Abs. 4 aZPO/BE, wo es heisst: "*In Streitigkeiten über Ansprüche, für welche eine kürzere als sechsmonatige Verwirkungsfrist gilt, ist die Klagefrist auf die Dauer der entsprechenden Verwirkungsfrist verkürzt.*" Im Gegensatz zu Art. 153 Abs. 4 aZPO/BE weist demnach Art. 209 Abs. 4 Satz 2 ZPO gerade nicht explizit auf die entsprechende Verkürzung der Klagefrist hin. Ebenfalls – und auch dies wiederum im Gegensatz zu Art. 153 Abs. 4 aZPO/BE – weist Art. 209 Abs. 4 Satz 2 ZPO nicht darauf hin, dass sich diese Verkürzung der Klagefrist einzig aufgrund einer (in einem anderen Gesetz wie dem ZGB enthaltenen) Verwirkungsfrist ergibt, welche alsdann insofern auf die später – nach Durchführung des Schlichtungsverfahrens – zu beachtende Klagefrist "durchschlägt", als und da sie dort *erneut* (d.h. ein zweites Mal) zu beachten ist. Aus diesem Grund ist Art. 209 Abs. 4 Satz 2 ZPO in weitaus geringerem Masse als Art. 153 Abs. 4 aZPO/BE aus sich selbst heraus verständlich.

Zur Verdeutlichung: **Mit den in Art. 209 Abs. 4 Satz 2 ZPO vorbehaltenen "Klagefristen" sind eigentlich Verwirkungsfristen gemeint**, welche zwar beim Klagen berücksichtigt werden müssen, wobei sie allerdings *nicht nur bei der eigentlichen* (erstmaligen) *Anhebung der Klage*

(bei der Schlichtungsbehörde), *sondern vielmehr auch bei der Einreichung der Klagebewilligung* (mit Klage, vgl. Art. 221 ZPO) *beim Gericht – d.h. insgesamt also zweimal – zu beachten sind.* Dies geht aus Art. 209 Abs. 4 Satz 2 ZPO nicht mit der wünschbaren Deutlichkeit hervor.