

Urteilkopf

146 III 185

21. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. gegen B. (Beschwerde in Zivilsachen) 4A_416/2019 vom 5. Februar 2020

Regeste (de):

Art. 199 Abs. 1 ZPO; gemeinsamer Verzicht auf die Schlichtungsverhandlung.

Nach Art. 199 Abs. 1 ZPO haben die Parteien bei Streitigkeiten mit einem Streitwert von unter Fr. 100'000.- ein Schlichtungsverfahren durchzuführen, auch wenn sie dies gemeinsam nicht wollen. Erklärt der Beklagte, er werde der Vorladung zur Schlichtungsverhandlung keine Folge leisten, darf die Schlichtungsbehörde den Kläger nicht von der Schlichtungsverhandlung dispensieren. Trotz Mitteilung des Beklagten, er werde nicht kommen, hat der Kläger an der Verhandlung teilzunehmen, allenfalls einzig um die Klagebewilligung abzuholen (E. 4).

Regeste (fr):

Art. 199 al. 1 CPC; renonciation conjointe à l'audience de conciliation.

Dans les litiges d'une valeur inférieure à 100'000 fr., les parties sont tenues, en vertu de l'art. 199 al. 1 CPC, de mener une procédure de conciliation, même si aucune d'elles ne le souhaite. Si le défendeur déclare qu'il ne participera pas à l'audience de conciliation, l'autorité de conciliation ne peut pas dispenser le demandeur de comparaître à cette audience. Malgré la déclaration du défendeur, le demandeur doit participer à l'audience, même si ce n'est que pour obtenir l'autorisation de procéder (consid. 4).

Regesto (it):

Art. 199 cpv. 1 CPC; rinuncia comune all'udienza di conciliazione.

Nelle controversie con un valore litigioso inferiore a fr. 100'000.- le parti devono, in virtù dell'art. 199 cpv. 1 CPC, effettuare una procedura di conciliazione anche se entrambe non la vogliono. Se il convenuto dichiara che non darà seguito alla citazione all'udienza di conciliazione, l'autorità di conciliazione non può dispensare l'attore dalla comparizione all'udienza. Nonostante la comunicazione del convenuto di non venire all'udienza, l'attore deve parteciparvi, tutt'al più solo per ritirare l'autorizzazione ad agire (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 186

BGE 146 III 185 S. 186

A. A. (Kläger, Beschwerdeführer) stellte am 20. September 2018 ein Schlichtungsgesuch am Friedensrichteramt Kreis IX des Kantons Aargau. Er machte darin geltend, B. (Beklagter, Beschwerdegegner) habe ihm aus Vertragsverletzung Fr. 30'000.- zu bezahlen, unter Vorbehalt des Nachklagerechts. Mit Schreiben vom 1. Oktober 2018 teilte der Rechtsvertreter des Beklagten dem Friedensrichter mit, dass weder der Beklagte noch er selbst an der Friedensrichterverhandlung teilnehmen werde. Dieses Schreiben stellte der Friedensrichter dem Rechtsanwalt des Klägers zu. Dieser beantragte mit Schreiben vom 23. Oktober 2018, sein Mandant und er seien vom persönlichen Erscheinen an der Schlichtungsverhandlung zu dispensieren und es sei ihm ohne Verhandlung direkt eine Klagebewilligung auszustellen. Am 29. Oktober 2018 erteilte der Friedensrichter dem Kläger die Klagebewilligung. Er verfügte dabei in Dispositivziffer 1 ausdrücklich, dass dem Kläger "ohne durchgeführte Schlichtungsverhandlung die Klagebewilligung erteilt" werde.

B. Gestützt auf diese Klagebewilligung reichte der Kläger am Bezirksgericht Kulm Klage ein. Er begehrte, der Beklagte sei - unter Vorbehalt des Nachklagerechts - zu verpflichten, ihm Fr. 30'000.- zu bezahlen. Der Präsident des Bezirksgerichts trat mit Entscheid vom 18. März 2019 mangels

gültiger Klagebewilligung auf die Klage nicht ein. Die dagegen vom Kläger erhobene Berufung wies das Obergericht des Kantons Aargau mit Entscheid vom 13. August 2019 ab.

C. Gegen den Entscheid des Obergerichts erhob der Beschwerdeführer Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Er beantragte,
BGE 146 III 185 S. 187

das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben. Das Obergericht sei anzuweisen, den Entscheid des Präsidenten des Bezirksgerichts aufzuheben und den Präsidenten anzuweisen, auf die Klage des Beschwerdeführers einzutreten und das Verfahren (...) weiterzuführen. Eventualiter sei der Präsident des Bezirksgerichts direkt anzuweisen, auf die Klage einzutreten und das Verfahren weiterzuführen. (...) Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.
(Auszug)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

4.

4.1 Für die Beantwortung der sich vorliegend stellenden Frage, ob der Kläger an der Schlichtungsverhandlung teilnehmen muss, wenn der Beklagte vorab erklärte, er werde nicht erscheinen, ist an der Regelung in der Zivilprozessordnung anzusetzen, nach welcher die Parteien gemeinsam auf das Schlichtungsverfahren verzichten können.

4.1.1 Nach dem Vorentwurf der Expertenkommission stand es den Parteien frei, gemeinsam auf das Schlichtungsverfahren zu verzichten (Art. 192 Abs. 1 VE-ZPO), zumindest dann, wenn das Schlichtungsverfahren nicht als obligatorisch erklärt wurde (Art. 192 Abs. 3 VE-ZPO). Begründet wurde diese gemeinsame Verzichtsmöglichkeit der Parteien damit, dass die Durchführung des Schlichtungsverfahrens wenig sinnvoll sei, wenn beide Parteien diese als nutzlos betrachten würden (Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, 2003, S. 95).

4.1.2 In der Botschaft des Bundesrats wurde hingegen ausgeführt, dass die im Vorentwurf vorgesehenen weitgehenden Verzichtsmöglichkeiten der Parteien in der Vernehmlassung auf starke Kritik gestossen seien. Diesen Bedenken trage der Bundesrat unter anderem damit Rechnung, dass bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten die Parteien "erst ab einem Streitwert von mindestens 100'000 Franken auf den Schlichtungsversuch verzichten" (Art. 196 Abs. 1 E-ZPO) können (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7329).

Im Bereich der kleineren Streitwerte solle damit eine aussergerichtliche Vorrunde obligatorisch sein, denn dort sei die Vergleichsquote - und Entlastungswirkung für die Gerichte - erfahrungsgemäss am höchsten. Das Obligatorium liege dort aber auch im wohlverstandenen Interesse der Parteien: Durch den Gang zum Friedensrichter
BGE 146 III 185 S. 188

würden sie vor zu viel Aufwand infolge unnützer und unverhältnismässiger Demarchen geschützt. Bei hohen Streitwerten liege der Fall hingegen anders. Dort habe die praktische Erfahrung gezeigt, dass eine obligatorische Zwischenstation beim Friedensrichter oft nur ein unnützer Durchlauf zwecks Erteilung der Klagebewilligung darstelle. Die Parteien seien meist anwaltlich vertreten, sodass ihnen die optimale Wahl der Verfahrenseröffnung durchaus zugetraut werden könne. Deshalb solle hier auf die Vorrunde verzichtet und direkt geklagt werden können (Art. 196 E-ZPO). Verzicht heisse jedoch nicht einseitiger Verzicht: Die Parteien müssten die Abkürzung gemeinsam wählen, sonst könnte die Vorrunde zu leicht umgangen werden (Botschaft, a.a.O., 7242 f.). In den Räten wurde die Bestimmung von Art. 196 E-ZPO, abgesehen von einem hier nicht relevanten Antrag, nicht weiter diskutiert (AB 2007 SR 522; AB 2008 NR 952).

4.1.3 Dementsprechend zielt der historische Wille des Gesetzgebers auf eine beschränkte Verzichtsmöglichkeit. Grundsätzlich gilt Schlichtungspflicht (vgl. nicht publ. E. 1.1). Art. 199 Abs. 1 ZPO, der Art. 196 Abs. 1 E-ZPO entspricht, setzt der Möglichkeit der Parteien, auf das Schlichtungsverfahren zu verzichten, eine klare Grenze, indem die Parteien einzig bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von mindestens Fr. 100'000.- gemeinsam auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens verzichten können ("Dans les litiges patrimoniaux d'une valeur litigieuse de 100 000 francs au moins, les parties peuvent renoncer à la procédure de conciliation d'un commun accord"/"Nelle controversie patrimoniali con un valore litigioso non inferiore a 100 000 franchi le parti possono convenire di rinunciare alla procedura di conciliazione"). Nach dem eindeutigen Wortlaut der Bestimmung von Art. 199 Abs. 1 ZPO können die Parteien damit erst ab

einem Streitwert von mindestens Fr. 100'000.- gemeinsam einem Schlichtungsverfahren entsagen und die Klage direkt beim Gericht einreichen. Es sind keine triftigen Gründe ersichtlich (vgl. BGE 143 II 685 E. 4; BGE 140 II 80 E. 2.5.3; BGE 138 III 558 E. 4.1), dass dieser klare Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergeben würde. Vielmehr war es der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers, die Verzichtsmöglichkeiten der Parteien auf das Schlichtungsverfahren im Gegensatz zum Vorentwurf deutlich restriktiver zu gestalten und eine Streitwertgrenze von Fr. 100'000.- für den Verzicht auf die Schlichtung einzuführen.

BGE 146 III 185 S. 189

4.1.4 Die Parteien können nach dem Gesagten bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten erst ab einem Streitwert von Fr. 100'000.- gemeinsam auf das Schlichtungsverfahren verzichten. Im Umkehrschluss haben die Parteien daher bei einem Streitwert von unter Fr. 100'000.-, unter Vorbehalt der erwähnten gesetzlichen Ausnahmen von Art. 198 und Art. 199 Abs. 2 ZPO (nicht publ. E. 1.1), in jedem Fall ein Schlichtungsverfahren durchzuführen, auch wenn sie dies gemeinsam nicht wollen. Wie sinnvoll es ist, eine Schlichtungsverhandlung durchzuführen, die beide Parteien nicht wollen und nicht als nutzvoll erachten, ist eine Frage, welche der Gesetzgeber entscheiden muss und - wie erwähnt - entschieden hat.

4.2

4.2.1 Die Bestimmung von Art. 199 Abs. 1 ZPO regelt nach dem Ausgeführten die Situation, in welcher die Parteien gemeinsam übereinkommen, das Schlichtungsverfahren zu überspringen und die Klage direkt beim Gericht anhängig zu machen, was sie bei einem Streitwert ab Fr. 100'000.- tun können. Klar ist daher, dass der Beschwerdeführer und der Beschwerdegegner vorliegend nicht hätten vereinbaren können, das Schlichtungsverfahren auszulassen und die Klage direkt am Gericht einzureichen, da der Streitwert der Klage des Beschwerdeführers nur Fr. 30'000.- beträgt. Wie der Beschwerdeführer aber zutreffend vorbringt, machte er seine Klage nicht direkt beim Bezirksgericht anhängig und liess das Schlichtungsverfahren nicht aus. Vielmehr reichte er ein Schlichtungsgesuch gegen den Beschwerdegegner ein. Erst nach Einleitung des Schlichtungsgesuchs teilte der beklagte Beschwerdegegner mit, dass er nicht an der Schlichtungsverhandlung teilnehmen werde. Daraufhin ersuchte der klagende Beschwerdeführer den Friedensrichter, von der Schlichtungsverhandlung dispensiert zu werden. Die Parteien verzichteten damit nicht auf das Schlichtungsverfahren, sofern sie erklärten nach Einleitung des Schlichtungsverfahrens einer nach dem anderen, dass sie an der Schlichtungsverhandlung nicht teilnehmen wollen. Die Parteien entsagten mit anderen Worten nicht dem Schlichtungsverfahren, sondern sie verzichteten übereinstimmend auf die Schlichtungsverhandlung.

4.2.2 Das Schlichtungsverfahren besteht aber im Wesentlichen aus der Schlichtungsverhandlung. In dieser Verhandlung sollen die Parteien zu einer Aussprache zusammengebracht werden (dazu nicht publ. E. 3.1). Teilen die Parteien der Schlichtungsbehörde nach der Einleitung des Schlichtungsverfahrens übereinstimmend mit, sie

BGE 146 III 185 S. 190

wollten nicht an der Schlichtungsverhandlung teilnehmen, kommt dies einem gemeinsamen Verzicht auf das Schlichtungsverfahren gleich (CLAUDE SCHRANK, Das Schlichtungsverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2015, Rz. 469; vgl. auch: GROLIMUND/BACHOFNER, Die Klagebewilligung als Prozessvoraussetzung - Zum Obligatorium des Schlichtungsverfahrens und zum persönlichen Erscheinen an der Schlichtungsverhandlung, in: Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Thomas Sutter-Somm, Fankhauser und andere [Hrsg.], 2016, S. 137 ff., 151). Ein solcher gemeinsamer Verzicht bei einem Streitwert von unter Fr. 100'000.- ist daher nach Art. 199 Abs. 1 ZPO gesetzlich ausgeschlossen. Andernfalls könnten die Parteien das vom Gesetzgeber vorgesehene Schlichtungsobligatorium für Streitigkeiten unter Fr. 100'000.- unterlaufen. Sie könnten nämlich zunächst ein Schlichtungsgesuch einreichen, anschliessend aber gemeinsam auf die Schlichtungsverhandlung verzichten, wobei sie vom früheren Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Einreichung des Schlichtungsgesuchs profitieren würden. Dieser Verzicht der Parteien beruht in aller Regel einzig auf deren Auffassung, dass ihnen eine Schlichtungsverhandlung nichts bringe. Bei einer Streitigkeit von unter Fr. 100'000.- ist aber diese Entscheidung der Privatautonomie der Parteien entzogen: Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers haben die Parteien für Streitigkeiten unter Fr. 100'000.- ein Schlichtungsverfahren durchzuführen, auch wenn sie es übereinstimmend nicht wollen (dazu oben E. 4.1.4).

4.2.3 Erklärt der Beklagte, er werde an der Schlichtungsverhandlung nicht teilnehmen, darf die Schlichtungsbehörde den Kläger daher nicht von der Schlichtungsverhandlung dispensieren. Sie hat vielmehr am bereits angesetzten Termin festzuhalten und die Parteien allenfalls erneut auf die Erscheinungspflicht (Art. 204 ZPO; dazu nicht publ. E. 3.1) aufmerksam zu machen

(DOLGE/INFANGER, Schlichtungsverfahren nach Schweizerischer Zivilprozessordnung, 2012, S. 127; SCHRANK, a.a.O., Rz. 469).

4.3

4.3.1 In der Lehre wird dagegen vorgebracht, dass die behördliche Strenge einseitig zu Lasten des Klägers gehe. Halte die Schlichtungsbehörde an der Schlichtungsverhandlung fest, werde der Kläger zu einer Narrenfahrt zum Friedensrichter gezwungen - der Beklagte genieße den freien Tag. Der Beklagte dürfe weder polizeilich vorgeführt noch dürfe sein Schwänzen mit einer Ordnungsbusse belegt

BGE 146 III 185 S. 191

werden. Hier wäre Pragmatismus der Schlichtungsbehörde erwünscht. Die Justiz sei ein kostbares Gut: Leerlauf ertrage sie nicht. Die ZPO dürfe und solle mit Augenmass angewendet werden. Das Schlichtungsverfahren wolle dem Kläger einen ersten Schritt auf dem Rechtsweg erleichtern. Es gehe nicht darum, persönliches Erscheinen (einseitig) zu beüben (GASSER/MÜLLER/PIETSCH-KOJAN, Ein Jahr Schweizerische ZPO - ein Erfahrungsbericht, Anwaltsrevue 1/2012, S. 8 ff., S. 9).

4.3.2 Richtig ist, dass die Säumnisfolgen bei Nichterscheinen an der Schlichtungsverhandlung für den Kläger und den Beklagten in der Zivilprozessordnung unterschiedlich geregelt wurden (dazu nicht publ. E. 3.2): Möchte der Kläger das bei der Schlichtungsbehörde anhängig gemachte Verfahren vor Gericht weiterführen, ist er gehalten, persönlich an der Schlichtungsverhandlung teilzunehmen. Ist er nicht anwesend, wird das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben und er erhält die für die Einreichung der Klage vor Gericht benötigte Klagebewilligung nicht. Demgegenüber riskiert der Beklagte bei Nichterscheinen bloss, dass die Schlichtungsbehörde so verfährt, wie wenn keine Einigung zwischen den Parteien zu Stande gekommen ist, sie dem Kläger mithin in aller Regel die Klagebewilligung ausstellt. Diese verschiedenen Konsequenzen des Nichterscheinens für Kläger und Beklagten sind aber eine direkte Folge davon, dass der Gesetzgeber die Säumnisfolgen in Art. 206 ZPO für die Prozessparteien ungleich geregelt hat. Der Kläger hat daher hinzunehmen, dass er, nicht aber der Beklagte, an der Schlichtungsverhandlung teilnehmen muss, wenn er die Klagebewilligung erhalten möchte. Insoweit ist der Kläger, der die Klage gegen den Beklagten einleitete, zu einer Fahrt zur Schlichtungsbehörde gezwungen, auch wenn der Beklagte vorgängig mitteilte, er werde an der Verhandlung nicht erscheinen. Immerhin wird der Kläger nicht schlechter gestellt, als wenn der Beklagte unentschuldigt nicht an der Schlichtungsverhandlung teilnimmt. Verstärkt wird die unterschiedliche Behandlung von Klägern und Beklagten dadurch, dass mangels gesetzlicher Grundlage das blosses Nichterscheinen an der Schlichtungsverhandlung nicht mit einer Ordnungsbusse belegt werden kann (dazu nicht publ. E. 3.3). Dem will die laufende Revision der Zivilprozessordnung abhelfen. Nach einem vorgesehenen Absatz 4 von Art. 206 ZPO können die Parteien, die nicht persönlich zur Schlichtungsverhandlung erscheinen, gebüsst werden. Im Gegensatz zur geltenden Rechtslage sollen dabei keine

BGE 146 III 185 S. 192

besonders qualifizierten Umstände, wie die Störung des Geschäftsgangs oder gar eine bös- oder mutwillige Prozessführung mehr vorzuliegen haben (Erläuternder Bericht zur Änderung der Zivilprozessordnung [Verbesserung der Praxistauglichkeit und Rechtsdurchsetzung] vom 2. März 2018, S. 67 f.).

4.4

4.4.1 In der Lehre wird im Weiteren postuliert, die Teilnahme des Klägers an der Schlichtungsverhandlung könne nicht verlangt werden, wenn von vornherein feststehe, dass die Schlichtungsverhandlung nicht durchgeführt und deren Zweck damit nicht erreicht werden könne. Wenn sich der Beklagte im anschliessenden Gerichtsverfahren auf den Standpunkt stellen würde, die Prozessvoraussetzung der erfolgten Schlichtung sei nicht gegeben, so würde er sich widersprüchlich verhalten und kaum richterlichen Schutz finden (MARTIN SCHMID, Praktische Fragen zum Schlichtungsverfahren, ZZZ 2011 S. 182 ff., S. 187). Gleiches gelte auch, wenn der Kläger aufgrund der Mitteilung des Beklagten nicht persönlich an der Schlichtungsverhandlung teilnehme, sondern einen Vertreter schicke. Stelle die Schlichtungsbehörde trotz fehlender persönlicher Teilnahme des Klägers eine Klagebewilligung aus, könne sich der säumige Beklagte im Gerichtsverfahren nicht darauf berufen, der Kläger sei nicht persönlich zur Schlichtungsverhandlung erschienen. Diese Rüge wäre rechtsmissbräuchlich, denn der Beklagte selbst habe durch seine pflichtwidrige Säumnis den Zweck der Schlichtungsverhandlung vereitelt (GROLIMUND/BACHOFNER, a.a.O., S. 151).

4.4.2 Dazu ist zunächst festzuhalten, dass das Vorliegen einer gültigen Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde nach Art. 209 ZPO eine Prozessvoraussetzung ist, die das Gericht gemäss Art.

60 ZPO von Amtes wegen zu prüfen hat (BGE 141 III 159 E. 2.1; BGE 140 III 227 E. 3.2, BGE 140 III 310 E. 1.3.2; BGE 139 III 273 E. 2.1). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat das Gericht von Amtes wegen Abklärungen vorzunehmen, wenn die Gefahr besteht, dass ein Sachurteil trotz Fehlens einer Prozessvoraussetzung ergeht (Urteile 4A_427/2018 vom 14. September 2018 E. 4; 4A_229/2017 vom 7. Dezember 2017 E. 3.4.2). Das Gericht hat daher unabhängig vom Einwand des Beklagten den Tatsachen nachzugehen, welche die Gültigkeit der Klagebewilligung und damit die Zulässigkeit der Klage beeinflussen könnten. So ging in casu auch die Erstinstanz vor: Sie fällt nämlich nach Einreichung der Klageschrift einen Nichteintretensentscheid. Sie berücksichtigte mithin den Mangel, der sich unmittelbar aus der BGE 146 III 185 S. 193

Klagebewilligung ergab, von Amtes wegen, ohne dass sich der beklagte Beschwerdegegner dazu äusserte (zur amtswegigen Tatsachenermittlung vgl. Urteile 5D_181/2017 vom 24. April 2018 E. 2.4.2; 4A_229/2017 vom 7. Dezember 2017 E. 3.4.2). Der Richter hat somit auch ohne Einwand des Beklagten zu beurteilen, ob eine gültige Klagebewilligung vorliegt. Das Argument, der Einwand des Beklagten sei rechtsmissbräuchlich und auf die Klage sei daher trotz mangelhafter Klagebewilligung einzutreten, ist entsprechend nicht stichhaltig. Hinzu kommt, dass das Zivilprozessrecht öffentliches Recht ist, mit grundsätzlich zwingenden Bestimmungen (BGE 107 Ia 206 E. 3b S. 211; FABIENNE HOHL, Procédure civile, Bd. I, 2. Aufl. 2016, Rz. 82 f.). Entsprechend besteht im Zivilprozessrecht generell auch wenig Raum, infolge Rechtsmissbrauchs von klaren Verfahrensvorschriften abzuweichen (BGE 123 III 220 E. 4d S. 229), insbesondere dort, wo der Gesetzgeber klare Wertungsentscheide getroffen hat (BGE 107 Ia 206 E. 3b S. 211; FRANÇOIS BOHNET, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2. Aufl. 2019, N. 25 zu Art. 52 ZPO; TARKAN GÖKSU, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N. 27 zu Art. 52 ZPO; CHRISTOPH HURNI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 13 zu Art. 52 ZPO; SUTTER-SOMM/CHEVALIER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 22 zu Art. 52 ZPO), wie dies für die persönliche Teilnahmepflicht und die Säumnisfolgen im Schlichtungsverfahren - oben dargelegt - der Fall ist. Der Einwand des Beklagten, es fehle an einer gültigen Klagebewilligung, kann daher in der vorliegenden Konstellation auch aus diesem Grund nicht als rechtsmissbräuchlich ausgeschlossen werden.

4.4.3 In der Tat mag es aber aus der Sicht des Klägers unbefriedigend erscheinen an der Schlichtungsverhandlung teilzunehmen, obschon der Beklagte vorab mitteilte, er werde nicht erscheinen. Ist der Beklagte an der Verhandlung nicht anwesend, kann eine Aussprache zwischen den Parteien und damit der Zweck des Schlichtungsverfahrens nicht mehr erreicht werden. Ob aber ein persönliches Gespräch zwischen den Parteien an der Schlichtungsverhandlung stattfinden kann, ergibt sich erst an der Verhandlung. Erst dann wird mit letzter Sicherheit klar, ob der Beklagte nicht doch zur Verhandlung BGE 146 III 185 S. 194

erscheint. Es kann nämlich nicht vollständig ausgeschlossen werden, dass er dennoch an der Schlichtungsverhandlung teilnehmen wird. Dies vor allem dann, wenn ihn die Schlichtungsbehörde nach seiner Erklärung, er werde nicht erscheinen, nochmals auf die Erscheinungspflicht hinweist (dazu E. 4.2.3). Entsprechend ist nach Art. 147 Abs. 1 ZPO eine Partei auch nicht schon säumig, wenn sie erklärt, sie werde an der Schlichtungsverhandlung nicht teilnehmen, sondern erst dann, wenn sie (tatsächlich) "zu einem Termin nicht erscheint" ("*ne se présente pas lorsqu'elle est citée à comparaître*" / "*benché citata, non compare*"; DOLGE/INFANGER, a.a.O., S. 127; SCHRANK, a.a.O., Rz. 469). Aus diesem Grund kann vor der Schlichtungsverhandlung auch nicht endgültig davon ausgegangen werden, dass der Beklagte nicht erscheint und die Einigungsverhandlung nicht durchgeführt werden kann.

4.5 Nach dem Ausgeführten gilt somit: Erklärt der Beklagte gegenüber der Schlichtungsbehörde vorab, er werde an der einberufenen Schlichtungsverhandlung nicht teilnehmen, hat die Schlichtungsbehörde am bereits festgesetzten Termin festzuhalten und die Parteien allenfalls erneut auf die Erscheinungspflicht aufmerksam zu machen. Die Schlichtungsbehörde darf den Kläger in diesem Fall nicht von der Schlichtungsverhandlung dispensieren und der Kläger hat trotz Mitteilung des Beklagten, er werde nicht kommen, an der Verhandlung teilzunehmen, allenfalls einzig um die Klagebewilligung abzuholen.