

Xaver Baumberger / Patrick Hobi

Persönliche Erscheinungspflicht juristischer Personen anlässlich von Schlichtungsverhandlungen

Analyse der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 204 ZPO

Kann eine Unternehmung ihren Projektleiter an eine Schlichtungsverhandlung schicken? Riskiert sie formelle Nachteile oder – deutlich gravierender – gar materiellen Rechtsverlust, wenn sie nicht den «richtigen» Vertreter an die Schlichtungsverhandlung entsendet? Die Autoren untersuchen gestützt auf die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung, wie eine juristische Person ihrer persönlichen Erscheinungspflicht anlässlich von Schlichtungsverhandlungen nachkommt. Ausserdem wird begründet, warum sich nach Auffassung der Autoren auch eine juristische Person gestützt auf Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO von der persönlichen Erscheinungspflicht entbinden lassen kann.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht; Zivilprozessrecht

Zitiervorschlag: Xaver Baumberger / Patrick Hobi, Persönliche Erscheinungspflicht juristischer Personen anlässlich von Schlichtungsverhandlungen, in: Jusletter 19. Oktober 2015

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
- II. Persönliches Erscheinen juristischer Personen an Schlichtungsverhandlungen
 - 1. Zulässige Vertreter juristischer Personen an Schlichtungsverhandlungen
 - a) Im Handelsregister eingetragene Organe
 - b) Prokuristen (Art. 458 OR)
 - c) Kaufmännisch Handlungsbevollmächtigte (Art. 462 OR)
 - 2. Unzulässige Vertreter juristischer Personen an Schlichtungsverhandlungen
 - a) Bürgerlich Bevollmächtigte
 - b) Faktische Organe
 - c) Rechtsanwälte
- III. Anwendbarkeit von Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO auf juristische Personen
 - 1. Allgemeines
 - 2. Bundesgerichtliche Rechtsprechung
 - 3. Lehrmeinungen
 - 4. Würdigung
 - 5. Zusammenfassung und Fazit

I. Ausgangslage

[Rz 1] Unterschiedlichste Streitigkeiten, in welche eine juristische Person verwickelt sein resp. werden kann, bedürfen der Durchführung eines Schlichtungsversuches nach Art. 197 ff. Zivilprozessordnung (ZPO) (und dies trotz der in Art. 198 ZPO vorgesehenen Ausnahmen resp. dem gemäss Art. 199 ZPO allenfalls möglichen Verzicht auf das Schlichtungsverfahren). Zu erwähnen sind namentlich mietrechtliche Auseinandersetzungen. Dies bedeutet auch, dass die Schlichtungsbehörde einen Termin für eine Schlichtungsverhandlung ansetzt und die Parteien dazu vorlädt. In Art. 204 Abs. 1 ZPO ist vorgesehen, dass die Parteien «persönlich zur Schlichtungsverhandlung erscheinen» müssen.

[Rz 2] Die juristische Person wird in den allermeisten Fällen ein eigenes Interesse daran haben, dass sie ihrer Erscheinungspflicht (korrekt) nachkommt resp. mit anderen Worten an der Schlichtungsverhandlung rechtsgültig vertreten (also «persönlich erschienen») ist. Verletzt die juristische Person anlässlich der Schlichtungsverhandlung ihre persönliche Erscheinungspflicht, kann dies gravierende Folgen zeitigen. Dies namentlich dann, wenn eine **Klägerin** nicht «persönlich» an der Schlichtungsverhandlung erscheint, das Verfahren deshalb als gegenstandslos abgeschrieben wird (Art. 206 Abs. 1 ZPO) und in der Zwischenzeit eine allfällige Klagefrist verwirkt ist. In diesem Fall geht eine Klägerin unwiderrufflich ihrer Ansprüche verlustig. Ist die juristische Person **Beklagte** und erscheint sie nicht «persönlich» an der Schlichtungsverhandlung, so «verfährt die Schlichtungsbehörde, wie wenn keine Einigung zu Stande gekommen wäre» (Art. 206 Abs. 2 ZPO). Im Regelfall wird dies bedeuten, dass der Gegenseite (Klägerseite) eine Klagebewilligung ausgestellt wird.

[Rz 3] Beide Varianten (Abschreibung gestützt auf Art. 206 Abs. 1 ZPO und Ausstellung Klagebewilligung gestützt auf Art. 206 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 209 Abs. 1 ZPO) setzen voraus, dass bereits die Schlichtungsbehörde den formellen Mangel des nicht-persönlichen Erscheinens feststellt und die entsprechenden Vorkehrungen trifft.

[Rz 4] Erkennt die Schlichtungsbehörde den Mangel nicht oder ist eine Partei mit der Abschreibung des Verfahrens resp. der Erteilung der Klagebewilligung nicht einverstanden, so gilt folgendes:

[Rz 5] Die **Beklagte** wird im anschliessenden Klageverfahren vor Gericht den Einwand erheben (müssen), es habe – mangels persönlichen Erscheinens der Klägerin – keine gültige Schlichtungsver-

handlung stattgefunden, womit die von der Schlichtungsbehörde erteilte Klagebewilligung ungültig sei. Folgerichtig könnte (resp. sollte) die Beklagte ein Nicht-Eintreten auf die Klage beantragen mit der Begründung, eine Prozessvoraussetzung (Vorliegen einer gültigen Klagebewilligung) sei nicht erfüllt,¹ wobei die Prozessvoraussetzungen grundsätzlich von Amtes wegen zu prüfen sind.²

[Rz 6] Sieht sich dagegen die **Klägerin** mit dem Vorwurf (der Schlichtungsbehörde) konfrontiert, sie sei nicht persönlich erschienen und schreibt die Schlichtungsbehörde deshalb das Verfahren als gegenstandslos ab, so wird sich die Klägerin mit dem Rechtsmittel der Beschwerde gegen ebendiesen Abschreibungsbeschluss zur Wehr setzen müssen. Dabei wird sie nachweisen müssen, dass ihr ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.³

[Rz 7] Gerade die aktuellste Rechtsprechung des Bundesgerichts zeigt, dass sich bisweilen bis zu vier Instanzen (Schlichtungsbehörde; erstinstanzliches Gericht; kantonale Rechtsmittelinstanz; Bundesgericht) mit Fragen zur Gültigkeit einer Klagebewilligung resp. zum persönlichen Erscheinen auseinandersetzen müssen. Jede in ein Verfahren involvierte juristische Person sollte deshalb sicherstellen, dass sie die Vorgaben, die an ein «persönliches Erscheinen» anlässlich von Schlichtungsverhandlungen gestellt werden, kennt und einhält. Nachfolgend werden diese Vorgaben, welche das Bundesgericht zwischenzeitlich zu Art. 204 ZPO formuliert und konkretisiert hat, erläutert. Es sollen einerseits diejenigen Personen(gruppen) dargestellt werden, deren Anwesenheit an einer Schlichtungsverhandlung das «persönliche Erscheinen» einer juristischen Person sicherstellt (Rz. 12 ff.). Andererseits werden jene Personen(gruppen) dargestellt, deren Anwesenheit gemäss Bundesgericht *nicht* genügt (Rz. 30 ff.). Weiter wird auf die Ausnahmebestimmung von Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO eingegangen und geprüft, ob sich auch eine juristische Person auf diese Ausnahmebestimmung berufen kann (Rz. 39 ff.).

II. Persönliches Erscheinen juristischer Personen an Schlichtungsverhandlungen

[Rz 8] Spätestens seit BGE 140 III 70 vom 17. Februar 2014 steht fest, dass die Pflicht zum persönlichen Erscheinen gemäss Art. 204 Abs. 1 ZPO auch für juristische (und nicht nur für natürliche) Personen gilt.⁴

[Rz 9] In BGE 141 III 80 vom 12. Januar 2015 hat sich das Bundesgericht *allgemein* dazu geäußert, welche Personen dazu befugt sind, für eine Aktiengesellschaft rechtsgeschäftlich zu handeln und vor Gericht zu erscheinen.

[Rz 10] Unter Bezugnahme auf ebendiesen BGE 141 III 80 hat das Bundesgericht in BGE 141 III 159 vom 17. April 2015 sodann geprüft, welche (natürlichen) Personen zur Vertretung der juristischen Person *an der Schlichtungsverhandlung* befugt sind. Es hat insofern eine Konkretisierung der Praxis gemäss BGE 141 III 80 und mit Bezug auf Art. 204 Abs. 1 ZPO vorgenommen.

[Rz 11] Daraus ergeben sich folgende Erkenntnisse (wobei im Folgenden davon ausgegangen wird, dass eine persönliche Erscheinungspflicht besteht, mithin also kein Ausnahmetatbestand von Art. 204 Abs. 3 ZPO erfüllt ist. Vgl. zu Letzterem aber unten, Rz. 39 ff.).

¹ Vgl. BGE 140 III 70 E. 5 S. 74.

² Art. 60 ZPO.

³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_131/2013 vom 3. September 2013 E. 2.2.2.2.

⁴ BGE 140 III 70 E. 4.3 S. 70 ff.

1. Zulässige Vertreter juristischer Personen an Schlichtungsverhandlungen

a) Im Handelsregister eingetragene Organe

[Rz 12] Das Bundesgericht führt aus, die «im Handelsregister eingetragenen Organe» hätten «einen Handelsregisterauszug vorzuweisen»⁵ und geht sinngemäss davon aus, eine juristische Person sei rechtsgenügend (also «persönlich») an der Schlichtungsverhandlung erschienen, wenn ein solches «eingetragenes Organ» an der Verhandlung anwesend ist.

[Rz 13] Damit sind – mit Blick auf die Gesellschaftsform der Aktiengesellschaft – einerseits die Mitglieder des Verwaltungsrates gemäss Art. 718 Abs. 1 Obligationenrecht (OR) und – bei Übertragung der Vertretung gemäss Art. 718 Abs. 2 OR – die Delegierten und Direktoren gemeint.⁶

[Rz 14] Die eingetragenen Organe haben sich wie erwähnt mittels eines Auszugs aus dem Handelsregister auszuweisen. Genügen sollte ein Ausdruck aus dem Zentralen Firmenindex zefix (abrufbar unter www.zefix.ch). Dort sind die öffentlichen Daten des Zentralregisters unentgeltlich elektronisch zugänglich. Auch wenn elektronisch abgerufene Daten «keine Rechtswirkungen» entfalten,⁷ so wäre es unverhältnismässig, von juristischen Personen die Vorlage eines *beglaubigten* Handelsregisterauszug im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. a Handelsregisterverordnung (HRegV) zu verlangen. Eine Schlichtungsbehörde kann nötigenfalls die Richtigkeit eines Ausdrucks aus dem Zentralen Firmenindex durch eine einfache Internetabfrage überprüfen. Ausserdem muss selbst in einem Beweisverfahren die Echtheit einer Urkunde nur dann bewiesen werden, sofern die Echtheit von der andern Partei bestritten wird.⁸ Und schliesslich spricht auch das Bundesgericht nur von einem «Handelsregisterauszug» und nicht von «beglaubigten Auszügen», wie sie in Art. 11 Abs. 1 lit. a HRegV erwähnt werden.

[Rz 15] Der Handelsregisterauszug sollte konsequenterweise auch ausweisen, ob die anwesende Person einzelzeichnungsberechtigt ist. Bei Organen, die nur kollektiv zu zweien zeichnen können, genügt die Anwesenheit eines Zeichnungsberechtigten, sofern dieser über eine von einem weiteren Zeichnungsberechtigten unterzeichnete Vollmacht verfügt, die ihn zum Abschluss eines Vergleiches ermächtigt.⁹ Ein nicht einzelzeichnungsberechtigtes Organ wird demnach zusätzlich zum Handelsregisterauszug eine Vollmacht einholen und anlässlich der Schlichtungsverhandlung vorlegen.

b) Prokuristen (Art. 458 OR)

[Rz 16] Auch die Teilnahme eines Prokuristen im Sinne von Art. 458 OR an der Schlichtungsverhandlung gewährleistet ein «persönliches Erscheinen» der juristischen Person. Der Prokurist ist im Handelsregister eingetragen,¹⁰ und er hat sich folgerichtig ebenfalls durch Vorweisung eines Handelsregisterauszugs auszuweisen.¹¹ Dabei sollte wiederum ein Ausdruck aus dem Zentralen Firmenindex zefix genügen (vgl. oben, Rz. 14).

⁵ BGE 141 III 159 E. 2.6 S. 166.

⁶ Dies ergibt sich namentlich aus E. 1.2.2 von BGE 141 III 159.

⁷ So Art. 14 Abs. 1 letzter Satz HRegV.

⁸ Art. 178 ZPO.

⁹ Vgl. CIPRIANO ALVAREZ/JAMES T. PETER, in: Berner Kommentar, 2012, N. 2 zu Art. 204 ZPO.

¹⁰ Vgl. Art. 458 Abs. 2 OR.

¹¹ BGE 141 III 159 E. 2.6 S. 166.

[Rz 17] Prokuristen müssen jedoch grundsätzlich keine spezielle (Prozess-)Vollmacht vorlegen, jedenfalls wenn die Prokura nicht beschränkt wurde.¹² Häufig dürfte ein Prokurist aber nur kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigt – seine Prokura also insofern beschränkt – sein. In diesem Fall genügt wiederum die Anwesenheit eines Zeichnungsberechtigten, sofern dieser über eine von einem weiteren Zeichnungsberechtigten unterzeichnete Vollmacht verfügt, die ihn zum Abschluss eines Vergleiches ermächtigt.¹³

c) Kaufmännisch Handlungsbevollmächtigte (Art. 462 OR)

[Rz 18] Unter einer kaufmännischen Handlungsvollmacht sind die Prokura nach Art. 458 ff. OR (vgl. dazu oben, Rz. 16 f.) sowie die «andere Handlungsvollmacht» nach Art. 462 OR zu verstehen.¹⁴ Eine Handlungsvollmacht i.S.v. Art. 462 OR liegt vor, wenn der Inhaber eines Handels-, Fabrikations- oder eines andern nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes jemanden ohne Erteilung der Prokura, sei es zum Betriebe des ganzen Gewerbes, sei es zu bestimmten Geschäften in seinem Gewerbe als Vertreter bestellt; die Vollmacht erstreckt sich dabei auf alle Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Gewerbes oder die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt (Art. 462 Abs. 1 OR).

[Rz 19] Zu beachten ist vorab, dass die Handlungsvollmacht im Sinne von Art. 462 OR nicht ins Handelsregister eingetragen werden kann.¹⁵

[Rz 20] Trotzdem kann die juristische Person ihrer persönlichen Erscheinungspflicht auch nachkommen, indem sie einen kaufmännisch Handlungsbevollmächtigten im Sinne von Art. 462 OR an der Schlichtungsverhandlung teilnehmen lässt.¹⁶ Hierzu gibt es jedoch mehreres zu beachten:

[Rz 21] **Erstens:** Eine Handlungsvollmacht im Sinne von Art. 462 OR setzt voraus, dass eine Person nicht für ein einzelnes Rechtsgeschäft gezielt bevollmächtigt, sondern für alle Rechtshandlungen als Vertreter bestellt wird, die der Betrieb eines ganzen Gewerbes oder die Ausführung bestimmter Geschäfte in einem Gewerbe mit sich bringt.¹⁷

[Rz 22] **Zweitens:** Der kaufmännisch Handlungsbevollmächtigte muss *zur Prozessführung befugt* sein¹⁸ und er muss eine Vollmacht zur Prozessführung in dieser Angelegenheit vorweisen.¹⁹ Dem Handlungsbevollmächtigten ist deshalb eine – von der juristischen Person rechtsgültig unterzeichnete – Vollmacht auszustellen, woraus sich seine Prozessführungsbefugnis ergibt.²⁰

[Rz 23] **Drittens:** Die Ermächtigung zur Prozessführung nach Art. 462 Abs. 2 OR kann nur einer Person erteilt werden, die (bereits) Handlungsbevollmächtigte im Sinne von Art. 462 Abs. 1 OR

¹² Vgl. BGE 141 III 80 E. 1.3 S. 82.

¹³ CIPRIANO ALVAREZ/JAMES T. PETER, in: Berner Kommentar, 2012, N. 2 zu Art. 204 ZPO.

¹⁴ BGE 141 III 159 E. 3.2 S. 167.

¹⁵ Urteil des Bundesgerichts 4D_2/2013 vom 1. Mai 2013 E. 2.2.1.

¹⁶ Vgl. BGE 141 III 159 E. 2.6 S. 166 f.

¹⁷ So BGE 141 III 159 E. 3.3 S.168.

¹⁸ So BGE 141 III 159 E. 3 S 167 mit Verweis auf BGE 140 III 70 E. 4.3 S. 72.

¹⁹ BGE 141 III 159 E. 2.6 S. 166 f.

²⁰ Vgl. auch Art. 462 Abs. 2 OR, wonach der Handlungsbevollmächtigte «zur Prozessführung nur ermächtigt [ist], wenn ihm eine solche Befugnis ausdrücklich erteilt worden ist».

ist. Aus der Vollmacht zur Prozessführung (vgl. vorstehend) muss sich deshalb gleichzeitig ergeben, dass eine Handlungsvollmacht im Sinne von Art. 462 OR vorliegt.²¹

[Rz 24] **Viertens:** Ein Vertreter einer juristische Person (hier: der kaufmännisch Handlungsbevollmächtigte) muss *vorbehaltlos und gültig* handeln können und muss insbesondere *zum Vergleichsabschluss ermächtigt* sein.²² Dies gilt es sicherzustellen und die genannten Umstände müssen auch Niederschlag finden in die auszustellende Vollmacht. Andernfalls kann die Schlichtungsbehörde nicht prüfen, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind.

[Rz 25] **Fünftens:** Der kaufmännisch Handlungsbevollmächtigte muss überdies mit dem Streitgegenstand vertraut sein.²³

[Rz 26] **Zusammenfassend** zeigt sich also, dass das Bundesgericht bei kaufmännisch Handlungsbevollmächtigten im Sinne von Art. 462 OR verschiedene Anforderungen aufgestellt hat, welche für die im Handelsregister eingetragenen Organe nicht gelten. Es ist davon auszugehen, dass die Schlichtungsbehörden namentlich diejenigen Punkte genau prüfen, welche sich aus der vorzulegenden Vollmacht ergeben (Befugnis zur Prozessführung; vorbehaltlose und gültige Handlungsmöglichkeit; etc.). Hingegen ist es – abgesehen von offensichtlichen Fällen – kaum vorstellbar, dass eine Schlichtungsbehörde das persönliche Erscheinen einzig mit dem Hinweis verneint, der Handlungsbevollmächtigte sei ungenügend mit dem Streitgegenstand vertraut. Zum einen, weil eine inhaltliche Überprüfung nur schwer möglich wäre, umso mehr, als die Überprüfung nachträglich erfolgen müsste. Und zum anderen, weil sich keine genaue Grenze ziehen lässt, wann ein Handlungsbevollmächtigter noch hinlänglich mit dem Streitgegenstand vertraut ist.

[Rz 27] **Anlass zu Kritik** bietet der Umstand, dass das Entstehen von Handlungsvollmachten (im Sinne von Art. 462 OR) *durch konkludentes Verhalten* häufig ist. «Wenn einer Person ein bestimmter Aufgabenkreis überlassen wird, der sie zwangsläufig mit Dritten in Berührung bringt, wird damit meistens auch schon zum Ausdruck gebracht, dass sie die in diesem Rahmen üblichen Rechtsgeschäfte für das Unternehmen abschliessen darf [...]».²⁴ Das Bundesgericht verlangt wie gezeigt, es müsse sich aus der Vollmacht zur Prozessführung «gleichzeitig ergeben, dass eine Handlungsvollmacht i.S.v. Art. 462 OR vorliegt».²⁵ Es ist gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung aber nicht klar, wie die – dem Handlungsbevollmächtigen auszustellende – Vollmacht zu formulieren ist, damit den erwähnten Anforderungen nachgekommen wird.

[Rz 28] Aus Praktikabilitätsgründen sollte es genügen, wenn in der Vollmacht – entsprechend der Formulierung des Bundesgerichts – ausgeführt wird, «dass eine Handlungsvollmacht i.S.v. Art. 462 OR vorliegt» (vgl. vorstehende Rz. 27). Weitergehende Anforderungen könnten dazu führen, dass die Schlichtungsbehörde zusätzliche Abklärungen tätigen müsste, um die Frage der (kaufmännischen) Bevollmächtigung zu beantworten. Dies wäre nicht zielführend: «Die Schlichtungsbehörde muss [...] an der Schlichtungsverhandlung möglichst rasch und gestützt auf Urkunden [...] darüber befinden können, ob die Voraussetzung des persönlichen Erscheinens nach Art. 204 Abs. 1 ZPO

²¹ BGE 141 III 159 E. 3.3 S. 168.

²² BGE 140 III 70, E. 4.4.

²³ BGE 140 III 70, E. 4.3, in fine.

²⁴ ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, elfte Auflage 2012, § 9, Rz. 50.

²⁵ BGE 141 III 159 E. 3.3 S. 168.

erfüllt ist [...]. Ihr muss in diesem Sinne etwa ermöglicht werden, rasch und einfach zu prüfen, ob eine juristische Person korrekt vertreten zur Schlichtungsverhandlung erschienen ist».²⁶

[Rz 29] Dies ist dann sichergestellt, wenn die dargestellte Formulierung in der Vollmacht zulässig und genügend ist. Selbstverständlich ist es nicht ausgeschlossen, auch andere Formulierungen für den Nachweis der kaufmännischen Handlungsvollmacht genügen zu lassen.

2. Unzulässige Vertreter juristischer Personen an Schlichtungsverhandlungen

[Rz 30] Vorab ist nochmals darauf hinzuweisen, dass sich die Frage nach dem «persönlichen Erscheinen» einer juristischen Person nur stellt, wenn kein Ausnahmetatbestand gemäss Art. 204 Abs. 3 ZPO erfüllt ist. In diesem Fall existiert – wie dargestellt – auch für juristische Personen eine «persönliche Erscheinungspflicht». Sie kommt ihrer Pflicht *nicht* nach, wenn sie an die Schlichtungsverhandlung (nur) eine der folgenden Personen entsendet.

a) Bürgerlich Bevollmächtigte

[Rz 31] Das Bundesgericht führt mit Bezug auf die Erscheinungspflicht ohne nähere Begründung aus: «Wenn das Bundesgericht eine kaufmännische Handlungsvollmacht voraussetzt, so ergibt sich daraus, dass eine bloss bürgerliche Bevollmächtigung (Art. 32 ff. OR) nicht ausreicht».²⁷

[Rz 32] Dementsprechend steht im heutigen Zeitpunkt grundsätzlich fest, dass eine juristische Person ihrer persönlichen Erscheinungspflicht nicht dadurch nachkommen kann, dass sie einen Mitarbeiter im einzelnen (Streit-)Fall gestützt auf Art. 32 ff. OR («bürgerlich») bevollmächtigt und an die Schlichtungsverhandlung entsendet.

b) Faktische Organe

[Rz 33] Faktische Organe sind Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen.²⁸

[Rz 34] Ein faktisches Organ ist also gerade *nicht* im Handelsregister eingetragen. Es kann sich auch nicht mittels Vollmacht als kaufmännisch Handlungsbevollmächtigter im Sinne von Art. 462 Abs. 1 OR ausweisen (andernfalls dies zu prüfen wäre).

[Rz 35] Aus diesen Gründen hat das Bundesgericht festgehalten: «Eine juristische Person kann sich daher im Schlichtungsverfahren nicht von faktischen Organen vertreten lassen».²⁹

²⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_51/2015 vom 20. April 2015 E. 3.2.

²⁷ BGE 141 III 159 E. 3.2 S. 167.

²⁸ BGE 141 III 159 E. 1.2.2 S. 162.

²⁹ BGE 141 III 159 E. 2.6 S. 167. Eine andere Frage ist, ob und unter welchen Voraussetzungen ein faktisches Organ aktiv für die juristische Person materiell bindende Rechtshandlungen vornehmen kann. Dies hat das Bundesgericht im erwähnten Entscheid ausdrücklich offen gelassen (vgl. E. 2.4).

c) **Rechtsanwälte**

[Rz 36] Gemäss Bundesgericht fällt eine generell zugelassene Vertretung der juristischen Person durch einen Rechtsanwalt als Form des persönlichen Erscheinens ausser Betracht.³⁰

[Rz 37] Es ist mithin nicht genügend, für eine Schlichtungsverhandlung einen (externen) Rechtsanwalt zu mandatieren und diesen an der Schlichtungsverhandlung teilnehmen zu lassen.

[Rz 38] Ein Rechtsanwalt kann aber gleichzeitig Organ oder kaufmännisch Handlungsbevollmächtigter sein und deshalb durch seine Teilnahme an der Schlichtungsverhandlung das persönliche Erscheinen der juristischen Person sicherstellen; (vgl. oben, Rz. 12 ff.).

III. **Anwendbarkeit von Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO auf juristische Personen**

1. **Allgemeines**

[Rz 39] Für juristische Personen kann sich mit Blick auf eine anstehende Schlichtungsverhandlung sodann die Frage stellen, ob allenfalls die Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestandes erfüllt sind, womit sie von der persönlichen Erscheinungspflicht entbunden wäre und sich auch durch einen Rechtsanwalt oder irgendeinen Mitarbeiter vertreten lassen könnte (vgl. Art. 204 Abs. 3 lit. a-c ZPO zu den einzelnen Ausnahmetatbeständen).

[Rz 40] Von Interesse ist namentlich, ob Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO (Vertretungsmöglichkeit bei ausserkantonalem oder ausländischem «*Wohnsitz*») auch auf juristische Personen anwendbar ist.

2. **Bundesgerichtliche Rechtsprechung**

[Rz 41] Das Bundesgericht hat diese Frage soweit ersichtlich noch nicht entschieden. In BGE 140 III 70 hat es eher widersprüchliche Anhaltspunkte geliefert.

[Rz 42] Hier führt es **zum Einem** aus: «Diese Auffassung [wonach die persönliche Erscheinungspflicht nach Art. 204 Abs. 1 ZPO auch für juristische Personen gilt] ist denn auch zutreffend: Gegen ein abweichendes Verständnis von Art. 204 ZPO spricht bereits, dass sich die Bestimmung nach ihrem Wortlaut [...] generell an die «Parteien» richtet [...]. Demgegenüber *erwähnt Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO zwar bloss den ausserkantonalen oder ausländischen «Wohnsitz» als Dispensationsgrund*, und lit. b nennt mit Krankheit und Alter ausdrücklich zwei wichtige Gründe, die auf juristische Personen als solche sinnvollerweise keine Anwendung finden können.»³¹

[Rz 43] Hier hat das Bundesgericht also grundsätzlich die Problematik erkannt, dass eine juristische Person keinen «Wohnsitz» haben kann. Eine klare inhaltliche Aussage (zur Frage, ob mit «Wohnsitz» auch der «Sitz» der juristischen Person gemeint sein könnte) lässt sich daraus aber nicht ableiten.

[Rz 44] **Zum anderen** erwähnt das Bundesgericht (ebenfalls in BGE 140 III 70): «Damit fällt aber die von der Vorinstanz generell zugelassene Vertretung der juristischen Person durch einen Rechtsanwalt als Form des persönlichen Erscheinens ausser Betracht [...]. *Eine derartige Vertretung*

³⁰ BGE 140 III 70 E. 4.3 S. 72.

³¹ BGE 140 III 70 E. 4.3 S. 71 (Hervorhebungen durch Verfasser).

ist nur unter den Voraussetzungen von Art. 204 Abs. 3 lit. a und b ZPO erlaubt, wo gerade eine Ausnahme von der Pflicht zum persönlichen Erscheinen besteht.³²

[Rz 45] Wenn aber eine «derartige Vertretung» (also eine «Vertretung der juristischen Person durch einen Rechtsanwalt») unter den Voraussetzungen von Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO erlaubt sein soll, setzt dies voraus, dass der Begriff des «Wohnsitzes» auch für juristische Personen eine Bedeutung hat. Dies wäre jedenfalls dann der Fall, wenn mit «Wohnsitz» auch der Sitz der juristischen Person gemeint ist. Als wenig zielführend wird erachtet, wenn es bei juristischen Personen auf den «Wohnsitz» ihrer Organe/Prokuristen etc. ankommen soll (vgl. dazu auch die nachfolgend dargestellten Auffassungen aus der Lehre).

3. Lehrmeinungen

[Rz 46] In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass – trotz des Begriffes «Wohnsitz», über welchen eine juristische Person naturgemäss nicht verfügen kann – Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO auch für juristische Personen massgebend sein soll. Bei ihnen beziehe sich diese Norm auf den Geschäftssitz (und nicht auf den Wohnsitz der Organe der Gesellschaft).

[Rz 47] Konkret führen DAVID HOFMANN und CHRISTIAN LÜSCHER aus: «Dans trois cas, il est possible de renoncer à la comparution personnelle d'une partie: lorsque la personne (physique) partie personnellement à la procédure a son domicile en dehors du canton ou à l'étranger (*art. 204 al. 3 lit. a CPC*); si une personne morale est partie à la procédure, il faut interpréter cette condition par rapport au siège de la personne morale (*situé hors du canton*) et non en relation avec le domicile de ses organes personnes physiques; [...]».³³

[Rz 48] Und der Berner Kommentar ZPO erläutert: «Bei juristischen Personen bezieht sich Bst. a auf den Geschäftssitz und nicht auf den Wohnsitz der Organe der Gesellschaft [...]» (wobei ergänzend festgehalten wird: «Bestehen neben der Hauptniederlassung Zweigniederlassungen, so erfolgt die Befreiung von der Erscheinungspflicht nur dann, wenn keiner dieser Geschäftssitze in demjenigen Kanton liegt, in dem das Schlichtungsverfahren stattfindet»³⁴).

4. Würdigung

[Rz 49] Den erwähnten Lehrmeinungen ist zu folgen. Denn es ist nicht erkennbar, inwiefern es einer juristischen Person eher zumutbar wäre, an einer ausserkantonalen Schlichtungsverhandlung teilzunehmen als einer natürlichen Person. In beiden Fällen müsste eine (natürliche) Person eine – unter Umständen sehr lange – Reisezeit auf sich nehmen, müsste allenfalls eine Hotelübernachtung organisieren und bezahlen und müsste sich gegebenenfalls mit fremdsprachigen (kantonalen) Rechtsnormen und/oder fremdsprachigen Gerichtspersonen auseinandersetzen. All dies belegt, dass es einer juristischen Person mit ausserkantonalem Sitz resp. deren Vertreter genauso wenig zumutbar ist, an einer ausserkantonalen Schlichtungsverhandlung teilzunehmen, wie dies gemäss Gesetz für natürliche Personen (mit ausserkantonalem/ausländischem Wohnsitz) gilt.

³² BGE 140 III 70 E. 4.3 S. 72 (Hervorhebungen durch Verfasser).

³³ DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, *Le Code de procédure civile*, zweite Auflage 2015, S. 191 (Hervorhebungen durch Verfasser).

³⁴ CIPRIANO ALVAREZ/JAMES T. PETER, in: *Berner Kommentar*, 2012, N. 7 zu Art. 204 ZPO.

[Rz 50] *Keine* Rolle darf diesbezüglich spielen, dass juristische Personen allenfalls über mehr finanzielle Mittel (zur Tragung etwaiger Unkosten) verfügen. Denn das Gesetz sieht auch bei natürlichen Personen keine Unterscheidung vor, wonach die persönliche Erscheinungspflicht je nach konkreter Zumutbarkeit zu beurteilen wäre. Vielmehr stellt es die Fiktion auf, dass ausserkantonaler Wohnsitz *unabhängig* persönlicher Umstände genügt, um nicht persönlich erscheinen zu müssen. Gleiches muss auch mit Blick auf juristische Personen (und deren ausserkantonaem/ausländischem Sitz) gelten.

[Rz 51] Auch der Sinn und Zweck der persönlichen Erscheinungspflicht (Stattfinden einer «wirkliche[n] Aussprache»³⁵) legt nichts anderes nahe. Wenn bei natürlichen Personen mit ausserkantonaem/ausländischem Wohnsitz dieser Zweck in den Hintergrund treten soll, dann muss dies auch bei juristischen Personen mit ausserkantonaem/ausländischem Sitz gelten.

5. Zusammenfassung und Fazit

[Rz 52] Zusammenfassend sollte sich also auch eine juristische Person auf den Ausnahmetatbestand gemäss Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO berufen können, auch wenn dort nur der «Wohnsitz» erwähnt ist. Massgebend sollte der Geschäftssitz der juristischen Person sein (und nicht der Wohnsitz ihrer Organe/Prokuristen etc.).

[Rz 53] Ein ausdrücklicher höchstrichterlicher Entscheid dazu steht aber noch aus. Namentlich wenn der Streitwert (eher) hoch ist und/oder es darum geht, eine Verwirkungsfrist zu wahren, sollte somit eine Klägerin sicherheitshalber «persönlich» an der Schlichtungsverhandlung anwesend sein und sich nicht darauf verlassen, dass die Schlichtungsbehörde resp. die Gerichte Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO («Wohnsitz») auch auf sie als juristische Person anwenden werden.

[Rz 54] In den anderen Fällen dürfte es – weniger aus rechtlichen Gründen, sondern eher gestützt auf eine Kosten-/Risikoabwägung – vertretbar sein, von der Anwendbarkeit von Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO auf juristische Personen (mit ausserkantonaem/ausländischem Sitz) auszugehen und «nur» einen eigentlichen Rechtsvertreter (also z.B. einen Rechtsanwalt) an die Schlichtungsverhandlung zu entsenden. Dies auch vor dem Hintergrund, dass ein nicht unerheblicher Teil der Schlichtungsverhandlungen mit einem Vergleich enden. Deren Gültigkeit wird in aller Regel von keiner Partei mehr in Frage gestellt, unabhängig davon, wer an der Schlichtungsverhandlung «persönlich» oder nicht «persönlich» anwesend war.

[Rz 55] Gleichwohl müssen sich juristische Personen (sei es als Beklagte oder als Klägerin) bewusst sein, dass sich diesbezüglich im Einzelfall heikle rechtliche Fragen stellen können, so beispielsweise:

- Muss die Klägerin schon im Schlichtungsverfahren selber prüfen, ob auch die Beklagte «persönlich» anwesend ist resp. sein müsste? Denn die Gültigkeit einer Klagebewilligung stellt im nachfolgenden Klageverfahren eine Prozessvoraussetzung dar, die das Gericht von Amtes zu prüfen hat. Bei Ungültigkeit der Klagebewilligung (infolge fehlendem persönlichem Erscheinen der Beklagten an der Schlichtungsverhandlung) droht dementsprechend ein Nicht-Eintreten auf die Klage.

³⁵ Vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221, S. 7331.

- Wer trägt die Kosten für das Klageverfahren (z.B. Ausarbeitung Klageschrift), wenn die Schlichtungsbehörde zwar eine Klagebewilligung ausgestellt hat, deren Ungültigkeit aber nachträglich vom Gericht im Klageverfahren festgestellt wird?
- Kann sich die Beklagte im gerichtlichen Klageverfahren darauf berufen, selber nicht persönlich an der Schlichtungsverhandlung anwesend gewesen zu sein? Unter welchen Umständen überschreitet die Beklagte diesfalls die Grenze zum Rechtsmissbrauch? Mit welchen Folgen?
- Kann die Klägerin in einem zweiten Prozess ihr ursprüngliches Begehren mit einem Schadenersatzbegehren (z.B. infolge unnützer Ausarbeitung der ersten Klageschrift) ergänzen?
- Muss eine juristische Person mit einer disziplinarischen Sanktionierung (also z.B. mit einer Busse) rechnen, wenn sie nicht oder nicht «persönlich» an der Schlichtungsverhandlung anwesend ist? Unter welchen Voraussetzungen?³⁶

[Rz 56] Vor dem Hintergrund dieser Fragen und angesichts des Wortlauts von Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO («Wohnsitz») wäre eine höchstrichterliche Klärung der Frage nach der Anwendbarkeit der genannten Bestimmung auf juristische Personen sehr wünschenswert. Bis dahin besteht für juristische Personen die dargestellte Rechtsunsicherheit, welcher sich die Verantwortlichen innerhalb der juristischen Person bewusst sein müssen.

Dr. iur. XAVER BAUMBERGER ist Partner der auf Bau-, Planungs- und Umweltrecht spezialisierten Anwaltskanzlei Baumberger Rechtsanwälte. PATRICK HOBI war im Zeitpunkt des Mitverfassens des vorliegenden Beitrags Rechtsanwalt bei Baumberger Rechtsanwälte (www.baumberger-rechtsanwaelte.ch).

³⁶ Vgl. dazu auch das Urteil des Bundesgerichts 4A_510/2014 vom 23. Juni 2015.