

sondern H. vertreten) - Sachverhaltsdarstellung aus zweiter Hand. Diese könnte allenfalls ein schwaches Indiz für die von der X Versicherungs-Gesellschaft vertretene Meinung bilden, wenn der Wortlaut des Vergleichs vom 28. September 1988 nicht eindeutig wäre. Dieser Wortlaut bietet indessen keinerlei Interpretationsspielraum. Angesichts dieser Beweislage kann keine Rede davon sein, dass die eingangs erwähnte Feststellung der Vorinstanz willkürlich sei oder auf einem offensichtlichen Versehen beruhen würde (Art. 235 Abs. 2 ZPO).

cc) Nach dem Gesagten ist die vorinstanzliche Feststellung, wonach E. den Vergleich vom 28. September 1988 gutgläubig und vor Notifikation der gesetzlichen Zession geschlossen hat, nicht zu beanstanden.

b) Lehre und Rechtsprechung sind sich einig, dass der Begriff «Zahlung» im Sinne von Art. 167 OR in einem weiten Sinn zu verstehen ist und dass darunter auch Erfüllungssurrogate wie Neuerung, Verrechnung, Erlass oder Hingabe an Zahlungsstatt zu subsumieren sind (BGE 56 II 369; 45 II 672; Spirig, a.a.O., Art. 167 N 36 mit zahlreichen Hinweisen).

c) Aus dem Gesagten wird ersichtlich, dass der Tatbestand von Art. 167 OR erfüllt ist und E. sich mithin gültig von seiner Leistungspflicht befreit hat. Der im Vergleich vom 28. September 1977 enthaltene Erlass für die Fr. 1750.- übersteigende Haftung ist als Zahlung im Sinne von Art. 167 OR zu qualifizieren; E. hat ferner am selben Tag Fr. 1750.- bezahlt; er war im besagten Zeitpunkt gutgläubig; und die gesetzliche Zession wurde ihm nicht vor der Zahlung notifiziert.

ZB 32/94

Urteil vom 7. September 1994/17. Oktober 1994

**24 - Garantie des Wohnsitzgerichtsstandes (Art. 59 BV); Verfahren bei Erhebung der Unzuständigkeitseinrede im Vermittlungsverfahren (Art. 76 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO). Erhebt der Beklagte bereits vor der Vermittlungsverhandlung die Unzuständigkeitseinrede, kann er weder zum Erscheinen verpflichtet noch bei Nichterscheinen mit Kosten belastet werden, sondern es ist die Vermittlungsverhandlung durchzuführen und alsdann der Leitschein auszustellen. Ober die Unzuständigkeitseinrede zu entscheiden hat nicht der Vermittler, sondern das erkennende Gericht im Verfahren nach Art. 93 ZPO.**

*Erwägungen:*

2. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist einzig die Frage, ob E. zur Sühneverhandlung vor dem Vermittler vom 3. November 1993 hätte erscheinen müssen und ob er, weil er weder persönlich anwesend noch durch

seinen Rechtsvertreter vertreten war, zur Zahlung der amtlichen und ausser- amtlichen Kosten verpflichtet werden durfte. Nicht zu überprüfen, was der Beschwerdeführer zu Recht nicht rügte, ist hingegen die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit; sie ist dem ordentlichen Richter zu unterbreiten, der darüber gemäss Art. 93 ZPO vorweg zu entscheiden hat (dazu vgl. PKG 1990 Nr. 23 Erw. 1. b); BGE 102 Ia 194).

3. Der Beschwerdeführer macht zur Hauptsache geltend, dass er durch die Vorladung des Vermittlers zur Sühneverhandlung vom 3. November 1993 vor eine örtlich nicht zuständige Gerichtsinstanz geladen worden sei. Dies verstosse gegen die interkantonale Gerichtsstandsgarantie von Art. 59 BV, wonach ein zahlungsfähiger Schuldner für obligatorische Ansprüche an seinem Wohnsitz in der Schweiz zu belangen sei. Es entleere daher den Gehalt der verfassungsrechtlichen Gerichtsstandsgarantie, wenn ein Beklagter vor einem unzuständigen Gericht erscheinen müsse, nur um der Verpflichtung zur Kostentragung entgehen zu können.

a) Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Richter von Verfassungs wegen verpflichtet, die auf Art. 59 BV gestützte Einrede der örtlichen Unzuständigkeit jeweils zuerst zu entscheiden, und zwar bevor er das Verfahren in der Sache fortsetzt (BGE 102 Ia 188). Bevor er zu weiteren formell- und materiellrechtlichen Fragen Stellung nimmt, hat er demnach entweder den fraglichen Gerichtsstand mittels Zwischenentscheid zu bejahen oder mittels Prozessendurteil zu verneinen. Gegen diese Entscheide über die örtliche Zuständigkeit steht dem Beklagten der Rechtsmittelweg, der mit staatsrechtlicher Beschwerde bis zum Bundesgericht führen kann, von Bundesrechts wegen offen (BGE 102 Ia 188). Entsprechend legte auch die kantonale Rechtsprechung in PKG 1990 Nr. 23 fest, dass der Gerichtspräsident bei einer auf Art. 59 BV gestützten Einrede der örtlichen Unzuständigkeit verpflichtet sei, eine Gerichtsverhandlung im Sinne von Art. 93 ZPO anzusetzen, um die Zuständigkeit des Gerichts vorweg gesondert prüfen und darüber entscheiden zu können. Gestützt auf Art. 93 Abs. 2 ZPO steht dem Beklagten sowohl gegen den diesbezüglichen Prozessendentscheid als auch gegen den diesbezüglichen Zwischenentscheid der Beschwerdeweg an den Kantonsgerichtsausschuss offen (vgl. Art. 232 Ziff. 1 ZPO). Diese Rechtslage findet im Verfahren vor dem Vermittler als Friedensrichter ihre analoge Anwendung. Dabei ist zu beachten, dass der Friedensrichter in bezug auf die streitige Sache bloss zu vermitteln und keinen Entscheid zu fällen hat (vgl. Art. 69 ZPO); insbesondere hat er auch keine Kompetenz zur Prüfung der örtlichen Zuständigkeit (vgl.

Urteil des Bundesgerichts vom 24. Oktober 1980 i.S. E. gegen H. und Mitbeteiligte; Urteil des Kantonsgerichtsausschusses vom 17. November 1980 i.S. E. gegen H. und Mitbeteiligte). Deshalb bestimmt Art. 76 Abs. 2 ZPO unter anderem, dass keine zweite Vermittlungsverhandlung angesetzt wird, wenn

der Beklagte zur ersten nicht erschienen ist und er die Zuständigkeit der bündnerischen Gerichte mit der Begründung bestreitet, sein Wohnsitz befinde sich in einem anderen Kanton. Gemäss Art. 76 Abs. 4 ZPO wird in diesem besonderen Fall, nämlich wenn keine zweite Verhandlung stattfindet, der Leitschein ausgestellt.

Die Vorstellungen des Gesetzgebers bei der Revision der Zivilprozessordnung im Jahre 1985 und bei der dabei neu eingebrachten Bestimmung des Art. 76 Abs. 2 ZPO ging von folgender Überlegung aus (Botschaften der Regierung an den Grossen Rat, Heft Nr. 12/1984-85, S. 653): Der erste und einzige Sühneversuch hätte an sich anlässlich einer Vermittlungstagfahrt tatsächlich durchgeführt werden sollen, es sei aber nur die klägerische Partei anwesend gewesen und es sei bekannt, dass der Beklagte die Zuständigkeit der bündnerischen Gerichte mit der Begründung bestritten habe, dass sich sein Wohnsitz in einem anderen Kanton befinde. Diese Einrede ist demnach bereits vor der Durchführung der Sühneverhandlung zu erheben, so dass im Anschluss an die angesetzte und wegen Nichterscheinens des Beklagten erfolglos durchgeführte Sühneverhandlung der Leitschein auszustellen ist (Art. 76 Abs. 2 und 4 ZPO). Dies entspricht dem gesetzgeberischen Bestreben, den interkantonal von Verfassungswegen garantierten Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten zu respektieren und die entsprechende Unzuständigkeitseinrede dem erkennenden Gericht vorweg gesondert zur Prüfung und Entscheidung zu unterbreiten (vgl. dazu BGE 102 Ia 188; Urteil des Bundesgerichts vom 24. Oktober 1980 i.S. E. gegen H. und Mitbeteiligte). - Nach dem Sinn des Gesetzes muss aber auch dann keine zweite Sühneverhandlung stattfinden, wenn der Beklagte die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit erst an der ersten Vermittlungsverhandlung erhebt. Denn der Vermittler als Friedensrichter kann nur versuchen, mit Bezug auf die Klage eine Einigung unter den Parteien herbeizuführen (Art. 69 ZPO); bei bestrittenem Gerichtsstand ist er hiezu aber nicht in der Lage, da er, um überhaupt zur erhobenen Klage verhandeln zu können, vorher implizit seine örtliche Zuständigkeit schon in bejahendem Sinne hätte entscheiden müssen (vgl. auch GVP SG 1985 Nr. 57). Seine Zuständigkeit zu prüfen und zu entscheiden ist dem Vermittler nach bündnerischer Zivilprozessordnung jedoch verwehrt; dies obliegt dem erkennenden Gericht. Die Ansetzung und Durchführung einer zweiten Vermittlungsverhandlung wird daher sinnlos, und der Leitschein ist auszustellen (vgl. Art. 76 Abs. 2 und 4 ZPO), da die erste angesetzte und durchgeführte Vermittlungsverhandlung als gescheitert gelten muss.

b) Eine davon verschiedene, wenn auch eng damit

---

zusammenhängende Frage betrifft den in casu angefochtenen Entscheid über die Kosten für ein solches Vermittlungsverfahren, welches aufgrund der Einrede der örtlichen Unzuständigkeit nicht erfolgreich durchgeführt werden konnte.

Keine besonderen Probleme bietet jener Fall, bei welchem beide Parteien zur Vermittlungsverhandlung erschienen sind, der Beklagte zur Streitsache aber nicht Stellung nehmen will. Den Beklagten trifft kein prozessuales Verschulden, da er sich von Verfassung wegen zur Klage erst zu äussern hat, wenn die örtliche Zuständigkeit feststeht (vgl. oben lit. a). Und weil ein Vermittler als Friedensrichter seine Zuständigkeit nicht prüfen und entscheiden kann, ist auch ein Entscheid im Kostenpunkt nicht möglich, da dies ja gerade die Zuständigkeit des Vermittlers voraussetzen würde (GVP SG 1985 Nr. 57). Die amtlichen und ausseramtlichen Kosten - mit Ausnahme, dass keine zweite Sühneverhandlung angesetzt und durchgeführt wird - bleiben daher wie im Normalfall bei der Prozedur und sind vorschussweise vom Kläger zu tragen. Den definitiven Entscheid über die Kostenauflegung fällt erst das erkennende Gericht, und zwar zusammen mit dem Urteil über die bestrittene Zuständigkeit (vgl. Art. 121 Ziff. 5 ZPO).

Vorliegendenfalls ist der Beklagte zur Sühneverhandlung aber nicht erschienen und hat sich auch nicht vertreten lassen. E. hat von allem Anfang an auf der Unzuständigkeit der bündnerischen Gerichte beharrt und seinen Standpunkt zweimal, erstmals am 1. Oktober 1993 und zweitemals am 29. Oktober 1993, schriftlich kundgetan. Zum ersten Schreiben des Beklagten liess der Vermittler sogar eine Vernehmlassung beim Kläger einholen, worin sich dieser unter anderem auch zur Zuständigkeitsfrage geäussert hat. Es besteht daher kein Zweifel, dass sowohl der Vermittler als auch der Kläger über die von E. geltend gemachte Einrede schon vor dem Vermittlungstermin vom 3. November 1993 informiert waren. Ebenso steht fest, dass er deshalb nicht zur Vermittlungsverhandlung erscheinen wollte und sich aufgrund seiner Einrede als «entschuldigt» betrachtet hat. Der Vermittler hielt in der Folge - wie vom Kläger begehrt - an der festgelegten Vermittlungstagfahrt fest, um ordnungsgemäss eine Sühneverhandlung durchzuführen. Dies war insoweit korrekt, als ein Vermittler nach bündnerischer Zivilprozessordnung vom klägerischen Rechtsbegehren ordnungsgemäss erst anlässlich der Vermittlungstagfahrt definitiv Kenntnis erhält (vgl. Art. 67 Abs. 1 ZPO) und demnach - auch bei bestrittener Zuständigkeit - einen Leitschein frühestens nach der Durchführung einer ersten Sühneverhandlung ausstellen kann, da nur so dem Vermittler das klägerische Rechtsbegehren ordnungsgemäss vorgelegt werden kann. Der Vermittler hat daher rechtmässig gehandelt, wenn er die vom Kläger verlangte Vermittlungsverhandlung angesetzt und durchgeführt hat. Er konnte aber nicht auf der Erscheinspflicht des Beklagten beharren

und E. wegen seiner Abwesenheit mit den amtlichen <sup>PKG 1994</sup> ~~und~~  
ausseramtlichen Kosten belasten. Denn den Beklagten unter den  
gegebenen Umständen zur Teilnahme an einer Sühne-  
verhandlung zwingen zu wollen, macht keinen Sinn und ist ausserdem mit Art. 59  
BV nicht vereinbar, da sich E. zur Sache weder äussern will noch

aufgrund der verfassungsrechtlichen Gerichtsstandsgarantie äussern muss, bis die örtliche Zuständigkeit gerichtlich festgestellt worden ist (vgl. mit Hinweisen Urteil des Bundesgerichts vom 24. Oktober 1980 i.S. E. gegen H. und Mitbeteiligte; Urteil des Kantonsgerichtsausschusses vom 17. November 1980 i.S. E. gegen H. und Mitbeteiligte). Im Lichte dieser Bestimmung und unter den in casu vorliegenden Umständen ist der Sinn von Art. 72 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO so zu verstehen, dass eine erste Sühneverhandlung zwar angesetzt und durchgeführt werden muss, der Beklagte zum Erscheinen vor dem Vermittler als Friedensrichter aber nicht gezwungen werden kann. Daran vermag auch eine (zu) enge Anlehnung an den Wortlaut von Art. 76 Abs. 2 ZPO, wonach in diesen Fällen von einer erstmaligen Erscheinungspflicht des Beklagten auszugehen ist (Botschaften der Regierung an den Grossen Rat, a.a.O., S. 653), nichts zu ändern.

Der angefochtene Kostenentscheid des Vermittlers erweist sich demnach als rechtswidrig. Der Vermittler hat sowohl kantonales Zivilprozessrecht als auch die Gerichtsstandsgarantie des Wohnsitzes gemäss Art. 59 BV verletzt. Indem er nämlich einen Kostenentscheid gefällt hat, hat er indirekt seine - in casu bestrittene - örtliche Zuständigkeit vorausgesetzt und damit die gestützt auf Art. 59 BV vorweg zu behandelnde Vorfrage des Gerichtsstandes übergangen (vgl. BGE 102 Ia 188). Ausserdem kann es nicht rechtmässig sein, jemanden mit Verfahrenskosten zu belasten, wenn er von seiner verfassungsmässigen Befugnis Gebrauch macht, die ihm die Möglichkeit einräumt, vorerst die Frage der örtlichen Zuständigkeit prüfen zu lassen. Damit kann dem Beschwerdeführer keine Verletzung einer Verfahrensvorschrift entgegengehalten werden, noch trifft ihn ein Verschulden oder eine Säumnis, was zu Kostenfolgen führen dürfte.

Daraus ergibt sich, dass dem Beklagten und Beschwerdeführer in bezug auf den bisherigen Verlauf des Vermittlungsverfahrens vor dem Vermittler und insbesondere auch in bezug auf seine Abwesenheit von der Vermittlungsverhandlung vom 3. November 1993 nichts vorgeworfen werden. Da die Frage des Gerichtsstandes erst vom erkennenden Gericht geprüft und entschieden werden kann, hätte der Vermittler vorliegendenfalls demnach den Leitschein ausstellen und die amtlichen und ausseramtlichen Kosten bei der Prozedur belassen müssen. Darüber hat dann der angerufene Sachrichter zu entscheiden, wenn er die Unzuständigkeitsrede gutheisst oder wenn er auf die Klage eintritt und diese materiell beurteilt.

c) Bei Beschwerden wegen Gesetzesverletzung gemäss Art. 232 ff. ZPO überprüft der Kantonsgerichtsausschuss im Rahmen der Beschwerdeanträge unter anderem, ob das dem angefochtenen Entscheid vorangegangene Verfahren Gesetzesbestimmungen verletzt, welche für die Beurteilung der Streitfrage wesentlich sind (Art. 235 Abs. 1 ZPO). Vorliegend trifft dies

nach dem Gesagten zu. Da der Vermittler mehr als einen Monat vor der Vermittlungstagfahrt von der Unzuständigkeitseinrede des Beklagten Kenntnis erhielt, hätte er nicht darauf beharren dürfen, dass E. zur Sühne- verhandlung zu erscheinen habe, und, nachdem er dies dennoch getan hatte, hätte er den Beklagten nicht mit Kosten belasten dürfen. Beides verstösst gegen Art. 59 BV, und die ungerechtfertigte Verpflichtung zur Kostentra- gung zudem auch gegen Art. 76 Abs. 3 ZPO. Damit sind Verfahrensgrund- sätze verletzt, weshalb die Beschwerde gutzuheissen und die Ziffern 2 und 3 des angefochtenen Kostenentscheidendes vom 17. November 1993 aufzuhe- ben sind.

ZB 42/93

Urteil vom 7. Februar 1994

**25 - Arbeitsvertrag; Gerichtsstand (Art. 343 Abs. 1 OR). Der Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten oder des Ortes des Betriebs ist absolut zwingend und kann weder durch Vereinbarung noch durch Einlassung (Art. 15, Art. 92 ZPO) ausgeschlossen werden (Erw. 2).**

**-Allgemeiner Gerichtsstand für Klagen gegen einen Verein ist der statutarische Sitz (Art. 56 ZG B), auch wenn der Verein dort nicht erreichbar ist und die bekanntgegebene Zustelladresse am Wohnsitz des Präsidenten damit nicht identisch ist. Rechtsmissbräuchliche Berufung auf den statutarischen Sitz in casu verneint (Art. 2 ZGB) (Erw. 3).**

*Erwägungen:*

1. Der Bezirksgerichtspräsident Oberlandquart - und mit ihm die Beschwerdeführerin - qualifizieren das der Forderung zugrundeliegende Vertragsverhältnis zu Recht als Arbeitsvertrag; es kann daher auf die zutref- fenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Art. 229 Abs. 3 ZPO analog).

2. Art. 92 ZPO statuiert für das innerkantonale Verhältnis - unter Vorbehalt zwingender Gerichtsstandsvorschriften - die unwiderlegbare Vermutung der Einlassung, falls die (örtliche) Zuständigkeit eines Gerichts nicht ausdrücklich in den Rechtsschriften bestritten wird. Vorliegend hat der BLV die örtliche Zuständigkeit erst anlässlich des Beweisverfahrens beanstandet. Demzufolge liegt eine Einlassung im Sinne von Art. 92 ZPO vor, sofern einer solchen keine zwingende Gerichtsstandsnorm entgegen- steht.

Gemäss Art. 343 Abs. 1 OR gilt für Streitigkeiten aus dem Arbeits- verhältnis wahlweise der «Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten oder des Ortes des Betriebs oder Haushalts, für den der

