

Art. 209 Abs. 3 ZPO, keine selbständige Widerklage. *Der Beklagte kann seine im Schlichtungsverfahren erhobene Widerklage (Art. 209 Abs. 2 lit. b ZPO) nicht selbständig ans Gericht bringen, wenn der Kläger die Klagebewilligung nicht einreicht.*

Vor der Schlichtungsbehörde erhob der Beklagte Widerklage, welche in der Klagebewilligung vermerkt wurde (Art. 209 Abs. 2 lit. b ZPO). Der Kläger verfolgte die Sache nicht weiter, wogegen der Beklagte seine Widerklage selbständig dem (Miet-)Gericht vorlegte. Dieses trat auf die Klage nicht ein. Der Beklagte ficht das an.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

3.1. Der Streit [dreht sich] einzig um die Frage, ob eine beklagte Partei, die im Schlichtungsverfahren Widerklage erhebt, auch als klagende Partei im Sinne von Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO zu gelten hat, mithin eine Klagebewilligung erhält und die Widerklage selbständig beim Gericht einreichen kann. Die Vorinstanz verneinte diese Frage und trat auf die selbständig eingereichte (Wider-)Klage des Vermieters nicht ein.

3.2. Die Widerklage ist eine Klage des Beklagten im Rahmen eines vom Kläger angehobenen Prozesses. Sie ist weder Angriffs- noch Verteidigungsmittel, sondern eine Art Gegenangriff des Beklagten, mit welchem ein von der Hauptklage nicht erfasster Anspruch geltend gemacht wird (vgl. dazu BGE 124 III 207 E. 3a). Im Zeitpunkt der Erhebung der Widerklage muss die Hauptklage rechtshängig sein (vgl. ZK ZPO-SUTTER-SOMM/GRIEDER, 3. A., Art. 14 N 13 m.H.). Da die Rechtshängigkeit u.a. bereits mit Einreichung des Schlichtungsgesuchs eintritt (vgl. Art. 62 Abs. 1 ZPO), kann der Beklagte die Widerklage auch in dem vom Kläger eingeleiteten Schlichtungsverfahren erheben. Wird die Widerklage im Rahmen des Schlichtungsverfahrens angehoben, entsteht in diesem Stadium, gleich wie bei der Hauptklage, Rechtshängigkeit (vgl. ZK ZPO-LEUENBERGER, 3. A., Art. 224 N 19; FÜLLEMANN, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 14 N 23). Im Verfahren vor Gericht kann der Beklagte in der Klageantwort die Widerklage erheben (vgl. Art. 224 Abs. 1 ZPO). Diese wird im Zeitpunkt ihrer Erhebung rechtshängig (vgl. BSK ZPO-INFANGER, 3. A., Art. 62 N 20).

Kommt es im Schlichtungsverfahren zu keiner Einigung, so hält die Schlichtungsbehörde dies im Protokoll fest und erteilt die Klagebewilligung. In der Regel, d.h. mit Ausnahme der Fälle nach Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO, wird die Klagebewilligung der klagenden Partei ausgestellt (vgl. Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO). Ob auch dem Widerkläger die Klagebewilligung zu erteilen ist, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Die Botschaft des Bundesrates zur ZPO enthält dazu ebenfalls keine Ausführungen bzw. erwähnt als Adressat der Klagebewilligung nur die klagende Partei (BBI 2006 S. 7333 f.). Das Bundesgericht äusserte sich bislang nicht zu dieser Frage. Im Entscheid 4A_499/2013 vom 4. Februar 2014 (= Pra 103 (2014) Nr. 94) wies es zwar auf die Problematik hin, es konnte die Frage jedoch unbeantwortet lassen. Der überwiegende Teil der Lehre ist im Wesentlichen der Ansicht, dass die im Schlichtungsverfahren erhobene Widerklage nicht selbständig sei. Wenn die klagende Partei die in Art. 209 Abs. 3 und Abs. 4 ZPO vorgesehenen Fristen zur Einreichung der Hauptklage verstreichen lasse, entfalle die (im Schlichtungsverfahren erhobene) Widerklage. Die Widerklage könne erst dann als selbständige Klage betrachtet werden, wenn sie einmal mit der Klageantwort beim Gericht eingereicht worden sei. Daher dürfe dem Widerkläger keine Klagebewilligung erteilt werden (vgl. FÜLLEMANN, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 14 N 23 f.; EGLI, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 209 N 9; PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 224 N 12; BK ZPO-KILLIAS, Art. 224 N 51; BSK ZPO-WILLISEGGER, 3. A., Art. 224 N 38 f.; ZK ZPO-LEUENBERGER, 3. A., Art. 224 N 19 und N 21a; DOLGE/INFANGER, Schlichtungsverfahren nach Schweizerischer Zivilprozessordnung, S. 111 f.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., N 11.90; RAYMOND BISANG, Neue Zivilprozessordnung: Neuerungen im Schlichtungsverfahren bzw. Mietprozess unter besonderer Berücksichtigung der Ausweisung, in: MRA 2010, S. 114). Demgegenüber sind einige Autoren der Meinung, dass der Grundsatz der Selbständigkeit der Widerklage bereits im Schlichtungsverfahren gelten müsse. Die Schlichtungsbehörde habe daher auch dem Widerkläger eine Klagebewilligung auszustellen und der Widerkläger dürfe seine Widerklage beim Gericht anhängig machen, auch wenn die klagende Partei ihre Hauptklage nicht einreiche (vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. A., § 20 Rz 32a; RAPOLD/FERRARI-VISCA, Die Widerklage nach der

Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: AJP 2013 S. 394 f.; WEINGART/PENON, Ungeklärte Fragen im Schlichtungsverfahren, in: ZBJV 151/2015 S. 500 ff.; MYRIAM GRÜTTER, Das vereinfachte Verfahren in seiner mündlichen Variante, in: Jusletter vom 14. November 2011, S. 8 Anm. 43; CPC-BOHNET, Art. 209 N 7+11). Dieser Minderheitsmeinung schliesst sich der Vermieter in seiner Beschwerde an.

Nach Auffassung der Kammer kommt der im Schlichtungsverfahren erhobenen Widerklage lediglich der Charakter einer vorläufigen Anmeldung zu und sie verkörpert (noch) keine selbständige Klage (vgl. dazu bereits FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., § 60 N 5; ähnlich auch MÜLLER-CHEN, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 62 N 26 mit Hinweisen). Der Widerkläger kann daher seine im Schlichtungsverfahren erhobene Widerklage beim Gericht nicht selbständig einreichen. Erst wenn die Hauptklage (innert der gesetzlich vorgesehenen Prosequierungsfristen von Art. 209 Abs. 3 und Abs. 4 ZPO) beim zuständigen und entscheidenden Gericht eingereicht wurde, kann eine Widerklage nach den Vorschriften von Art. 224 ZPO erhoben werden, und erst dann wird die Widerklage zu einer selbständigen Klage. Vorher kann über den im Schlichtungsverfahren widerklageweise geltend gemachten Anspruch (gerichtlich) nicht entschieden werden. Bis zum Zeitpunkt, in dem die Hauptklage beim Gericht eingereicht wird, teilt die Widerklage daher deren Schicksal. Dies führt dazu, dass die widerklagende Partei während der Dauer der Klagebewilligung im Ungewissen bleibt und sie aufgrund der Sperrwirkung (vgl. Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO) für ihre im Schlichtungsverfahren rechtshängig gemachte Widerklage noch kein eigenes Schlichtungsverfahren einleiten kann. Diesen Nachteil kann der Widerkläger umgehen, indem er – ohne dabei die Folgen von Art. 65 ZPO befürchten zu müssen – seine Widerklage im erfolglosen Schlichtungsverfahren wieder zurückzieht, Verrechnung erklärt oder bereits von Anfang an ein eigenes Schlichtungsverfahren einleitet.

Als klagende Partei im Sinne von Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO gilt damit nur diejenige Partei, die das Schlichtungsverfahren eingeleitet hat. Im vorliegenden Fall sind dies die Mieter. Die Schlichtungsbehörde durfte daher dem Vermieter als Widerkläger keine Klagebewilligung ausstellen. Entgegen der Ansicht des Vermie-

ters ändert daran auch nichts, dass Art. 209 Abs. 2 lit. b ZPO die Widerklage erwähnt, denn Art. 209 Abs. 2 ZPO bestimmt lediglich den zwingenden Inhalt der Klagebewilligung. Inwiefern nach Ansicht des Vermieters die ihm ausgestellte Klagebewilligung dennoch Gültigkeit erlangt haben und für das Gericht verbindlich sein soll, ist nicht ersichtlich. Stellt die Schlichtungsbehörde einem falschen Adressaten die Klagebewilligung aus, kann nicht von einem unwesentlichen Verfahrensfehler gesprochen werden. Es liegt vielmehr ein gravierender Mangel im Schlichtungsverfahren vor, der die Ungültigkeit der Klagebewilligung nach sich zieht. Die Vorinstanz ist daher auf die Klage zurecht nicht eingetreten. Die Beschwerde ist damit abzuweisen.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 7. Juli 2017
PD170005-O/U