# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: PD170005-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

**Urteil vom 7. Juli 2017**

in Sachen

**A._____**,
Kläger und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

1. **B._____**,
2. **C._____**,

Beklagte und Beschwerdegegner,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Forderung aus Mietverhältnis**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 2. Mai 2017 (MG160008)

**Erwägungen:**

1.

1.1. Die Beklagten und Beschwerdegegner waren bis Ende September 2016 Mieter (nachfolgend Mieter) einer Wohnung in D._____ und der Kläger und Beschwerdeführer war deren Vermieter (nachfolgend Vermieter). Mit Eingabe vom 21. Juli 2016 (Datum Poststempel) fochten die Mieter bei der Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen des Bezirkes Pfäffikon den Mietzins an und erhoben eine negative Feststellungsklage über einen Betrag von Fr. 6'395.– (vgl. act. 4/2+5, act. 5/1+3). Anlässlich der auf den 5. Oktober 2016 anberaumten Schlichtungsverhandlung erhob der Vermieter Widerklage, mit welcher er eine Forderung aus dem Mietverhältnis in der Höhe von Fr. 9'239.– geltend machte (vgl. act. 5/8+12). Da zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden konnte, stellte die Schlichtungsbehörde mit Beschluss vom 5. Oktober 2016 die Klagebewilligung aus, und zwar sowohl an die Mieter als auch an den Vermieter als Widerkläger (vgl. act. 5/14 und Prot. S. 2 im Verfahren MK160027).

1.2. In der Folge reichte der Vermieter mit Eingabe vom 21. November 2016 (Datum Poststempel) und unter Beilage der vorerwähnten Klagebewilligung seine (Wider-)Klage beim Mietgericht des Bezirksgerichts Pfäffikon (nachfolgend Vorinstanz) ein (vgl. act. 1 und act. 4/1). Nach der am 16. Februar 2017 durchgeführten Hauptverhandlung (vgl. Prot. Vi S. 6 ff.) trat die Vorinstanz mit Verfügung vom 2. Mai 2017 mangels gültiger Klagebewilligung auf die (Wider-)Klage nicht ein. Die auf Fr. 1'500.– festgesetzte Gerichtsgebühr auferlegte sie dem Vermieter und verpflichtete diesen, den Mietern eine Parteientschädigung von Fr. 2'200.– zzgl. 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen (vgl. act. 19 Dispositivziffern 1-4 = act. 22 = act. 24, nachfolgend zitiert als act. 22).

1.3. Gegen diesen Entscheid erhob der Vermieter mit Eingabe vom 6. Juni 2017 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde beim Obergericht mit folgendem Rechtsbegehren (vgl. act. 23 S. 2, zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 20/2):

" 1. Dispositiv-Ziffern 1 bis 4 der Verfügung des Einzelrichters am Mietgericht Pfäffikon ZH vom 2. Mai 2017 seien in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventualiter seien Dispositiv-Ziffern 1 bis 4 der angefochtenen Verfügung aufzuheben, und die Beschwerdegegner seien solidarisch zu verpflichten, dem Beschwerdeführer CHF 9'239.00 zuzüglich 5% Zins seit 1. März 2016 sowie CHF 73.30 Zahlungsbefehlskosten zu bezahlen, und es sei der Rechtsvorschlag in der Betreibung des Betreibungsamtes Illnau-Effretikon (Zahlungsbefehl Nr. ... vom 6. Juni 2016) aufzuheben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zusätzlich Mehrwertsteuerzuschlag) zu Lasten der Beschwerdegegner."

1.4. Den Kostenvorschuss von Fr. 1'600.– für das Beschwerdeverfahren leistete der Vermieter auf erste Aufforderung hin (act. 27-29). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-20). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Der vorinstanzliche Entscheid ist mit Beschwerde anfechtbar, da der Streitwert weniger als Fr. 10'000.– beträgt (Art. 319 lit. a und Art. 308 ZPO). Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach Art. 319 ff. ZPO. Die Beschwerde ist innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO).

2.2. Die vorliegende Beschwerde wurde rechtzeitig, schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als zuständige Beschwerdeinstanz eingereicht. Der Vermieter ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und somit zur Beschwerde legitimiert. Es ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

2.3. Der Vermieter wirft der Vorinstanz eine unrichtige Rechtsanwendung vor. Seiner Meinung nach sei es zulässig, eine im Schlichtungsverfahren erhobene Widerklage selbständig als Hauptklage beim Gericht einzureichen. Die ihm von

der Schlichtungsbehörde ausgestellte Klagebewilligung sei daher gültig und für das Gericht verbindlich (vgl. act. 23 Rz 7+9 S. 5).

3.

3.1. Vorliegend dreht sich der Streit 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 (vgl. act. 22 E. IV.2.).

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 Aus-

führungen bzw. erwähnt als Adressat der Klagebewilligung nur die klagende Partei (BBl 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 (vgl. act. 23 Rz 9).

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 Vermieters ändert daran auch nichts, dass Art. 209 Abs. 2 lit. b ZPO die Widerklage erwähnt (vgl. act. 23 Rz 9 S. 6), 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 (vgl. act. 23 Rz 14+16 S. 8 f.), 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.

4.

4.1. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 9'239.– sind die Gerichtskosten in Anwendung von § 12 Abs. 1-2 i.V.m. § 4 Abs. 1-2 und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'600.– festzusetzen. Da der Vermieter im Beschwerdeverfahren unterliegt, sind ihm die Gerichtskosten in dieser Höhe aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Dem Vermieter nicht, weil er unterliegt, den Mietern nicht, da ihnen keine Umtriebe entstanden sind, die es zu entschädigen gölte.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'600.– festgesetzt, dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagten unter Beilage eines Doppels von act. 23, sowie an die Vorinstanz und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

   Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Be-

schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 9'239.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. O. Canal

versandt am: