

Das mietrechtliche Schlichtungsverfahren im schweizerischen Zivilprozessrecht

FRANÇOIS BOHNET*

Schlagworte: Miete, ZPO, Schlichtungsverfahren, Urteilsvorschlag, Entscheid, Klagebewilligung

Mots clés: Bail, CPC, conciliation, proposition de jugement, décision, autorisation de procéder

Parole chiave: Locazione, conciliazione, proposta di giudizio, decisione, autorizzazione ad agire

Zusammenfassung

In mietrechtlichen Angelegenheiten ist das Verfahren in vielerlei Hinsicht seit Jahren vereinheitlicht. Die ZPO bringt jedoch insbesondere im Schlichtungsverfahren zahlreiche Neuheiten mit sich. Der vorliegende Artikel geht auf die wichtigsten ein.

Résumé

En matière de bail, la procédure est unifiée sur bien des points depuis des années. Le CPC apporte cependant de nombreuses nouveautés, en particulier au stade de la conciliation. Cet article en examine les principales.

Riassunto

In materia di locazione, la procedura è unificata su parecchi punti da diversi anni. Il CPC apporta tuttavia numerose novità, in particolare allo stadio della conciliazione. Questo articolo ne esamina le principali.

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Schlichtungsversuch
 1. Grundsatz
 2. Ausnahmen
 - a. *Ausbleiben des Schlichtungsverfahrens*
 - aa. Summarisches Verfahren
 - bb. Aberkennungsklage
 - cc. Widerklage
 - dd. Hauptintervention und Streitverkündungsklage
 - ee. Prosequierung vorsorglicher Massnahmen

* Professor an der Universität von Neuchâtel, Rechtsanwalt. Ich danke Frau Sopna Kalapurakal, MLaw, für die Bearbeitung und Übersetzung des vorliegenden Artikels.

- ff. Gemeinsamer Verzicht
 - gg. Verzicht durch die klagende Partei
 - b. *Ersatz des Schlichtungsverfahrens durch die Mediation*
 - 3. Eingaben
 - a. *Schlichtungsgesuch*
 - b. *Stellungnahme der beklagten Partei*
 - 4. Schlichtungsverfahren
 - a. *Persönliches Erscheinen zur Schlichtungsverhandlung*
 - b. *Säumnis*
 - c. *Beweise*
 - d. *Dauer und Anzahl der Verhandlungen*
 - e. *Vertraulichkeit*
 - f. *Unentgeltlichkeit*
 - 5. Erfolg des Schlichtungsversuchs
 - 6. Scheitern des Schlichtungsversuchs
 - a. *Klagebewilligung*
 - aa. Grundsatz
 - bb. Inhalt
 - cc. Empfänger
 - dd. Prosequierungsfrist
 - b. *Urteilsvorschlag*
 - aa. Anwendungsbereich
 - bb. Inhalt
 - cc. Wirkungen
 - dd. Ablehnung
 - c. *Entscheid*
- III. Schlussfolgerung

I. Einleitung

1. Die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) tritt am 1. Januar 2011 in Kraft.¹ Auf den ersten Blick könnte man meinen, dass sie auf dem Gebiet des Mietrechts nur wenige Neuheiten mit sich bringen würde, da der Gesetzgeber schon seit geraumer Zeit die Wichtigkeit der rechtlichen Verankerung des Mieterschutzes erkannt, und zu diesem Zweck mit der Annahme des BMM am 30. Juni 1972 und des «neuen» Mietrechts vom 15. Dezember 1989 grundlegende Verfahrensvorschriften erlassen hat. Gerade diese Verfahrensvorschriften wurden aber unter der neuen Zivilprozessordnung verändert, wenn auch manchmal unüberlegt. Der vorliegende Beitrag stellt einige der daraus hervorgegangenen Neuheiten vor, insbesondere was das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde betrifft.

¹ AS 2010 1836.

II. Schlichtungsversuch

1. Grundsatz

2. Aufgrund seines Erfolgs auf dem Gebiet des Mietrechts wurde das Schlichtungsverfahren in seinen Grundsätzen in die Zivilprozessordnung übernommen und seine Anwendbarkeit – unter Vorbehalt einiger Ausnahmen – auf sämtliche Bereiche des Privatrechts ausgedehnt. So statuiert Art. 197 ZPO den Grundsatz, dass dem Entscheidungsverfahren zwingend ein Schlichtungsverfahren vor einer Schlichtungsbehörde vorangehen muss.

3. Die eben erwähnten *Ausnahmen* von diesem Grundsatz sind in den Artikeln 198 und 199 ZPO enthalten. So entfällt das Schlichtungsverfahren vor allem im summarischen Verfahren (Art. 198 lit. a ZPO), im Falle einer Aberkennungsklage (Art. 198 lit. e Ziff. 1 ZPO), Widerklage, Streitverkündungsklage oder Hauptintervention (Art. 198 lit. g ZPO). Dasselbe gilt, wenn das Gericht Frist für eine Klage gesetzt hat (Art. 198 lit. h ZPO) oder wenn die Parteien einer vermögensrechtlichen Streitigkeit mit einem Streitwert von mindestens 100 000 Franken gemeinsam auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens verzichten (Art. 199 Abs. 1 ZPO). Schliesslich kann die klagende Partei einseitig auf das Schlichtungsverfahren verzichten, wenn die beklagte Partei Sitz oder Wohnsitz im Ausland hat, oder wenn ihr Aufenthaltsort unbekannt ist (Art. 199 Abs. 2 lit. a u. b. ZPO).

2. Ausnahmen

a. Ausbleiben des Schlichtungsverfahrens

aa. Summarisches Verfahren

4. Das Schlichtungsverfahren entfällt bei Anwendbarkeit des summarischen Verfahrens (Art. 198 lit. a ZPO), was besonders im Bereich des SchKG, namentlich für das *Rechtsöffnungsverfahren* (Art. 251 lit. a ZPO), gilt. Gerät der Mieter mit der Zahlung des Mietzinses in Verzug, kann der Vermieter eine Betreibung einleiten und, bei Rechtsvorschlag des Mieters, gestützt auf den Mietvertrag die provisorische Rechtsöffnung beantragen, ohne das Schlichtungsverfahren durchlaufen zu müssen. In dieser Hinsicht bleibt die bisherige Rechtslage unverändert.

5. Auch *vorsorgliche Massnahmen* werden im summarischen Verfahren behandelt (Art. 261 ff. ZPO). Für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist direkt das (unter Vorbehalt des Art. 5 Abs. 2 ZPO) vom kantonalen Recht bezeichnete Gericht zuständig, ohne dass vorher ein Schlichtungsverfahren durchgeführt werden müsste.

6. Auch beim *Rechtsschutz in klaren Fällen* erübrigt sich die Durchführung des Schlichtungsverfahrens (Art. 257 ZPO). Während der Rechtsschutz in klaren Fällen für die westschweizer Kantone eine der grundlegendsten Neuheiten darstellt, besteht diese Institution bereits in der Mehrheit der Deutschschweizer Kantone, und seit kurzem auch im Tessin. Im Gegensatz zu den kantonsrechtlichen Vorgängern des Rechtsschutzes in klaren Fällen, können unter der Herrschaft der Zivilprozessordnung sämtliche Forderungen, auch geldwerte, im summarischen Verfahren geltend gemacht werden.²

7. Art. 257 ZPO setzt für den Rechtsschutz in klaren Fällen jedoch voraus, dass die Parteien frei über den Streitgegenstand verfügen können – was im Mietrecht der Fall ist –, dass der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar, und die Rechtslage klar ist.³

8. Der Botschaft zufolge ist dies nur dann der Fall, wenn sich die Rechtsfolge im Rahmen bewährter Lehre und Rechtsprechung ohne weiteres ergibt.⁴ Dies müsste auf den Bereich der *Ausweisungen* zutreffen, sofern eine formell korrekte Kündigung nicht bestritten wurde, oder wenn die Kündigung wegen erwiesenen Mieterverzugs erfolgte und die formellen Kündigungsvorschriften eingehalten wurden. Erfolgte die Kündigung des Mietverhältnisses hingegen aus wichtigen Gründen und sind die geltend gemachten Gründe diskutabel, kann nicht von einer klaren Rechtslage ausgegangen werden.

9. In diesem Fall muss der Ausweisung, unabhängig davon, ob das Ausweisungsbegehren auf eine ordentliche oder ausserordentliche Kündigung hin erfolgte, ein Schlichtungsverfahren vorausgehen. Die ZPO verzichtete also auf die Übernahme des Systems der Artikel 274a lit. d und 274g OR, welche im Falle einer auf eine ausserordentliche Kündigung folgenden Ausweisung die ausschliessliche Zuständigkeit des Richters vorsahen. Dem den Räten unterbreiteten Vorschlag, diesbezüglich die Regelung des Obligationenrechts zu übernehmen, wurde nicht gefolgt.⁵

2 Botschaft ZPO, BBI 2006 7351.

3 Für weiter Ausführungen, siehe ANDREA ALBERTI, Tutela giurisdizionale nei casi manifesti (Art. 257 CPC), SZPP 2010, S. 101 ff.; FRANÇOIS BOHNET, La procédure sommaire selon le Code de procédure civile suisse, RVJ 2008 281 ff.; BSK ZPO-HOFMANN, Art. 257 N 1 ff.

4 Botschaft ZPO, BBI 2006 7352.

5 Siehe DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, Le Code de procédure civile, Bern 2009, S. 111 ff.

bb. Aberkennungsklage

10. Gemäss Art. 198 lit. e Ziff. 1 ZPO entfällt das Schlichtungsverfahren auch im Falle der Aberkennungsklage. Aberkennungsklagen werden demzufolge künftig anders behandelt als allgemeine negative Feststellungs- oder Anerkennungsklagen. Die Beweggründe für diese Ausnahme, welche ohne ernsthaften Anlass mit der geltenden Regelung bricht,⁶ sind nur schwer nachvollziehbar. Es wäre in der Tat kohärenter gewesen, das Schlichtungsverfahren lediglich für jene Klagen auszuschliessen, welche das SchKG dem beschleunigten Verfahren⁷ unterstellte, das von der ZPO so nicht übernommen wurde.

11. Doch wie sieht die Rechtslage aus, wenn die klagende Partei neben der Aberkennungsklage noch *weitere Ansprüche* geltend machen möchte? Erfordern diese ein vorgängiges Schlichtungsverfahren, kann die klagende Partei diesem unserer Ansicht nach nicht ausweichen. Während die Aberkennungsklage direkt beim Gericht anhängig gemacht werden kann, müssen die restlichen Ansprüche zunächst vor der Schlichtungsbehörde geltend gemacht werden. Die klagende Partei muss also vorerst zwei Verfahren parallel einleiten. Kommt über die dem Schlichtungsverfahren unterliegenden Ansprüche keine Einigung zustande, kann die klagende Partei im darauffolgenden Verfahren in der Hauptsache um die Vereinigung mit dem Aberkennungsverfahren ersuchen (Art. 125 lit. c ZPO), sofern alle Ansprüche derselben Verfahrensart unterliegen (Art. 90 lit. b ZPO).

cc. Widerklage

12. Widerklagen erfordern ebenfalls kein vorgängiges Schlichtungsverfahren (Art. 198 lit. g ZPO). Die beklagte Partei kann demnach sämtliche Ansprüche gegen die klagende Partei direkt vor Gericht geltend machen, sofern derselbe Richter zuständig (falls das kantonale Recht eine solche Einschränkung vorsieht; vgl. Art. 90 lit. a ZPO bezüglich Klagehäufung) und dieselbe Verfahrensart anwendbar ist (Art. 224 Abs. 1 ZPO). Hängt diese lediglich vom Streitwert und nicht von der Natur der Streitigkeit ab, soll es unserer Meinung nach möglich sein, eine Widerklage gemäss dem Grundsatz der Prozessökonomie auch dann im ordentlichen Verfahren anhängig zu machen, wenn der Streitwert des darin geltend gemachten Anspruchs weniger als 30 000 Franken beträgt (Art. 94 Abs. 1 ZPO).⁸

6 Vgl. BGE 133 III 645. Ebenfalls kritisch: ANITA THANEI, Auswirkungen der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung auf die mietrechtlichen Verfahren, insbesondere auf das Schlichtungsverfahren, MP 2009 188.

7 Vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006 7329, 7349.

8 Gl.M.: DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 224 ZPO N 3.

13. Betrachten wir dazu folgenden Fall: Der Mieter macht vor der Schlichtungsbehörde eine Klage auf Aufhebung der Kündigung anhängig. Die Schlichtungsbehörde unterbreitet den Parteien daraufhin einen Urteilsvorschlag, welcher die Aufhebung der Kündigung vorsieht. Der Vermieter lehnt den Urteilsvorschlag ab, und ihm wird die Klagebewilligung zugestellt (Art. 211 Abs. 2 lit. a ZPO). Im anschliessend vom Vermieter eingeleiteten Verfahren in der Hauptsache, könnte der Mieter aufgrund der obigen Ausführungen also widerklageweise vom Richter verlangen, dass dieser ihm eine Mietzinsherabsetzung aufgrund eines nicht behobenen Mangels zuspricht, oder dass er den Betrag des Mietzinses bestimmt, weil keine Mitteilung auf einem vom Kanton genehmigten Formular stattgefunden hatte. Unterbreitet die Schlichtungsbehörde den Parteien hingegen keinen Urteilsvorschlag, sondern erteilt sie direkt die Klagebewilligung, so ist es am Mieter, vor Gericht auf Aufhebung der Kündigung zu klagen (Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO). Als klagende Partei ist er in diesem Fall zur Änderung seiner Rechtsbehelfen befugt, sofern der geänderte oder neue Anspruch mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht (Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO). Dies trifft besonders dann zu, wenn die Ansprüche aus ein und demselben Vertrag abgeleitet werden.⁹

dd. Hauptintervention und Streitverkündungsklage

14. Das Schlichtungsverfahren entfällt auch im Falle der Hauptintervention (Art. 73 ZPO) und der Streitverkündungsklage (Art. 81 f. ZPO) (Art. 198 lit. g ZPO). Diesen Institutionen kommt im Mietrecht jedoch nur eine beschränkte Bedeutung zu. Einerseits ist die Streitverkündungsklage bei Anwendbarkeit des summarischen oder vereinfachten Verfahrens unzulässig (Art. 81 Abs. 3 ZPO). Andererseits kommen Streitverkündung und Hauptintervention nur selten zum Tragen, wenn die kantonale Gerichtsorganisation spezialisierte Gerichte vorsieht. Auch wenn es aus Gründen der redaktionellen Vereinfachung¹⁰ in der ZPO, im Gegensatz zum Vorentwurf,¹¹ nicht mehr erwähnt wird, bleibt es dabei, dass Intervention oder Streitverkündungsklage nur dann zulässig sind, wenn das angerufene Gericht auch für die dem Dritten gegenüber geltend gemachten Ansprüche sachlich zuständig ist,¹² wie es die ZPO auch für die Klagehäufung vorsieht (Art. 90 ZPO).

9 BGE 129 III 230, E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 5C.260/2006 vom 30.03.2007, SZPP 2007, S. 351; 4C.61/2003 vom 28.05.2004, SJ 2004 I 525; vgl. FRANÇOIS BOHNET, *Les défenses en procédure civile suisse*, ZSR 2009 II 265 f.

10 Siehe JACQUES HALDY, Anmerkung in SZPP 2008, S. 410 f.

11 Art. 79 Abs. 1 lit. b E-ZPO und 71 Abs. 1 VE-ZPO (betreffend Streitverkündungsklage).

12 Siehe JACQUES HALDY, *De l'utilité de l'appel en cause*, SZPP 2005, S. 447 f. mit weiteren Hinweisen.

15. Kurz gesagt, kommt die *Streitverkündungsklage* vor einem Mietgericht nur bei Streitigkeiten unter Mitgliedern von Wohngemeinschaften, Untermietern, Mitvermietern oder Untervermietern zum Tragen. Dies trifft besonders dann zu, wenn diese Personen keine notwendige Streitgenossenschaft (Art. 70 ZPO) bilden und somit eigenständig klagen und beklagt werden können.¹³ Klagt zum Beispiel der Vermieter auf Schadenersatz gegen nur ein Mitglied einer Wohngemeinschaft, so könnte dieses dem anderen Mitglied den Streit verkünden wollen.

16. Fälle von *Hauptintervention* sind vor Mietgericht noch schwieriger vorstellbar, da sie voraussetzen, dass der Hauptintervenient am Streitgegenstand ein besseres Recht behauptet, welches jenes beider Parteien ganz oder teilweise ausschliesst (Art. 73 Abs. 1 ZPO). Dies wäre zum Beispiel der Fall, wenn ein Mieter gegen den Vermieter auf Übergabe des Mietobjekts klagt, dem sich ein Dritter mit der Behauptung, der rechtmässige Eigentümer der Unterkunft zu sein, widersetzt.

17. Ausserdem muss auf alle Ansprüche *dieselbe Verfahrensart* anwendbar sein, wie bereits ausdrücklich aus dem Entwurf und Vorentwurf¹⁴ hervorging, und nun auch im Art. 90 ZPO zur Klagehäufung zum Ausdruck kommt.

ee. Prosequierung vorsorglicher Massnahmen

18. Die Räte haben entschieden, dass das Schlichtungsverfahren entfällt, wenn das Gericht eine Frist für eine Klage gesetzt hat (Art. 198 lit. h ZPO), wie dies bei vorsorglichen Massnahmen der Fall ist: Wurden diese vor der Rechtshängigkeit der Klage in der Hauptsache angeordnet, setzt das Gericht der gesuchstellenden Partei eine Frist zur Einreichung der Klage, um die angeordneten Massnahmen zu prosequieren (art. 263 ZPO).¹⁵

ff. Gemeinsamer Verzicht

19. Während Art. 274a OR keine Ausnahme vom Grundsatz des Schlichtungsverfahrens bei Mietstreitigkeiten über unbewegliche Sachen vorsah, ermöglicht die ZPO den Parteien künftig, bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von mindestens 100 000 Franken, unabhängig vom betroffenen Rechtsgebiet, darauf zu verzichten (Art. 199 Abs. 1 ZPO). Der Vorschlag des Nationalrats, miet- und pachtrechtliche Streitigkeiten von dieser Bestimmung auszunehmen, wurde abgelehnt; die Mehrheit war der Ansicht, dass der Mieter durch

13 Für weitere Ausführungen, siehe CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, Art. 253 CO N 4 ff., 24 ff.

14 Art. 79 Abs. 1 lit. c E-ZPO und 71 Abs. 1 VE-ZPO (betreffend Streitverkündungsklage).

15 Amtl. Bull. SR 2007 519. Unklar diesbezüglich: HOFMANN/LÜSCHER (Fn. 5), S. 109, 169.

das Erfordernis eines gemeinsamen – gegebenenfalls stillschweigenden – Verzichts beider Parteien schon ausreichend geschützt wäre.¹⁶

20. Es gilt jedoch zu erwähnen, dass die ZPO die Parteien nicht daran hindert, *im Voraus* auf das Schlichtungsverfahren zu *verzichten*. Künftig könnte deshalb in Mietverträgen festgehalten werden, dass das Schlichtungsverfahren bei Streitigkeiten über 100 000 Franken entfällt. Ein Streitwert dieser Grössenordnung ist bei Kündigungsstreitigkeiten allerdings schnell erreicht: Die für die Berechnung des Streitwerts massgebende Zeitspanne umfasst gemäss Bundesgericht die Dauer, während welcher das Mietverhältnis im Falle der Gutheissung der Anfechtung fortbestehen würde, bis zum Zeitpunkt, in welchem eine neue Kündigung zugestellt werden kann oder in der Tat zugestellt worden ist. Der Streitwert selbst entspricht dann der Summe des während dieser Zeitspanne geschuldeten Mietzinses. Um den nächstmöglichen Kündigungstermin festlegen zu können, muss also von der Gutheissung der Anfechtung und dadurch von der Ungültigkeit der angefochtenen Kündigung ausgegangen werden. Fällt das Mietverhältnis unter die Bestimmungen des Kündigungsschutzes (Art. 271 ff. OR), ist grundsätzlich die dreijährige Frist des Art. 271 Abs. 1 lit. e OR massgebend.¹⁷

gg. Verzicht durch die klagende Partei

21. Bei Vorliegen einer der in Art. 199 Abs. 2 ZPO aufgeführten Gründe kann die klagende Partei einseitig auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens verzichten. Diese Möglichkeit, die dem geltenden Mietrecht fremd ist, besteht bereits in den meisten Kantonen, die ein dem Verfahren in der Hauptsache zwingend vorausgehendes Schlichtungsverfahren kennen.¹⁸ Dies gilt für den Wohnsitz im Ausland oder den unbekanntem Aufenthaltsort. Es versteht sich von selbst, dass die Tatsache, eine Wohnung zu mieten, nicht automatisch Wohnsitz am Ort der Wohnung begründet,¹⁹ sodass die oben genannten Ausnahmen auch im Mietrecht zur Anwendung gelangen können. Zieht der Mieter weg, ohne eine Adresse zu hinterlassen, sollte der Vermieter vorzugsweise über die Institution des klaren Rechtsschutzes vorgehen, da in diesem Fall das vorgängige Schlichtungsverfahren entfällt.²⁰

16 Amtl. Bull. NR 2008 952.

17 BGE 136 III 196, E. 1.1; Urteile des Bundesgerichts 4A_130/2008 vom 26.05.2008, SJ 2008 I 461; 4C.273/2005 vom 22.11.2005, SZ 2006, S. 134; vom 30.08.2000, SJ 2001 I 17; BGE 119 II 147 E. 1.

18 Die Botschaft, BBl 2006 7330, spricht von «pathologischen» Fällen.

19 Vgl. Art. 23 ff. ZGB; 20 IPRG; 52 LugÜ.

20 Siehe oben Ziff. 6.

b. Ersatz des Schlichtungsverfahrens durch die Mediation

22. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte dem Verfahren in der Hauptsache ein Versuch zur gütlichen Streitbeilegung vorangehen. Das von ihm zur Verfügung gestellte Schlichtungsverfahren ist jedoch nicht das einzig mögliche Mittel. Um die alternativen Konfliktlösungsmechanismen aufzuwerten, sieht die ZPO in ihrem Art. 213 Abs. 1 vor, dass das Schlichtungsverfahren auf Antrag sämtlicher Parteien durch eine Mediation ersetzt wird.²¹ Diese besteht im Eingreifen einer *neutralen, unabhängigen und unparteiischen Drittperson*, die den Parteien dabei helfen soll, den Dialog wiederherzustellen, um ihren Konflikt unter eigener Verantwortung lösen zu können. Der Antrag zur Durchführung einer Mediation ist im Schlichtungsgesuch oder an der Schlichtungsverhandlung zu stellen (Art. 213 Abs. 2 ZPO). Wird die Schlichtungsbehörde von einer Partei über das Scheitern der Mediation informiert, stellt sie die Klagebewilligung aus (Art. 213 Abs. 3 ZPO).

23. Doch wie verhält es sich mit der Gültigkeit einer *im Mietvertrag enthaltenen Klausel*, die vorsieht, dass die Parteien das Schlichtungsverfahren durch eine Mediation ersetzen möchten? – Insofern als das Gesetz vorschreibt, dass ein Antrag zum Ersatz des Schlichtungsverfahrens durch eine Mediation entweder im Schlichtungsgesuch oder an der Schlichtungsverhandlung zu stellen ist, kommt einer solchen Klausel zweifellos kein zwingender Charakter zu. Aufgrund der Entgeltlichkeit einer Mediation und dem Fehlen eines gewissen «Zwangs» (die Schlichtungsbehörde kann Beweise abnehmen und Urteilstvorschläge unterbreiten), könnte eine solche Klausel ausserdem darauf abzielen, die schwächere Partei zu entmutigen, um sie davon abzuhalten, ihre Rechte geltend zu machen. Weiter gilt es hervorzuheben, dass der Gesetzgeber aus Gründen des Mieterschutzes Schiedsabreden nur dann als gültig erachtet, wenn die Parteien darin die Schlichtungsbehörde als Schiedsgericht eingesetzt haben (Art. 361 Abs. 4 ZPO). Eine Ausnahme davon bilden lediglich Streitigkeiten, deren Streitwert 100 000 Franken übersteigt, was es den Parteien erlaubt, im Voraus auf das Schlichtungsverfahren zu verzichten.²²

3. Eingaben

a. Schlichtungsgesuch

24. Die Einreichung des Schlichtungsgesuches *begründet Rechtshängigkeit* (Art. 62 Abs. 1 ZPO). Es wird schriftlich, in Papierform (in genügend Exemplaren, vgl. Art. 131 Abs. 1 ZPO) oder elektronisch (Art. 130 Abs. 1, 202 Abs. 1

21 BBl 2006 7335 ff.

22 Siehe oben Ziff. 3, 20 f.

ZPO) und in beiden Fällen unterschrieben, eingereicht, kann aber auch mündlich bei der Schlichtungsbehörde zu Protokoll gegeben werden. Art. 202 Abs. 2 ZPO präzisiert, dass im Schlichtungsgesuch die Gegenpartei, das Rechtsbegehren und der Streitgegenstand zu bezeichnen sind. Weist das Schlichtungsgesuch formelle Mängel auf, setzt die Schlichtungsbehörde der klagenden Partei eine Nachfrist zu dessen Verbesserung (Art. 132 Abs. 1 ZPO).

25. Da die einzelnen Parteibehauptungen nicht nummeriert und auch nicht gemeinsam mit den dazugehörigen Beweisen aufgeführt werden müssen (Art. 221 *a contrario*), erscheint die Form des Schlichtungsgesuchs auf den ersten Blick sehr einfach. Die Vorschrift, *Rechtsbegehren* zu formulieren und den *Streitgegenstand* zu beschreiben, zeigt jedoch, dass der Gesetzgeber diesen bereits zu Beginn des Verfahrens definieren wollte, um das Ausmass der Rechtshängigkeit festlegen zu können.²³ Die Beschreibung des Streitgegenstandes ermöglicht ausserdem eine gewisse Vorausschbarkeit des Schlichtungsverfahrens und seiner allfälligen prozessrechtlichen Folgen. Gemäss Bundesgericht besteht der Streitgegenstand aus der Gesamtheit der den Rechtsbegehren zugrundeliegenden Tatsachen.²⁴

26. Die Rechtsbegehren können während des Schlichtungsverfahrens jederzeit abgeändert werden, wenn die Bedingung des sachlichen Zusammenhangs erfüllt ist²⁵ oder wenn die Gegenpartei der Klageänderung zustimmt (Art. 227 ZPO, anwendbar durch den Verweis in Art. 219 ZPO). Diese Flexibilität rechtfertigt sich dadurch, dass solche Änderungen auch nach der Zustellung der Klagebewilligung noch möglich sind.

27. Den Eingang des Schlichtungsgesuchs bestätigt die Schlichtungsbehörde den Parteien (Art. 62 Abs. 2 ZPO).

b. Stellungnahme der beklagten Partei

28. Bei Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen kann die Schlichtungsbehörde, die in diesen Fällen gemäss Art. 200 Abs. 1 ZPO paritätisch zusammengesetzt ist, *ausnahmsweise* einen Schriftenwechsel anordnen, soweit ein Urteilstvorschlag oder ein Entscheid in Frage kommt (Art. 202 Abs. 4 ZPO).

29. Die Zivilprozessordnung geht diesbezüglich weniger weit als ihr Entwurf. Dieser behielt die Befugnis zur Anordnung eines Schriftenwechsels zwar eben-

23 BSK ZPO-INFANGER, Art. 202 N 4.

24 BGE 136 III 123, E. 4.3.1; BGE 116 II 738, E. 2; 105 II 268, E. 2; 97 II 390, E. 4.

25 Siehe oben Ziff. 13. BSK ZPO-INFANGER, Art. 202 N 4, scheint nicht einmal einen sachlichen Zusammenhang vorauszusetzen.

falls nur paritätisch zusammengesetzten Behörden vor,²⁶ beschränkte diesen aber nicht auf Fälle, in denen ein Urteilstvorschlag oder ein Entscheid in Frage kam. Auch der Ausnahmecharakter des Schriftenwechsels ist im Entwurf nicht erwähnt. Der Gesetzgeber wollte aber vermeiden, dass der Schriftenwechsel zur Regel wird, um das Schlichtungsverfahren rasch und formlos zu halten.²⁷

30. Grundsätzlich *lädt* die Schlichtungsbehörde *die Parteien* zeitgleich mit der Zustellung des Schlichtungsgesuchs an die Gegenpartei zur Verhandlung *vor* (Art. 202 Abs. 3 ZPO). Die beklagte Partei ist jedoch frei, zwischenzeitlich oder gegebenenfalls an der Verhandlung *unaufgefordert eine schriftliche Stellungnahme einzureichen*.²⁸ Dieses aus Art. 53 ZPO abgeleitete Recht kann ihr nicht verweigert werden, da eine mündliche Stellungnahme an der Verhandlung und eine schriftlich eingereichte Eingabe nicht gleichwertig sind: Würde man der beklagten Partei eine Stellungnahme verbieten, würde der Formalismus, den man durch den Verzicht auf einen Schriftenwechsel zu vermeiden suchte, gerade wieder eingeführt. Dies geht auch aus dem vom Bundesgericht aus Art. 29 Abs. 1 BV abgeleiteten Replikrecht hervor.²⁹

31. Die beklagte Partei kann in einer schriftlichen Stellungnahme oder an der Verhandlung (Art. 209 Abs. 2 lit. b ZPO) *Ansprüche widerklageweise* geltend machen. Sie ist dazu jedoch nicht gezwungen, da eine Widerklage auch ohne vorgängiges Schlichtungsverfahren vor dem Richter erhoben werden kann (Art. 198 lit. g ZPO).

4. Schlichtungsverfahren

32. Die Schlichtung besteht in einer Begegnung der Parteien, die zum Ziel hat, mit der Hilfe einer Drittperson eine einvernehmliche Lösung des Konflikts zu finden. Dies setzt grundsätzlich das persönliche Erscheinen der Parteien (unten Ziff. 1 u. 2) zu einer, wenn nicht mehrerer Verhandlungen (unten Ziff. 3 u. 4) voraus. Diese sollte in einem eine Schlichtung begünstigenden Umfeld – man denke hier an die Vertraulichkeit (unten Ziff. 5) und die Unentgeltlichkeit (unten Ziff. 6) des Verfahrens – stattfinden.

26 Botschaft ZPO, BBl 2006 7331: um ihnen in schwierigen Fällen eine gute Vorbereitung der Verhandlung zu ermöglichen.

27 Siehe Amtl. Bull. NR 2008 954–956.

28 *Contra*: HOFMANN/LÜSCHER (Fn. 5), S. 127 f.

29 BGE 133 I 100.

a. *Persönliches Erscheinen zur Schlichtungsverhandlung*

33. Art. 204 Abs. 1 ZPO statuiert den Grundsatz des persönlichen Erscheinens der Parteien zur Schlichtungsverhandlung. Ihre Anwesenheit ist für den Erfolg des Schlichtungsvorgangs unabdingbar.

34. *Ausnahmen* werden gestattet, wenn eine Partei ausserkantonalen oder ausländischen Wohnsitz hat (Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO) – was beim Mieter selten der Fall ist, beim Vermieter jedoch vorkommen kann –, oder wenn wichtige Gründe zumindest glaubhaft gemacht werden.³⁰ Dies gilt bei Krankheit und Alter (Art. 204 Abs. 3 lit. b ZPO), oder unserer Meinung nach auch bei Unfall, Todesfall, Auslandsaufenthalt oder Verhinderung aus beruflichen Gründen. Ist die Anwesenheit des Betroffenen unabdingbar und sind die Gründe für die Abwesenheit vorübergehender Natur, kann die Schlichtungsbehörde die *Verhandlung verschieben*.

35. In den genannten Fällen muss die abwesende Partei *vertreten* werden. Unserer Ansicht nach kann dies durch jede zur Begleitung befugte Person geschehen, so durch einen Rechtsbeistand i.S.v. Art. 68 ZPO oder durch eine Vertrauensperson.

36. Unterliegt die Hauptsache dem vereinfachten Verfahren, kann sich der Vermieter von der *Liegenschaftsverwaltung* vertreten lassen, sofern diese schriftlich zum Abschluss eines Vergleichs ermächtigt wurde (Art. 204 Abs. 3 lit. c ZPO). Als Liegenschaftsverwaltung gilt auch jener ihrer Angestellten, welcher sich um die fragliche Liegenschaft kümmert. Was den Umfang der Vertretungsmacht angeht, so kann dieser grosszügig umschrieben werden. Der Vermieter ist jedoch frei, den Spielraum des Vertreters gegebenenfalls stark einzuschränken.

37. Um zu bestimmen, ob sich der Vermieter vertreten lassen kann, muss die Schlichtungsbehörde stets das *anwendbare Verfahren überprüfen*. Unterliegt einer der Ansprüche dem vereinfachten (Anfechtung der Kündigung) und ein anderer Anspruch dem ordentlichen Verfahren (Rückgabe der Sache, wenn der Streitwert 30 000 Franken übersteigt), wäre es unseres Erachtens übertrieben formalistisch, die Vertretung des Vermieters durch die Liegenschaftsverwaltung zu verweigern.

38. Die Schlichtungsbehörde hat ausserdem die *Pflicht, die Gegenpartei* noch vor der Verhandlung (Art. 204 Abs. 4: vorgängig) über die Vertretung *in Kenntnis zu setzen*. Hält man sich an den Wortlaut dieses Absatzes, so betrifft diese Pflicht

30 BSK ZPO-INFANGER, Art. 204 N 4.

lediglich Fälle der Vertretung im engeren Sinn, gilt also nicht auch für die Begleitung. Dies scheint offensichtlich.³¹

b. Säumnis

39. Eine Partei ist säumig, wenn sie eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vornimmt oder zu einem Termin nicht erscheint (Art. 147 Abs. 1 ZPO). Grundsätzlich, d.h. unter Vorbehalt gegenteiliger gesetzlicher Bestimmungen, wird das Verfahren im Säumnisfall ohne die versäumte Handlung weitergeführt (Art. 147 Abs. 2 ZPO). Der Vorbehalt zugunsten anderer gesetzlicher Bestimmungen kommt im Schlichtungsverfahren voll zum Tragen, da Säumnis und Säumnisfolgen an der Schlichtungsverhandlung speziell – und zwingend – in Art. 206 ZPO geregelt werden.

40. Ist die *klagende Partei* an der Schlichtungsverhandlung abwesend, ohne gültig vertreten zu sein (Art. 204 Abs. 3 ZPO), gilt das Schlichtungsgesuch als zurückgezogen; das Verfahren wird als gegenstandslos abgeschlossen (Art. 206 Abs. 1 ZPO). Ein solcher «Rückzug» gilt nicht als Klagerückzug: Gemäss Art. 65 ZPO kann nur ein Rückzug der Klage vor dem zuständigen *Gericht* diese Wirkung erzielen.³² Sofern der Anspruch keiner Verwirklichungsfrist unterliegt, z.B. im Falle einer Kündigungsanfechtung (Art. 273 OR), kann der Betroffene zu einem späteren Zeitpunkt ein neues Gesuch stellen. Ist das Verfahren kostenpflichtig,³³ werden die Kosten des Schlichtungsverfahrens der säumigen klagenden Partei auferlegt (Art. 207 Abs. 1 lit. b ZPO).

41. Ist die *beklagte Partei* an der Schlichtungsverhandlung abwesend, ohne gültig vertreten zu sein (Art. 204 Abs. 3 ZPO), verfährt die Schlichtungsbehörde, wie wenn keine Einigung zu Stande gekommen wäre (Art. 206 Abs. 2; Art. 209–212 ZPO). Bei Säumnis *beider Parteien* sind die Folgen dieselben wie bei Säumnis der klagenden Partei: Das Verfahren wird als gegenstandslos abgeschlossen (Art. 206 Abs. 3 ZPO).

42. Eine *Verspätung von einigen Minuten* dürfte nicht als Säumnis betrachtet werden, es sei denn, ein besonders gefüllter Terminkalender würde die Schlichtungsbehörde zur Einhaltung eines sehr exakten Stundenplans zwingen (welchen sie selbst aus Gründen der Kohärenz ebenfalls einhalten sollte!). In diesem Fall

31 *Contra*: GASSER/RICKLI (Fn. 8), Art. 204 ZPO N 3.

32 BOHNET (Fn. 9), S. 301; HOFMANN/LÜSCHER (Fn. 5), S. 49, 131; REYMOND JEAN-MARC, Les conditions de recevabilité, la litispendance et les preuves, in Suzana Lukic, (Hrsg.), Le projet de Code de procédure civile fédéral: travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 8 mars 2007, Lausanne 2008, S. 52 f.; vgl. BGE 118 II 479, E. 2; BSK ZPO-INFANGER, Art. 65 N 5 f.

33 Siehe N 55.

müssten die Parteien darauf aufmerksam gemacht werden. Zur Vermeidung überspitzten Formalismus empfiehlt INFANGER das Abwarten einer Respektzeit von 15 Minuten.³⁴

43. Die Schlichtungsbehörde hat die Parteien auf die Säumnisfolgen *hinzuweisen* (Art. 147 Abs. 3 ZPO). Ausserdem ist sowohl im Säumnisfall der klagenden als auch der beklagten Partei eine *Wiederherstellung* möglich. Art. 148 Abs. 1 ZPO erläutert diesbezüglich, dass die Schlichtungsbehörde auf Gesuch einer säumigen Partei erneut zu einem Termin vorladen kann, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein *leichtes Verschulden* (z.B. bei einem Fehler im Terminkalender) trifft. Das Gesuch ist innert zehn Tagen seit Wegfall des Säumnisgrundes einzureichen (Art. 148 Abs. 2 ZPO); der Gegenpartei muss Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt werden (Art. 149 ZPO). Ist das Verfahren kostenpflichtig, müssten die durch die Säumnis verursachten Kosten der säumigen Partei auferlegt werden (Art. 108 ZPO: unnötige Prozesskosten).

44. Eine Partei kann nur dann säumig sein, wenn sie *ordentlich vorgeladen* wurde (Art. 148 Abs. 1 ZPO, i.V.m. Art. 136 lit. a ZPO).³⁵ War dies nicht der Fall, hat die betroffene Partei das Recht, zu einer neuen Verhandlung vorgeladen zu werden, ohne über Art. 148 ZPO vorgehen zu müssen.

c. *Beweise*

45. Art. 203 Abs. 2 ZPO zufolge berücksichtigt die Schlichtungsbehörde die ihr vorgelegten *Urkunden* und kann einen *Augenschein* durchführen.

46. Soweit ein *Urteilstvorschlag* oder ein *Entscheid* in Frage kommt, kann sie gemäss Art. 203 Abs. 2 ZPO auch die übrigen ihr unterbreiteten Beweismittel abnehmen, wenn dies das Verfahren nicht wesentlich verzögert. Es kann sich dabei um *Zeugenaussagen*, *schriftliche Auskünfte* oder eventuell *Gutachten* handeln (Art. 168 Abs. 1 ZPO). Folgt man der Botschaft, «ist bei der Beweisführung grösste Zurückhaltung geboten, soll das Verfahren formlos und einfach bleiben».³⁶

47. Aufgrund ihrer Aufgabe wäre es deshalb auch unangemessen, wenn die Schlichtungsbehörde eine *Parteibefragung* (Art. 191 ZPO) vornehmen oder die Parteien sogar zur *Beweisaussage* verpflichten würde (Art. 192 ZPO). Die Schlichtungsbehörde hört die Parteien an, um gemeinsam mit ihnen zu versuchen, sie zu versöhnen (Art. 201 Abs. 1 ZPO). Art. 205 Abs. 1 ZPO bestimmt

34 BSK ZPO-INFANGER, Art. 206 N 6.

35 BSK ZPO-INFANGER, Art. 206 N 5.

36 Botschaft ZPO, BBl 2006 7331.

ausserdem, dass die Aussagen der Parteien weder protokolliert noch später im Entscheidungsverfahren verwendet werden dürfen. Vorbehalten ist gemäss Absatz 2 derselben Bestimmung die Verwendung der Aussagen in einem Urteilsvorschlag oder einem Entscheid der Schlichtungsbehörde, in erster Linie aufgrund ihrer Notizen.

48. Folgte man dem genauen Wortlaut des Art. 203 ZPO, könnte die Schlichtungsbehörde weder um Urkunden, noch – in Fällen, in denen sie einen Urteilsvorschlag oder einen Entscheid in Erwägung zieht – von Amtes wegen um die Anhörung eines Zeugen, das Versenden eines Fragebogens oder die Vornahme eines Gutachtens ersuchen. Lediglich ein Augenschein kann angeordnet werden. Es muss jedoch zulässig sein, dass die Schlichtungsbehörde – unabhängig vom betroffenen Rechtsgebiet – um Vorlegung von Urkunden ersucht, welche für das Verständnis der Streitigkeit vonnöten sind.³⁷

49. Wie die Gerichte wendete die Schlichtungsbehörde bisher in Mietstreitigkeiten über unbewegliche Sachen die *soziale Untersuchungsmaxime*³⁸ an (Art. 274d Abs. 3 OR). So musste sie die Parteien dazu auffordern, einen lückenhaft scheinenden Sachverhalt zu ergänzen und Beweise vorzulegen.³⁹ Eine Änderung dieses Grundsatzes scheint weder erwünscht noch erwogen worden zu sein. Unserer Meinung nach muss die Schlichtungsbehörde jegliche Beweise anordnen können, wenn sie einen Urteilsvorschlag oder einen Entscheid in Erwägung zieht.⁴⁰ Auf jeden Fall erlaubt ihr ihre Beratungspflicht (Art. 201 Abs. 2 ZPO), die Einreichung gewisser Urkunden zu verlangen oder die Parteien darauf aufmerksam zu machen, dass gewisse Urkunden noch einzureichen sind (Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO).

d. Dauer und Anzahl der Verhandlungen

50. Die Zivilprozessordnung schreibt vor, dass die Verhandlung innert zwei Monaten seit Eingang des Gesuchs oder nach Abschluss des Schriftenwechsels stattzufinden hat (Art. 203 Abs. 1 ZPO). Auch wenn es sich dabei um eine *Ordnungsfrist*⁴¹ handelt, sollte die Schlichtungsbehörde, um der Einfachheit und Raschheit des Schlichtungsverfahrens gerecht zu werden, ihr möglichstes tun, um die Parteien tatsächlich innerhalb dieser Frist vorzuladen.

37 Vgl. BSK ZPO-INFANGER, Art. 203 N 8.

38 Zu dieser Maxime siehe CPra Bail-BOHNET/SANDOZ, Art. 274d CO N 19 ff.

39 BGE 125 III 231, E. 4a, DB 2000 N 2; Urteil des Bundesgerichts vom 21. 12. 2000, DB 2001 N 25 mit einem Kommentar von BOHNET, mit Verweisen.

40 Gl.M. BSK ZPO-INFANGER, Art. 203 N 9 f.

41 BSK ZPO-INFANGER, Art. 202 N 27; Art. 203 N 3.

51. Absatz 4 derselben Bestimmung sieht vor, dass mit *Zustimmung der Parteien mehrere Verhandlungen* durchgeführt werden können, dass aber auch in diesem Fall die Verfahrensdauer zwölf Monate nicht übersteigen darf. Da beide Parteien zustimmen müssen, kann sich die beklagte Partei, welche vermeiden möchte, dass die Schlichtungsbehörde einen Urteilsvorschlag ausarbeitet, einer zweiten Verhandlung widersetzen. Hätte diese zum Beispiel die Anhörung eines Zeugen zum Gegenstand gehabt, würde ein Urteilsvorschlag so praktisch verunmöglicht.

e. Vertraulichkeit

52. Die Schlichtungsverhandlung sollte von einem *Klima* geprägt sein, welches das Aufkommen gemeinsamer Lösungen *begünstigt*. Unter diesem Blickwinkel ist es verständlich, dass die Verhandlung nicht öffentlich ist (Art. 203 Abs. 3 ZPO). Eine gewisse Diskretion erlaubt es den Parteien, sich frei zu äussern.⁴² Dieselbe Bestimmung nimmt jedoch Situationen, in denen ein öffentliches Interesse eine ganzheitliche oder teilweise Öffentlichkeit der Verhandlung rechtfertigen würde, von diesem Grundsatz aus. Der Botschaft zufolge ist dies vor den paritätischen Schlichtungsbehörden der Fall, da ein öffentliches Interesse daran bestehen kann, deren Praxis zu kennen. Dieses Argument überzeugt jedoch nicht: Der in Art. 203 Abs. 3 ZPO formulierte Vorbehalt zugunsten besonderer Situationen bezieht sich offensichtlich auf paritätische Schlichtungsbehörden. Das Interesse, deren Praxis zu kennen, besteht jedoch für alle ihr unterbreiteten Streitigkeiten, weshalb es eine Ausnahme vom Ausschluss der Öffentlichkeit nicht zu rechtfertigen vermag.⁴³

53. Wie bereits erwähnt,⁴⁴ verbietet Art. 205 Abs. 1 ZPO sowohl die Protokollierung der *Parteiaussagen* als auch deren spätere Verwendung im Entscheidungsverfahren. Daraus folgt, dass sich die Parteien nicht auf die in der Schlichtungsverhandlung erfolgten Diskussionen beziehen dürfen.⁴⁵ Ein Anwalt, der deren Inhalt trotzdem preisgibt, könnte sich mit dem Vorwurf der Sorgfaltspflichtverletzung (Art. 12 lit. a BGFA) konfrontiert sehen. Was die bei der Schlichtungsbehörde eingereichten *Urkunden* betrifft, so müssen diese den Parteien zurückgegeben werden. Eine Partei kann nur dann einen Nutzen aus von der anderen Partei eingereichten Urkunden ziehen, wenn diese ihr dazu ihr (gegebenenfalls schweigendes) Einverständnis gibt.⁴⁶

42 Botschaft ZPO, BBl 2006 7331.

43 Vgl. ebenfalls BSK ZPO-INFANGER, Art. 203 N 15.

44 Siehe oben Ziff. 47.

45 BSK ZPO-INFANGER, Art. 205 N 5.

46 Einschränkender BSK ZPO-INFANGER, Art. 205 N 6.

54. Vorbehalten ist gemäss Absatz 2 derselben Bestimmung die Verwendung der Aussagen im Falle eines Urteilsvorschlages oder Entscheides der Schlichtungsbehörde, in erster Linie aufgrund ihrer Notizen. Im Gegensatz zu INFANGER⁴⁷ sind wir der Meinung, dass der Urteilsvorschlag nach seiner Ablehnung im darauffolgenden Entscheidverfahren verwendet werden darf. Unter der Herrschaft des OR wurden *prima facie* Entscheide der Schlichtungsbehörde beim Gericht eingereicht, ohne dass dadurch unüberwindbare Schwierigkeiten verursacht worden wären.

f. Unentgeltlichkeit

55. Der Grundsatz der Unentgeltlichkeit gilt für Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht (Art. 113 Abs. 2 lit. c ZPO) während des gesamten Schlichtungsverfahrens, auch wenn sie in einen Urteilsvorschlag oder einen Entscheid mündet. Für alle anderen Streitigkeiten betreffend die Miete unbeweglicher Sachen, z.B. eines unbebauten Grundstücks, gilt dieser Grundsatz jedoch nicht (vergl. Art. 274d Abs. 2 OR). So werden die Kosten des Schlichtungsverfahrens der *klagenden Partei* auferlegt, wenn diese ihr Gesuch zurückzieht, das Verfahren wegen Säumnis abgeschrieben oder eine Klagebewilligung erteilt wird (Art. 207 Abs. 1 ZPO). Wird tatsächlich eine Klage eingereicht, so werden die Kosten zur Hauptsache geschlagen (Art. 207 Abs. 2 ZPO).

56. Auf jeden Fall können einer Partei bei *bös-* oder *mutwilliger* Prozessführung selbst in unentgeltlichen Verfahren Gerichtskosten auferlegt werden (Art. 115 ZPO). Unter der Herrschaft des Art. 274d Abs. 2 OR wurde der Begriff der *Mutwilligkeit* sehr einschränkend ausgelegt.⁴⁸ Daran sollte man sich auch künftig halten.

57. Unabhängig vom betroffenen Rechtsgebiet ist die *Zusprechung von Parteienschädigungen* im Schlichtungsverfahren ausgeschlossen. Im Gegensatz zu Art. 274d Abs. 2 OR gilt dies selbst in Fällen von *bös-* oder *mutwilliger* Prozessführung.

5. Erfolg des Schlichtungsversuchs

58. Führt das Schlichtungsverfahren zu einer Einigung, nimmt die Schlichtungsbehörde den Vergleich zu Protokoll und lässt dieses von den Parteien unterzeichnen (Art. 208 Abs. 1 ZPO). Eine Klageanerkennung und ein (gemäss Art. 208 Abs. 1 ZPO «vorbehaltloser») Klagerückzug sind ebenfalls möglich.

47 BSK ZPO-INFANGER, Art. 205 N 9.

48 CPra Bail-BOHNET/SANDOZ, Art. 274d CO N 18.

Im Gegensatz zum einfachen Rückzug des Schlichtungsgesuchs vor oder während der Schlichtungsverhandlung,⁴⁹ haben der Vergleich, die Klageanerkennung und der vorbehaltlose Klagerückzug die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids (Art. 208 Abs. 2 ZPO). Jede Partei erhält ein Exemplar des Protokolls (Art. 208 Abs. 1 *in fine* ZPO).

59. Der Vergleich kann auch andere als die im Schlichtungsgesuch und der Stellungnahme aufgeworfene Streitfragen erfassen, sofern dies der Beilegung des Streites dient⁵⁰ (Art. 201 Abs. 1 ZPO). Ein Vergleich kann auch für Drittpersonen verbindlich werden, wenn er von diesen unterzeichnet wird.

60. Sind Vergleich, Klageanerkennung oder Klagerückzug mit *Willensmängeln* (Art. 23 ff. OR) behaftet, können sie mit dem Behelf der Revision angefochten werden (Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO).⁵¹ Der Revisionsentscheid fällt in die Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde (Art. 328 Abs. 1 ZPO, zumindest in analoger Anwendung).

6. Scheitern des Schlichtungsversuchs

61. Scheitert der Schlichtungsversuch, kann die Schlichtungsbehörde entweder die Klagebewilligung erteilen (unten Ziff. 1), in gewissen Fällen einen Urteilsvorschlag ausarbeiten (unten Ziff. 2) oder sogar einen Entscheid fällen (unten Ziff. 3).

a. Klagebewilligung

aa. Grundsatz

62. Kommt keine Einigung zustande, so hält die Schlichtungsbehörde dies im Protokoll fest und erteilt, *in allen Fällen*, die Klagebewilligung (Art. 209 Abs. 1 ZPO). Die Schlichtungsbehörde ist nie dazu verpflichtet, sondern nur berechtigt, in gewissen Situationen Urteilsvorschläge auszuarbeiten oder Entscheide zu fällen. Es gilt nun, den Inhalt (unten lit. b) und den Empfänger (unten lit. c) der Klagebewilligung, sowie die Prosequierungsfrist (unten lit. d) zu untersuchen.

bb. Inhalt

63. Gemäss Art. 209 Abs. 2 ZPO enthält die Klagebewilligung:

a. die Namen und Adressen der Parteien und allfälliger Vertretungen;

49 BOHNET (Fn. 9), S. 301; HOFMANN/LÜSCHER (Fn. 5), S. 49, 131; REYMOND (Fn. 32), S. 52 f.

50 BSK ZPO-INFANGER, Art. 202 N 4, ruft dies bezüglich zu Flexibilität auf.

51 BSK ZPO-INFANGER, Art. 208 N 22.

- b. das Rechtsbegehren der klagenden Partei mit Streitgegenstand und eine allfällige Widerklage;
- c. das Datum der Einleitung des Schlichtungsverfahrens;
- d. die Verfügung über die Kosten des Schlichtungsverfahrens;
- e. das Datum der Klagebewilligung;
- f. die Unterschrift der Schlichtungsbehörde.

64. Die Tatsache, dass die *Widerklage* nicht unbedingt Gegenstand des Schlichtungsverfahrens bildet, hindert die beklagte Partei nicht daran, ihre Ansprüche widerklageweise bei der Schlichtungsbehörde geltend zu machen. Die fraglichen Rechtsbegehren werden dann eben in der Klagebewilligung aufgeführt.

65. Die Klagebewilligung kann im *Protokoll* oder in einem *separaten Dokument* enthalten sein. Es wäre sogar vorstellbar, dass sie durch einen von Hand ergänzten *Stempel* auf dem Schlichtungsgesuch angebracht wird, sofern sie gemeinsam mit letzterem die Bedingungen des Art. 209 Abs. 2 ZPO erfüllt. Die Klagebewilligung kann an der Verhandlung eröffnet oder per Postsendung zugestellt werden, in beiden Fällen gegen Empfangsbestätigung (Art. 136 u. 138 Abs. 1 ZPO).⁵²

66. Ein allfälliger *Mangel* der Klagebewilligung kann gegebenenfalls über ein Gesuch um Erläuterung (Art. 334 ZPO, in analoger Anwendung) behoben werden. Die beklagte Partei könnte ihrerseits geltend machen, dass der – nicht behobene – Mangel einem Nichtvorhandensein der Klagebewilligung gleichkommt, weshalb auf die Klage wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 1 ZPO) nicht eingetreten werden dürfte. Der klagenden Partei müsste jedoch eine Frist zur Verbesserung ihrer Eingabe gesetzt werden, sofern ein solches Vorgehen möglich ist (Art. 132 Abs. 2 ZPO, in analoger Anwendung).⁵³

cc. Empfänger

67. Grundsätzlich wird die Klagebewilligung der *klagenden Partei* erteilt (Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO). Die bisher geltende Lösung bei der *Anfechtung von Miet- und Pachtzinserhöhungen* (Art. 274 f OR)⁵⁴ sollte dennoch beibehalten werden. Die Räte⁵⁵ beschlossen deshalb, die Pflicht, Klage einzureichen, dem *Vermieter oder Verpächter* aufzuerlegen, weshalb in diesen Fällen ihm die Klagebewilligung erteilt wird (Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO). Diese Lösung wird damit begründet, dass der Vermieter, und nicht der Mieter, einen Anspruch geltend macht.

52 FRANÇOIS BOHNET/NICOLAS BRÜGGER, La notification en procédure civile suisse, ZSR 2010 I 291, S. 306, 311, 319.

53 BOHNET (Fn. 9), S. 266 f.

54 BGE 136 III 90; CPra Bail-BOHNET/SANDOZ, Art. 274 f CO N 6.

55 Amtl. Bull. NR 2008 956 ff.

68. Wenn der Mieter gleichzeitig mit der Anfechtung einer Mietzinserhöhung ein Herabsetzungsbegehren stellt (Art. 270a Abs. 3 OR) oder andere Ansprüche geltend macht, müsste dem Vermieter eine Klagebewilligung zur Durchsetzung der Mietzinserhöhung, und dem Mieter eine solche zur Durchsetzung der anderen Ansprüche erteilt werden. Es sei erwähnt, dass der Mieter durchaus abwarten und seine Ansprüche erst vor Gericht geltend machen kann, da das Schlichtungsverfahren bei Widerklagen entfällt (Art. 198 lit. g ZPO).

dd. Prosequierungsfrist

69. Die Prosequierungsfrist beträgt im allgemeinen drei Monate seit Eröffnung der Klagebewilligung (Art. 209 Abs. 3 ZPO). Wie bereits unter geltendem Recht (Art. 274 f Abs. 1 OR), beträgt sie in Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht lediglich 30 Tage (Art. 209 Abs. 4 ZPO).

70. Vereint die klagende Partei *in derselben Klage mehrere* ein Mietverhältnis betreffende *Ansprüche* und einen anderen Anspruch, welcher aufgrund des kantonalen Rechts in die Zuständigkeit derselben Behörde fällt, so müsste diese je nach Anspruch verschiedene Fristen ansetzen.

b. *Urteilsvorschlag*

aa. Anwendungsbereich

71. Das geltende Recht sieht vor, dass die Schlichtungsbehörde bei Streitigkeiten betreffend Hinterlegung des Mietzinses (Art. 259i Abs. 1 OR), Kündigungsschutz und Erstreckung des Mietverhältnisses (Art. 273 Abs. 1, 2 und 4 OR) einen Entscheid über die Ansprüche der Parteien fällt, falls zwischen diesen keine Einigung zustande kommt. In Wirklichkeit handelt es sich dabei jedoch lediglich um «*Prima-facie-Vorentscheide*», denen bloss insofern Bedeutung zukommt, als sie festlegen, welche der beiden Parteien das spätere gerichtliche Verfahren einzuleiten hat.⁵⁶

72. Ab dem 1. Januar 2011 wird die Schlichtungsbehörde die Kompetenz haben – ohne dazu verpflichtet zu sein – den Parteien in gewissen Fällen einen Urteilsvorschlag zu unterbreiten.⁵⁷ Es wurde darauf verzichtet, den Schlichtungsbehörden die Pflicht zur Fällung von Entscheiden aufzuerlegen, damit sie sich voll und ganz auf ihre wichtigste Aufgabe, die Schlichtung, konzentrieren können. Dieser

⁵⁶ BGE 121 III 266, E. 2b, DB 1996 N 28.

⁵⁷ Die Tatsache, dass eine Partei von Vorneherein ankündigt, den Urteilsvorschlag abzulehnen, hindert die Schlichtungsbehörde nicht daran, den Parteien trotzdem einen solchen zu unterbreiten, siehe BSK ZPO-INFANGER, Art. 210 N 11.

Entscheid kann insofern bedauernswert erscheinen, als er zahlreiche Ungleichheiten zwischen den Kantonen, zwischen den Schlichtungsbehörden eines Kantons oder sogar zwischen verschiedenen Zusammensetzungen derselben Behörde begründen wird.

73. Im Vergleich zum geltenden Recht entspricht der Begriff des Urteilsvorschlags eher der Natur der von der Schlichtungsbehörde getroffenen Entscheide, die keine wesentliche Veränderung erfährt.⁵⁸ Was die erfassten Fälle betrifft, so sind es dieselben wie heute, mit Ausnahme der von den Räten⁵⁹ hinzugefügten Streitigkeiten betreffend Miet- oder Pachtzinserhöhung. Auch die übrigen vermögensrechtlichen Streitigkeiten können unabhängig vom betroffenen Rechtsgebiet Gegenstand eines Urteilsvorschlags bilden, sofern deren Streitwert 5 000.– Franken nicht übersteigt.

74. Kurz gesagt *kann* die Schlichtungsbehörde den Parteien in folgenden Miet- und Pachtstreitigkeiten einen Urteilsvorschlag unterbreiten (Art. 210 Abs. 1 ZPO):

- Hinterlegung von Miet- und Pachtzinsen;
- Schutz vor missbräuchlichen Miet- und Pachtzinsen;
- Kündigungsschutz oder Erstreckung des Miet- oder Pachtverhältnisses;
- übrige vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 5 000 Franken.

bb. Inhalt

75. Der Urteilsvorschlag kann (muss aber nicht, weil ihn die Parteien ohne Begründung ablehnen können)⁶⁰ eine *kurze Begründung* enthalten (Art. 210 Abs. 2 ZPO). Eine Sanktion für eine zu detaillierte Begründung ist jedoch nur schwer vorstellbar (es sei denn, sie sei politischer Natur, angesichts der für jeden Fall zur Verfügung stehenden Zeit). Ausserdem hat ein Urteilsvorschlag dieselben Elemente zu enthalten wie ein Entscheid (Art. 238 ZPO, durch Verweis in Art. 210 Abs. 2 ZPO). Die Möglichkeit, den Urteilsvorschlag abzulehnen, muss ebenfalls erwähnt werden (Art. 211 Abs. 4 ZPO; vgl. Art. 238 lit. f ZPO betreffend Rechtsmittel).

cc. Wirkungen

76. Lehnt keine der Parteien den Urteilsvorschlag innert 20 Tagen seit seiner schriftlichen Eröffnung ab, so *erwächst er in Rechtskraft* (Art. 211 Abs. 1 ZPO).

58 Vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006 7333.

59 Amtl. Bull. NR 2008 956 ff.

60 Vgl. BSK ZPO-INFANGER Art. 210 N 5.

Er kann demnach nicht mehr mit Berufung oder Beschwerde angefochten werden. Vorbehalten bleibt gegebenenfalls die Möglichkeit der Revision.⁶¹

dd. Ablehnung

77. Zur Ablehnung eines Urteilsvorschlags genügt es, der Schlichtungsbehörde, in einfachen Worten und ohne Begründung mitzuteilen, dass der Urteilsvorschlag nicht akzeptiert wird.⁶² Aufgrund des Grundsatzes der Formgleichheit (Art. 202 Abs. 1 ZPO), müsste eine *mündliche*, nach Erhalt des Urteilsvorschlags an der Schlichtungsverhandlung formulierte Ablehnung als gültig betrachtet werden. Dasselbe gilt, wenn die mündliche Ablehnung fristgerecht der Kanzlei der Schlichtungsbehörde mitgeteilt wird. Diese ist verpflichtet, die Ablehnungserklärung zu protokollieren.

78. Die 20-tägige Frist läuft ab der schriftlichen Eröffnung des Urteilsvorschlags (Art. 211 Abs. 1 ZPO) und steht während der Gerichtsferien nicht still (Art. 145 Abs. 2 lit. a ZPO).⁶³

79. Weigert sich die Schlichtungsbehörde, *eine Klagebewilligung auszustellen*, etwa weil sie davon ausgeht, dass keine oder nur eine verspätete Ablehnungserklärung erfolgte, müsste die betroffene Partei die Weigerung über den Weg der Beschwerde anfechten können (Art. 319 Abs. 2 lit. b ZPO). Es wäre jedoch einfacher, wenn das erstinstanzliche Gericht feststellen könnte, dass die formellen Voraussetzungen für die Erteilung der Klagebewilligung vorgelegen hatten, und dass diesbezüglich auf die Klage einzutreten sei.

80. Nach Eingang der Ablehnung erteilt die Schlichtungsbehörde die Klagebewilligung (Art. 211 Abs. 2 ZPO):

- der *ablehnenden Partei*, bei Streitigkeiten über
 - die Hinterlegung von Miet- und Pachtzinsen;
 - den Schutz vor missbräuchlichen Miet- und Pachtzinsen;
 - den Kündigungsschutz oder die Erstreckung des Miet- und Pachtverhältnisses;
- der *klagenden Partei*, in den übrigen vermögensrechtlichen Streitigkeiten, deren Streitwert 5 000 Franken nicht übersteigt.

81. In Sachen Hinterlegung von Miet- und Pachtzinsen, Schutz vor missbräuchlichen Miet- und Pachtzinsen und Kündigungsschutz gilt der Urteilsvorschlag als anerkannt und hat die Wirkungen eines *rechtskräftigen Entscheids*, wenn nicht

61 BSK ZPO-INFANGER Art. 211 N 3.

62 Vgl. BSK ZPO-INFANGER Art. 211 N 5.

63 BSK ZPO-INFANGER Art. 211 N 4.

innert der gesetzlichen Frist von 30 Tagen Klage eingereicht wird (Art. 211 Abs. 3, 209 Abs. 4 ZPO).

82. Betrifft der Urteilsvorschlag (in Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht) einen vermögensrechtlichen Anspruch, dessen Wert 5 000 Franken nicht übersteigt, und macht die klagende Partei nicht innert 30 Tagen seit Eröffnung der Klagebewilligung eine Klage anhängig, so gilt diese als *nicht eingereicht* (Art. 209 Abs. 4 ZPO).

83. Die Räte haben die Spezialbestimmungen vervielfacht, um die geltende Rechtslage mehr schlecht als recht aufrechtzuerhalten. Der Text wurde dadurch schwer lesbar und eine einfache Darstellung des Systems praktisch verunmöglich. Ausserdem wird das System im Falle einer Häufung verschiedener Ansprüche schlicht und einfach undurchführbar.⁶⁴

c. *Entscheid*

84. Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten, deren Streitwert 2 000 Franken nicht übersteigt, besitzt die Schlichtungsbehörde eine echte Entscheidbefugnis (Art. 212 Abs. 1 ZPO). Sie kann von dieser Möglichkeit nach Belieben Gebrauch machen, sofern die klagende Partei einen entsprechenden Antrag stellt. Dieser kann zurückgezogen werden, solange die Schlichtungsbehörde noch nicht zu Protokoll gegeben hat, dass sie bei Scheitern des Schlichtungsversuchs einen Entscheid fällen wird.⁶⁵

85. Der *Streitwert* entspricht dem Wert der Gesamtheit der geltend gemachten Ansprüche; die Schlichtungsbehörde kann nicht nur über einen einzelnen der geltend gemachten Ansprüche entscheiden. Besteht das Rechtsbegehren aus vermögensrechtlichen und nicht vermögensrechtlichen Ansprüchen, zum Beispiel einer Verletzung von Persönlichkeitsrechten, hat die Schlichtungsbehörde ebenfalls keine Entscheidbefugnis. Bei der Hinterlegung von Miet- und Pachtzinsen, Kündigungsschutz und Schutz vor missbräuchlichen Miet- und Pachtzinsen wird ein unter 2 000 Franken liegender Streitwert selten vorkommen.

86. Der *Antrag* muss im Schlichtungsgesuch gestellt werden, damit die beklagte Partei Gelegenheit bekommt, geeignete Massnahmen zu ergreifen. Dazu gehört insbesondere das Einreichen einer schriftlichen Stellungnahme, welches der beklagten Partei, wie bereits erwähnt,⁶⁶ nicht verweigert werden darf. Stimmt man

64 Für weitere Ausführungen, siehe FRANÇOIS BOHNET, *Droit du bail en procédure civile suisse*, 16^e séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2010, N 124 ff.

65 BSK ZPO-INFANGER Art. 212 N 2.

66 Siehe N 30. Siehe ebenfalls BSK ZPO-INFANGER, Art. 212 N 6.

INFANGER⁶⁷ darin zu, dass der Antrag auch später gestellt werden kann, müsste die beklagte Partei bei seiner Übermittlung zumindest darauf aufmerksam gemacht werden, dass die Schlichtungsbehörde bei Streitigkeiten, deren Streitwert 2 000 Franken nicht übersteigt, einen Entscheid fällen kann. Unserer Meinung nach müsste der Antrag demnach spätestens zu Beginn der Verhandlung gestellt werden, gegebenenfalls auf Nachfragen des Gerichts (vgl. Art. 56 ZPO). In diesem Stadium könnte auch die Klagesumme reduziert werden, um der Schlichtungsbehörde zu ermöglichen, einen Entscheid zu fällen.

87. Die *Verfahrensart* wird in der Zivilprozessordnung nicht genauer umschrieben. Sie begnügt sich vielmehr mit der Angabe, das Verfahren sei «mündlich». Dies bedeutet anscheinend, dass weder Zeugen-, noch Beweisaussagen oder Parteibefragungen zu Protokoll genommen werden (Art. 176 ZPO *e contrario*)⁶⁸ Insofern als es sich nicht um ein summarisches Verfahren i.S.v. Art. 248 ff. ZPO handelt, sind grundsätzlich alle Beweismittel zulässig. In eindeutigen Fällen sollte die klagende Partei jedoch vorzugsweise über das Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen (Art. 257 ZPO) vorgehen, da dieses rascher verläuft.⁶⁹

88. Die Schlichtungsbehörde sollte nur dann einen Entscheid fällen, wenn ihr der Fall sowohl vom Sachverhalt wie auch von der Rechtslage her einfach erscheint. Es sollte denn auch kein umfangreiches Beweisverfahren nötig sein, welches ein ordentliches Verfahren erfordern würde.⁷⁰

89. Der Entscheid, welcher die in Art. 238 ZPO erwähnten Elemente enthalten muss, kann *ohne Begründung* eröffnet werden (Art. 239 Abs. 1 ZPO). Eine schriftliche Begründung ist jedoch dann nachzuliefern, wenn eine Partei dies inert zehn Tagen seit der Eröffnung des Entscheids verlangt. Wird keine Begründung verlangt, so gilt dies als Verzicht der Parteien auf die Anfechtung des Entscheides mit Berufung oder Beschwerde (Art. 239 Abs. 2 ZPO).

III. Schlussfolgerung

90. Auf den ersten Blick könnte man meinen, dass das Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2010 in Sachen Mietrecht nur wenige Neuerungen mit sich bringen würde. Gewiss hat der Bundesgesetzgeber

67 BSK ZPO-INFANGER, Art. 212 N 7.

68 Siehe hingegen BSK ZPO-INFANGER, Art. 212 N 6, der fordert, dass die Vornahme solcher Handlungen ins Protokoll aufgenommen werden muss.

69 Siehe oben Ziff. 6 ff.

70 Vgl. BSK ZPO-INFANGER, Art. 212 N 8 ff.

die verfahrensrechtlichen Bestimmungen auf diesem Gebiet teilweise vereinheitlicht, um eine einheitliche Anwendung des materiellen Rechts – zum Schutz der schwächeren Vertragspartei – zu erreichen. In Wirklichkeit bringt die Schweizerische Zivilprozessordnung jedoch noch zahlreiche Neuheiten mit sich. Man denke zum Beispiel an die Einschränkung der meisten dem Miet- und Pachtrecht von Wohn- und Geschäftsräumen eigenen Bestimmungen, an die erweiterte Entscheidungsbefugnis beim Schutz gegen missbräuchliche Miet- und Pachtzinsen, an die neue – und komplexe – Verbindung zwischen dem Schlichtungs- und dem gerichtlichen Verfahren oder an die Bestimmungen (oder das Fehlen von Bestimmungen) in Sachen Ausweisung.

91. Es ist zu befürchten, dass die Anwendung der neuen Bestimmungen zu Beginn etwas schwanken wird. Auf einem so polarisierenden Gebiet wie dem Mietrecht, das dem Bundesgericht zusammen mit anderen Rechtsgebieten die meisten Streitfälle beschafft, wird sich unser höchstes Gericht aber bestimmt schon bald in die Diskussion einmischen.