

## **Art. 197 ZPO, Art. 204 ZPO**

**Sinn und Zweck des Schlichtungsverfahrens. Ungültigkeit der Klagebewilligung aufgrund formeller Mängel im Schlichtungsverfahren. Folgen einer unzulässigen Begleitung einer Partei durch eine angestellte Rechtsanwältin einer Rechtsschutzversicherung anlässlich der Schlichtungsverhandlung.**

*Urteil vom 14. Oktober 2016, LA160012-O,  
Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer*

aus den Erwägungen des Obergerichts:

III./5.1 Gemäss Art. 197 ZPO geht dem Entscheidverfahren ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde voraus. Bevor die Parteien das Gericht anrufen, soll grundsätzlich ein formalisierter Aussöhnungsversuch stattfinden. Dieses Vorverfahren trägt einerseits zur Entlastung der Gerichte bei, andererseits soll den Parteien wenn möglich ein zeit- und kostenintensiver Prozess erspart bleiben (Möhler, OFK-ZPO, Art. 197 N 1). Ausserdem soll damit den Parteien die Möglichkeit gegeben werden, ihren Streit selbständig, d.h. ohne Entscheid des Richters, zu lösen. Indem die Parteien bei der selbständigen Lösungsfindung unterstützt werden, wird auch deren Selbstverantwortung gestärkt (BK ZPO II-Peter, Art. 197 N 4). In diesem Sinne hat die Partei im Schlichtungsverfahren ihre Sache selbst zu führen und zu vertreten; dies in Abweichung von der Regel, dass sich jede prozessfähige Partei im Prozess vertreten lassen darf (ZK ZPO-Honegger, Art. 204 N 1). Entsprechend bestimmt Art. 204 Abs. 1 ZPO, dass die Parteien persönlich zur Schlichtungsverhandlung erscheinen müssen. Hintergrund dieser gesetzlichen Regelung war der Gedanke, dass eine Schlichtungsverhandlung meist dann am aussichtsreichsten ist, wenn die Parteien persönlich erscheinen, da nur so "eine wirkliche Aussprache" stattfinden kann. Durch die Pflicht zum persönlichen Erscheinen zur Schlichtungsverhandlung soll ein persönliches Gespräch zwischen den Parteien vor einer allfälligen Klageeinreichung ermöglicht werden. Art. 204 Abs. 1 ZPO zielt in diesem Sinne – wie das Schlichtungsverfahren überhaupt – darauf ab, diejenigen Personen zu einer Aussprache zusammenzubringen, die sich miteinander im Streit befinden und die über den Streitgegenstand auch selber verfügen können (BGer 4A\_51/2015 vom 20. April 2015, E. 3.2

mit Verweis auf BGE 140 III 70 E. 4.3). Dieser Grundgedanke des Schlichtungsverfahrens ist vorliegend vollumfänglich zum Tragen gekommen. Der Kläger und die Beklagte als direkt betroffene Verfahrensbeteiligte kamen vor der zuständigen Schlichtungsbehörde persönlich zu einer Aussprache zusammen. Der eigentliche und ursprüngliche Sinn und Zweck einer Schlichtungsverhandlung, d.h. der Versuch einer Aussöhnung, wurde in casu vollständig erfüllt. Nun stellt sich die Frage, ob die Anwesenheit von Rechtsanwältin X.\_\_\_\_ an dieser Ausgangslage etwas zu ändern vermag bzw. ob dadurch die Klagebewilligung als ungültig zu betrachten ist.

5.2 Wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat, geht aus der Botschaft zur ZPO nicht hervor, worin die Ungültigkeit einer Klagebewilligung genau liegen kann, und auch der Wortlaut des Gesetzes äussert sich zu dieser Problematik nicht. Aus der Regelung im 3. Absatz von Art. 209 ZPO lässt sich immerhin schliessen, dass eine Klagebewilligung mit ihrer Eröffnung durch die Schlichtungsbehörde Gültigkeit bzw. Wirksamkeit erlangt und in der Regel mit dem Ablauf der Dreimonatsfrist diese wieder verliert, also insofern ungültig wird (*OGer ZH NP 130005 vom 10. Juli 2013, E. 4.1*). Darüber hinaus gibt es weitere Konstellationen, die zur Ungültigkeit der Klagebewilligung führen können. Neben dem Fall der offensichtlichen Unzuständigkeit der Schlichtungsbehörde (vgl. BGE 139 III 273 E. 2.1 f.; Müller, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 59 N 31, wonach ein am falschen Ort durchgeführter Schlichtungsversuch den Sinn und Zweck der Schlichtung vereiteln kann) wäre dies nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts etwa dann denkbar, wenn wegen der Mitwirkung eines befangenen Friedensrichters die Möglichkeit einer Einigung der Parteien illusorisch ist und das Schlichtungsverfahren dadurch seines Zweckes beraubt wird (BGer 4A\_387/2013 vom 17. Februar 2014, E.3.2, nicht publiziert in BGE 140 III 70). Gemäss dieser vorgenannten Bundesgerichtsentscheid ist eine Klagebewilligung überdies auch dann ungültig, wenn die klagende Partei pflichtwidrig nicht persönlich zur Schlichtungsverhandlung erscheint und dennoch eine Klagebewilligung ausgestellt wird (BGE 140 III 70 E. 5; Pahud, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 220 N 13). In diesem Sinne hat auch die erkennende Kammer einen Fall entschieden, in dem die – an der Verhandlung nicht anwesenden – Kläger durch eine juristische Person vertreten wurden. Weil

diese Vertretung als berufsmässig qualifiziert wurde, war sie vor der Schlichtungsbehörde nicht zulässig. Entsprechend wurde erwogen, dass im zu beurteilenden Fall das Schlichtungsverfahren mit "falschen" Parteien (nämlich einem unzulässigen Vertreter) durchgeführt wurde, weshalb die Klagebewilligung ungültig sei (*OGer ZH PP120007 vom 02.10.2012, E. II./A.9 ff.*). Nach dem Gesagten kann ein gravierender Mangel im Schlichtungsverfahren (offensichtliche Unzuständigkeit, Befangenheit des Friedensrichters, unentschuldigtes Fernbleiben des Klägers, Durchführung der Schlichtungsverhandlung mit falschen Parteien) durchaus zur Ungültigkeit der Klagebewilligung führen. Dies ist auch folgerichtig, da in solchen schwerwiegenden Fällen "das Schlichtungsverfahren seines Zweckes beraubt wird" und somit "die Möglichkeit einer Einigung der Parteien illusorisch wird", wie es das Bundesgericht formuliert (BGer 4A\_387/2013 vom 17. Februar 2014, E.3.2). Bei den übrigen (geringfügigeren) Verfahrensmängeln erscheint ein Nichteintreten wegen der Ungültigkeit der Klagebewilligung nur dann angezeigt, wenn Aussicht besteht, ein ordnungsgemässes Schlichtungsverfahren führe zu einer gütlichen Einigung (Pahud, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 220 N 13). Wenn also anlässlich der Schlichtungsverhandlung ein tatsächlicher Versuch einer Aussöhnung zwischen den Parteien stattgefunden hat, sollen unwesentliche Verfahrensfehler nicht zur Ungültigkeit der Klagebewilligung führen. Eine solche differenzierte Regelung war im Kanton Zürich vor der Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung explizit vorgesehen. Gemäss § 109 Abs. 1 ZPO/ZH wurde die Sache wegen Mängeln des Sühneverfahrens nur dann zurückgewiesen, wenn Aussicht bestand, ein gehöriger Sühneversuch führe zur einvernehmlichen Erledigung. Eine solche pragmatische und prozessökonomische Vorgehensweise hat auch heute noch unter der eidgenössischen Zivilprozessordnung ihre Berechtigung. Eine streng formalistische Betrachtungsweise, so wie sie die Beklagte fordert, führt demgegenüber regelmässig zu prozessualen Leerläufen und unnötigen Verzögerungen. Somit ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz festzuhalten, dass aufgrund von Verfahrensmängeln nicht leichthin von einer Ungültigkeit der Klagebewilligung auszugehen ist. Massgebend ist stets die Frage, ob trotz Verfahrensmangel ein tatsächlicher Versöhnungsversuch zwischen den Parteien stattgefunden hat oder nicht und somit der Sinn und Zweck einer Schlich-

tung erfüllt wurde. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, handelt es sich vorliegend nicht um einen schwerwiegenden Verfahrensfehler, der die Ungültigkeit der Klagebewilligung zur Folge hat.

5.3 In den in Art. 204 Abs. 3 ZPO aufgeführten Ausnahmefällen muss die Partei nicht persönlich zur Schlichtungsverhandlung erscheinen und kann sich vertreten lassen. Dies war an der streitgegenständlichen Schlichtungsverhandlung jedoch nicht der Fall. Der Kläger war persönlich anwesend und hat sich nicht durch eine Drittperson im Sinne von Art. 204 Abs. 3 ZPO vertreten lassen. Da der Kläger somit persönlich vor Ort war, musste im hier interessierenden Fall kein Stellvertreter im Namen des Klägers Prozesshandlungen vornehmen oder Erklärungen abgeben; der Kläger konnte dies aufgrund seiner Präsenz in eigenem Namen tun. Von der Vertretung im vorgenannten Sinne abzugrenzen ist die Möglichkeit der Begleitung durch "eine Rechtsbeiständin, einen Rechtsbeistand oder eine Vertrauensperson" (vgl. Art. 204 Abs. 2 ZPO). An der streitgegenständlichen Schlichtungsverhandlung hat sich der Kläger von X.\_\_\_\_, einer angestellten Rechtsanwältin der A.\_\_\_\_ AG, begleiten lassen, was aus der Klagebewilligung vom 15. September 2015 hervorgeht:

*"Erschienen: der Kläger persönlich in Begleitung von X.\_\_\_\_, c/o A.\_\_\_\_ AG, [...]"*

Vorliegend ergeben sich keinerlei Hinweise, dass die Begleitung des Klägers durch Rechtsanwältin X.\_\_\_\_ etwas am Ausgang der Schlichtungsverhandlung geändert hätte. So behauptet nicht einmal die Beklagte, dass die Schlichtungsverhandlung möglicherweise von Erfolg gekrönt gewesen wäre, wenn der Kläger ZPO-konform begleitet worden oder ohne Begleitung zur Schlichtungsverhandlung erschienen wäre. Vorliegend ist nicht davon auszugehen, dass Rechtsanwältin X.\_\_\_\_ für das Scheitern der Schlichtungsverhandlung verantwortlich ist. Es liegt in der Natur der Sache, dass für eine Rechtsschutzversicherung aus finanziellen Gründen ein Vergleich im Schlichtungsverfahren stets vorteilhafter wäre als ein kostspieliges Gerichtsverfahren. Die Anwesenheit von Rechtsanwältin X.\_\_\_\_ hat das Schlichtungsverfahren somit keineswegs seines Zweckes beraubt oder illusorisch gemacht. Es bleibt dabei, dass der Kläger persönlich an der Schlichtungsverhandlung anwesend war und gemäss Klagebewilligung vom

15. September 2015 an seiner Klage festgehalten hat, was schliesslich zum Scheitern des Aussöhnungsversuchs führte, da die Beklagte den klägerischen Anspruch nach wie vor bestritt. Wie erwähnt, zielt die Pflicht zum persönlichen Erscheinen i.S.v. Art. 204 Abs. 1 ZPO gemäss Bundesgericht – wie das Schlichtungsverfahren überhaupt – darauf ab, diejenigen Personen zu einer Aussprache zusammenzubringen, die sich miteinander im Streit befinden und die über den Streitgegenstand auch selber verfügen können (BGer 4A\_51/2015 vom 20. April 2015, E. 3.2 mit Verweis auf BGE 140 III 70 E. 4.3). Eine solche persönliche Aussprache hat am 15. September 2015 unbestritten stattgefunden, womit der Sinn und Zweck einer Schlichtungsverhandlung vollumfänglich erfüllt wurde. Die Beklagte bringt in ihrer Berufungsschrift keine Argumente vor, wonach die Anwesenheit von Rechtsanwältin X.\_\_\_\_ an dieser Ausgangslage etwas zu ändern vermag. Nach dem Gesagten sind aufgrund der Begleitung von Rechtsanwältin X.\_\_\_\_ keine Umstände ersichtlich, welche eine Wiederholung der Schlichtungsverhandlung bzw. einen zweiten Aussöhnungsversuch rechtfertigen würden.

5.4 Schliesslich sei noch erwähnt, dass auch der Grund, weshalb Angestellte von Rechtsschutzversicherungen nicht als berufsmässige Vertreter zugelassen werden, gegen die Ungültigkeit der Klagebewilligung spricht. Wie bereits ausgeführt, werden im Bereich des Anwaltsmonopols nach geltender Rechtslage bei einer Rechtsschutzversicherung angestellte Anwälte nicht vor Gericht zugelassen, um versicherte Personen zu vertreten (vgl. BGE 123 I 193). In aller Regel bleibt den angestellten Anwälten nämlich der Eintrag ins Anwaltsregister aufgrund von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA versagt, weil sie nicht als unabhängig gelten. So sei für den Versicherten vor allem der Ausgang eines Rechtsstreites entscheidend, während sich das Versicherungsunternehmen in erster Linie für die kostengünstige Abwicklung des Falles interessiere. Zudem wird geltend gemacht, dass bei einem angestellten Versicherungsanwalt angesichts des Anstellungsverhältnisses zum Versicherungsunternehmen die Gefahr fehlender (institutioneller) Unabhängigkeit bestehe (vgl. zum Ganzen Küng/Schoch, Anwaltsmonopol als Sperrzone für Rechtsschutzversicherungen?, in: Anwaltsrevue 4/2009, 180 ff.). Einerseits gibt es heutzutage gute Gründe, das strikte Anwaltsmonopol sowie die Unterstellung, wonach Versicherungsanwälte per se nicht unabhängig seien, kritisch zu

hinterfragen (vgl. Küng/Schoch, a.a.O., S. 185 f.). Andererseits soll das erwähnte Anwaltsmonopol als wirtschaftspolizeiliche Massnahme (neben den freiberuflichen Rechtsanwälten) vor allem das rechtsuchende Publikum schützen, indem es die persönlichen und fachlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des Berufsausübenden sicherstellen soll (BGE 130 II 87 E. 3). Der Versicherungsnehmer soll davor bewahrt werden, durch einen nicht unabhängigen Angestellten einer Rechtsschutzversicherung vertreten zu werden, der allenfalls Weisungen seiner Arbeitgeberin zu befolgen hat. Auf jeden Fall schützt das Vertretungsverbot für Versicherungsanwälte nicht die Gegenpartei davor, dass ihr Prozessgegner von einem nicht unabhängigen Anwalt begleitet wird. Mit anderen Worten hat die Beklagte im vorliegenden Verfahren keinerlei Nachteile dadurch erlitten, dass die Rechtsbeiständin des Klägers möglicherweise noch andere Interessen als diejenigen des Klägers vertrat und somit allenfalls nicht unabhängig war. Der Schutzzweck des Anwaltsmonopols bzw. des Ausschlusses von Versicherungsanwälten von der berufsmässigen Vertretung spricht somit ebenfalls dafür, dass eine unzulässige Begleitung anlässlich der Schlichtungsverhandlung nicht automatisch zur Ungültigkeit der Klagebewilligung führt. Auch in diesen Fällen ist stets entscheidend, ob trotz unzulässiger Begleitung ein effektiver Schlichtungsversuch zwischen den eigentlichen Parteien stattfinden konnte oder nicht. Wie vorstehend bereits ausgeführt (E. III./5.3), war dies vorliegend der Fall, weshalb die Klagebewilligung vom 15. September 2015 Gültigkeit hat.