

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA160012-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Kirchheimer

Urteil vom 14. Oktober 2016

in Sachen

A._____ AG in Liquidation,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____

gegen

B._____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

Berufung gegen einen Beschluss des Arbeitsgerichtes Meilen vom 6. April 2016 (AN150004-G)

Erwägungen:

I. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1. Am 30. Juli 2015 machte der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) beim Friedensrichteramt C._____ ein Schlichtungsverfahren im Zusammenhang mit einer arbeitsrechtlichen Forderung anhängig. Am 15. September 2015 fand die entsprechende Schlichtungsverhandlung statt, anlässlich welcher der Kläger durch Rechtsanwältin D._____ von der E._____ AG begleitet wurde. Nachdem die Schlichtungsverhandlung gescheitert war, stellte die Friedensrichterin gleichentags die Klagebewilligung aus und versandte diese an den Kläger (Urk. 7/1).
2. In der Folge reichte der Kläger am 9. November 2015 seine Klage zusammen mit der erwähnten Klagebewilligung am Arbeitsgericht des Bezirksgerichts Meilen ein (Urk. 7/2). Mit Präsidialverfügung vom 18. Januar 2016 setzte die Vorinstanz der Beklagten und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) Frist zur Erstattung der Klageantwort an (Urk. 7/14). Mit Eingabe vom 28. Januar 2016 stellte die Beklagte folgende Anträge (Urk. 7/16 S. 1):

- "1. Der Beklagten sei die Frist zur Einreichung der Klageantwort abzunehmen.*
- 2. Das Verfahren sei auf die Frage des Vorliegens der Prozessvoraussetzungen zu beschränken.*
- 3. Es sei auf die Klage nicht einzutreten.*
- 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MwSt.) zulasten des Klägers."*

Als Begründung brachte die Beklagte vor, der Kläger sei anlässlich der Schlichtungsverhandlung durch eine nicht zugelassene Rechtsbeiständin begleitet worden, weshalb das Schlichtungsverfahren fehlerhaft und die Klagebewilligung entsprechend ungültig sei (Urk. 7/16).

3. Nachdem der Kläger auf eine Stellungnahme zu den prozessualen Einwendungen der Beklagten verzichtet hatte (Urk. 7/20), erliess die Vorinstanz am 6. April 2016 folgenden Zwischenentscheid (Urk. 7/25 = Urk. 2):

1. *Es wird festgestellt, dass die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes C._____ vom 15. September 2015 (G.-Nr. 16-15) gültig ist.*
2. *Der Beklagten wird eine Frist von 30 Tagen ab Zustellung dieses Entscheids angesetzt, um die schriftliche Klageantwort im Doppel einzureichen.*
[...]
3. *Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bleibt dem Endentscheid vorbehalten.*
4. *[Mitteilung]*
5. *[Rechtsmittel]*

4. Gegen diesen Beschluss erhob die Beklagte am 9. Mai 2016 innert Frist Berufung mit folgenden Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2):

- "1. *Der Zirkulationsbeschluss des Bezirksgerichts Meilen vom 6. April 2016 (AN150004-G) sei vollumfänglich aufzuheben und auf die Klage sei nicht einzutreten.*
2. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.), unter Zuspreehung einer angemessenen Parteientschädigung für das Berufungsverfahren, zu Lasten des Berufungsbeklagten."*

Mit Eingabe vom 11. Mai 2016 reichte die Beklagte einen Nachtrag zu ihrer Berufungsschrift ein und ergänzte ihre Rechtsbegehren dahingehend, dass der Beklagten die Frist zur Einreichung der Klageantwort bei der Vorinstanz abzunehmen sei (Urk. 8).

5. Mit Verfügung vom 17. Mai 2016 trat die Präsidentin der Kammer auf den ergänzten prozessualen Antrag der Beklagten mangels Rechtsschutzinteresses nicht ein und setzte ihr gleichzeitig Frist an, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss von Fr. 4'000.– zu leisten (Urk. 12). Am 27. Mai 2016 ging der Kostenvorschuss der Beklagten fristgerecht bei der Gerichtskasse ein (Urk. 13).

6. Unterm 7. Juli 2016 erstattete der Kläger die Berufungsantwort, worin er die Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten beantragte (Urk. 15). Die Berufungsantwortsschrift wurde der Beklagten mit Verfügung vom 12. Juli 2016 zur Kenntnisnahme zugestellt, woraufhin sich die Beklagte nicht mehr vernehmen liess.

7. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 7/1-28).

II. Prozessuales

1. Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind vorliegend erfüllt: Die Berufung der Beklagten richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Zwischenentscheid in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, deren Streitwert Fr. 10'000.– übersteigt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Gemäss Art. 237 Abs. 2 ZPO sind Zwischenentscheide selbständig anzufechten; eine spätere Anfechtung zusammen mit dem Endentscheid ist ausgeschlossen. Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1 und Art. 142 f. ZPO; Urk. 1), und der Kostenvorschuss von Fr. 4'000.– wurde rechtzeitig geleistet (Urk. 12 und 13). Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO und dazu nachstehende E. II./2) ist auf die Berufung einzutreten.

2. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, sich inhaltlich mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll (vgl. im Einzelnen BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). In diesem Rahmen ist nachfolgend insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1, m.w.H.).

3. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h., wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Diese gesetzliche Novenbeschränkung gilt auch im Anwendungsbereich der beschränkten Untersuchungsmaxime (BGE 138 III 625 E. 2.2; BGer 4A_619/2015 vom 25. Mai 2016, E. 2.2.2 a.E.). Darüber hinaus gilt sie gemäss Praxis der Kammer auch in Verfahren, die der unbeschränkten Untersuchungsmaxime unterstehen, so beispielsweise in Kinderbelangen, in denen gemäss Art. 296 ZPO der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist (vgl. statt vieler *OGer ZH LE150053 vom 16.06.2016, E. II./A.4*). Unechte Noven, die bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz hätten geltend gemacht werden können, können daher auch im Anwendungsbereich des Untersuchungsgrundsatzes nicht mehr vorgebracht werden. Die (beschränkte) Untersuchungsmaxime gilt nach herrschender Ansicht auch für Tatsachen, welche die – gemäss Art. 60 ZPO von Amtes wegen zu prüfenden – Prozessvoraussetzungen betreffen (BK ZPO I-Zingg, Art. 60 N 4; ZK ZPO-Zürcher, Art. 60 N 4, m.w.H.). Dies führt dazu, dass die Novenbeschränkung gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO auch für Beweismittel im Zusammenhang mit den (bereits vor Vorinstanz umstrittenen) Prozessvoraussetzungen gilt (vgl. *OGer ZH NP150031 vom 02.08.2016, E. II./3*).

III. Materielle Beurteilung

1. Die Beklagte machte vor Erstinstanz geltend, das Schlichtungsverfahren sei rechtswidrig durchgeführt worden, weshalb die Klagebewilligung vom 15. September 2015 (Urk. 7/1) ungültig sei und es folglich an einer Prozessvoraussetzung fehle. Gemäss Art. 204 Abs. 2 ZPO könne sich eine Partei vor der Schlichtungsbehörde entweder von einem Rechtsbeistand oder einer Vertrauensperson begleiten lassen. Bei Rechtsanwältin D._____, die den Kläger an die Schlichtungsverhandlung begleitet habe und die bei der Rechtsschutzversicherung E.____ AG angestellt sei, handle es sich nicht um eine Vertrauensperson im Sinne der vorgenannten Bestimmung. Daraus folge, dass der Kläger an der Schlichtungs-

verhandlung vom 15. September 2015 durch Rechtsanwältin D._____ in der Funktion als Rechtsbeiständin begleitet worden sei. Die berufsmässige Vertretung und Begleitung vor der Schlichtungsbehörde sei jedoch registrierten und unabhängigen Rechtsanwälten vorbehalten. Rechtsanwältin D._____ sei nicht als unabhängige Anwältin tätig, sondern stehe in einem Abhängigkeitsverhältnis zu ihrer Arbeitgeberin; sie sei im Übrigen auch nicht im Anwaltsregister eingetragen. Die Begleitung des Klägers sei daher durch eine nicht zugelassene Rechtsbeiständin erfolgt. Infolge rechtswidriger Vertretung des Klägers anlässlich der Schlichtungsverhandlung sei die in der Folge ausgestellte Klagebewilligung ungültig (Urk. 7/16 S. 3 f.).

2. Die Vorinstanz erwog in ihrem Zwischenentscheid vom 6. April 2016, der Beklagten sei insofern zuzustimmen, als Rechtsanwältin D._____ keine zulässige Begleitung des Klägers dargestellt habe, da sie weder als Vertrauensperson noch als Rechtsbeiständin bzw. berufsmässige Vertreterin i.S.v. Art. 204 Abs. 2 i.V.m. Art. 68 Abs. 2 lit. a oder b ZPO qualifiziert werden könne. Aus diesem Mangel im Schlichtungsverfahren ergebe sich jedoch – entgegen der Behauptung der Beklagten – nicht (automatisch), dass die ausgestellte Klagebewilligung ungültig sei. Bei der Beurteilung einer allfälligen Ungültigkeit der Klagebewilligung spiele der Sinn und Zweck des Schlichtungsverfahrens eine tragende Rolle. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern die Anwesenheit von Rechtsanwältin D._____ den Zweck der Schlichtungsverhandlung, d.h. den Versuch einer Aussöhnung, gefährdet haben solle. Auch mache die Beklagte nicht geltend, dass ihr durch die Anwesenheit von Rechtsanwältin D._____ ein Nachteil erwachsen sei oder dass bzw. inwiefern die Durchführung des Schlichtungsverfahrens in Abwesenheit von Rechtsanwältin D._____ an dessen Ausgang etwas geändert hätte. Das Schlichtungsverfahren sei durch die nicht ZPO-konforme Begleitung des Klägers mithin nicht seines Zwecks beraubt worden. Die entsprechende Klagebewilligung des Friedensrichteramtes C._____ vom 15. September 2015 erweise sich damit als gültig (Urk. 2 S. 5-7).

3. Die Beklagte hält vor Obergericht an ihren Vorbringen fest und kritisiert die Auffassung der Vorinstanz als rechtsfehlerhaft. Art. 68 ZPO regle, wer zur be-

rufsmässigen Vertretung von Parteien befugt sei. Es handle sich dabei nicht bloss um eine Ordnungsvorschrift, sondern um eine Gültigkeitsvorschrift. Vertretungshandlungen und Eingaben von Personen, die nicht gemäss Art. 68 ZPO zur berufsmässigen Vertretung befugt seien, seien infolge fehlender Postulationsfähigkeit unwirksam. Dies gelte auch für die Vertretung und Begleitung im Schlichtungsverfahren. Da die Rechtmässigkeit der berufsmässigen Vertretung und Begleitung im Schlichtungsverfahren anders nicht wirksam durchgesetzt werden könne, müsse eine Klagebewilligung, die aufgrund eines rechtsfehlerhaft durchgeführten Schlichtungsverfahrens ausgestellt worden sei, entgegen der Ansicht der Vorinstanz zwingend automatisch ungültig sein. Würde der Auffassung der Vorinstanz gefolgt, hätte ein Verstoss gegen die Vorschriften betreffend die zulässige Begleitung und Vertretung keine Auswirkungen auf das mangelhafte Verfahren. Die entsprechende Gesetzesbestimmung würde toter Buchstabe bleiben, weshalb sich eine formalistische Betrachtungsweise rechtfertige, nach welcher die rechtsfehlerhafte Durchführung des Schlichtungsverfahrens zwangsläufig zur Ungültigkeit der Klagebewilligung führen müsse (Urk. 1 S. 5 f.). Neu reicht die Beklagte vor Obergericht das Schlichtungsgesuch vom 30. Juli 2015 ein (Urk. 4/6) und bringt erstmals vor, dass dieses ebenfalls durch Rechtsanwältin D. _____ in Vertretung des Klägers unterzeichnet worden sei. Gestützt auf Art. 68 ZPO sei die Einreichung des Schlichtungsgesuchs als unwirksame Vertretungshandlung zu betrachten, da Rechtsanwältin D. _____ über keine Postulationsfähigkeit verfüge. Das Schlichtungsverfahren sei folglich nicht wirksam initiiert und gestützt auf ein ungültiges Schlichtungsgesuch durchgeführt worden. Die Klagebewilligung sei auch aus diesem Grund ungültig. In Bezug auf die Novenbeschränkung bringt die Beklagte vor, die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO würden dann nicht gelten, wenn sich die Vorbringen auf Prozessvoraussetzungen beziehen würden. Die unwirksame Eingabe des Schlichtungsgesuchs sei folglich von Amtes wegen zu berücksichtigen (Urk. 1 S. 7).

4. Der Kläger bringt in seiner Berufungsantwort im Wesentlichen vor, das Erfordernis der Klagebewilligung als Prozessvoraussetzung diene dem Ziel "Schlichten vor Richten". Im Lichte dieser ratio legis habe die Vorinstanz zu Recht bemängelt, dass die Beklagte in keiner Weise dargetan habe, inwiefern sie durch die

Zulassung der Anwältin des Klägers als Begleitung benachteiligt und inwieweit dadurch der Zweck des Schlichtungsverfahrens illusorisch geworden sei. Die blossе Anwesenheit der Anwältin des Klägers lasse das Schlichtungsverfahren nicht unwirksam werden. Das von ihr eingereichte Schlichtungsbegehren sei durch den prozessfähigen Kläger genehmigt worden. Diese Genehmigung habe das mangelhafte Schlichtungsgesuch geheilt. Zusammenfassend sei das Schlichtungsverfahren nicht unwirksam. Die Parteien seien beide an der Schlichtungsverhandlung persönlich anwesend gewesen, hätten dort ihre Standpunkte gegenüber der Friedensrichterin persönlich vertreten, in den Vergleichsgesprächen persönlich das Wort geführt und hätten zuletzt an der Klage festgehalten bzw. diese bestritten. Die Anwälte hätten die Parteien nur begleitet und sich in der Verhandlung im Hintergrund gehalten.

5. Vorliegend gehen beide Parteien übereinstimmend mit der Vorinstanz davon aus, dass Rechtsanwältin D._____ als Angestellte einer Rechtsschutzversicherung grundsätzlich nicht befugt war, den Kläger an die Schlichtungsverhandlung vom 15. September 2015 zu begleiten (Urk. 1 S. 5 f.; Urk. 2 S. 5; Urk. 15 S. 3). Lediglich über die Rechtsfolgen dieser unrechtmässigen Vertretung bzw. Begleitung gehen die Ansichten der Parteien auseinander. Während die Beklagte aus diesem Umstand die Ungültigkeit der Klagebewilligung ableitet, geht der Kläger davon aus, dass trotz dieses Mangels im Schlichtungsverfahren die Klagebewilligung Gültigkeit habe.

Die Erwägungen der Vorinstanz sind grundsätzlich nicht zu beanstanden, wonach angestellte Rechtsanwälte einer Rechtsschutzversicherung im Schlichtungsverfahren eine Partei weder als Vertrauensperson noch als Rechtsbeistand vertreten bzw. begleiten dürfen (BGE 123 I 193 E. 4; BSK ZPO-Infanger, Art. 204 N 5 mit Verweis auf KGer SG BE.2012.9 vom 07.03.2012, publ. in JAR 2013, S. 524 ff.: ZK ZPO-Honegger, Art. 204 N 2; vgl. zum Anwaltsmonopol nachstehend E. 5.4). Somit ist im vorliegenden Berufungsverfahren die Frage zu klären, ob die Mitwirkung von Rechtsanwältin D._____ im Schlichtungsverfahren zwangsläufig zur Ungültigkeit der Klagebewilligung geführt hat. Dies hängt davon ab, ob die entsprechenden Bestimmungen betreffend Vertretung und Begleitung als Gültigkeits-

oder Ordnungsvorschriften zu verstehen sind. Bei der Unterscheidung zwischen Ordnungs- und Gültigkeitsvorschrift ist primär auf den Schutzzweck bzw. die ratio legis der fraglichen Norm abzustellen. In diesem Zusammenhang ist vorab auf den Sinn und Zweck des Schlichtungsverfahrens einzugehen.

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 Ver-

such einer Aussöhnung, wurde in casu vollständig erfüllt. Nun stellt sich die Frage, ob die Anwesenheit von Rechtsanwältin D. _____ 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 (Urk. 2 S. 5). 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 Ge-

sagen 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 (Urk. 1 S. 6, Rz. 14), führt demgegenüber regelmässig zu prozessualen Leerläufen und unnötigen Verfahrensverzögerungen. Somit ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz festzuhalten, dass aufgrund von Verfahrensmängeln nicht leichthin von einer Ungültigkeit der Klagebewilligung auszugehen ist (vgl. Urk. 2 S. 6). 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 Schlichtung 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 (vgl. Urk. 7/1). 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 Rechtsbeistandin, einen Rechtsbeistand oder eine Vertrauensperson" (vgl. Art. 204 Abs. 2 ZPO). An der streitgegenständlichen Schlichtungsverhandlung hat sich der Kläger von D._____, einer angestellten Rechtsanwältin der E._____ AG, begleiten lassen, was aus der Klagebewilligung vom 15. September 2015 hervorgeht (Urk. 7/1 S. 1):

"Erschienen: der Kläger persönlich in Begleitung von RA in D._____, c/o E._____ AG, ... [Adresse] [...]"

Vorliegend ergeben sich keinerlei Hinweise, dass die Begleitung des Klägers durch Rechtsanwältin D._____ 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 D._____ 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 D._____ 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 (Urk. 7/1 S. 2). 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 D._____ an dieser Ausgangslage etwas zu ändern vermag. Nach dem Gesagten sind aufgrund der Begleitung von Rechtsanwältin D._____ 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 Rechtsbeistandin 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.

5.5 An der Gültigkeit der Klagebewilligung ändert auch der von der Beklagten erstmals vor Obergericht vorgebrachte Umstand nichts, wonach bereits das Schlichtungsgesuch in unzulässiger Weise von Rechtsanwältin D._____ unterzeichnet worden sei (Urk. 1 S. 7). Wie einleitend festgehalten, ist die Beklagte mit diesen neuen Vorbringen grundsätzlich nicht zu hören, da es sich dabei um unechte Noven handelt (vgl. vorstehend E. II./3). Doch auch wenn die neu vorgebrachten Tatsachen noch zu berücksichtigen wären, hätten diese nicht die Ungültigkeit der Klagebewilligung zur Folge. Der Beklagten ist insofern Recht zu geben, dass Eingaben und andere Vertretungshandlungen von Personen, denen es an der Postulationsfähigkeit fehlt, grundsätzlich unwirksam sind (ZK ZPO-Staehelin/Schweizer, Art 68 N 25 f.; a.M. jedoch BK ZPO I-Sterchi, Art. 68 N 1, 6 und 19, wonach das Auftreten von Nichtanwälten oder nicht im Register eingetragenen Anwälten nicht zur Unwirksamkeit der Prozesshandlung führt, sondern bloss zur

Annahme einer nicht berufsmässigen Vertretung). Wird von der Unbeachtlichkeit der Prozesshandlungen ausgegangen, so sind entsprechende Eingaben vom Gericht oder der Schlichtungsbehörde zurückzuweisen, wobei der unwirksam vertretenen Partei eine Nachfrist zu Behebung des Mangels anzusetzen ist (ZK ZPO-Staehelin/Schweizer, Art 68 N 26). Vorliegend hat die Friedensrichterin dem Kläger keine formelle Frist zur Behebung des Mangels angesetzt, anlässlich der Schlichtungsverhandlung hatte dieser jedoch die Möglichkeit, dies nachzuholen. So kann eine Partei – bei Prozessunfähigkeit des Vertreters – die unwirksamen Prozesshandlungen nachträglich genehmigen, womit sie ex tunc geheilt werden (BSK ZPO-Tenchio, Art. 68 N 4; vgl. zur Frage der nachträglichen Genehmigung und Heilung der Prozesshandlungen eines ohne gültige Vollmacht auftretenden Vertreters auch *OGer ZH NP130003 vom 27.02.2013, E. II./2.c*). Durch die Teilnahme an der Schlichtungsverhandlung, anlässlich welcher der Kläger an seiner Klage festhielt, hat er gleichzeitig das Schlichtungsgesuch vom 30. Juli 2015 (Urk. 4/6) genehmigt bzw. die darin enthaltenen Rechtsbegehren zu seinen eigenen gemacht.

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klagebewilligung vom 15. September 2015 Gültigkeit hat, weshalb diese Prozessvoraussetzung erfüllt ist. Der angefochtene Beschluss der Vorinstanz vom 6. April 2016 (Urk. 2) erweist sich nach dem Gesagten in jeder Hinsicht als richtig. Er ist daher in Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO zu bestätigen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Da die Berufung vollumfänglich abzuweisen ist, hat bei diesem Prozessausgang die Beklagte die Prozesskosten des Berufungsverfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Da der Streitwert über Fr. 30'000.– liegt, ist das (arbeitsrechtliche) Verfahren kostenpflichtig (Art. 114 lit. c ZPO).

2. In Übereinstimmung mit den Ausführungen der Beklagten ist für das Berufungsverfahren von einem Streitwert von Fr. 81'942.– auszugehen (Urk. 1 S. 4). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist gestützt auf § 4 Abs. 1 und 2, § 9

Abs. 2 sowie § 12 GebV OG auf Fr. 4'000.– festzusetzen und mit dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

3. Ausserdem ist die Beklagte zu verpflichten, dem anwaltlich vertretenen Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. Unter Berücksichtigung des obgenannten Streitwerts beträgt die Grundgebühr für die Parteientschädigung gemäss § 4 Abs. 1 AnwGebV rund Fr. 9'800.–. Die Aufwendungen des Klägers im Berufungsverfahren erschöpften sich in der Erstattung der knapp vierseitigen Berufungsantwortschrift (Urk. 15). Entsprechend ist die Grundgebühr gestützt auf § 4 Abs. 2 und § 10 Abs. 1 lit. a AnwGebV auf einen Drittel und somit auf Fr. 3'266.– zu reduzieren. Mangels eines entsprechenden Antrages ist kein Mehrwertsteuerzuschlag zu veranschlagen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und der Zirkulationsbeschluss des Arbeitsgerichtes Meilen vom 6. April 2016 (AN150004-G) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'266.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 81'942.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 14. Oktober 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Kirchheimer

versandt am:
sf