

**Art. 224 Abs. 1 ZPO, spätestester Zeitpunkt für die Widerklage.** *Im vereinfachten Verfahren ist die einstweilige Stellungnahme der beklagten Partei keine Klageantwort, nach welcher eine Widerklage ausgeschlossen ist.*

Im vereinfachten Verfahren war streitig, ob der Beklagte der Klägerin den Rest einer vertraglich vereinbarten Entschädigung für eine *software*-Lizenz schulde. Der Beklagte bestritt, dass der Vertrag gültig sei und verlangte widerklageweise die geleistete Anzahlung zurück. Der Einzelrichter hiess die Klage gut und trat auf die Widerklage nicht ein, weil er sie für verspätet ansah. Das Obergericht widerspricht.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

3. Der Einzelrichter ist auf die Widerklage nicht eingetreten, weil sie verspätet erhoben worden sei. Der Beklagte beanstandet es, und mit Recht.

Wenn eine vorläufige Stellungnahme der beklagten Partei im Sinne von Art. 245 Abs. 2 ZPO als eigentliche Klageantwort zu betrachten wäre, deren Versäumnis zu einem Kontumazialurteil führte, läge es nahe, auch die Verwirkung der damit noch nicht erhobenen Widerklage anzunehmen. Das setzte aber in jedem Fall voraus, dass die beklagte Partei sich dessen bewusst werden könnte, und dafür bedürfte es der eindeutigen Kennzeichnung der verlangten Rechtschrift als Klageantwort im Sinne von Art. 222 ZPO. Das verlangten schon Treu und Glauben, woran in erster Linie die Gerichte selbst gebunden sind (Art. 52 ZPO), und die ausdrückliche Bestimmung, dass die Parteien auf Säumnisfolgen hinzuweisen sind (Art. 147 Abs. 3 ZPO). Der Einzelrichter hat hier nicht auf mögliche Säumnis- oder Verwirkungsfolgen hingewiesen, sondern dem Beklagten Frist angesetzt, "Stellung zu nehmen". Das konnte und musste der Beklagte nicht als Fristansetzung für eine eigentliche Klageantwort verstehen – umso weniger (auch wenn es darauf nicht ankommt), als die Klägerin selbst eine ausführliche Begründung der Klage für die mündliche Verhandlung vorbehalten hatte. Der Beklagte war also nicht gehindert, in der mündlichen Verhandlung mit seinem Vortrag zur Klageantwort eine Widerklage zu erheben.

Es ist allerdings im vereinfachten Verfahren ohnehin nicht zulässig, die vorläufige Stellungnahme zu einer (fakultativen) schriftlichen Begründung der Klage als eigentliche Klageantwort im Sinne von Art. 222 ZPO einzuverlangen und die

Säumnis- und anderen prozessualen Folgen des ordentlichen Verfahrens anzuwenden. Das Gesetz und auch die Materialien lassen keinen Zweifel daran, dass die mündliche Verhandlung für das Gericht obligatorisch ist (BGE 140 III 450). Verzicht der beklagten Partei auf eine vorgängige Stellungnahme kann daher nicht zu Säumnis führen (OGerZH PD150004 vom 19. März 2015, OGerZH FV140173 vom 18. September 2014, OGerZH FP140019 vom 28. Januar 2014), und ebenso wenig kann die beklagte Partei mit der Widerklage ausgeschlossen sein, wenn sie diese in ihren vorläufigen Bemerkungen im Sinne des Art. 245 Abs. 2 ZPO nicht schon erhebt. Noch nicht entschieden wurde, ob im Rahmen eines vom Gericht angeordneten Schriftenwechsels eine Klageantwort im Sinne von Art. 222 ZPO verlangt werden kann. Die Praxis des Bundesgerichts konsequent weiter gedacht, dürfte das nicht der Fall sein – der Schriftenwechsel müsste im Sinne der vom Gesetzgeber gewollten konsequenten Mündlichkeit auch dann als blosser Ergänzung, und nicht als Ersatz der mündlichen Verhandlung verstanden werden. Das kann heute allerdings noch offen bleiben.

Der Einzelrichter ist also zu Unrecht nicht auf die Widerklage eingetreten, und die Rüge des Beklagten in diesem Punkt ist begründet. Allerdings müsste die Widerklage nach den Erwägungen der vorstehenden Ziffer. 2 abgewiesen werden; der Beklagte ist an den Vertrag gebunden, und er trägt keine Argumente dafür vor, weshalb er in diesem Fall die Anzahlung auf seine vertragliche Leistung sollte zurück fordern können. Beschwer durch den unrichtigen Entscheid wäre allenfalls die Klägerin, welche Anspruch auf Abweisung und nicht nur auf Nichteintreten hatte. Der Beklagte hat kein schützenswertes Interesse daran, dass seine Widerklage durch Abweisung statt durch Nichteintreten abgewiesen wird. Da er Gutheissung der Widerklage verlangt, hat er an seinem Antrag zwar das erforderliche Interesse (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO), im Ergebnis ist die Berufung aber auch in diesem Punkt abzuweisen.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 29. Mai 2015  
Geschäfts-Nr.: NP150010-O/U