

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2015.47 vom 10. März 2016**

BS Appellationsgericht, 2016-03-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2015.47](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2015.47)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2015.47 du 10 mars 2016

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2015.47 del 10 marzo 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Erstinstanzliche Endentscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten sind mit Berufung anfechtbar, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.■ beträgt (Art. 308 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]). Beim angefochtenen Entscheid des Zivilgerichts handelt es sich um einen Endentscheid der ersten Instanz. Das zuletzt aufrechterhaltene Klagbegehren der Mieterin lautete vor Zivilgericht auf Zahlung von CHF 30'000.■ und das zuletzt aufrechterhaltene Widerklagebegehren der Vermieterin auf Zahlung von mindestens CHF 30'000.■ unter Vorbehalt der Mehrforderung. Stehen sich Klage und Widerklage gegenüber, bestimmt sich der Streitwert nach dem höheren Rechtsbegehren (vgl. Art. 94 Abs. 1 ZPO). Im vorliegenden Fall liegt der Streitwert des zuletzt aufrechterhaltenen Klage- und Widerklagebegehrens bei über CHF 10'000.■, so dass Berufung erhoben werden kann. Die Berufung wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 311 ZPO).

Zuständig zum Entscheid über die Berufung ist der Ausschuss des Appellationsgerichts (§ 10 Abs. 2 des Gesetzes über die Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung [EG ZPO; SG 221.100]). Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 310 ZPO).

### **E. 2**

2.1 Die Berufungsklägerin wirft dem Zivilgericht zunächst vor, zu Unrecht auf die Klage eingetreten zu sein. Die Klage habe entgegen der Vorschrift von Art. 244 ZPO nicht die Parteien genannt und auch kein klares, den Anforderungen der ZPO genügendes Rechtsbegehren aufgewiesen (Berufung, Rz 13). Das Zivilgericht hat hierzu erwogen, dass die Klage vom 14. September 2014 weder ein klares Rechtsbegehren enthalten noch die Verfahrensparteien genannt habe. Die ZPO sehe aber bei Vorliegen von formellen Mängeln die Möglichkeit der Nachbesserung (Art. 132 ZPO) bzw. die Pflicht des Richters vor, den Parteien Gelegenheit zur Klarstellung und Ergänzung zu geben (Art. 56 ZPO) (angefochtener Entscheid, E. 2). Wie es sich damit verhält, braucht hier nicht entschieden zu werden. Denn bei näherer Betrachtung der Geschehnisse erfüllt bereits die Klage die formellen Anforderungen von Art. 244 ZPO.

2.2 Es trifft zu, dass die Klage der Berufungsbeklagten vom 14. September 2014 selbst die beklagte Partei nicht namentlich erwähnt. Ebensowenig kann ihr ein eigentliches Rechtsbegehren entnommen werden. Die Berufungsbeklagte hat lediglich ausgeführt, dass die von ihr einbezahlte Kautions in Höhe von CHF 30'000.■ nicht ordnungsgemäss auf ein auf ihren Namen lautendes Konto hinterlegt worden sei und dass diese Kautions auch nicht zurückerstattet worden sei. Aus der der Klage beigelegten Klagebewilligung im vor der

Staatlichen Schlichtungsstelle für Mietstreitigkeiten geführten Verfahren Nr. 14/S-224, auf welche Verfahrensnummer im Betreffvermerk der Klage ausdrücklich Bezug genommen wird, gehen die Parteien der vorliegenden Auseinandersetzung indessen unverwechselbar hervor. Ebenso lässt das in der Klagebewilligung notierte Rechtsbegehren ("Es sei die Vermieterschaft zu verpflichten, das am 4. Februar 2013 geleistete Mietzinsdepot von CHF 30'000.■ der Mieterschaft auszubezahlen.") keine Zweifel offen, was die Berufungsbeklagte von der Berufungsklägerin verlangte. Damit enthält die Klage im Zusammenspiel mit der Klagebewilligung alle in Art. 244 Abs. 1 ZPO genannten Elemente (Bezeichnung der Parteien, Rechtsbegehren, Bezeichnung des Streitgegenstands, Angabe des Streitwerts, Datum und Unterschrift). Eine Nachbesserung und/oder Ergänzung der Klage war somit nicht nötig. Bezeichnenderweise hat der Instruktionsrichter in der Folge die Berufungsbeklagte auch nicht hierzu aufgefordert.

Zog die Berufungsbeklagte in der Folge einen Rechtsvertreter zu und liess sie diesen mit Eingabe vom 22. Dezember 2014 ihre Rechtsbegehren neu formulieren, so handelte es sich hierbei entgegen der vorinstanzlichen Ausführungen nicht um eine formelle Nachbesserung, sondern um eine Klageänderung im Sinn von Art. 227 ZPO. Das zeigt sich zunächst in ihrem Rechtsbegehren Ziffer 1, in welchem sie ihrer in der Klagebewilligung aufgeführten Forderung auf Zahlung eines Betrags von CHF 30'000.■ noch eine Zinsforderung ("nebst Zins zu 5% seit dem 20.08.2014") anfügte. Diese Ergänzung stellt ohne Weiteres eine Klageänderung dar (statt vieler Naegeli/Mayhall, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 227 N 27). Das neue Rechtsbegehren Ziffer 2 um Aufhebung des Rechtsvorschlags und Gewährung der Rechtsöffnung in Betreuung Nr. 2141457 des Betreibungsamts Sursee über CHF 30'000.■ nebst Zins stellt ebenso eine Klageänderung dar. Dieses zusätzliche Begehren war darauf zurückzuführen, dass die Berufungsklägerin in der Zwischenzeit Betreuung gegen die Berufungsbeklagte eingeleitet hatte (Zahlungsbefehl vom 19. September 2014 [Beilage 9 zur Eingabe vom 22. Dezember 2014]), und somit offensichtlich nicht ein Versuch der Berufungsbeklagten, formelle Mängel ihrer Klage vom 14. September 2014 zu beheben.

Klageänderungen sind zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder die Gegenpartei zustimmt (Art. 227 Abs. 1 ZPO). Dass das zusätzliche Zinsbegehren sowie das Begehren um Beseitigung des Rechtsvorschlags in der auf die Rückerstattung der Mietkaution gerichteten Betreuung in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Begehren um Rückzahlung des Mietzinsdepots über CHF 30'000.■ steht, ist offensichtlich. Beim Begehren um Aufhebung des Rechtsvorschlags handelt es sich um ein Begehren im Verfahren der Anerkennungsklage nach Art. 79 SchKG, das nach Massgabe des Streitwerts durchgeführt wird (Vock, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkomentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 79 N 10). Da mit dem fraglichen Zahlungsbefehl ein Betrag von CHF 30'000.■ in Betreuung gesetzt wurde, ist das Begehren um Beseitigung des Rechtsvorschlags ebenso wie das ursprüngliche Begehren um Zahlung von CHF 30'000.■ im vereinfachten Verfahren (Art. 243 ff. ZPO) zu beurteilen. Somit ist auch für diese Klageänderung die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart erfüllt, so dass im Ergebnis nicht zu beanstanden ist, dass das Zivilgericht auf das Klagebegehren vom 14. September 2014 samt der beiden Ergänzungen gemäss Eingabe vom 22. Dezember 2014 eingetreten

ist.

### **E. 3**

3.1 Die Berufungsbeklagte hat ihre Forderung auf Zahlung von CHF 30'000.■ (zuzüglich Zins) damit begründet, dass die Berufungsklägerin die von ihr geleistete Sicherheit in dieser Höhe nicht auf ein auf ihren Namen lautendes Konto einbezahlt habe. Das Zivilgericht hat diese Forderung mit der Begründung gutgeheissen, dass bei nicht gesetzeskonformer Hinterlegung die Vermieterin nach Beendigung des Mietverhältnisses verpflichtet sei, die geleistete Sicherheit zuzüglich aufgelaufener Sparzinsen ungeschmälert herauszugeben (angefochtener Entscheid, E. 3.1). Den Einwand der Berufungsklägerin, dass die Berufungsbeklagte ihr Mietzinsen von insgesamt über CHF 100'000.■ schulde, welche sie zur Verrechnung stelle, hat das Zivilgericht zurückgewiesen. Einerseits sehe Art. 125 Ziff. 1 OR ein Verrechnungsverbot vor. Andererseits dürfe der Vermieter, der die Sicherheit rechtswidrig nicht hinterlege, gegenüber dem Vermieter, der ordnungsgemäss hinterlege, nicht bevorzugt werden. Denn nach der gesetzlichen Regelung von Art. 257e Abs. 3 OR müsse der Vermieter, wolle er zur Befriedigung seiner Forderungen aus dem Mietverhältnis auf die Sicherheit greifen, seinen Anspruch rechtlich geltend machen. Er befinde sich damit in der Klägerrolle. Werde dagegen die vom Mieter geleistete Sicherheit nicht ordnungsgemäss hinterlegt, werde der Mieter dadurch im Streit um die Verwendung der Sicherheit in die Klägerrolle gedrängt. Würde in diesem vom Mieter angestrebten Prozess die Verrechnung der Klageforderung mit Forderungen des Vermieters zugelassen, so hätte es der Vermieter in der Hand, durch rechtswidriges Nichthinterlegen der Sicherheit die für ihn nachteilige, aber gesetzlich vorgesehene Parteirollenverteilung zu umgehen (E. 3.2). Den Einwand der Berufungsklägerin, die Berufungsbeklagte habe nie verlangt, dass die Berufungsklägerin die Sicherheit auf ein auf die Berufungsbeklagte lautendes Konto einzahle, und habe bei der Eröffnung eines Kontos nicht mitgewirkt, hat das Zivilgericht verworfen. Die Berufungsklägerin habe sich gar nie um eine Kontoeröffnung bemüht. Sie habe die Berufungsbeklagte auch nie aufgefordert, bei einer Kontoeröffnung mitzuwirken (E. 3.2.1). Ebenso abgewiesen hat das Zivilgericht den Einwand der Berufungsklägerin, dass die Berufungsbeklagte sich nicht auf das Verrechnungsverbot berufen könne, weil sie im September 2013 selber die Sicherheit habe mit Mietzinsen verrechnen und durch eine Mieterkautionsversicherung ablösen wollen. Das Zivilgericht kam aufgrund der eingereichten Unterlagen zum Schluss, dass die geleistete Sicherheit auf ein anderes Mietverhältnis hätte übertragen werden sollen, weshalb die Berufungsbeklagte keine gültige Verrechnungserklärung abgegeben hätte. Im Übrigen, so das Zivilgericht weiter, stehe es dem Mieter frei, die nicht ordnungsgemäss hinterlegte Sicherheit mit Mietzinsen zu verrechnen. Diesfalls verzichte er aber nicht auf Hinterlegung, sondern tilge seine Forderung auf Rückerstattung der Sicherheit. Ein Verzicht auf Hinterlegung sei denn auch gar nicht möglich. Da Art. 257e Abs. 1 OR eine zwingende Bestimmung sei, könne eine Befreiung des Vermieters von seiner Hinterlegungspflicht nicht gültig vereinbart werden. Entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin könne folglich aus der Behauptung der Berufungsbeklagten im Ausweisungsverfahren, sie habe ausstehende Mietzinse mit der Sicherheit verrechnet, nicht geschlossen werden, die Berufungsbeklagte habe damit auf eine Hinterlegung der Sicherheit verzichtet (E. 3.2.2).

3.2 Die Berufungsklägerin führt besondere Verhältnisse gegen das Verrechnungsverbot an.

3.2.1 Die Berufungsklägerin rügt zunächst, dass die eingeklagte Forderung auf Rückerstattung der nicht ordnungsgemäss hinterlegten Sicherheitsleistung im Zeitpunkt der

vorinstanzlichen Hauptverhandlung am 20. Mai 2015 nicht mehr bestanden habe, da die Berufungsbeklagte bereits vor längerer Zeit Verrechnung erklärt gehabt habe. Die Berufungsklägerin verweist dabei namentlich auf die Behauptung der Berufungsbeklagten in dem gegen diese Ende 2013 geführten Ausweisungsverfahren, in welchem die Berufungsbeklagte Verrechnung erklärt haben soll (Berufung, Rz 15 f.). Dieses Vorbringen ist insofern nicht von der Hand zu weisen, als der Mieter nach Lehre und Rechtsprechung im Falle nicht korrekt hinterlegter Kautionsleistung berechtigt ist, Verrechnung mit fälligen Mietzinsen zu erklären (SVIT-Kommentar, Das schweizerische Mietrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 257e N 16 und 18; Lachat/Wyssenbach, in: Lachat et al. [Hrsg.], Mietrecht für die Praxis, 8. Auflage, Zürich 2009, S. 265; Weber, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar. Obligationenrecht I, 6. Auflage, Basel 2015, Art. 257e N 5 mit weiteren Hinweisen; BGE 127 III 273 E. 4c/bb S. 278). Die Frage ist allerdings, ob die Berufungsbeklagte vorliegend rechtsgültig gegenüber der Berufungsklägerin Verrechnung ihrer Mietzinsausstände mit ihrer Forderung auf Rückerstattung der Sicherheitsleistung erklärt hat. Damit eine Verrechnungserklärung ihre Wirkungen entfalten kann, muss sie den Willen des Verrechnenden in unzweideutiger Weise erkennen lassen. Aus der Erklärung muss auch hervorgehen, welches die zu tilgende Hauptforderung und welches die Verrechnungsforderung ist (BGer 4A\_549/2010 vom 17. Februar 2011 E. 3.3). Dies gilt insbesondere auch, wenn mehrere Verrechnungs- oder Hauptforderungen bestehen (Peter, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar. Obligationenrecht I, a.a.O., Art. 124 N 1). Die Beweislast für die Abgabe einer rechtsgenügenden Verrechnungserklärung liegt bei derjenigen Partei, welche sich auf die Verrechnung von Forderungen beruft, vorliegend die Berufungsklägerin (Peter, a.a.O., Art. 124 N 1a). Die Berufungsklägerin beruft sich zur Belegung ihres Standpunkts einzig auf die Ausführungen des Zivilgerichts in dessen Ausweisungsentscheid V.2013.1754 vom 17. Dezember 2013 (Berufungsbeilage [BB] 6 [eingereicht als Beilage 10 zu ihrer Eingabe vom 16. Februar 2015 im vorinstanzlichen Verfahren]). Dort hatte das Zivilgericht, den Einwand der Mieterin, der Berufungsbeklagten im vorliegenden Berufungsverfahren, es bestünden infolge Verrechnung mit ihrem Anspruch auf Rückerstattung der Sicherheitsleistung über CHF 30'000. keine Mietzinsausstände, zurückgewiesen, weil es die Mieterin versäumt habe, die behauptete Verrechnungserklärung zu substantiieren. Insbesondere habe sie nicht dargelegt, wann und wem gegenüber sie die entsprechende Verrechnungserklärung abgegeben habe. Mangels einer gültigen Verrechnungserklärung stand für das Zivilgericht demzufolge ein zur ausserordentlichen Kündigung nach Art. 257d OR berechtigender Mietzinsausstand ausser Zweifel (Entscheid des Zivilgerichts V.2013.1754 vom 17. Dezember 2013 E. 3 S. 5 f. [BB 6]). Die Berufungsklägerin trägt vorliegend nichts vor, was eine spezifiziertere Verrechnungserklärung der Berufungsbeklagten belegen würde. Ist die behauptete Verrechnungserklärung damit unvollständig geblieben, kann sie auch nicht ihre Tilgungswirkung entfalten (BGer 4A\_549/2010 vom 17. Februar 2011 E. 3.3). Demzufolge ist vorliegend der Anspruch der Berufungsbeklagten auf Rückerstattung ihrer Sicherheitsleistung bislang nicht untergegangen.

3.2.2 Die Berufungsklägerin wirft der Berufungsbeklagten sodann widersprüchliches Verhalten vor. Unter Verweisung auf entsprechende Geschehnisse im Zusammenhang mit dem erwähnten Ausweisungsverfahren (vgl. Entscheid des Zivilgerichts V.2013.1754 vom 17. Dezember 2013 E. 3 S. 6 [BB 6]) führt sie aus, dass die Berufungsbeklagte die "Ablösung" der Mietkaution durch eine Versicherungslösung angestrebt habe, um die

Barkaution mit den offenen Mietzinsen verrechnen zu können. Einer solchen "Lösung" wäre aber mit einer Hinterlegung der Mietkaution gemäss den gesetzlichen Vorgaben gerade widersprochen worden. Sei der Berufungsbeklagten bekannt gewesen, dass die Mietkaution nicht hinterlegt gewesen sei, sei unter diesen Umständen erstellt, dass sie keine Hinterlegung gewünscht habe. Hätte die Berufungsbeklagte ihre diesbezügliche Meinung in der Folge tatsächlich geändert, hätte sie nach Treu und Glauben von der Berufungsklägerin die Hinterlegung der Kautions verlangen müssen. Indem sie nun der Berufungsklägerin die nicht erfolgte Hinterlegung vorwerfe und daraus ein Verrechnungsverbot zu ihren Lasten ableiten wolle, argumentiere sie und mit ihr die Vorinstanz widersprüchlich (Berufung, Rz 17). Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden. Die Bestimmung von Art. 257e Abs. 1 OR ist absolut zwingender Natur. Nach der ratio legis dient diese Pflicht dem Schutz des Mieters vor Verlust seines Rückforderungsanspruchs im Konkurs seines Vermieters (Weber, a.a.O., Art. 257 N 2a). Der Vermieter kann deshalb nicht mittels Vereinbarung von seiner Pflicht befreit werden, die Sicherheit auf ein auf den Namen des Mieters lautendes Bankkonto zu hinterlegen (Lachat/Wytenbach, a.a.O., S. 268 mit Hinweisen). Es erscheint deshalb ausgeschlossen, dass der Vermieter aus dem Verzicht des Mieters auf die rechtliche Geltendmachung seines Anspruchs auf korrekte Hinterlegung der Kautions auf die Verwirkung dieses Anspruchs schliessen könnte. Ebenso wenig kann ein Untätigbleiben des Mieters zum Einfallstor von Verrechnungsansprüchen des Vermieters werden, wenn der Mieter die Rückerstattung der rechswidrig nicht hinterlegten Sicherheitsleistung verlangt. Unter diesen Umständen bestand vorliegend deshalb auch nach Treu und Glauben keine Pflicht der Berufungsbeklagten, von der Berufungsklägerin die bankenmässige Hinterlegung der Kautions zu verlangen, nachdem die "Ablösung" der Barkautions durch eine Versicherungslösung gescheitert war.

3.2.3 Die Berufungsklägerin hält die Berufung der Berufungsbeklagten auf das Verrechnungsverbot schliesslich auch für "eklatant treuwidrig", weil diese sich massiv und fortgesetzt vertrags- und rechswidrig verhalten habe. Die Berufungsbeklagte habe sich in der Vergangenheit "um die gerichtlichen Anordnungen völlig foutiert". Bis zum heutigen Tag bestünden unverändert massive Ausstände der Berufungsbeklagte, die den Betrag der Mietkaution um ein Mehrfaches überstiegen. Es sei nicht ersichtlich, inwieweit es vor diesem Hintergrund angezeigt sein könnte, eine (vermeintliche) einmalige und ■ im Verhältnis zu den Rechtsverletzungen der Berufungsklägerin jedenfalls ■ marginale Rechtsverletzung dergestalt zu sanktionieren, dass ihr die Verrechnung ihrer Guthaben gegenüber der Berufungsbeklagten verwehrt werde (Berufung, Rz 18). Das Verrechnungsverbot zulasten des Vermieters, der die gesetzeskonforme Hinterlegung unterlassen hat, gilt absolut. Es besteht daher kein Anlass, diesen Grundsatz nach Massgabe der Schwere des im konkreten Fall vom Mieter verwirkten Unrechts aufzuweichen. Der Entscheid des Zivilgerichts, die Klage auf Rückerstattung der Sicherheitsleistung von CHF 30'000. ■ vollumfänglich, d.h. ohne Berücksichtigung von zur Verrechnung gestellten Gegenforderungen, gutzuheissen, ist deshalb auch unter diesem Aspekt zu schützen.

#### **E. 4**

4.1 Die Berufungsklägerin hat für den Fall der Gutheissung der Klage Widerklage auf Verurteilung der Berufungsbeklagten zur Zahlung von CHF 30'000. ■ nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2014 erhoben. Das Zivilgericht ist auf diese (Eventual-)Widerklage nicht eingetreten. Begründet hat es seinen Entscheid mit verschiedenen Vorteilen der Berufungsklägerin bzw. Nachteilen der Berufungsbeklagten, wenn die Widerklage

zugelassen würde. Namentlich müsse der Vermieter, der die Sicherheit ordnungsgemäss hinterlegt habe, aktiv gegen den Mieter vorgehen, um auf die Sicherheit greifen zu können, womit er rechtliche Nachteile gegenüber dem Vermieter habe, der die Sicherheit nicht hinterlegt habe und nun Widerklage erhebe. Ausserdem entfalle die Kostenvorschusspflicht des Widerklägers, wenn wie vorliegend aufgrund der Anwendung des vereinfachten Verfahrens die Widerklage erst an der Hauptverhandlung zu Protokoll gegeben werde, weil das Verfahren aus prozessökonomischen Gründen nicht an der Verhandlung ausgestellt werde, um den Kostenvorschuss für die Widerklage einzufordern (angefochtener Entscheid, E. 4.1 [richtig wohl E. 4.2]). Die Berufungsklägerin wendet hiergegen ein, dass sie, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der Widerklage gemäss Art. 224 ZPO erfüllt seien, einen Rechtsanspruch habe, dass auf die Widerklage eingetreten und diese materiell behandelt werde (Berufung, Rz 20 ff.) ■ zu Recht, wie nachfolgend erörtert wird.

Im Entscheid AGE BEZ.2015.11 vom 3. August 2015 E. 3.2 hat das Appellationsgericht bei einer identischen Ausgangslage ausgeführt, dass die auch im vorliegenden Fall vertretene Auffassung des Zivilgerichts dazu führen würde, dass bei einer Klage des Mieters auf Herausgabe einer nicht korrekt hinterlegten Sicherheit dem Vermieter die Widerklage abgeschnitten würde und die Parteien in einen zweiten Prozess über die Gegenansprüche des Vermieters gezwungen würden. In der Literatur werde denn auch bei nicht korrekter Hinterlegung lediglich ein Verrechnungsverbot für den Vermieter postuliert, nicht jedoch ein darüber hinausgehendes Widerklageverbot. Überdies würden mit der neuen ZPO nunmehr die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Widerklage abschliessend geregelt. Art. 224 Abs. 1 ZPO setze (neben den allgemeinen Prozessvoraussetzungen gemäss Art. 59 Abs. 1 ZPO) lediglich voraus, dass der widerklageweise geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen sei. Aus dem Verrechnungsverbot könne somit nicht auf eine generelle Unzulässigkeit der Widerklage des Vermieters geschlossen werden. Diese Rechtsprechung ist für den vorliegenden Fall zu bestätigen, zumal sich aus dem hier angefochtenen Entscheid wie auch aus den Vorbringen der Berufungsbeklagten keine andere Erkenntnis ergibt. Die Berufung ist somit bezüglich des vorinstanzlichen Entscheids, auf die Eventualwiderklage nicht einzutreten, aufzuheben.

4.2 Ist die Berufung bezüglich der Widerklage gutzuheissen, kann die Rechtsmittelinstanz nach der Regelung von Art. 318 Abs. 1 ZPO in der Sache selber entscheiden (lit. b) oder sie an die erste Instanz zurückweisen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde (lit. c Ziff. 1) oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (lit. c Ziff. 2). Gemäss der gesetzgeberischen Konzeption soll die Rückweisung allerdings die Ausnahme bleiben, da ansonsten das Verfahren unnötig verlängert wird (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: BBl 2006 S. 7221 ff., S. 7376; BGE 137 III 617 E. 4.3 S. 619; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 318 N 8, 24, 26 und 29; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich et al. 2013, N 1520 und 1529). Die Rechtsmittelinstanz ist bezüglich der Frage, ob sie selber entscheidet (reformatorischer Entscheid) oder die Sache an die Erstinstanz zurückweist (kassatorischer Entscheid), im Rahmen der Rückweisungsgründe von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO frei, die ihr angemessen erscheinende Entscheidung zu treffen. Dabei ist sie nicht an einen etwaigen Antrag der Parteien gebunden. Selbst bei Vorliegen eines der beiden Rückweisungsgründe kann sie nach pflichtgemässen Ermessen einen reformatorischen Entscheid fällen (Seiler, a.a.O., N 1518 f.; Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 318 N 32).

Die Berufungsklägerin verlangt vorliegend, dass das Appellationsgericht in der Sache selbst entscheidet und den Fall nicht an die Vorinstanz zurückweist (dazu Berufung, Rz 26 f.). Hierfür besteht kein Raum, ist mit dem Nichteintretensentscheid des Zivilgerichts eine materielle Beurteilung der Gegenforderungen der Berufungsklägerin ■ es handelt sich nach ihrem Vortrag um Mietzinsausstände von über CHF 100'000.■ (dazu Berufung, Rz 8 ff.) ■ doch gänzlich unterblieben. Wurde damit die Klage in einem wesentlichen Teil nicht beurteilt (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO), erscheint die Rückweisung an die erste Instanz als zwingend (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 318 N 34; Seiler, a.a.O., N 1533).

## **E. 5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Berufung bezüglich der Klage abzuweisen und bezüglich der Widerklage gutzuheissen ist. Entsprechend ist Ziff. 2 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids aufzuheben und die Sache zur materiellen Behandlung der Widerklage an das Zivilgericht zurückzuweisen. Zu beurteilen haben wird das Zivilgericht dabei auch den Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit des mit der Widerklage erhobenen Anspruchs (dazu Berufungsantwort, Rz 13). Das Zivilgericht wird ausserdem die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens in einer Gesamtschau nach Massgabe des Ausgangs des Widerklagesverfahrens neu zu beurteilen haben, so dass auch Ziff. 3 des Entscheiddispositivs vollumfänglich aufzuheben ist.

Da die Berufung hinsichtlich der Klage abgewiesen, hinsichtlich der Widerklage jedoch gutgeheissen wird und der Streitwert der beiden Klagen identisch ist, rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens von CHF 4'000.■ je hälftig den Parteien aufzuerlegen. Die ausserordentlichen Kosten werden wettgeschlagen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.