



Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung

MANUELA RAPOLD



RETO FERRARI-VISCA

Wie ehemals die kantonalen Zivilprozessordnungen kennt auch die seit dem 1. Januar 2011 geltende Schweizerische Zivilprozessordnung das Institut der Widerklage. Die Widerklage erlaubt dem Beklagten im Prozess des Klägers eigene Ansprüche gegenüber dem Kläger geltend zu machen. Als Instrument der Prozessökonomie soll sie die rasche, effiziente, einheitliche und widerspruchsfreie Erledigung von sachlich zusammenhängenden Klagen ermöglichen. Das Eintreten auf die Widerklage erfordert das Vorliegen der gesetzlich stipulierten Voraussetzungen wie Zuständigkeit, Parteidentität, Rechtshängigkeit der Hauptklage und gleiche Verfahrensart. Der vorliegende Aufsatz beleuchtet diese Eintretensvoraussetzungen, weist auf gesetzlich nicht erfasste Konstellationen und unbefriedigende bzw. unvollständige Regelungen des Gesetzgebers hin und zeigt mögliche Lösungsansätze aus der Sicht der Praxis auf.

A l'instar des anciens codes de procédure civile cantonaux, le code de procédure civile suisse, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011, prévoit également l'institution juridique qu'est la demande reconventionnelle. Celle-ci permet au défendeur de faire valoir dans le procès du demandeur ses propres prétentions à l'encontre de ce dernier. En tant qu'instrument d'économie de procédure, elle doit permettre de régler rapidement, efficacement, de manière uniforme et sans contradiction les demandes qui sont liées sur le fond. La recevabilité d'une demande reconventionnelle suppose que soient réunies les conditions prévues par la loi, à savoir la compétence, l'identité des parties, la litispendance de la demande principale et le même type de procédure. Le présent article examine les conditions de recevabilité, souligne les situations qui ne sont pas prévues par la loi ainsi que les règles insatisfaisantes ou incomplètes du législateur et indique les approches de solutions sous l'angle de la pratique.

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Definition und Zweck
- C. Voraussetzungen
 - I. Örtliche Zuständigkeit
 - II. Sachliche Zuständigkeit
 - III. Identität der Parteien
 - IV. Rechtshängigkeit der Hauptklage
 - V. Gleiche Verfahrensart
 - VI. Trennung trotz Zulässigkeit der Widerklage
- D. Verfahren
 - I. Zeitpunkt der Einreichung, Form und Inhalt
 - II. Kostenvorschuss
 - III. Streitwertberechnung und Prozesskosten
 - IV. Kostenverteilung
- E. Die Widerklage in den verschiedenen Verfahren
 - I. Schlichtungsverfahren
 - II. Ordentliches Verfahren
 - III. Vereinfachtes Verfahren
 - IV. Summarverfahren
 - V. Rechtsschutz in klaren Fällen
- F. Problematik der sachlichen Zuständigkeit
 - I. Übersicht
 - II. Zuständigkeit aufgrund des Streitwertes
 - III. Zuständigkeit aufgrund der Natur der Streitsache vor Arbeits- und Mietgerichten
 - IV. Zuständigkeit aufgrund der Natur der Streitsache vor Handelsgericht und der einzigen kantonalen Instanz
 - 1. Allgemein
 - 2. Botschaft und Doktrin
 - 3. Auslegung
 - 4. Kritische Würdigung
- G. Zusammenfassung

A. Einleitung

Der vorliegende Aufsatz soll einen Überblick zur Widerklage unter der seit dem 1. Januar 2011 geltenden Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)¹ geben und dabei auch auf noch offene Fragen und Probleme hinweisen, die mit dem Institut der Widerklage verbunden sind. Ein Schwergewicht wird dabei auf die Zulässigkeit der Widerklage in den verschiedenen Verfahrensarten sowie auf die Problematik bei unterschiedlicher sachlicher Zuständigkeit von Klage und Widerklage aufgrund der Natur der Streitsache gelegt. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf die ZPO. Auf die Widerklage im internationalen Verhältnis, mithin auf Art. 8 IPRG² und Art. 6 Ziff. 3 LugÜ³, wird nicht eingegangen.

MANUELA RAPOLD, LL.M., lic. iur., Rechtsanwältin, ist Associate bei Amstutz Greuter Rechtsanwälte, Bern.

RETO FERRARI-VISCA, MLaw, Rechtsanwalt, ist Associate bei Homburger AG, Zürich.

Die Verfasser danken Rechtsanwalt ANDREAS AMSTUTZ, LL.M., Bern, für seine wertvollen Hinweise sowie die kritische Durchsicht des Aufsatzes.

¹ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272).

² Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291).

³ Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ; SR 0.275.12).

B. Definition und Zweck

Die ZPO enthält keine Legaldefinition der Widerklage. Hingegen regelt die ZPO namentlich die Voraussetzungen der Zulässigkeit der Widerklage (Art. 14 ZPO und Art. 224 ZPO)⁴.

Die Widerklage ist die im Prozess des Klägers vom Beklagten gegen den Kläger erhobene Klage⁵. Sie «*ist selbständige Klage im Rahmen eines anderen Prozesses [...]. Sie ist weder Angriffs- noch Verteidigungsmittel, sondern Klage wie die Vorklage, ein gegen den Angriff geführter Gegenangriff, mit welchem die Beklagtenseite ein selbständiges Ziel verfolgt, indem sie einen von der Vorklage nicht erfassten, unabhängigen Anspruch ins Recht legt*»⁶. Die Widerklage kann damit als prozessuales Gegenstück zur Klage des Klägers bezeichnet werden⁷.

Im Gegensatz zu den im Prozess in der Regel auf Klageabweisung gerichteten Anträgen und Einreden des Beklagten (wie z.B. die Verrechnungseinrede nach Art. 120 OR⁸) stellt die Widerklage folglich kein blosses Verteidigungsmittel dar. Mit ihr macht der Beklagte vielmehr einen selbständigen Anspruch gegenüber dem Kläger geltend⁹ und zielt damit auf eine Verurteilung des Klägers ab¹⁰. Es steht dem Beklagten frei, in der Klageantwort lediglich die Abweisung der Klage zu verlangen oder aber mittels Widerklage zusätzlich auch eigene Ansprüche gegenüber dem Kläger geltend zu machen¹¹.

Für den Fall, dass zwischen den Prozessparteien gegenseitig Ansprüche streitig sind, liegt es nahe, deren Beurteilung im selben Prozess vorzunehmen¹². Die Zulassung der Widerklage basiert somit auf prozessökonomischen Überlegungen¹³. Die Widerklage soll dazu dienen, eine rasche, effiziente, einheitliche und widerspruchsfreie Erledigung von sachlich zusammenhängenden Klagen zu ermöglichen¹⁴. Die Widerklage gestattet mithin den Gerichten eine mehrschichtige Streitigkeit durch einen inhaltlich aufeinander abgestimmten Entscheid zu erledigen¹⁵.

C. Voraussetzungen

I. Örtliche Zuständigkeit

Gemäss Art. 14 Abs. 1 ZPO kann beim für die Hauptklage örtlich zuständigen Gericht Widerklage erhoben werden, wenn die Widerklage mit der Hauptklage in einem *sachlichen Zusammenhang* steht.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt ein sachlicher Zusammenhang zwischen Haupt- und Widerklage dann vor, wenn sich die beiden Klagen auf (a.) denselben – vertraglichen oder ausservertraglichen – Rechtsgrund stützen, oder (b.) auf demselben Lebenssachverhalt basieren oder dasselbe Objekt zum Gegenstand haben, oder (c.) wenn sie Ausfluss eines gemeinsamen Rechtsverhältnisses sind oder sonst eine enge rechtliche Beziehung zueinander haben¹⁶. Hingegen müssen die in sachlichem Zusammenhang stehenden Klagen nicht gleicher Art oder Natur sein¹⁷. Kein sachlicher Zusammenhang be-

⁴ Vgl. Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006, 7221 ff., 7263.

⁵ MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, 216; MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. A., Bern 1984, 116; WALTER J. HABSCHIED, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2. A., Basel 1990, N 405.

⁶ BGE 123 III 35 Erw. 3c) S. 47.

⁷ SYLVIA FREI/DANIEL WILLISEGGER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 224 N 1.

⁸ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220).

⁹ ERIC PAHUD, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich 2011, Art. 224 N 1; CHRISTOPH LEUENBERGER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2010, Art. 224 N 8.

¹⁰ MATTHIAS LERCH, in: Myriam A. Gehri/Michael Kramer (Hrsg.), ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 224 N 3.

¹¹ THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich 2012, N 1087.

¹² GULDENER (FN 5), 216; PETER RUGGLE, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 14 N 1.

¹³ Botschaft (FN 4), 7339.

¹⁴ BGE 129 III 230 Erw. 3. S. 232; ANDREAS GÜNGERICH/ADRIAN WALPEN, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1–149, Bern 2012, Art. 14 N 1; DANIEL FÜLLEMANN, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich 2011, Art. 14 N 1; MIGUEL SOGO, Widerklage in handelsrechtlichen Streitigkeiten: Kernpunkttheorie und Erfordernis der gleichen sachlichen Zuständigkeit, in: ZBJV 147/2011, 937 ff., 938 f.

¹⁵ SOGO (FN 14), 938 f.

¹⁶ BGE 129 III 230 Erw. 3.1 S. 232 f. Siehe auch Übersicht mit Beispielen von konnexen Klagen bei GÜNGERICH/WALPEN (FN 14), Art. 14 N 14 ff.; RUGGLE (FN 12), Art. 14 N 18 und FÜLLEMANN (FN 14), Art. 14 N 10 ff.

¹⁷ GÜNGERICH/WALPEN (FN 14), Art. 14 N 12 f.; RUGGLE (FN 12), Art. 14 N 20; FRANZ SCHENKER, in: Baker&McKenzie, Stämpfli Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, Art. 14 N 7; FÜLLEMANN (FN 14), Art. 14 N 14.

steht, wenn Anspruch und Gegenanspruch lediglich miteinander verrechenbar sind¹⁸.

Ein sachlicher Zusammenhang mit der Klage ist hingegen nur dann erforderlich, wenn der Gerichtsstand für die Widerklage einzig mit Art. 14 ZPO begründet werden kann. Soweit sich die örtliche Zuständigkeit des Hauptsachengerichts für die Widerklage aus einer anderen Gerichtsstandsnorm oder einer Gerichtsstandsvereinbarung ergibt, ist die Voraussetzung des sachlichen Zusammenhangs entbehrlich¹⁹. Weiter ist eine Einlassung auf eine Widerklage möglich, sofern kein zwingender Gerichtsstand vorliegt (Art. 18 ZPO). In diesem Fall ist auch kein sachlicher Zusammenhang notwendig²⁰.

Sieht das Gesetz für die Widerklage eine zwingende Zuständigkeit vor, kann diese nicht durch Art. 14 ZPO unterlaufen werden²¹. Der Gerichtsstand für die Hauptklage steht für die Widerklage ebenso nicht zu Verfügung, wenn für den in der Widerklage geltend gemachten Anspruch eine Gerichtsstandsvereinbarung oder Schiedsklausel²² besteht²³. Liegt jedoch nur eine Gerichtsstandsvereinbarung für den Hauptklageanspruch vor, ist eine Widerklage gestützt auf Art. 14 ZPO möglich, sofern die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind²⁴.

Umstritten ist die Lage bei teilzwingenden Gerichtsständen. Auf teilzwingende Gerichtsstände kann nicht zum Voraus oder durch Einlassung verzichtet werden (Art. 35 Abs. 1 ZPO). Aus diesem Grund betrachtet ein Teil der

Lehre eine Widerklage ausserhalb der in Art. 32 ZPO bis Art. 35 ZPO eröffneten Gerichtsstände als unzulässig²⁵. Da bei teilzwingenden Gerichtsständen nach Entstehung einer Streitigkeit der Abschluss einer Gerichtsstandsklausel jedoch möglich ist (Art. 35 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 17 Abs. 1 ZPO), ist nach der hier vertretenen Ansicht die Erhebung einer Widerklage an einem von Art. 32 ZPO bis Art. 35 ZPO abweichenden Gerichtsstand zulässig. Mit der Klageeinreichung öffnet der Kläger nämlich dem Beklagten zusätzlich einen Gerichtsstand für eine Widerklage, sofern diese mit der Hauptklage in einem sachlichen Zusammenhang steht. Mit Einreichung der Widerklage wird dieser Gerichtsstand durch den Beklagten bzw. Widerkläger akzeptiert und bleibt hernach selbst bestehen, wenn die Hauptklage später dahinfällt oder zurückgezogen wird (Art. 14 Abs. 2 ZPO)²⁶. Auch aus prozessökonomischer Sicht ist die Anwendung von Art. 14 ZPO bei teilzwingenden Gerichtsständen zu befürworten²⁷.

II. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach kantonalem Recht, soweit das Bundesrecht nichts anderes bestimmt (Art. 4 Abs. 1 ZPO). In Abweichung von diesem Grundsatz regelt die ZPO in den Bereichen, in welchen sich eine einheitliche bundesrechtliche Regelung aufdrängt, die sachliche Zuständigkeit²⁸. So bestimmt sie namentlich die sachliche Zuständigkeit in den immaterialgüter-, wettbewerbs- und haftpflichtrechtlichen Angelegenheiten nach Art. 5 ZPO, den handelsrechtlichen Streitigkeiten nach Art. 6 ZPO sowie den Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach Art. 7 ZPO. Weiter regelt sie die Prorogation an das kantonale obere Gericht nach Art. 8 ZPO.

III. Identität der Parteien

Die Widerklage muss sich gegen den Kläger richten. Die Identität der Parteien ist mithin zwingend. Richtet sich die Klage gegen einfache Streitgenossen, können sie einzeln Widerklage erheben. Klagen einfache Streitgenossen, können diese umgekehrt einzeln mit einer Widerklage

¹⁸ GÜNGERICH/WALPEN (FN 14), Art. 14 N 32; RUGGLE (FN 12), Art. 14 N 22; THOMAS SUTTER-SOMM/RAFAEL KLINGLER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2010, Art. 14 N 9; FÜLLEMANN (FN 14), Art. 14 N 13; ROGER DÜRR, in: Baker&McKenzie, Stämpflis Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, Art. 224 N 11.

¹⁹ Botschaft (FN 4), 7339; GÜNGERICH/WALPEN (FN 14), Art. 14 N 34.

²⁰ GÜNGERICH/WALPEN (FN 14), Art. 14 N 33; RUGGLE (FN 12), Art. 14 N 23; SUTTER-SOMM/KLINGLER (FN 18), Art. 14 N 8; BGE 123 III 35 Erw. 3b) S. 45; FÜLLEMANN (FN 14), Art. 14 N 25; ULRICH HAAS/MICHAEL SCHLUMPF, in: Paul Oberhammer, Kurzkomentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 14 N 4; GUIDO E. URBACH, in: Myriam A. Gehri/Michael Kramer (Hrsg.), ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 14 N 6.

²¹ GÜNGERICH/WALPEN (FN 14), Art. 14 N 39; RUGGLE (FN 12), Art. 14 N 12; HAAS/SCHLUMPF (FN 20), Art. 14 N 5.

²² Betreffen Hauptklage und Widerklage eine Streitsache, die unter eine übereinstimmende Schiedsvereinbarung fällt, kann die Widerklage vor demselben Schiedsgericht erhoben werden (Art. 377 Abs. 2 ZPO).

²³ RUGGLE (FN 12), Art. 14 N 13; SUTTER-SOMM/KLINGLER (FN 18), Art. 14 N 6; HAAS/SCHLUMPF (FN 20), Art. 14 N 4.

²⁴ GÜNGERICH/WALPEN (FN 14), Art. 14 N 38; RUGGLE (FN 12), Art. 14 N 10; URBACH (FN 20), Art. 14 N 7.

²⁵ FÜLLEMANN (FN 14), Art. 14 N 26; URBACH (FN 20), Art. 14 N 8.

²⁶ Vgl. SUTTER-SOMM/KLINGLER (FN 18), Art. 14 N 7 und SCHENKER (FN 17), Art. 9 N 9.

²⁷ Gl. M. HAAS/SCHLUMPF (FN 20), Art. 14 N 5.

²⁸ DOMINIK VOCK, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 4 N 8; ALEXANDER BRUNNER, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich 2011, Art. 4 N 3.

beklagt werden²⁹. Bei einer notwendigen Streitgenossenschaft können nur alle Streitgenossen gemeinsam Widerklage erheben bzw. mit einer Widerklage konfrontiert werden³⁰. Nicht zulässig ist daher die Erhebung einer Widerklage durch oder gegen einzelne notwendige Streitgenossen³¹. Nebenintervenienten können ebenfalls keine Widerklage erheben³².

IV. Rechtshängigkeit der Hauptklage

Die Geltendmachung der Widerklage setzt die Rechtshängigkeit der Hauptklage voraus³³. Diese Voraussetzung wird allerdings weder in Art. 14 ZPO noch in Art. 224 ZPO erwähnt. Es handelt sich bei ihr mithin um ungeschriebenes Bundesrecht³⁴. Die Hauptklage wird rechtshängig mit Einreichung des Schlichtungsgesuches, der Klage, eines Gesuches oder eines gemeinsamen Scheidungsbegehrens (Art. 62 Abs. 1 ZPO).

Wird die Hauptklage zurückgezogen oder gegenstandslos, bevor die Widerklage erhoben und somit rechtshängig geworden ist, wird auf die Widerklage nicht eingetreten³⁵. Fällt die Hauptklage nach Erhebung der Widerklage dahin, hat die Widerklage aufgrund ihrer Selbständigkeit weiter Bestand. Art. 14 Abs. 2 ZPO hält explizit fest, dass der Gerichtsstand der Widerklage bestehen bleibt, wenn die Hauptklage aus irgendeinem Grund dahinfällt. Mögliche Gründe für das Dahinfallen sind Nichteintreten, Klagerückzug, Gegenstandslosigkeit, Anerkennung, Vergleich oder (Teil-)Urteil³⁶. Dies gilt selbstverständlich nicht, wenn die Widerklage nur bedingt erhoben worden ist³⁷. In dieser Konstellation wird mit dem Dahinfallen der Hauptklage auch die Widerklage hinfällig.

V. Gleiche Verfahrensart

Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Widerklage ist, dass der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist (Art. 224 Abs. 1 ZPO). Diese Beschränkung gilt nicht für die Verrechnungseinrede, welche ein materiellrechtliches Verteidigungsmittel darstellt³⁸. Hier ist folgender Grundsatz massgebend: «*Le juge de l'action est juge de l'exception*» (Der Richter, welcher über die Klage befindet, urteilt auch über die Einrede)³⁹.

Die ZPO unterscheidet grundsätzlich zwischen dem ordentlichen (Art. 219 ff. ZPO), vereinfachten (Art. 243 ff. ZPO) und summarischen Verfahren (Art. 248 ff. ZPO)⁴⁰. Das ordentliche Verfahren ist das Grundverfahren gemäss ZPO und seine Bestimmungen gelten sinngemäss für sämtliche anderen Verfahren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 219 ZPO). Das vereinfachte Verfahren gilt für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 30'000 Franken (Art. 243 Abs. 1 ZPO) sowie unabhängig vom Streitwert für bestimmte Streitigkeiten des sozialen Privatrechts (Art. 243 Abs. 2 ZPO). Das summarische Verfahren ist schliesslich anwendbar (a.) in den vom Gesetz bestimmten Fällen, (b.) für den Rechtsschutz in klaren Fällen, (c.) für das gerichtliche Verbot, (d.) für die vorsorglichen Massnahmen und (e.) für die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Art. 248 ZPO).

Die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart für die Zulässigkeit der Widerklage stellt Bundesrecht dar, weswegen die Kantone diesbezüglich keinen Regelungsspielraum haben⁴¹. Gleiche Verfahrensart bedeutet, dass beide Klagen im ordentlichen, vereinfachten oder summarischen Verfahren behandelt werden müssen⁴².

Gilt für die Hauptklage beispielsweise das vereinfachte Verfahren (Art. 243 ZPO), so kann keine Widerklage erhoben werden, die ins ordentliche Verfahren gehört⁴³. Dies dient dem Schutz des Klägers, welchem das einfachere und billigere vereinfachte Verfahren erhalten bleiben soll⁴⁴. Im umgekehrten Fall ist die Voraussetzung der

²⁹ LAURENT KILLIAS, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150–352 und 400–406, Bern 2012, Art. 224 N 21; LEUENBERGER (FN 9), Art. 224 N 4.; LERCH (FN 10), Art. 224 N 9.

³⁰ RUGGLE (FN 12), Art. 14 N 24; SCHENKER (FN 17), Art. 14 N 9.

³¹ KILLIAS (FN 29), Art. 224 N 21.

³² Botschaft (FN 4), 7282.

³³ KILLIAS (FN 29), Art. 224 N 19; SUTTER-SOMM/KLINGLER (FN 18), Art. 14 N 13; PAHUD (FN 9), Art. 224 N 12; LEUENBERGER (FN 9), Art. 224 N 17; SCHENKER (FN 17), Art. 14 N 9; DÜRR (FN 18), Art. 224 N 5; HAAS/SCHLUMPF (FN 20), Art. 14 N 8; LERCH (FN 10), Art. 224 N 8.

³⁴ RUGGLE (FN 12), Art. 14 N 26; FÜLLEMANN (FN 14), Art. 14 N 7.

³⁵ KILLIAS (FN 29), Art. 224 N 19; DÜRR (FN 18), Art. 224 N 5; LEUENBERGER (FN 9), Art. 224 N 17; PAHUD (FN 9), Art. 224 N 12.

³⁶ RUGGLE (FN 12), Art. 14 N 29; SUTTER-SOMM/KLINGLER (FN 18), Art. 14 N 29; PAHUD (FN 9), Art. 224 N 28; HAAS/SCHLUMPF (FN 20), Art. 14 N 12.

³⁷ KILLIAS (FN 29), Art. 224 N 9; PAHUD (FN 9), Art. 224 N 28.

³⁸ LEUENBERGER (FN 9), Art. 224 N 14.

³⁹ BGE 85 II 103 Erw. 2b) S. 107.

⁴⁰ Auf die familienrechtlichen Verfahren (Art. 271 ff. ZPO) wird vorliegend nicht weiter eingegangen.

⁴¹ RUGGLE (FN 12), Art. 14 N 25.

⁴² GÜNGERICH/WALPEN (FN 14), Art. 14 N 35; RUGGLE (FN 12), Art. 14 N 25; SUTTER-SOMM/KLINGLER (FN 18), Art. 14 N 12; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 14 N 33.

⁴³ Botschaft (FN 4), S. 7339.

⁴⁴ DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Zürich 2010, Art. 224 N 3; GEORG

gleichen Verfahrensart unseres Erachtens nicht zweckmässig. Ist die Hauptklage des Klägers im ordentlichen Verfahren zu behandeln, wäre es prozessökonomisch sinnwidrig, dem Beklagten die Widerklage zu verweigern, nur weil sie an sich im vereinfachten Verfahren zu behandeln wäre. Zudem befindet sich der Beklagte bereits im ordentlichen Verfahren und bedarf daher keines weiteren Schutzes. Vielmehr muss es dem Beklagten in diesem Fall gestattet sein, auf das vereinfachte Verfahren zu verzichten und seinen Gegenanspruch mittels Widerklage im ordentlichen Verfahren geltend zu machen⁴⁵. Müsste statt einer Widerklage eine selbständige Klage erhoben werden, besteht ausserdem unter Umständen das Risiko, dass auf die selbständige Klage aufgrund der Sperrwirkung von Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO nicht eingetreten würde.

Die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart führt dazu, dass Widerklagen und insbesondere negative Feststellungswiderklagen nur in einem beschränkten Rahmen möglich sind⁴⁶. So kann der Beklagte im Falle einer im vereinfachten Verfahren erhobenen vermögensrechtlichen (Teil-)Klage mit einem Streitwert von maximal 30'000 Franken mangels gleicher Verfahrensart keine Widerklage mit einem Streitwert von über 30'000 Franken erheben⁴⁷.

Der Kläger kann daher bewusst nur eine Teilklage erheben bzw. ein Rechtsbegehren von maximal 30'000 Franken stellen, um einer allfälligen Widerklage vorausschauend entgegenzuwirken. Aber auch der Beklagte hat die Möglichkeit, nur einen Teil seiner Forderung mittels Teilwiderklage geltend zu machen, damit diese zulässig ist⁴⁸.

In der Lehre wird daher teilweise die Meinung vertreten, dass auf die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart generell verzichtet werden soll, wenn die Unterscheidung

zwischen ordentlichem und vereinfachtem Verfahren nur vom Streitwert abhängt⁴⁹. Das Problem der gleichen Verfahrensart könnte umgangen werden, indem Art. 94 Abs. 1 ZPO auch auf die Verfahrensart angewendet wird. Somit würde sich die Verfahrensart jeweils nach dem höheren Rechtsbegehren richten. Das Kriterium der gleichen Verfahrensart hätte dann nur die Bedeutung, das summarische und das familienrechtliche Verfahren gegenüber dem ordentlichen bzw. vereinfachten Verfahren abzugrenzen⁵⁰. Obwohl prozessökonomische Überlegungen dafür sprechen, ist diese Meinung trotzdem abzulehnen. Einerseits ist sie nicht mit dem klaren Gesetzeswortlaut von Art. 224 Abs. 1 ZPO und Art. 94 Abs. 1 ZPO vereinbar. Andererseits könnte sonst jede Klage, welche aufgrund des Streitwerts im vereinfachten Verfahren zu behandeln wäre, durch eine den Streitwert des einfachen Verfahrens übersteigende Widerklage ins (teurere) ordentliche Verfahren gedrängt werden. Aus diesem Grund hielt der mit der Einführung der ZPO aufgehobene Art. 343 Abs. 2 OR, welcher für arbeitsrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 30'000 Franken ein einfaches und rasches Verfahren vorsah, fest, dass für den Streitwert die eingeklagte Forderung massgeblich ist, ohne Rücksicht auf ein allfälliges Widerklagebegehren. Dies sollte verhindern, dass der Beklagte durch ein Widerklagebegehren den Streitwert in die Höhe treibt und den Kläger dadurch des einfachen und raschen Verfahrens und der damit verbundenen Verfahrenserleichterungen beraubt⁵¹.

VI. Trennung trotz Zulässigkeit der Widerklage

Grundsätzlich sind Klage und Widerklage im gleichen Prozess zu beurteilen. Wo die Widerklage zwar zulässig ist, das Verfahren aber zu kompliziert zu werden droht, kann das Gericht sie vom Hauptverfahren trennen (Art. 125 lit. d ZPO)⁵². Eine Trennung ist auch möglich, wenn über die Klage rasch entschieden werden kann, während für die Beurteilung der Widerklage ein umfangreiches Beweisverfahren notwendig ist oder sich komplexe rechtliche Fragen stellen⁵³. Die Trennung liegt im

NÄGELI, in: Paul Oberhammer, Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 224 N 2.

⁴⁵ Vgl. SUTTER-SOMM (FN 11), N 1090; NÄGELI (FN 44), Art. 224 N 3; LERCH (FN 10), Art. 224 N 10. A.M. PAHUD (FN 9), Art. 224 N 15; MICHEL HEINZMANN, Gedanken zur Kombination von Streitgegenständen, in: ZSR 2012 471 ff., 493. GASSER/RICKLI beschränken die Zulässigkeit der Widerklage offensichtlich jedoch nur auf Fälle, in welchen allein aufgrund des Streitwerts das vereinfachte Verfahren anwendbar wäre (GASSER/RICKLI [FN 44], Art. 224 N 3). KILLIAS betrachtet im ordentlichen Verfahren eine Widerklage betreffend Streitigkeiten des sozialen Privatrechts (Art. 243 Abs. 2 ZPO) generell als unzulässig (KILLIAS [FN 29], Art. 224 N 26).

⁴⁶ Vgl. PHILIPP GREMPER/JAKOB MARTIN, Zulässigkeit und Schranken der negativen Feststellungswiderklage im vereinfachten Verfahren nach der Schweizerischen ZPO, in: AJP/PJA 2011, 90 ff., 94.

⁴⁷ GREMPER/MARTIN (FN 46), 93.

⁴⁸ Vgl. THOMAS SPRECHER, Prozessieren zum SchKG unter neuer ZPO, in: SJZ/RSJ 107/2011, 273 ff., Fn. 81.

⁴⁹ CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, N 6.29; ULRICH HAAS/MICHAEL SCHLUMPF, Teilklage und Feststellungswiderklage nach der neuen ZPO, in: SJZ/RSJ 107/2011, 302 ff., 306.

⁵⁰ HAAS/SCHLUMPF (FN 49), 305.

⁵¹ BGE 115 II 366 Erw. 3 S. 370.

⁵² MYRIAM GRÜTTER, Das vereinfachte Verfahren in seiner mündlichen Variante, in: Jusletter 14. November 2011, Rz 45; Botschaft (FN 4), 7339.

⁵³ Vgl. REMO BORNATICO, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infänger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilpro-

Ermessen des Gerichts⁵⁴. Sie sollte jedoch nur in Ausnahmefällen erfolgen, da eine Trennung grundsätzlich dem Zweck der Widerklage (rasche, effiziente, einheitliche und widerspruchsfreie Erledigung von sachlich zusammenhängenden Klagen) zuwiderläuft⁵⁵. Da es sich bei Art. 125 ZPO um eine Kann-Vorschrift handelt, ist das Gericht nicht verpflichtet, eine Trennung vorzunehmen⁵⁶.

Vor dem Entscheid betreffend die Trennung sind die Parteien zur Wahrung des rechtlichen Gehörs anzuhören⁵⁷.

Für die abgetrennte Widerklage bleiben die örtliche und sachliche Zuständigkeit bestehen⁵⁸. Die Trennung ist als prozessleitende Verfügung mit Beschwerde anfechtbar, wobei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil oder eine Rechtsverzögerung geltend zu machen ist (Art. 319 lit. b. Ziff. 2 ZPO und 319 lit. c ZPO)⁵⁹.

D. Verfahren

I. Zeitpunkt der Einreichung, Form und Inhalt

Der Beklagte kann eine Widerklage bereits in einem allfälligen durchzuführenden Schlichtungsverfahren anbringen (Art. 209 Abs. 2 lit. b ZPO). Dabei kann sie entweder nach Erhalt des Schlichtungsgesuchs durch eine schriftliche bzw. mündliche Eingabe im Sinne von Art. 202 Abs. 1 und 2 ZPO erhoben oder während der Schlichtungsverhandlung (Art. 203 ZPO) mündlich zu Protokoll gegeben werden.

Die Widerklage muss aber spätestens mit der Klageantwort angehoben werden (Art. 224 Abs. 1 ZPO), wo-

bei hier auf ein Schlichtungsverfahren ausdrücklich verzichtet wird (Art. 198 lit. g ZPO). Ein solches würde nur zu einer unnötigen Verzögerung des Verfahrens führen⁶⁰. In mündlich durchgeführten vereinfachten Verfahren ist die Widerklage mangels schriftlicher Stellungnahme spätestens im ersten Parteivortrag zu Protokoll zu geben⁶¹.

Wird die Widerklage nicht rechtzeitig erhoben, ist auf sie nicht einzutreten⁶².

Es steht dem Beklagten frei, ob er die Widerklage als selbständige Rechtsschrift verfasst oder in die Klageantwort integriert⁶³. Es müssen mithin nicht zwei getrennte Eingaben gemacht werden⁶⁴. Bezüglich Form und Inhalt gelten Art. 221 ZPO und Art. 130 ZPO sinngemäss⁶⁵. Die Widerklage ist folglich zu begründen und hat inhaltlich den Vorgaben einer Klage zu entsprechen⁶⁶.

Wird im schriftlichen Verfahren Widerklage erhoben, wird diese dem Kläger zugestellt, wobei das Gericht eine Frist zur schriftlichen Antwort setzt. Diese Frist kann aus zureichenden Gründen (z.B. Krankheit, Todesfall, Arbeitsüberlastung, Auslandsaufenthalt etc.) auf Gesuch hin erstreckt werden (Art. 144 Abs. 2 ZPO). Das Gericht kann einen zweiten Schriftenwechsel anordnen (Art. 225 ZPO).

Die Erhebung der Widerklage begründet deren Rechtshängigkeit (Art. 62 Abs. 1 ZPO). Der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit wird somit nicht auf denjenigen der Hauptklage zurückdatiert⁶⁷. Den Eingang der Widerklage hat das Gericht den Parteien zu bestätigen (Art. 62 Abs. 2 ZPO). Im mündlichen Verfahren ist die Anhebung der Widerklage durch Aufnahme ins Protokoll zu dokumentieren.

Widerklage auf Widerklage ist gemäss Art. 224 Abs. 3 ZPO unzulässig. Vielmehr sind die Bestimmungen über die Änderungen der Klagebegehren anwendbar, da eine Widerklage auf eine Widerklage nichts anderes als die Abänderung der Hauptklage darstellt⁶⁸. Gemäss Art. 227

zessordnung, Basel 2010, Art. 125 N 13; LEUENBERGER (FN 9), Art. 224 N 26 und FÜLLEMANN (FN 14), Art. 14 N 24; MARKUS AFFENTRANGER, in: Baker&McKenzie, Stämpflis Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, Art. 125 N 12.

⁵⁴ Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO, Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, Juni 2003, 64.

⁵⁵ BORNATICO (FN 53), Art. 125 N 13; FÜLLEMANN (FN 14), Art. 14 N 24. Vgl. auch RETO M. JENNY, in: Myriam A. Gehri/Michael Kramer (Hrsg.), ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 125 N 13.

⁵⁶ BORNATICO (FN 53), Art. 125 N 3.

⁵⁷ BORNATICO (FN 53), Art. 125 N 4.

⁵⁸ BORNATICO (FN 53), Art. 125 N 17; LEUENBERGER (FN 9), Art. 224 N 29; FÜLLEMANN (FN 14), Art. 14 N 24; MARTIN KAUFMANN, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich 2011, Art. 125 N 14; ERIC PAHUD (FN 9), Art. 224 N 30; HAAS/SCHLUMPF (FN 20), Art. 14 N 11.

⁵⁹ BORNATICO (FN 53), Art. 125 N 20; ROGER WEBER, in: Paul Oberhammer, Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 125 N 8.

⁶⁰ Botschaft (FN 4), 7329.

⁶¹ GRÜTTER (FN 52), Rz 44. Vgl. auch GREMPER/MARTIN (FN 46), 97.

⁶² Vgl. RUGGLE (FN 12), Art. 14 N 27.

⁶³ GASSER/RICKLI (FN 44), Art. 224 N 2.

⁶⁴ LEUENBERGER (FN 9), Art. 224 N 21.

⁶⁵ STEPHEN V. BERTI, Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011, N 219; PAHUD (FN 9), Art. 224 N 8.

⁶⁶ FREI/WILLISEGGER (FN 7), Art. 224 N 3.

⁶⁷ DOMINIK INFANGER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 62 N 20.

⁶⁸ So ausdrücklich RUGGLE (FN 12), Art. 14 N 7 (mit Verweis auf OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 2006, 8. A., 7. Kapitel N 52). Vgl. auch KILLIAS (FN 29), Art. 224 N 59; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 42), § 14 N 36; FÜLLEMANN (FN 14), Art. 14 N 6 und PAHUD (FN 9), Art. 224 N 7 und SCHENKER (FN 17), Art. 14 N 2; DÜRR (FN 18),

Abs. 1 lit. a ZPO ist eine Klageänderung vor der Hauptverhandlung zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht. Somit kann durch eine Klageänderung die gleiche Wirkung wie mit einer Wider-Widerklage erzielt werden, sofern die Ansprüche konnex sind und die gleiche Verfahrensart anwendbar ist. Ausserdem kann der Beklagte der Klageänderung zustimmen (Art. 227 Abs. 1 lit. b ZPO). Eine Klageänderung in der Hauptverhandlung ist jedoch nur noch möglich, wenn sie zudem auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht (Art. 230 Abs. 1 ZPO).

Eine Widerklage kann in jeder Klageart, d.h. als Leistungs-, Gestaltungs- oder Feststellungsklage, erhoben werden⁶⁹. Haupt- und Widerklage müssen nicht die gleiche Klageart sein⁷⁰. Es können auch mehrere Rechtsbegehren kumulativ (objektive Klagehäufung) oder alternativ (Hauptbegehren und Eventualbegehren) gestellt werden⁷¹.

Eine Widerklage kann bedingt erhoben werden (sog. Eventualwiderklage)⁷². Unseres Erachtens ist eine Eventualwiderklage nicht nur für den Fall der Gutheissung bzw. Abweisung der Hauptklage möglich, sondern auch für den Fall, in welchem auf die Hauptklage nach Rechtshängigkeit der Widerklage nicht eingetreten wird⁷³.

II. Kostenvorschuss

Gestützt auf Art. 98 ZPO ist vom Widerkläger ein Kostenvorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten für die Beurteilung der Widerklage zu fordern⁷⁴. Der Kostenvorschuss ist eine Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO). Wird dieser nicht fristgemäss bzw. auch nach Ansetzung einer Nachfrist nicht geleistet, wird auf die Widerklage nicht eingetreten (Art. 101 Abs. 3 ZPO)⁷⁵.

Kein Kostenvorschuss ist bei bestimmten Streitigkeiten des sozialen Privatrechts zu leisten, da hier keine Ge-

richtskosten gesprochen werden (Art. 113 Abs. 2 ZPO und Art. 114 ZPO). Die Kantone können weitere Befreiungen von den Prozesskosten gewähren (Art. 116 Abs. 1 ZPO).

III. Streitwertberechnung und Prozesskosten

Grundsätzlich werden die Streitwerte von Klage und Widerklage nicht zusammengerechnet. Der Streitwert bestimmt sich vielmehr nach dem höheren Rechtsbegehren (Art. 94 Abs. 1 ZPO)⁷⁶. Dasselbe gilt für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit (vgl. Art. 224 Abs. 2 ZPO). Art. 94 Abs. 1 ZPO ist jedoch gemäss h.L. nicht für die Verfahrensart massgebend, d.h. die Verfahrenart richtet sich nicht nach dem höheren Rechtsbegehren, sondern wird für die Haupt- und Widerklage je separat bestimmt⁷⁷.

Wird die Hauptforderung anerkannt, jedoch die Verrechnung mit einer bestrittenen Gegenforderung geltend gemacht und für den Überschuss Widerklage erhoben, richtet sich der Streitwert der Widerklage nach dem geforderten Überschuss⁷⁸.

Bei der negativen Feststellungswiderklage bemisst sich der Streitwert nach der gesamten Schuld, deren Nichtbestand festgestellt werden soll⁷⁹. GREMPER/MARTIN sprechen sich indes mit Verweis auf Art. 94 Abs. 2 ZPO und die deutsche Gerichtspraxis dafür aus, dass der Streitwert nur dem die Teilklage übersteigenden Betrag entspricht⁸⁰. Diese Ansicht ist abzulehnen, da der Widerkläger nicht nur den überschüssenden Betrag geltend macht, sondern zudem die Forderung als Ganzes bestreitet.

Art. 224 N 14; LERCH (FN 10), Art. 224 N 5 und NAEGELI (FN 44), Art. 224 N 17.

⁶⁹ LEUENBERGER (FN 9), Art. 224 N 1; PAHUD (FN 9), Art. 224 N 5.

⁷⁰ HAAS/SCHLUMPF (FN 20), Art. 14 N 11.

⁷¹ PAHUD (FN 9), Art. 224 N 5.

⁷² LEUENBERGER (FN 9), Art. 224 N 2; RUGGLE (FN 12), Art. 14 N 6; FREI/WILLISEGGER (FN 7), Art. 224 N 2.

⁷³ GI. M. BERTI (FN 65), N 222; PAHUD (FN 9), Art. 224 N 6. A. M. FREI/WILLISEGGER (FN 7), Art. 224 N 2; LERCH (FN 10), Art. 224 N 4.

⁷⁴ GRÜTTER (FN 52), Rz 44; Botschaft (FN 4), 7293; LEUENBERGER (FN 9), Art. 224 N 18; SUTTER-SOMM (FN 11), N 1093.

⁷⁵ LEUENBERGER (FN 9), Art. 224 N 18.

⁷⁶ Dies gilt auch für die Eventualwiderklage (MATTHIAS STEIN-WIGGER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich 2010, Art. 94 N 8).

⁷⁷ Vgl. MARTIN STERCHI, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1–149, Art. 94 N 6; PAHUD (FN 9), Art. 224 N 16; BEATRICE VAN DE GRAAF, in: Paul Oberhammer, Kurzkomentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 94 N 1 und Botschaft (FN 4), 7292. Kritisch dazu HAAS/SCHLUMPF (FN 49), 305 f. Siehe auch Ziffer C., V. Absatz 7 hievor.

⁷⁸ STERCHI (FN 77), Art. 94 N 3; VIKTOR RÜEGG, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 94 N 2; VAN DE GRAAF (FN 77), Art. 94 N 2; STEIN-WIGGER (FN 76), Art. 94 N 6; PRISCA SCHLEIFFER MARAIS, in: Baker&McKenzie, Stämpfli Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, Art. 94 N 4.

⁷⁹ STEIN-WIGGER (FN 76), Art. 94 N 7. Vgl. auch GEORG LEUCH/OMAR MARBACH/Franz KELLERHALS/MARTIN STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar samt einem Anhang zugehöriger Erlasse, 5. A., Bern 2000, Art. 170 N 1b.

⁸⁰ GREMPER/MARTIN (FN 46), 96. Vgl. auch HAAS/SCHLUMPF (FN 49), 303.

Zur Bestimmung der Prozesskosten werden die Streitwerte hingegen zusammengerechnet, sofern sich Klage und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Damit soll dem erhöhten wirtschaftlichen Wert des Verfahrens Rechnung getragen werden⁸¹. Klage und Widerklage schliessen sich aus, wenn die Gutheissung der einen Klage zwingend die Abweisung der anderen Klage zur Folge hat⁸². Typischer Fall des Ausschlusses ist die negative Feststellungswiderklage⁸³. Die Bestimmung von Art. 94 Abs. 2 ZPO stellt einen Eingriff in die durch Art. 96 ZPO den Kantonen ausdrücklich belassene Tarifhoheit betreffend die Prozesskosten dar⁸⁴.

Art. 94 ZPO gilt nur für vermögensrechtliche Streitigkeiten, da nur diese einen Streitwert aufweisen⁸⁵.

IV. Kostenverteilung

Die Prozesskosten, d.h. die Gerichtskosten und Parteientschädigungen (Art. 95 Abs. 1 ZPO), werden den Parteien nach dem Ausmass ihres Unterliegens auferlegt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Bei Verfahren, in welchen sich Klage und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen, ist die Summe der Streitwerte der Begehren, hinsichtlich deren die Partei obsiegt hat oder unterlegen ist, in Relation zur Summe der Streitwerte von Haupt- und Widerklage zu setzen. Schliessen sich Klage und Widerklage indes gegenseitig aus, so ist je eine separate Kostenverteilung vorzunehmen⁸⁶. Vorbehalten bleibt die Kostenverteilung nach Ermessen gemäss Art. 107 ZPO.

Umstritten ist die Kostenverlegung beim Schlichtungsverfahren⁸⁷. Wird die Widerklage bereits im Schlichtungsverfahren erhoben, sind die Kosten nach der hier vertretenen Ansicht bei Erteilung der Klagebewilligung in Anwendung von Art. 207 Abs. 1 lit. c ZPO auf beide Parteien im Verhältnis ihrer Rechtsbegehren zu verteilen, da beide Parteien gestützt auf die Klagebewilligung die Möglichkeit haben, beim zuständigen Gericht Klage einzureichen. Wird anschliessend entweder die Hauptkla-

ge oder die Widerklage innert der gesetzlichen Frist von Art. 209 Abs. 3 bzw. 4 ZPO prosequiert, werden die Verfahrenskosten zur Hauptsache geschlagen. Wird die Widerklage jedoch nur bedingt erhoben, ist es unseres Erachtens angemessen, wenn die Verfahrenskosten vorerst dem Kläger auferlegt werden, da der Beklagte die Widerklage in diesem Fall nicht selbständig prosequieren kann⁸⁸. Im Schlichtungsverfahren werden hingegen grundsätzlich keine Parteientschädigungen gesprochen (Art. 113 Abs. 1 ZPO).

E. Die Widerklage in den verschiedenen Verfahren

I. Schlichtungsverfahren

Wird die Widerklage bereits im Schlichtungsverfahren erhoben, ist sie in der Klagebewilligung aufzuführen (Art. 209 Abs. 2 lit. b. ZPO). Gemäss Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO ist dem Kläger die Klagebewilligung zu erteilen. Konsequenterweise müsste beiden Parteien die Klagebewilligung erteilt werden, da beide Kläger sind. Die Praxis ist hingegen nicht einheitlich, ob bei der Erhebung der Widerklage im Schlichtungsverfahren eine gemeinsame Klagebewilligung für die Haupt- und Widerklage oder je eine separate Klagebewilligung zu erteilen ist⁸⁹. Auch die Doktrin ist in dieser Frage uneinig. Während einige Autoren sich dafür aussprechen, dass dem Widerkläger zumindest eine Kopie der Klagebewilligung zuzustellen ist⁹⁰, vertreten andere die Meinung, dass nur dem Kläger und nicht dem Widerkläger die Klagebewilligung auszustellen ist⁹¹.

Weiter ist umstritten, ob der Widerkläger gestützt auf die Klagebewilligung seine Rechtsbegehren selbständig prosequieren kann⁹². Gemäss einem Teil der Lehre kann nur der Kläger mit der Klagebewilligung an das Gericht gelangen und nicht der Widerkläger. Sollte der Kläger die Klagefrist unbenutzt verstreichen lassen, würde auch die Widerklage dahinfallen. Will der Widerkläger seinen Anspruch durchsetzen, müsste er nach dieser Meinung somit ein eigenes Schlichtungsverfahren durchführen⁹³.

⁸¹ Botschaft (FN 4), 7292.

⁸² BGE 108 II 51 Erw. 1 S. 52.

⁸³ PETER DIGGELMANN, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich 2011, Art. 94 N 6. Für weitere Beispiele siehe SCHLEIFFER MARAIS (FN 78), Art. 94 N 7 und FLORIAN MOHS, in: Myriam A. Gehri/Michael Kramer (Hrsg.), ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 95 N 4.

⁸⁴ RÜEGG (FN 78), Art. 94 N 4.

⁸⁵ STEIN-WIGGER (FN 76), Art. 94 N 2; SCHLEIFFER MARAIS (FN 78), Art. 94 N 1.

⁸⁶ SUTTER-SOMM/KLINGLER (FN 18), Art. 106 N 11.

⁸⁷ Vgl. RAHEL MÜLLER/TAMARA PIETSCH-KOJAN, Sprechstunde ZPO/StPO, in: in dubio, 5_11, S. 210.

⁸⁸ Siehe auch Ziffer E., I hienach.

⁸⁹ Vgl. MÜLLER/PIETSCH-KOJAN (FN 87), 210.

⁹⁰ INFANGER (FN 67), Art. 209 N 17; JÖRG HONEGGER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 209 N 8.

⁹¹ SUTTER-SOMM (FN 11), N 1093; FÜLLEMANN (FN 14), Art. 14 N 23.

⁹² GRÜTTER (FN 52), Fn 43.

⁹³ Vgl. KILLIAS (FN 29), Art. 224 N 51; URS EGLI, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische

Nach der hier vertretenen Ansicht kann der Widerkläger, welcher seine Widerklage bereits anlässlich der Schlichtungsverhandlung angehoben hat, nach Erteilung der Klagebewilligung die Widerklage autonom prosequieren. Denn die Selbständigkeit der Widerklage hängt nicht vom Zeitpunkt ihrer Anhebung (Schlichtungsverfahren oder Klageantwort) ab⁹⁴. Die unbedingt erhobene Widerklage wird mit ihrer Anhebung rechtshängig und kann daher innerhalb der Prosequierungsfrist von Art. 209 Abs. 3 bzw. Abs. 4 ZPO selbst dann erhoben werden, wenn der Kläger verzichtet, von seiner Klagebewilligung Gebrauch zu machen. Diese Auffassung wird u.E. auch durch die in Art. 209 Abs. 2 lit. b ZPO gesetzlich stipulierte Pflicht, die bereits im Schlichtungsverfahren angehobene Widerklage in die Klagebewilligung aufzunehmen, gestützt. Diese Regelung macht nur Sinn, wenn die Aufnahme der Widerklage in der Klagebewilligung dem Widerkläger unabhängig vom Verhalten des Klägers den Weg ans Gericht eröffnet. Letztlich sprechen auch prozessökonomische Gründe für die selbständige Zulassung der Widerklage, da der Beklagte sonst während der Prosequierungsfrist im Ungewissen bezüglich der Behandlung seiner Widerklage bleibt. Ein eigenes Schlichtungsverfahren kann der Widerkläger nicht durchführen, da mit der Erhebung der Widerklage im Schlichtungsverfahren diese rechthängig wird (Art. 62 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO).

Wird die Widerklage jedoch nur bedingt erhoben, kann der Widerkläger nicht selbständig klagen. Er muss vielmehr abwarten, ob der Kläger die Klage innerhalb der Prosequierungsfrist beim Gericht einreicht.

Indem vorliegend die selbständige Prosequierung der unbedingten Widerklage bejaht wird, ist die Klagebewilligung oder zumindest eine Kopie davon auch dem widerklagenden Beklagten zuzustellen, damit dieser gegen den Kläger vorgehen kann, unabhängig davon, ob und wann dieser Klage einreicht⁹⁵. Auf die formale Ausgestaltung der Klagebewilligung kommt es hingegen nicht an⁹⁶.

Reicht der Kläger gestützt auf die Klagebewilligung fristgerecht die Klage beim Gericht ein (Art. 209 Abs. 3 und 4 ZPO), gilt damit auch die Widerklage als eingereicht. Dem Beklagten sollte hingegen eine kurze Frist gewährt werden, innert welcher er auf die im Schlich-

tungsverfahren erhobene Widerklage verzichten kann, ohne dass dies einem Klagerückzug gleichkommt⁹⁷. Wird hingegen die Widerklage zuerst eingereicht, hat der Kläger die Wahl, ob er von der Klagebewilligung Gebrauch machen und ebenfalls Klage erheben will.

II. Ordentliches Verfahren

Für die Widerklage im ordentlichen Verfahren wird auf die allgemeinen Ausführungen unter C. und D. hievor verwiesen.

III. Vereinfachtes Verfahren

Die Bestimmungen für das ordentliche Verfahren (Art. 216 ff. ZPO) gelten sinngemäss für sämtliche anderen Verfahren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 219 ZPO). Die Widerklage ist somit im vereinfachten Verfahren ohne Weiteres zulässig, sofern sie wie die Hauptklage im vereinfachten Verfahren zu behandeln ist und die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 219 ZPO i.V.m. Art. 224 Abs. 1 ZPO und Art. 14 ZPO)⁹⁸.

Beim vereinfachten Verfahren ist zu beachten, dass Klagen ohne Begründung möglich sind (Art. 245 Abs. 1 ZPO). In diesem Fall ist die Widerklage mündlich in der Verhandlung zu begründen⁹⁹.

IV. Summarverfahren

Die Zulässigkeit der Widerklage im Summarverfahren ergibt sich wie beim vereinfachten Verfahren bereits aus der Systematik der ZPO (Art. 219 ZPO). Während potentiell prozessverlangsamende Institute wie z.B. die Streitverkündungsklage (Art. 81 Abs. 3 ZPO) oder die Gerichtsferien (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO) von der ZPO im Summarverfahren ausdrücklich ausgeschlossen werden, findet sich keine entsprechende Bestimmung betreffend die Widerklage. Die Botschaft¹⁰⁰ und die Doktrin¹⁰¹ schränken indes die Zulässigkeit der Widerklage insofern ein, als sie das

Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich 2011, Art. 209 N 6; FÜLLEMANN (FN 14), Art. 14 N 23; PAHUD (FN 9), Art. 224 N 12.

⁹⁴ Botschaft (FN 4), 7339.

⁹⁵ Vgl. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI (FN 79), Art. 153 N 2.

⁹⁶ DOMINIK GASSER/RAHEL MÜLLER/TAMARA PIETSCH-KOJAN, Ein Jahr Schweizerische ZPO – ein Erfahrungsbericht, in: *Anwaltsrevue/Revue de l'avocat* 1/2012, 8 ff., 10.

⁹⁷ FÜLLEMANN (FN 14), Art. 14 N 23.

⁹⁸ KILLIAS (FN 29), Art. 224 N 3; STEPHAN MAZAN, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Basel 2010, Art. 245 N 21; PAHUD (FN 9), Art. 224 N 32; MICHAEL LAZOPULOS, in: Myriam A. Gehri/Michael Kramer (Hrsg.), *ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Zürich 2010, Art. 245 N 7.

⁹⁹ Vgl. vorne Ziffer D./I., Absatz 2.

¹⁰⁰ Botschaft (FN 4), 7350.

¹⁰¹ BERTI (FN 65), N 277; INGRID JENT-SØRENSEN, in: Paul Oberhammer, *Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Basel 2010, Art. 252 N 6; LERCH (FN 10), Art. 224 N 11.

Verfahren nicht verzögern darf¹⁰². Dem ist zuzustimmen, da die typischen Merkmale des Summarverfahrens gerade seine Flexibilität und Schnelligkeit sind¹⁰³. Würde die Behandlung der Widerklage den Prozess unnötig verzögern, ist sie in einem separaten Verfahren durchzuführen (vgl. Art. 125 lit. d ZPO). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Beweise nicht durch Urkunden erbracht werden können (Art. 254 Abs. 1 ZPO und Abs. 2 lit. a ZPO).

In terminologischer Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass das Gesetz im Summarverfahren nicht von Klage, sondern von Gesuch spricht (Art. 252 Abs. 1 ZPO). Konsequenterweise müsste demnach auch von Widergesuch statt Widerklage gesprochen werden. Materiell hat dies indes keine Auswirkungen.

V. Rechtsschutz in klaren Fällen

Beim Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO) handelt es sich um ein besonderes Summarverfahren. Aus diesem Grund ist auch hier eine Widerklage zulässig, sofern in Bezug auf die Widerklage ebenfalls ein Rechtsschutz in klaren Fällen vorliegt, d.h. der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist, und das Verfahren durch die Widerklage nicht verzögert wird. Aufgrund der besonderen Schnelligkeit des Verfahrens wird eine Widerklage in der Praxis wohl oft zu einer Verzögerung führen, weswegen diese in einem separaten Verfahren zu behandeln ist¹⁰⁴.

F. Problematik der sachlichen Zuständigkeit

I. Übersicht

Art. 224 ZPO regelt lediglich den Einfluss der Widerklage auf die sachliche Zuständigkeit, wo sich diese nach dem *Streitwert* bestimmt, indem sie in diesem Fall die Überweisung an das Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit vorsieht. Hingegen regelt Art. 224 nicht, wie es sich verhält, wenn sich die Zuständigkeit nach der *Natur der Streitsache* richtet.

¹⁰² Art. 263 des Vorentwurfs zur ZPO hat die Widerklage im Summarverfahren hingegen noch ausdrücklich ausgeschlossen, was aber in der Vernehmlassung kritisiert wurde (Botschaft [FN 4], 7350).

¹⁰³ Botschaft (FN 4), 7349.

¹⁰⁴ THOMAS SUTTER-SOMM/CORDULA LÖTSCHER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 257 N 17.

II. Zuständigkeit aufgrund des Streitwertes

Stehen sich Klage und Widerklage gegenüber, so bestimmt sich der Streitwert gemäss Art. 94 Abs. 1 ZPO nach dem höheren Rechtsbegehren¹⁰⁵. Ist die Widerklage zulässig, übersteigt deren Streitwert aber die sachliche Zuständigkeit des Gerichts, so hat dieses nach Art. 224 Abs. 2 ZPO von Amtes wegen beide Klagen dem Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit zu überweisen¹⁰⁶. Bewirken die Klage und die Widerklage somit unterschiedliche sachliche Zuständigkeiten aufgrund des Streitwertes, sieht das Gesetz in Art. 224 Abs. 2 ZPO explizit die Überweisung der Streitigkeit an das Gericht mit der umfassenderen Spruchkompetenz vor. Beim Überweisungsentscheid handelt es sich um einen Zwischenentscheid, welcher je nach Streitwert mittels Berufung oder Beschwerde anfechtbar ist¹⁰⁷.

III. Zuständigkeit aufgrund der Natur der Streitsache vor Arbeits- und Mietgerichten

Die ZPO überlässt die Organisation der Gerichte und der Schlichtungsbehörden den Kantonen, soweit sie nichts anderes bestimmt (Art. 3 ZPO). Insbesondere richtet sich die sachliche und funktionelle Zuständigkeit der Gerichte nach kantonalem Recht vorbehaltlich besonderer Bestimmungen der ZPO (Art. 4 Abs. 1 ZPO). Die Möglichkeit der Schaffung von Arbeits- und Mietgerichten wird in Art. 68 Abs. 2 lit. d ZPO implizit erwähnt.

Die Kantone umschreiben die sachliche Zuständigkeit der Arbeits- und Mietgerichte z.T. nicht einheitlich, insbesondere legen sie unterschiedliche Streitwertgrenzen fest. Jedoch gilt der allgemeine Grundsatz, dass Arbeitsgerichte ausschliesslich Streitigkeiten aus Arbeitsrecht, Mietgerichte solche aus Miet- bzw. Pachtrecht beurteilen¹⁰⁸.

In der Lehre ist umstritten, ob eine Widerklage zulässig ist, wenn Klage und Widerklage nicht dieselbe Streitsache zugrunde liegen und sich die sachliche Zu-

¹⁰⁵ Siehe auch vorne Ziffer D./III.

¹⁰⁶ Der Anwendungsbereich der Überweisung an das Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit ist insofern eingeschränkt, als dem Kläger dadurch keine Instanz verloren geht (vgl. KILLIAS [FN 29], Art. 224 N 37 ff., BERNHARD BERGER, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1–149, Bern 2012, Art. 6 N 30).

¹⁰⁷ NAEGELI (FN 44), Art. 224 N 7; FREI/WILLISEGGER (FN 7), Art. 224 N 5.

¹⁰⁸ Vgl. KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE/MYRIAM GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. A., Bern 2010, 11. Kap. N 196 ff. und N 127 ff.

ständigkeit des Gerichts nach der Natur der Streitsache bestimmt. Ein Teil der Lehre erachtet die Widerklage in solchen Fällen als zulässig, sofern die gleiche Verfahrensart anwendbar ist¹⁰⁹. Ein anderer Teil der Lehre¹¹⁰ fordert indes ausdrücklich, dass diese eine Streitsache gleicher Art wie die Hauptklage zum Gegenstand haben muss¹¹¹. Weitere Autoren lassen die Frage offen¹¹². Nach PAHUD soll das kantonale Recht bestimmen, ob bei Fachgerichten die sachliche Zuständigkeit Voraussetzung für die Widerklage ist. Fehlt eine ausdrückliche Regelung, sei die kantonale Zuständigkeitsnorm nach ihrem Sinn und Zweck auszulegen¹¹³.

Vor Einführung der ZPO stand es den Kantonen unter der Herrschaft des GestG¹¹⁴ frei, die gleiche sachliche Zuständigkeit als Voraussetzung für die Zulässigkeit der Widerklage aufzustellen, da Art. 6 GestG nur die örtliche Zuständigkeit der Widerklage regelte¹¹⁵. Im Kanton Bern konnte z.B. vor dem Arbeitsgericht keine Klage nicht arbeitsrechtlicher Natur erhoben werden. Umgekehrt war auch die Geltendmachung einer arbeitsrechtlichen Widerklage vor dem ordentlichen Gericht ausgeschlossen (Art. 60 Abs. 1 GOG¹¹⁶)¹¹⁷. Eine ähnliche Regelung kannte der Kanton St. Gallen mit Art. 60 SG-ZPO¹¹⁸. Auch im Kanton Zürich war eine Widerklage ausgeschlossen, wenn für die Klage und Widerklage sachlich unterschied-

liche Gerichte zuständig waren¹¹⁹. Gleiches galt im Kanton Aargau (§ 180 Abs. 2 AG-ZPO)¹²⁰.

Bereits der Vorentwurf¹²¹ verlangte nicht, dass das Hauptklagegericht für die Widerklage sachlich zuständig sein muss. Gemäss Bericht zum Vorentwurf bedeute dies aber nicht, dass dieses Kriterium irrelevant sei. Vielmehr komme dafür kantonales Recht zur Anwendung. Das kantonale Recht habe damit die Frage zu beantworten, was mit einer Widerklage geschieht, die an sich zulässig wäre, die aber v.a. wegen des Streitwerts die sachliche Zuständigkeit des befassten kantonalen Gerichts übersteigt. Der Bericht zum Vorentwurf sah folgende Möglichkeiten vor: Überweisung, Kompetenzattraktion, Trennung oder Nicht-eintreten¹²². Zu beachten ist jedoch, dass der Vorentwurf noch keine Art. 224 Abs. 2 ZPO entsprechende Regelung enthielt, wonach eine Überweisung an das Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit zu erfolgen hat, wenn der Streitwert der Widerklage die sachliche Zuständigkeit des Gerichts übersteigt. Die Botschaft erwähnt die Überweisung nur im Zusammenhang mit dem Streitwert und lässt daher die Frage offen, wie zu verfahren ist, wenn die Widerklage aufgrund der Natur der Streitsache nicht in die sachliche Zuständigkeit des Hauptklagegerichts fällt¹²³.

Sinn und Zweck von Art. 14 ZPO und Art. 224 ZPO (rasche, effiziente, einheitliche und widerspruchsfreie Erledigung von sachlich zusammenhängenden Klagen) sprechen klar dafür, dass Klage und Widerklage von demselben Gericht zu beurteilen sind, auch wenn sie eine unterschiedliche Streitsache zum Gegenstand haben¹²⁴. Ausserdem muss ein Kläger, welcher an einem Fachgericht klagt, damit rechnen, dort als Widerbeklagter belangt zu werden¹²⁵.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist eine Widerklage daher zwingend von demselben Gericht zu behandeln,

¹⁰⁹ ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, 71; NÄGELI (FN 44), Art. 224 N 11 f.; SUTTER-SOMM (FN 11), N 1091 f.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 42), § 14 N 33.

¹¹⁰ DÜRR (FN 18), Art. 224 N 9; KILLIAS (FN 29), Art. 224 N 40 f; HEINZMANN (FN 45), 480 und 482.

¹¹¹ Die Auffassung von HEINZMANN basiert auf der Ansicht, dass die Prozessvoraussetzungen von Art. 59 Abs. 2 ZPO auch für die Widerklage gelten (HEINZMANN [FN 45], 479).

¹¹² LERCH (FN 10), Art. 224 N 13; GRÜTTER (FN 52), Rz 47.

¹¹³ PAHUD (FN 9), Art. 224 N 25.

¹¹⁴ Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 24. März 2000 (Gerichtsstandsgesetz, GestG; AS 2000 2355 ff.).

¹¹⁵ THOMAS MÜLLER, in: Thomas Müller/Markus Wirth (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001, Art. 6 N 14; FRANZ KELLERHALS/ANDREAS GÜNGERICH, in: Franz Kellerhals/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Bern 2001, Art. 6 N 35.

¹¹⁶ Gesetz vom 14. März 1995 über die Organisation der Gerichtsbehörden in Zivil- und Strafsachen (GOG), abrufbar unter <http://www.bav-aab.ch/de/publikationen/downloads> (Zugriff am 12.1.2013).

¹¹⁷ LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI (FN 79), Art. 170 N 3 b bb.

¹¹⁸ Zivilprozessgesetz vom 20. Dezember 1990, abrufbar unter <http://www.zpo.ch/images/docs/kantZPO/SG.pdf> (Zugriff am 12.1.2013); vgl. auch CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Zivilprozessgesetz vom 20. Dezember 1990, Art. 69.

¹¹⁹ RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976, Mit einem Anhang zu verfahrensrechtlichen Bestimmungen des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes, 3. A., Zürich 1997, § 60 N 9a.

¹²⁰ Zivilrechtspflegegesetz vom 18. Dezember 1984 (Zivilprozessordnung, ZPO), abrufbar unter <https://gesetzsammlungen.ag.ch/frontend/versions/686> (Zugriff am 12.1.2013); ALFRED BÜHLER/ANDREAS EDELMANN/ALBERT KILLER, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Zivilrechtspflegegesetz (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 18. Dezember 1984, 2. A., Aarau/Frankfurt a.M./Salzburg 1998, § 180 N 12.

¹²¹ Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO, Vorentwurf der Expertenkommission, Juni 2003.

¹²² Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission (FN 54), 48.

¹²³ Botschaft (FN 4), 7340.

¹²⁴ FÜLLEMANN (FN 14), Art. 14 N 19 b).

¹²⁵ MEIER (FN 109), 71. Gl. M. NÄGELI (FN 44), Art. 224 N 10.

auch wenn sie nicht die gleiche Streitsache wie die Klage zum Gegenstand hat, sofern die übrigen Voraussetzungen der Widerklage, insbesondere die gleiche Verfahrensart, erfüllt sind. Den Kantonen ist es jedoch freigestellt, zu regeln, ob eine Überweisung oder eine Kompetenzattraktion stattfindet. Nicht zulässig wäre unseres Erachtens eine kantonale Bestimmung, welche eine Trennung oder ein Nichteintreten vorsehen würde¹²⁶. Mangels kantonaler Regelung hat eine Kompetenzattraktion zu erfolgen. Erhebt jemand Widerklage vor einem ordentlichen Gericht, verzichtet er bewusst auf allfällige Vorteile eines Fachgerichts (u.a. paritätische Zusammensetzung, Fachkenntnisse). Wird vor einem Fachgericht Widerklage erhoben, wäre eine Überweisung ohne entsprechende kantonale gesetzliche Grundlage indes unbillig, da so dem Kläger die Vorteile des Fachgerichts entzogen würden.

IV. Zuständigkeit aufgrund der Natur der Streitsache vor Handelsgericht und der einzigen kantonalen Instanz

1. Allgemein

Die Kantone haben Gerichte zu bezeichnen, die in den von Art. 5 Abs. 1 ZPO erfassten Fällen¹²⁷ als einzige kantonale Instanz urteilen. Die Festlegung dieser Gerichte untersteht damit der Organisationshoheit der Kantone¹²⁸.

Weiter können die Kantone nach Art. 6 Abs. 1 ZPO ein Fachgericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig ist (sogenannte Handelsgerichte). Den Kantonen, welche sich für ein Handelsgericht entschieden haben (aktuell Zürich, Bern, Aargau und St. Gallen), steht in Bezug auf deren sachliche Zuständigkeit einzig eine Normierungskompetenz im Rahmen von Art. 6 Abs. 4 ZPO zu¹²⁹. Danach können sie das Handelsgericht zusätzlich für die Bereiche, in welchen nur eine kantonale Instanz urteilt (Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO), und für Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften für zuständig erklären (Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO).

2. Botschaft und Doktrin

Gemäss der bundesrätlichen Botschaft sowie der herrschenden Lehre sind jene Prozessüberweisungen von Art. 224 Abs. 2 ZPO ausgenommen, bei welchen dem Kläger durch die Überweisung an den Spruchkörper mit der höheren sachlichen Zuständigkeit eine Instanz verloren geht¹³⁰. Nach dieser Auffassung sind somit beispielsweise Überweisungen an das Handelsgericht (Art. 6 ZPO) oder die einzige kantonale Instanz (Art. 5 ZPO und Art. 7 ZPO) unzulässig. Ist folglich die Hauptklage vor dem erstinstanzlichen ordentlichen Gericht hängig, kann gemäss Botschaft und herrschender Lehre keine Widerklage erhoben werden, die in die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts oder der einzigen kantonalen Instanz fällt.

Demgegenüber sprach sich bereits vor in Kraft treten der Schweizerischen ZPO etwa GULDENER für die Zulassung konnexer Widerklagen vor Handelsgericht aus¹³¹. Fällt die Klage oder die Widerklage in den sachlichen Zuständigkeitsbereich eines Sondergerichts, favorisierten auch KELLERHALS/GÜNGERICH wenn möglich eine Kompetenzausdehnung des betreffenden Gerichts, um die Widerklage zuzulassen¹³². Im Anwendungsbereich der Schweizerischen ZPO vertreten beispielsweise GASSER/MÜLLER/PIETSCH-KOJAN die Ansicht, dass das Handelsgericht auch zuständig sein müsse, wenn die Widerklage den Mindeststreitwert für das Handelsgericht von 30'000 Franken nicht erreicht¹³³. MEIER hält fest, dass die ZPO das Erfordernis der gleichen sachlichen Zuständigkeit nicht erwähnt, weshalb der Kläger, der an einem Sondergericht klagt, damit rechnen muss, vor diesem Gericht auch als Widerbeklagter belangt zu werden. Er hält es für möglich, dass eine nicht im Handelsregister eingetragene Person, welche vom Wahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO Gebrauch macht und eine Aktiengesellschaft vor Handelsgericht einklagt, nicht ausschliessen kann, vor diesem Gericht mit einer Widerklage konfrontiert zu werden¹³⁴. SOGO plädiert

¹²⁶ Vgl. MEIER (FN 109), 71. A.M. HEINZMANN (FN 45), 485.

¹²⁷ Art. 5 Abs. 1 ZPO umfasst folgende Bereiche: Immaterialgüterrecht (gewerblicher Rechtsschutz), Kartellrecht, Firmenschutz, unlauteren Wettbewerb, Zivilansprüche für Nuklearschädigung, Klagen gegen den Bund, Einsetzung eines Sonderprüfers, Streitigkeiten nach dem Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen und nach dem Börsengesetz vom 24. März 1995.

¹²⁸ BRUNNER (FN 28), Art. 5 N 2.

¹²⁹ BRUNNER (FN 28), Art. 4 N 12.

¹³⁰ Botschaft (FN 4), 7340; LERCH (FN 10), Art. 224 N 13; JÜRGEN BRÖNNIMANN, in: recht 2009, 79 ff., 89; JÜRGEN BRÖNNIMANN, in: Anwaltsrevue/Revue de l'avocat 8/2008, 323 ff., 324; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 42), § 14 N 33; DÜRR (FN 18), Art. 224 N 9; LEUENBERGER (FN 9), Art. 224 N 16; NAEGELI (FN 44), Art. 224 N 9; DANIEL FÜLLEMANN, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich 2011, Art. 14 N 19; PAHUD (FN 9), Art. 224 N 24.

¹³¹ GULDENER (FN 5), Fn. 63.

¹³² KELLERHALS/GÜNGERICH (FN 115), Art. 6 N 37.

¹³³ GASSER/MÜLLER/PIETSCH-KOJAN (FN 96), 13.

¹³⁴ MEIER (FN 109), 71. Gl. M. NAEGELI (FN 44), Art. 224 N 10. A.M. ist HEINZMANN, welcher ein Nichteintreten auf die Widerklage ver-

dafür, auf das Erfordernis der gleichen sachlichen Zuständigkeit in jenen Fällen zu verzichten, in denen sich die Haupt- und die Widerklage so nahe stehen, dass sie sich nach der Kernpunkttheorie¹³⁵ ausschliessen¹³⁶. BERGER¹³⁷ spricht sich dafür aus, konnexe Widerklagen vor Handelsgericht beispielsweise zuzulassen, (a.) wenn lediglich die Streitwertgrenze von Art. 74 Abs. 1 BGG nicht erreicht ist oder (b.) wenn der Kläger nicht im Handelsregister eingetragen ist¹³⁸.

3. Auslegung

a. Grammatikalische Auslegung

Der Wortlaut von Art. 224 Abs. 1 ZPO setzt für die Zulässigkeit der Widerklage nicht dieselbe sachliche Zuständigkeit für Haupt- und Widerklage voraus¹³⁹. Art. 224 Abs. 2 ZPO regelt die Überweisung an den sachlich zuständigen Spruchkörper, falls die der Klage und Widerklage zugrundeliegenden Streitwerte unterschiedliche sachliche Zuständigkeiten begründen. Nicht geregelt wird von Art. 224 ZPO hingegen wie bereits erwähnt die Konstellation divergierender sachlicher Zuständigkeiten von Klage und Widerklage aufgrund der Natur der Sache; mithin jene Fälle, in welchen entweder die Klage oder die

Widerklage in den Zuständigkeitsbereich eines Spezialgerichts fallen.

b. Systematische Auslegung

Im Allgemeinen Teil stipuliert die ZPO in Art. 59 ZPO die Prozessvoraussetzungen, welche vorliegen müssen, damit das Gericht auf eine Klage eintritt. Dazu gehört gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO auch die sachliche Zuständigkeit. Im Zusammenhang mit der objektiven Klagenhäufung verlangt Art. 90 lit. a ZPO unter anderem explizit die gleiche sachliche Zuständigkeit zwischen den verschiedenen Ansprüchen. Bei anderen Rechtsinstituten, wie eben der Widerklage, aber auch bei der subjektiven Klagenhäufung (Art. 71 ZPO) und der Streitverkündungsklage (Art. 81 ZPO) schweigt der Gesetzestext über das Erfordernis der gleichen sachlichen Zuständigkeit. Die gesetzliche Handhabung dieser Rechtsinstitute ist damit uneinheitlich.

Aus dem Rechtsmittelsystem (Art. 308 ff. ZPO)¹⁴⁰ sowie aus Art. 75 Abs. 2 BGG¹⁴¹ ergibt sich der Grundsatz der «double instance»¹⁴². Danach ist der Instanzenzug so zu gestalten, dass eine Streitigkeit erst durch zwei kantonale Instanzen beurteilt wird, bevor sie an das Bundesgericht weitergezogen werden kann. Ausnahmen vom Grundsatz des doppelten Instanzenzuges sind nach Art. 75 Abs. 2 BGG zulässig, wenn (a.) ein Bundesgesetz eine kantonale Instanz vorsieht, wenn (b.) ein Handelsgericht als einzige kantonale Instanz entscheidet, oder (c.) wenn eine Streitigkeit mit einem Mindeststreitwert von 100'000 Franken mit Zustimmung aller Parteien direkt beim oberen Gericht eingereicht wird. Gemäss Bundesrat kann die Abkürzung des Instanzenzuges mit der Fachkompetenz des Spezialgerichts wie auch mit der Prozessökonomie, die gerade bei der Handelsgerichtsbarkeit eine herausragende Rolle spielt, gerechtfertigt werden¹⁴³. Weder die Botschaft zum BGG¹⁴⁴, noch die Doktrin¹⁴⁵ ver-

langt, falls die unterschiedliche sachliche Zuständigkeit von Klage und Widerklage (auch) auf die verschiedene Natur der Streitsachen zurückzuführen ist (vgl. HEINZMANN [FN 45], 481 f.).

¹³⁵ Bei der Kernpunkttheorie ist für die Bestimmung der Identität des Streitgegenstandes allein der Lebenssachverhalt massgebend, d.h. es wird darauf abgestellt, ob es in beiden Verfahren im Kern um die gleichen Fragen geht. Gemäss der Kernpunkttheorie ist beispielsweise bei einer negativen Feststellungsklage und einer Leistungsklage auf der Grundlage desselben Rechtsverhältnisses der Streitgegenstand identisch (HAAS/SCHLUMPF [FN 49], 308, m.w.H.). Die vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) entwickelte Kernpunkttheorie wurde vom Bundesgericht auch betreffend innerstaatliche Fälle übernommen (FELIX DASSER, in: Felix Dasser/Paul Oberhammer, Stämpflis Handkommentar, Lugano-Übereinkommen [LugÜ], Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007, 2. A., Bern 2011, Art. 27 N 17).

¹³⁶ SOGO (FN 14), 965. G.L.M. HEINZMANN (FN 45), 492.

¹³⁷ Die Gedanken zur Widerklage vor Handelsgericht gelten in analoger Weise auch vor der einzigen kantonalen Instanz gemäss Art. 5 ZPO (BERGER [FN 106], Art. 5 N 29 ff.).

¹³⁸ BERGER (FN 106), Art. 6 N 29. G.L.M. KILLIAS (FN 29), Art. 224 N 41. Umgekehrt ist eine Widerklage, welche in die Zuständigkeit des Handelsgerichts fällt, vor dem ordentlichen Gericht zuzulassen, sofern diese mit der Hauptklage in einem sachlichen Zusammenhang steht (BERGER [FN 106], Art. 6 N 30).

¹³⁹ Botschaft (FN 4), 7339 f.; BERGER (FN 106), Art. 6 N 28. LERCH (FN 10), Art. 224 N 13; FREI/WILLISEGGER (FN 7), Art. 224 N 5; LEUENBERGER (FN 9), Art. 224 N 15.

¹⁴⁰ Botschaft (FN 4), 7259.

¹⁴¹ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).

¹⁴² CLARA-ANN GORDON, in: Myriam A. Gehri/Michael Kramer (Hrsg.), ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 4 N 6; BRUNNER (FN 28), Art. 4 N 13 f.; VOCK (FN 28), Art. 4 N 9; GASSER/RICKLI (FN 44), Art. 4 N 3; THEODOR HÄRTSCH, in: Baker&McKenzie, Stämpflis Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, Art. 4 N 18.

¹⁴³ Botschaft (FN 4), 7261.

¹⁴⁴ Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202 ff.

¹⁴⁵ Einzig WALTER erwähnt beiläufig, die Aufzählung von Art. 75 Abs. 2 BGG sei abschliessend (HANS PETER WALTER, Neue Zivilrechtspflege, in: Pierre Tschannen, Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Bern 2007, 128).

treten die eindeutige Auffassung, die unter Art. 75 Abs. 2 BGG aufgeführten Unterbrechungsgründe stellen eine abschliessende Aufzählung dar. Damit das Prinzip der «double instance» nicht zum toten Buchstaben verkommt, sind allfällige Ausnahmen jedoch nur restriktiv anzunehmen¹⁴⁶. Damit schliesst auch das Doppelinstanzprinzip die Zulässigkeit der Widerklage, die den Voraussetzungen einer handelsrechtlichen Streitigkeit nicht vollumfänglich genügt bzw. die Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz nicht zu begründen vermöchte, nicht per se aus.

c. Historische Auslegung

aa. Bisherige Praxis im Kanton Aargau

Das Handelsgericht beurteilte gemäss § 404 AG-ZPO handelsrechtliche Streitigkeiten sowie jene Fälle, für die das Bundesrecht eine einzige kantonale Instanz vorsah. Nach der allgemeinen Regelung von § 180 Abs. 1 AG-ZPO war die Widerklage zulässig, wenn für den Gegenanspruch die gleiche Verfahrensart vorgeschrieben war und er mit dem Klageanspruch in engem Zusammenhang stand oder die beiden Ansprüche verrechenbar waren. § 180 Abs. 2 AG-ZPO erklärte die Widerklage aber ausdrücklich für unzulässig, wenn für den Gegenanspruch die Zuständigkeit eines besonderen Gerichts gegeben war. Unter dem Titel sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts erklärte dagegen § 406 AG-ZPO die Widerklage als zulässig, auch wenn der Widerbeklagte nicht im Handelsregister eingetragen war, sofern im Übrigen die Zuständigkeit des Handelsgerichts für den Gegenanspruch gegeben war.

Die aargauische ZPO machte damit die Zulässigkeit der Widerklage vom Vorliegen der in § 180 AG-ZPO stipulierten Konnexität abhängig. Ungleich des strengen Wortlautes von § 406 AG-ZPO liess das Handelsgericht jedoch auch Widerklagen zu, deren Streitwert die sachliche Zuständigkeitsvoraussetzung des Handelsgerichts nicht erfüllte¹⁴⁷. Der ordentliche Richter überwies damit die Streitsache ans Handelsgericht, wenn der Streitwert der Widerklage die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts begründete. Umgekehrt urteilte das Handelsgericht auch über eine Widerklage, deren Streitwert nicht in die handelsrechtliche Zuständigkeit fiel, sofern die anderen Voraussetzungen erfüllt waren¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Zustimmend ALEXANDER BRUNNER, Das Doppelinstanzprinzip und seine scheinbar unbegrenzten Umgehungsmöglichkeiten nach Art. 6 Abs. 3 ZPO, in: SJZ/RSJ 108/2012, 25 ff., 26.

¹⁴⁷ ULRICH ZISWILER, Die Handelsgerichtsbarkeit im Aargauischen Zivilprozessrecht, Zürich 2006, 123.

¹⁴⁸ BÜHLER/EDELMANN/KILLER (FN 120), § 406 N 3 b).

bb. Bisherige Praxis im Kanton Bern

Das Handelsgericht beurteilte handelsrechtliche Streitigkeiten sowie einzelne Streitigkeiten, für die das Bundesrecht eine einzige kantonale Instanz vorsah (Art. 5 BE-ZPO¹⁴⁹). Der Appellationshof beurteilte insbesondere alle Streitigkeiten, für die das Bundesrecht eine einzige kantonale Instanz vorsah und die nicht einem anderen Gericht zugewiesen waren (Art. 7 Abs. 2 BE-ZPO).

Gemäss Art. 170 BE-ZPO bezweckte die Widerklage die Verfolgung von Gegenansprüchen, die dem Beklagten gegen den Kläger zustanden. Der Gegenanspruch musste einklagbar sein und, sofern es sich nicht um Kompensationsverhältnisse (Verrechnung) handelte, mit dem Gegenstand der Hauptklage in einem sachlichen Zusammenhang stehen sowie der gleichen Verfahrensart unterliegen.

Nach der Berner ZPO war das Anheben der Widerklage hingegen grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die Natur der Widerklage eine anderweitige sachliche Zuständigkeit zur Folge hatte¹⁵⁰. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz galt jedoch bei der Erhebung einer Widerklage vor Handelsgericht. Eine Widerklage, die nicht in den sachlichen Zuständigkeitsbereich des Handelsgerichts fiel, konnte vor dem Sondergericht dennoch angehoben werden, wenn sie Ansprüche zum Gegenstand hatte, die mit der Hauptklage konnex waren. Diese Ausnahme basierte auf der Rechtfertigung, sowohl für die Beurteilung der Klage wie auch für die mit dieser sachlich zusammenhängenden Widerklage möglichst umfassend vom Fachwissen des Sondergerichts profitieren zu können¹⁵¹.

cc. Bisherige Praxis im Kanton St. Gallen

Das St. Galler Handelsgericht beurteilte sowohl handelsrechtliche Streitigkeiten wie auch die Fälle, in denen das Bundesrecht eine einzige kantonale Instanz vorsieht und diese gemäss der SG-ZPO¹⁵² dem Handelsgericht zugewiesen waren (Art. 14 f. SG-ZPO). Für Streitigkeiten, für die das Bundesrecht eine einzige kantonale Instanz

¹⁴⁹ Gesetz vom 7. Juli 1918 über die Zivilprozessordnung (ZPO), abrufbar unter <http://www.zpo.ch/images/docs/kantZPO/BE.pdf> (Zugriff am 12.1.2013); LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI (FN 79), Art. 5.

¹⁵⁰ Überstieg der Streitwert der Widerklage die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Richters, so sah Art. 140 Abs. 1 BE-ZPO die Überweisung von Amtes wegen an das zuständige Gericht vor.

¹⁵¹ LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI (FN 79), Art. 5 N 2 c gg und Art. 170 N 3 b bb; BERNHARD BERGER/ANDREAS GÜNGERICH, Zivilprozessrecht, Unter Berücksichtigung des Entwurfs für eine schweizerische Zivilprozessordnung der bernischen Zivilprozessordnung und des Bundesgerichtsgesetzes, Bern 2008, 727.

¹⁵² Zivilprozessgesetz vom 20. Dezember 1990 (ZPO), abrufbar unter <http://www.zpo.ch/images/docs/kantZPO/SG.pdf> (Zugriff am 12.1.2013).

vorsieht und die gemäss der SG-ZPO nicht dem Handelsgericht zugewiesen waren, war das Kantonsgericht zuständig (Art. 19 Abs. 1 lit. a SG-ZPO). Art. 68 Abs. 1 SG-ZPO erlaubte dem Beklagten, durch Widerklage dem Kläger eigene Rechtsbegehren entgegenzusetzen. Dieser Grundsatz wurde aber unter anderem durch Art. 69 lit. a SG-ZPO eingeschränkt, welcher die Widerklage etwa für unzulässig erklärte, wenn ihr die Zuständigkeit des Handelsgerichts entgegenstand.

Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts konnte somit nach der St. Galler ZPO durch Erhebung einer Widerklage nicht begründet werden, wenn sie bei selbständiger Erhebung für die Widerklage nicht bestanden hätte¹⁵³. Zulässig war hingegen, dass ein Prozess in die allgemeine Zuständigkeit des Handelsgerichts überging, wenn die Hauptklage (ausser dem Streitwert) die Voraussetzungen einer handelsgerichtlichen Streitigkeit erfüllte und die Widerklage ebenfalls sämtliche Voraussetzungen einer handelsgerichtlichen Streitigkeit (inkl. Streitwert) aufwies¹⁵⁴.

dd. Bisherige Praxis im Kanton Zürich

Das Zürcher Handelsgericht beurteilte handelsrechtliche Streitigkeiten sowie einzelne sich aus Bundesrecht ergebende Streitigkeiten (§ 61 f. ZH-GVG)¹⁵⁵. Das Obergericht beurteilte die in § 43 Abs. 2 ZH-GVG stipulierten Fälle.

Gemäss § 60 Abs. 1 ZH-ZPO¹⁵⁶ war die Widerklage zulässig, wenn das Gericht auch für den Anspruch zuständig und für diesen die gleiche Verfahrensart vorgesehen war¹⁵⁷.

Eine Widerklage, welche nach der Natur der Streitsache zwingend in die sachliche Zuständigkeit eines Sondergerichts fiel, war nach der zürcherischen ZPO selbst bei Konnexität oder Verrechenbarkeit der Ansprüche ausgeschlossen¹⁵⁸.

ee. Entstehungsgeschichte von Art. 224 ZPO

Art. 80 VE-ZPO¹⁵⁹ erklärte die Widerklage für zulässig, wenn der geltend gemachte Anspruch (a.) mit der Haupt-

klage in einem sachlichen Zusammenhang steht und (b.) nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist. Im Bericht zum Vorentwurf hielt die Expertenkommission zu Art. 80 VE-ZPO fest, ein zentrales Anliegen des Vorentwurfes bestehe darin, konnexe Verfahren möglichst zusammen unter einheitlicher Leitung eines einzigen Spruchkörpers erledigen zu können, sofern es im Einzelfall als prozessökonomisch sinnvoll erscheint. Auf eine Regelung des Erfordernisses der gleichen sachlichen Zuständigkeit wurde im Vorentwurf jedoch mit dem Hinweis verzichtet, dass die Regelung der sachlichen Zuständigkeit – auch wenn es systematisch «nicht voll zu befriedigen» vermag – unter dem Vorentwurf den Kantonen zu belassen sei¹⁶⁰.

In der Vernehmlassung ergingen zahlreiche Voten, die sich gegen die im Vorentwurf vorgesehene kantonale Restkompetenz richteten und eine abschliessende bundesrechtliche Regelung betreffend die Zulässigkeit der Widerklage forderten¹⁶¹.

Art. 221 E-ZPO¹⁶² entspricht der heute geltenden Fassung von Art. 224 ZPO. Wie schon der Vorentwurf (Art. 80 VE-ZPO) verlangen somit auch der Entwurf (Art. 221 E-ZPO) und die geltende Fassung (Art. 224 ZPO), dass das Hauptklagegericht für die Widerklage sachlich zuständig ist. Hingegen ist nun – im Gegensatz zum Vorentwurf –, entsprechend dem in der Vernehmlassung verbreitet geäusserten Anliegen, die Zulässigkeit der Widerklage abschliessend bundesrechtlich zu regeln, zusätzlich die Überweisung der Streitsache an das Gericht mit der grösseren Spruchkompetenz aufgenommen worden, sollte der *Streitwert* der Widerklage die Zuständigkeit des Hauptklagegerichts übersteigen. Weiter präzisiert die Botschaft, dass eine Überweisung im Sinne von Art. 224 Abs. 2 ZPO nur stattfinden kann, wenn dem Kläger dadurch keine Instanz verloren geht. Das Anheben einer Widerklage ist damit ausgeschlossen, wenn sie in die sachliche Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz nach Art. 5 ZPO oder des Handelsgerichts nach Art. 6 ZPO fällt¹⁶³. Bezüglich der kantonalen Regelungskompetenz in Zusammenhang mit der sachlichen Zuständigkeit hält die Botschaft ausdrücklich fest, dass sich ausnahmsweise für gewisse Materien (Art. 5 ZPO), die Handelsge-

¹⁵³ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (FN 118), Art. 69 N 1a.

¹⁵⁴ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (FN 118), Art. 69 N 2a.

¹⁵⁵ Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976 (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER [FN 119], Anhang I).

¹⁵⁶ Zivilprozessordnung (ZPO) vom 13. Juni 1976, abrufbar unter <http://www.zpo.ch/images/docs/kantZPO/ZH.pdf> (Zugriff am 12.1.2013); FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 119), § 60.

¹⁵⁷ Veränderte die Widerklage wegen des Streitwerts die sachliche Zuständigkeit, so wurde der Prozess nach § 60 Abs. 1 ZH-ZPO von Amtes wegen dem zuständigen Gericht zur Weiterführung überwiesen.

¹⁵⁸ BGer 4A_504/2011 vom 24.2.2012, insbesondere Erw. 3; FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 119), § 60 N 9a; ZR 89/1990 156 Erw. II.

¹⁵⁹ Vorentwurf der Expertenkommission, (FN 121), 18.

¹⁶⁰ Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission (FN 54), 47 f.

¹⁶¹ Zusammenstellung der Vernehmlassungen, Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2004, 273 (Kanton Aargau), 238 und 246 (Kanton Bern), 238 (Kanton Thurgau), 239 (Kanton Zug), 239 (Grüne Partei), 239 (Advokatenkammer Basel [AKBS]), 240 (Genossenschaft der Urheber und Verleger von Musik [SUISA]).

¹⁶² Botschaft (FN 4), 7221 ff.

¹⁶³ Vgl. Botschaft (FN 4), 7340.

richtbarkeit (Art. 6 ZPO) und die Prorogation des oberen Gerichts (Art. 8 ZPO) bundesrechtliche Regelungen aufdrängen. Aber auch bestimmte besondere Instrumente des Zivilprozesses, wie beispielsweise die Widerklage, bedürfen einheitlicher Zuordnungen, um in der ganzen Schweiz einheitlich gehandhabt werden zu können.

Eine wesentliche Leitlinie der Expertenkommission beim Ausarbeiten des Vorentwurfes zur Schweizerischen ZPO war die Fortführung der schweizerischen Rechts-tradition. Die anerkannten Grundsätze und Prinzipien der kantonalen Zivilprozessordnungen sollten auch in die schweizerische ZPO Eingang finden¹⁶⁴. Eines der zentralen Anliegen der Expertenkommission bestand darin, dass konnexe Verfahren nach Möglichkeit unter der Leitung eines einzigen Gerichts erledigt werden können, sofern im konkreten Einzelfall nicht die Prozessökonomie entgegensteht. Die Widerklage gilt als eines der diesem Zweck dienenden Instrumente. Als wesentliche Voraussetzung einer prozessökonomischen Behandlung von Klage und Widerklage erachtete die Expertenkommission das Vorliegen eines Sachzusammenhangs zwischen den beiden Klagen. So knüpfte der Vorentwurf die Zulässigkeit der Widerklage an die Konnexität zwischen Klage und Widerklage¹⁶⁵.

Die Zulässigkeit der Widerklage ist in der schweizerischen ZPO mit den Regelungen von Art. 14 und Art. 224 ZPO grosszügig umgesetzt worden. Dies insbesondere durch den Verzicht des im Vorentwurf noch vorgesehenen Erfordernisses der Konnexität in Bezug auf die sachliche Zulässigkeit der Widerklage (Art. 224 ZPO). Damit die verfahrensökonomisch sinnvolle Widerklage aber nicht an territorialen Hürden scheitert, eröffnet die ZPO der konnexen Widerklage alternativ zu den übrigen Gerichtsstandbestimmungen zudem einen Gerichtsstand am Ort der Hauptklage. Aus der Verbindung von Art. 14 ZPO und Art. 224 ZPO wird denn auch die ratio legis der zivilprozessualen Regelungen zur Widerklage ersichtlich. Sie liegt in der Absicht, die sachlich zusammenhängende Widerklage rasch, effizient, einheitlich und widerspruchsfrei durch dasselbe Gericht beurteilen zu lassen¹⁶⁶. Dieser Zweck von Art. 14 ZPO ist auch vom Bundesgericht anerkannt¹⁶⁷.

d. Teleologische Auslegung

Die mit Art. 224 ZPO verbundene Zweckvorstellung besteht in der Zulassung der Widerklage aus prozess-

ökonomischen Gründen¹⁶⁸. Mit dem Verzicht auf das im Vorentwurf noch vorgesehene Erfordernis des sachlichen Zusammenhangs wollte der Gesetzgeber die Widerklage in möglichst zahlreichen Fällen zulassen. Dies wird auch durch die Regelung von Art. 224 Abs. 2 ZPO unterstrichen, welche bei divergierender sachlicher Zuständigkeit infolge des Streitwertes explizit die Überweisung an das Gericht mit der höheren Spruchkompetenz stipuliert.

4. Kritische Würdigung

Soll nun bei diesem breiten gesetzlich garantierten Anwendungsfeld der Widerklage diese vor Handelsgericht bzw. vor der zwingend vorgesehenen einzigen kantonalen Instanz in jenen Fällen gänzlich ausgeschlossen sein, in denen sie aufgrund der Natur der Streitsache die sachliche Zuständigkeit der erwähnten Gerichte nicht selbständig zu begründen vermag, bleiben die vom Bundesrat anerkannten Leitlinien der Expertenkommission auf halbem Wege stecken.

Die Auslegung von Art. 224 ZPO ergibt unter dem grammatikalischen Aspekt, dass die gleiche sachliche Zuständigkeit in Bezug auf die Natur der Sache keine Voraussetzung der Zulässigkeit der Widerklage darstellt. Unter dem systematischen Gesichtspunkt verdeutlicht der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs, dass gerade konnexe Widerklagen das Kernstück prozessökonomischer Verfahrenserledigung darstellen. Die historische Auslegung hat gezeigt, dass die Kantone Bern und teilweise auch Aargau bei der Zulässigkeit der Widerklage im Sinne der Verfahrensökonomie auf die Konnexität abstellten. Im Kanton Aargau waren damit vor Handelsgericht auch Widerklagen zugelassen, deren Streitwert zur Begründung der handelsgerichtlichen Zuständigkeit nicht ausreichte. Der Kanton Bern ging insofern noch weiter, als er die konnexe Widerklage vor Handelsgericht grundsätzlich zuliess. Der Kanton St. Gallen hingegen stellte nicht auf das Erfordernis der Konnexität ab. Vielmehr mussten sowohl Klage wie Widerklage die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts begründen. Zugelassen war jedoch die Überweisung des vor dem ordentlichen Gericht anhängig gemachten Prozesses an das Handelsgericht, wenn dem Kläger einzig aufgrund des Streitwertes der Zugang zum Handelsgericht verwehrt war. Lediglich der Kanton Zürich lehnte die Zulässigkeit der Widerklage bei fehlenden sachlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen strikte ab. Damit bringt die historische Auslegung zum Ausdruck, dass die Kantone bereits unter kantonalem Prozessrecht in den Handelsgerichtskantonen mehrheitlich geneigt wa-

¹⁶⁴ Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission (FN 54), 10.

¹⁶⁵ Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission (FN 54), 47.

¹⁶⁶ FÜLLEMANN (FN 130), Art. 14 N 19b; RUGGLE (FN 12), Art. 14 N 1 und 14; GULDENER (FN 5), 216.

¹⁶⁷ BGer 5C.260/2006 Erw. 3 und BGer 4A_176/2007 Erw. 2.3.

¹⁶⁸ Botschaft (FN 4), 7339.

ren, die Widerklage vor Handelsgericht wenn möglich zuzulassen. Schliesslich ist auch in teleologischer Hinsicht die Widerklage – speziell in Verbindung mit der Regelung des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs – als Institut der Prozessökonomie insbesondere in Fällen der Konnexität zuzulassen.

Das Argument der Botschaft und der herrschenden Lehre, die Zulässigkeit der Widerklage sei ausgeschlossen, wenn der Kläger dadurch einer Instanz verlustig geht, überzeugt in der Konstellation, in welcher der Kläger den Prozess vor dem erstinstanzlichen Gericht anhängig macht. Diese Aussage ist hingegen in der umgekehrten Situation, in welcher der Kläger vor Handelsgericht klagt und der Beklagte eine Widerklage erhebt, welche zur Klage in einem sachlichen Zusammenhang steht, die aber grundsätzlich in die sachliche Zuständigkeit des erstinstanzlichen ordentlichen Gerichts fällt, nicht sachgerecht. Die konnexe Widerklage steht in engem Verhältnis zum klägerischen Streitgegenstand. Ihre Behandlung durch das Handelsgericht bzw. die einzige kantonale Instanz, welche(s) als Fachgericht Richter- und Fachwissen im Kollegium zusammenführt und somit der Fachkunde in den Bereichen der Wirtschaft, der Technik, der Architektur, des Handels sowie der Wissenschaft und der Praxis entsprechende Bedeutung beimisst¹⁶⁹, bedeutet für das konkret angerufene Gericht somit keine (einschneidende) der Prozessökonomie entgegenstehende Mehrbelastung. Liegt Konnexität vor, hat der Widerkläger sehr oft ein berechtigtes Interesse, den Streitgegenstand um seine Widerklage zu erweitern und bei deren Beurteilung ebenfalls vom Wissen im Fachgremium zu profitieren. Des Weiteren ist gerade bei konnexen Verhältnissen das Bedürfnis – wohl beider Parteien – nach einer einheitlichen, widerspruchsfreien Beurteilung der Streitsache besonders gross. Kann es doch weder im Sinne des Klägers noch im Sinne des Beklagten sein, dass in konnexen Angelegenheiten sich widersprechende Urteile ergehen. In der einheitlichen Beurteilung von Klage und Widerklage liegt damit – neben prozessökonomischen Überlegungen – auch ein massgeblicher Beitrag an die Rechtssicherheit.

Die Widerklage, welche Angriffs- und nicht bloss Verteidigungsmittel darstellt, stärkt ferner die Position des Beklagten bzw. Widerklägers. Sofern dieser seine Ansprüche nur verrechnungsweise in den Prozess vor Handelsgericht bzw. der einzigen kantonalen Instanz einbringen kann, wird über diese Ansprüche nicht rechtskräftig entschieden. Des Weiteren sind die einredeweise geltend

gemachten Ansprüche vom Bestand der Klage abhängig. Zieht der Kläger seine Klage zurück, fallen damit die Ansprüche des Beklagten mangels Selbständigkeit dahin. Der Beklagte ist in diesem Fall gezwungen, seine Ansprüche mittels selbständiger Klage in einem erneuten Verfahren unter zusätzlichem Zeit- und Kostenaufwand einzubringen. Schliesslich ist es für den Beklagten stossend, seine konnexen Ansprüche mangels sachlicher Zuständigkeit des Handelsgerichts bzw. der einzigen kantonalen Instanz zwingend in einem länger dauernden, über zwei kantonale Instanzen mit vorgängiger Schlichtungsverhandlung führenden Verfahren geltend zu machen. Unter Umständen riskiert er sogar, aufgrund der Sperrwirkung der Rechtshängigkeit temporär von der Anhängigmachung der Klage ausgeschlossen zu sein.

G. Zusammenfassung

Die Widerklage als selbständiges Angriffs- und Verteidigungsmittel des Beklagten ist unter der Herrschaft der ZPO bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen wie namentlich der gleichen örtlichen und sachlichen Zuständigkeit, Parteiidentität und gleichen Verfahrensart zulässig. Die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart ist nach der hier vertretenen Ansicht insofern aus prozessökonomischen Gründen zu relativieren, als der Beklagte im ordentlichen Verfahren auch eine Widerklage erheben kann, die an sich im vereinfachten Verfahren zu behandeln wäre.

Übersteigt der Streitwert der Widerklage die sachliche Zuständigkeit des vom Kläger angerufenen Gerichts, so werden gemäss der gesetzlichen Vorschrift von Art. 224 Abs. 2 ZPO sowohl die Klage wie auch die Widerklage an das Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit überwiesen.

Das Schicksal der Widerklage, welche aufgrund der Natur der Streitsache nicht derselben sachlichen Zuständigkeit wie die Hauptklage unterliegt, ist in der ZPO hingegen nicht geregelt. Gemäss der vorliegenden Auffassung der Autoren sprechen insbesondere prozessökonomische Überlegungen – bei gegebenen Voraussetzungen – vereinzelt auch dann für die Zulassung der Widerklage vor Fachgerichten, wenn sie nicht dieselbe Streitsache wie die Hauptklage betrifft. Dies umso mehr, als es im freien Ermessen des Beklagten liegt, ob er die Widerklage vor dem Fachgericht erhebt oder vor dem ordentlichen Gericht klagt. Bei Klagen vor Handelsgerichten und der einzigen kantonalen Instanz ist jedoch zwingende Voraussetzung, dass die Widerklage zur Hauptklage konnex ist.

¹⁶⁹ BRUNNER (FN 28), Art. 6 N 3 m.w.H sowie Art. 5 N 1; VOCK (FN 28), Art. 6 N 3.