

Art. 143 ZPO und Art. 48 BGG. Einhaltung von Fristen;

Art. 6 ZPO, Art. 14 Abs. 1 ZPO und Art. 224 ZPO. Widerklage am Handelsgericht des Kantons Zürich gegen einen nicht im Handelsregister eingetragenen Kläger.

Die Frist für eine Eingabe gilt auch dann als gewahrt, wenn die Eingabe rechtzeitig bei einer unzuständigen Behörde (vorliegend: Handelsregisteramt des Kantons Zürich statt Handelsgericht des Kantons Zürich) eingereicht worden ist.

Erhebt eine nicht im Handelsregister eingetragene (natürliche) Person eine Klage am Handelsgericht, ist trotz grundsätzlich fehlender sachlicher (und gegebenenfalls fehlender örtlicher) Zuständigkeit für eine Widerklage auf eine solche dann einzutreten, wenn erstens die Widerklage zur Hauptklage konnex ist, das heisst, wenn die beiden Klagen a) auf dem gleichen (vertraglichen oder ausservertraglichen) Rechtsverhältnis beruhen, b) aus dem gleichen Lebenssachverhalt hervorgehen oder dasselbe Objekt zum Gegenstand haben oder c) Ausfluss eines gemeinsamen Rechtsverhältnisses sind oder sonst eine enge rechtliche Beziehung zueinander haben, und zweitens die übrigen Voraussetzungen (insbesondere das Erfordernis der gleichen Verfahrensart; vgl. BGE 139 III 457: "die Regelung der Verfahrensart geht jener über die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts vor" [E. 4]) erfüllt sind.

(Aus den Erwägungen:)

"2. Parteien und Streitgegenstände (abgekürzt)

Beim Kläger handelt es sich um eine natürliche Person, nicht im Handelsregister eingetragen, mit Wohnsitz in A. (Kanton Bern). Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in B. (Kanton Zürich).

[...]

3. Prozessuale Anträge betreffend die klägerische Stellungnahme zur sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts bezüglich der Widerklage

[...]

Gemäss Art. 143 Abs. 1 ZPO müssen Eingaben spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden. Der Kläger reichte seine Eingabe vom 9. Januar 2014 beim *Handelsregisteramt des Kantons Zürich* anstatt beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein, wobei seine Frist bis 10. Januar 2014 erstreckt worden war.

Entgegen der beklaglichen Ansicht ist eine fristwahrende Wirkung indessen nicht nur bei rechtzeitig, aber irrtümlich gegenüber einem unzuständigen *Gericht* erfolgter Prozesshandlung anzunehmen, sondern auch bei einer anderen *Behörde*, wie zum Beispiel einem kantonalen Amt. Ein sachlicher Grund für die Unterscheidung zwischen einem unzuständigen Gericht und einer anderen unzuständigen Behörde ist nicht ersichtlich und entspricht auch nicht den von der Beklagten zitierten Lehrmeinungen von FREI und HOFFMANN-NOVOTNY (vgl. dazu den nächsten Abschnitt).

Zwar fehlt der Schweizerischen Zivilprozessordnung eine Art. 48 Abs. 3 BGG nachgebildete Bestimmung, wonach eine Frist auch dann gewahrt ist, wenn die Eingabe rechtzeitig bei einer unzuständigen *Behörde* eingereicht worden ist. Die ZPO geht indessen vom Bestreben aus, Fristwahrungen möglichst zu retten (vgl. Art. 63 ZPO). Verschiedene Autoren verneinen ein qualifiziertes Schweigen, wobei sie für die Anwendung von Art. 48 Abs. 3 BGG als allgemeiner Rechtsgrundsatz plädieren (MERZ, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 143 N. 5; HOFFMANN-NOVOTNY, in: KUKO ZPO, Art. 143 N. 4; BENN, in: BSK ZPO, Art. 143 N. 3; FREI, in: BK ZPO, Art. 143 N. 16 mit weiteren Hinweisen auf die Lehre). Die Recht suchende Person soll nicht ohne Not aus übertriebener Formstrenge um die Beurteilung ihres Rechtsbegehrens durch die zuständige Instanz gebracht werden (AMSTUTZ/ARNOLD, in: BSK BGG, Art. 48 N. 21), und ihr dürfen auch anderweitig keine unverhältnismässigen Nachteile erwachsen. Dieser Auffassung ist zu folgen.

[...]

Der mit Eingabe vom 14. Januar 2014 gestellte klägerische prozessuale Antrag betreffend die Annahme der irrtümlicherweise beim Handelsregisteramt des Kantons Zürich eingereichten Stellungnahme hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts als *fristwahrende Eingabe* ist damit *gutzuheissen*, und der Eventualantrag bezüglich der Fristwiederherstellung erweist sich als gegenstandslos.

[...]

4. Widerklage

4.1. Parteistandpunkte

[...]

4.2. Rechtliches

4.2.1. Wesen und Zweck einer Widerklage

Mit einer Widerklage macht die beklagte Partei gegen die klagende Partei einen von der bereits rechtshängigen Hauptklage nicht erfassten, unabhängigen Gegenanspruch geltend (PAHUD, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 224 N. 1). Die Widerklage ist somit eine selbständige Klage im Rahmen eines anderen Prozesses und mithin weder Angriffs- noch Verteidigungsmittel, sondern eine Klage wie die Vorklage bzw. ein gegen den Angriff geführter Gegenangriff, mit welchem die Beklagtenseite ein selbständiges Ziel verfolgt (BGE 123 III 35 E. 3.b).

Die Selbständigkeit der Widerklage bedeutet, dass sie nur insoweit eigenen Verfahrensregeln untersteht, als es der Verbindungszusammenhang mit der Hauptklage rechtfertigt (kein Schlichtungsgesuch; Gesamtstreitwert massgebend für die Prozesskosten gemäss Art. 94 Abs. 2 ZPO; besonderer Widerklagegerichtsstand gemäss Art. 14 ZPO), und im Übrigen verfahrensrechtlich wie eine Hauptklage zu behandeln ist (WILLISEGGER, in: BSK ZPO, Art. 224 N. 15 ff.).

Das Institut der Widerklage dient der Prozessökonomie, indem Ansprüche und Gegenansprüche der Parteien in einem einzigen Prozess behandelt werden können. Dies ermöglicht eine gesamthafte Erledigung von miteinander zusam-

menhängenden Streitsachen, wodurch widersprüchliche Urteile verhindert werden.

4.2.2. Voraussetzungen

4.2.2.1. Im Allgemeinen

Neben den allgemeinen Prozessvoraussetzungen wie zum Beispiel der Partei- und Prozessfähigkeit (vgl. Art. 59 ZPO) bildet zunächst die Rechtshängigkeit einer Hauptklage Voraussetzung für die Erhebung einer Widerklage. Weiter müssen die Parteien der Haupt- und der Widerklage identisch sein. Ist eine Einzelfirma am Prozess beteiligt, ist nicht sie selbst, sondern deren Inhaber, d.h. die physische Einzelperson, als Partei aufzuführen (HRUBESCH-MILLAUER, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 66 N. 22). Art. 224 Abs. 1 ZPO statuiert sodann, dass eine Widerklage nur zulässig ist, wenn für sie die gleiche Verfahrensart wie für die Hauptklage anwendbar ist (vgl. dazu KILLIAS, in: BK ZPO, Art. 224 N. 19 ff.).

4.2.2.2. Örtliche Zuständigkeit

Auf die Widerklage ist nur einzutreten, falls das mit der Hauptklage befasste Gericht auch für die Widerklage örtlich zuständig ist. Ist kein Gerichtsstand für die Widerklage gegeben, fehlt eine Prozessvoraussetzung (vgl. wiederum Art. 59 ZPO).

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. Dieses Erfordernis der Konnexität ergibt sich aus der Garantie des Wohnsitzgerichtsstands (Art. 30 Abs. 2 ZPO; LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 224 N. 12).

Die Praxis und Lehre zu Art. 59 aBV, Art. 8 IPRG sowie Art. 6 GestG in Bezug auf die Frage des sachlichen Zusammenhangs zwischen Haupt- und Widerklage ist auch für die Anwendung von Art. 14 ZPO massgebend. Konnexität in diesem Sinne liegt demnach vor, wenn die beiden Klagen a) auf dem gleichen (vertraglichen oder ausservertraglichen) Rechtsverhältnis beruhen oder b) aus

dem gleichen Lebenssachverhalt hervorgehen oder dasselbe Objekt zum Gegenstand haben oder c) Ausfluss eines gemeinsamen Rechtsverhältnisses sind oder sonst eine enge rechtliche Beziehung zueinander haben (FÜLLEMANN, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 14 N. 8 f.).

Ein Zusammenhang tatsächlicher oder rechtlicher Art besteht *nicht* bereits, wenn die streitigen Vertragsbeziehungen der Parteien in einen gewissen Zusammenhang gebracht werden können. Für die Annahme von Konnexität genügt somit nicht, dass die in Klage und Widerklage geltend gemachten Ansprüche auf Rechtsverhältnissen beruhen, die ihrerseits in weiterem Sinne auf personellen Verflechtungen gründen, oder dass die Beteiligten anderweitig in Geschäftsbeziehung stehen. Das Vorliegen desselben Sachverhalts ist zu verneinen, wenn es ohne Weiteres möglich ist, den für die Beurteilung der Klage massgebenden Sachverhalt ohne Rücksicht auf die tatsächlichen Grundlagen der Widerklage abzuklären. Bedarf es für die Beurteilung der Widerklage zusätzlicher und anderer Sachverhaltselemente als für die Entscheidung der Klage, fehlt es somit an der Voraussetzung eines gemeinsamen rechtserheblichen Sachverhalts (BGE 129 III 230 E. 3.3 und 3.3.1).

Eine rechtlich enge Beziehung wurde beispielsweise schon bejaht bei einer Forderungsklage nach dahingefallenem Arrest und der Widerklage auf Schadenersatz aus demselben, als ungerechtfertigt behauptetem Arrest, oder bei Ansprüchen aus verschiedenen Verträgen, die nach dem Willen der Parteien eine Einheit bilden sollten (Urteil des Bundesgerichts 5C.260/2006 vom 30. März 2007, E. 3.1 mit Verweisungen auf ältere Bundesgerichtsentscheide). Eine solche Beziehung, welche bei separater Behandlung die Gefahr widersprüchlicher Beurteilung bergen würde, liegt indessen nicht vor, wenn die Ansprüche aus Klage und Widerklage verschiedene Entstehungsgründe haben bzw. weder aus demselben Vertrag abgeleitet werden noch indirekt etwa in der Weise zusammenhängen, dass sie auf einem umfassenderen Rechtsverhältnis wie einem Rahmenvertrag beruhen (BGE 129 III 230 E. 3.3.2). Blosser Verrechenbarkeit genügt für die Annahme von Konnexität ebenso wenig wie die prozessökonomische Absicht, sämtliche streitigen Rechtsbeziehungen unter den Parteien möglichst umfassend zu bereinigen (BGE 129 III 230 E. 3.3.3).

Ergibt sich ein Gerichtsstand der Widerklage jedoch aus einer anderen Gerichtsstandsnorm (z.B. aus dem Wohnsitzgerichtsstand) oder etwa aus einer Gerichtsstandsklausel, ist ein sachlicher Zusammenhang zwischen Haupt- und Widerklage zur Begründung der örtlichen Zuständigkeit nicht notwendig bzw. es dürfen beim Hauptklagegericht mit der Widerklage auch Ansprüche geltend gemacht werden, die nicht konnex sind (LEUENBERGER, a.a.O., Art. 224 N. 13; Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7339 Ziff. 5.15).

4.2.2.3. Sachliche Zuständigkeit und Bedeutung der Konnexität

4.2.2.3.1. Keine explizite Regelung in der ZPO bei der Zuständigkeit eines Spezialgerichts für nur eine der beiden Klagen

Die sachliche Zuständigkeit des Hauptklagegerichts für die Widerklage bildet gemäss dem Wortlaut von Art. 224 ZPO und Art. 14 ZPO keine Voraussetzung für die Erhebung einer Widerklage. Richtet sich die sachliche Zuständigkeit nach dem Streitwert und übersteigt der Streitwert der Widerklage die sachliche Zuständigkeit des Gerichts, sieht Art. 224 Abs. 2 ZPO zwar eine Prozessüberweisung beider Klagen an das Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit vor. Die ZPO hält indessen nicht ausdrücklich fest, wie es sich verhält, wenn sich die Zuständigkeit nach der Natur der Streitsache bestimmt (PAHUD, a.a.O., Art. 224 N. 20). Art. 224 Abs. 2 ZPO regelt mit anderen Worten diejenigen Fälle nicht, bei denen für (lediglich) eine der beiden Klagen eine spezialgerichtliche Zuständigkeit besteht (SOGO, Widerklage in handelsrechtlichen Streitigkeiten; Kernpunkttheorie und Erfordernis der gleichen sachlichen Zuständigkeit, in: ZBJV 147/2011 942).

4.2.2.3.2. Regelung durch Bundesrecht

Es stellt sich die Frage, ob das Erfordernis der gleichen sachlichen Zuständigkeit in Art. 224 und Art. 14 ZPO nicht aufgeführt wird, weil der Bundesgesetzgeber es aufgrund seiner Nähe zum Gerichtsorganisationsrecht kantonaler Regelung überlassen wollte (vgl. Art. 4 Abs. 1 ZPO; SOGO, a.a.O., 940).

Im Zusammenhang mit der Widerklage sah der Begleitbericht zum Vorentwurf der ZPO, welcher noch keine Art. 224 Abs. 2 ZPO entsprechende Bestim-

mung kannte, die Anwendung von kantonalem Recht vor. Nachdem verschiedene Vernehmlassungsteilnehmer ihre Bedenken gegen eine kantonale Restkompetenz geäußert und eine abschliessende bundesrechtliche Regelung gefordert hatten, wurde als Ergebnis Art. 224 Abs. 2 ZPO eingefügt. In der Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung kommt sodann ebenfalls zum Ausdruck, dass gewisse besondere Instrumente des Zivilprozesses, wie zum Beispiel die Widerklage, einheitliche Zuordnungen bzw. bundesrechtliche Regelungen verlangten. Hinsichtlich der Handelsgerichtsbarkeit fehlt den Kantonen zudem ohnehin weitgehend (bzw. vorbehältlich des durch Art. 6 Abs. 4 ZPO gewährten Spielraums) die Kompetenz zur Regelung der sachlichen Zuständigkeit. Der sachliche Zuständigkeitsbereich der Widerklage generell und insbesondere im Bereich der Handelsgerichtsbarkeit ist somit grundsätzlich dem Bundesrecht zu entnehmen (vgl. SOGO, a.a.O., 942 f. u.a. mit Verweisen auf die entsprechenden Vernehmlassungen; BBl 2006 7259 Ziff. 5.2.1).

Mit Entscheid vom 29. Mai 2012 hat das Bundesgericht zwar eine kantonale Beschränkung der handelsgerichtlichen Zuständigkeit zugunsten der ordentlichen Gerichte für zulässig erachtet. Demnach müsse es den Kantonen im Rahmen ihrer Kompetenz zur Regelung der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte (Art. 4 ZPO) erlaubt sein, aus prozessökonomischen Gründen und zur Vermeidung widersprüchlicher Urteile eine einheitliche sachliche Zuständigkeit für eine passive Streitgenossenschaft vorzusehen. Wäre für gewisse Streitgenossen das Handelsgericht sachlich zuständig und für andere das ordentliche Gericht, könnten sie die Zuständigkeit zwar nicht gesamthaft dem Handelsgericht übertragen; denn dessen Zuständigkeit sei durch das Bundesrecht begrenzt und könne nicht auf weitere Fälle (insbesondere auf beklagte Personen, die nicht im Handelsregister eingetragen sind) ausgedehnt werden. Hingegen spreche nichts dagegen, die Zuständigkeit des Handelsgerichts für solche Fälle aufzuheben und das ordentliche Gericht für alle Klagen zuständig zu erklären. Die Regelung der handelsgerichtlichen Zuständigkeit nach Art. 6 ZPO bezwecke nicht, in ihrem Anwendungsbereich die einfache Streitgenossenschaft zu verhindern. Es sei dem Kanton, dem es freistehe, die Handelsgerichtsbarkeit überhaupt einzuführen, zuzugestehen, mit seiner Regelung der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte zu ermöglichen, Streitgenossen vor dem gleichen Gericht einzuklagen (BGE 138 III 471 E. 5.1;

vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_239/2013 vom 9. September 2013, E. 3.3 und 3.4).

Im Bereich des Instituts der Widerklage verhält es sich indessen anders, weil die gleiche sachliche Zuständigkeit – anders als nach herrschender Lehre bei der passiven Streitgenossenschaft gemäss Art. 71 ZPO – gar nicht in jedem Fall erforderlich ist, wie zu zeigen sein wird (a.A. in Bezug auf eine kantonale Kompetenz WILLISEGGER, a.a.O., Art. 224 N. 51 mit Verweis auf die Botschaft und den soeben erwähnten BGE 138 III 471). Die Möglichkeit der Überweisung an oder von einem Spezialgericht ist zudem von Bundesrechts wegen ausgeschlossen (Art. 224 Abs. 2 ZPO e contrario; vgl. auch dazu weiter unten).

4.2.2.3.3. Botschaft und Doktrin

In der Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung wird im Zusammenhang mit der Überweisung beider Klagen an das Gericht mit der höheren Spruchkompetenz (Art. 224 Abs. 2 ZPO) ausgeführt, dass diese Überweisung selbstverständlich nur stattfinden könne, wenn die Klägerin dadurch keine Instanz verliere. So dürfe in einem Prozess, der bei einem unteren kantonalen Gericht hängig sei, keine Widerklage erhoben werden, die in die sachliche Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz – etwa des Handelsgerichts – falle (BBI 2006 7340 Ziff. 5.15). Zu diesem Punkt herrscht auch in der Lehre Einigkeit. Die Botschaft äussert sich indessen nicht zum umgekehrten Fall, in dem die Hauptklage vor Handelsgericht rechtshängig ist und die Widerklage grundsätzlich vor Bezirksgericht erhoben werden müsste. Diese Konstellation wird in der Lehre kontrovers beurteilt.

Verschiedene Autoren vertreten die Auffassung, wonach im Rahmen eines Prozesses am Handelsgericht die Möglichkeit einer Widerklage über eine Streitigkeit, die nicht unter Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO fällt, nicht gegeben ist. PAHUD begründet dies damit, dass nur für diese bestimmten Streitsachen ein Abweichen vom Doppelinstanzenprinzip vorgesehen sei (PAHUD, a.a.O. N. 24; LERCH, in: GEHRI/KRAMER, ZPO Kommentar, Art. 224 N. 13; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Basel 2012, § 14 N. 33; BRÖNIMANN, in: recht 2009, 88 f.). Gemäss FÜLLEMANN soll der nicht im Handels-

register eingetragenen Klägerin immerhin bei konnexen Widerklagen die Möglichkeit der vorbehaltlosen (sachlichen und funktionellen) Einlassung anheim gestellt sein. Ein striktes Festhalten am Doppelinstanzenprinzip sei hier wenig überzeugend, da die Einlassungsmöglichkeit bei der Widerklage nur die konsequente Fortsetzung des durch die ZPO eröffneten Wahlrechts und damit verbundenen ermöglichten Instanzenverzichts darstelle (FÜLLEMANN, a.a.O., Art. 14 N. 21 und Art. 18 N. 5).

LEUENBERGER hält zwar im Allgemeinen ebenfalls dafür, dass eine Widerklage vor dem Handelsgericht unzulässig sei, wenn nicht auch sie in die Zuständigkeit des Handelsgerichts falle. Habe aber eine klagende Partei, die nicht im Handelsregister eingetragen sei, das Handelsgericht aufgrund ihres Wahlrechts gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO angerufen, müsse sie damit rechnen, dass sie vor Handelsgericht mit einer Widerklage konfrontiert werde (LEUENBERGER, a.a.O., Art. 224 N. 16 gestützt auf MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, 71; beipflichtend auch NAEGELI, in: KUKO ZPO, Art. 224 N. 10). Zum gleichen Ergebnis kommen HAUSER/SCHWERI/LIEBER. Aus dem Umstand, dass gemäss Art. 14 ZPO bei gegebenem sachlichen Zusammenhang am Gericht, das für die Hauptklage örtlich zuständig ist, Widerklage erhoben werden kann, leiten sie ab, dass auch die Widerklage eines Unternehmers gegen einen Privaten, der vor Handelsgericht geklagt hat, zulässig sei. Ein Privater müsse demnach mit einer Widerklage rechnen, wenn er für seinen Prozess das Handelsgericht wähle, sofern das Gesetz nichts anderes vorsehe (HAUSER/SCHWERI/LIEBER, GOG Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2012, § 45 N. 73).

KILLIAS lässt eine Widerklage vor Handelsgericht gegen einen nicht im Handelsregister eingetragenen Kläger der Hauptklage unter der einschränkenden Voraussetzung zu, dass es sich bei der Widerklage um einen Anspruch handelt, der die geschäftliche Tätigkeit zwischen den Parteien betrifft (KILLIAS, a.a.O., N. 41). Eine differenzierte Lösung schlägt auch SOGO vor, gemäss welchem auf das gleiche sachliche Zuständigkeitserfordernis zumindest immer dann zu verzichten ist, wenn die Widerklage wegen der Sperrwirkung der Rechtshängigkeit gemäss Kernpunktetheorie bis zur Erledigung der Hauptklage von keinem anderen als dem mit der Hauptklage befassten Gericht behandelt werden darf (SOGO, a.a.O.,

968). Weitergehend sprechen für RAPOLD/FERRARI-VISCA insbesondere prozess-ökonomische Überlegungen für die Zulassung von Widerklagen vor Fachgerichten, auch wenn sie nicht dieselbe Streitsache wie die Hauptklage betreffen. Bei Klagen vor Handelsgericht sei dabei jedoch die Konnexität der Widerklage zur Hauptklage zwingende Voraussetzung (RAPOLD/FERRARI-VISCA, Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: AJP 2013 403).

4.2.2.3.4. Kompetenzattraktion anstatt Erfordernis der gleichen sachlichen Zuständigkeit bei konnexen Widerklagen vor Handelsgericht

4.2.2.3.4.1. Ausgangslage

Art. 224 Abs. 2 ZPO enthält zwar keine Möglichkeit der Überweisung von einem ordentlichen Gericht an ein Spezialgericht und eine Auslegung e contrario legt auch die Unzulässigkeit einer solchen Überweisung nahe. Daraus kann aber nicht bereits der Schluss gezogen werden, eine Widerklage, die nicht in dieselbe Spezialgerichtsbarkeit wie die Hauptklage falle, sei deshalb und per se ausgeschlossen. Denn erwähntermassen ist Regelungsgegenstand von Art. 224 Abs. 2 ZPO die Prozessüberweisung bei sich lediglich im Streitwert unterscheidenden Klagen. Aus dem Umstand, dass eine Überweisung nicht infrage kommt, weil sich die Klagen in der Natur der Streitsache unterscheiden, lässt sich nicht automatisch auf die Unzulässigkeit der Widerklage schliessen. Denn neben der Möglichkeit der Unzulässigkeit als Alternative zur Überweisung kommt als weitere Möglichkeit auch eine Kompetenzattraktion in Betracht, bei welcher das mit der Hauptklage befasste Gericht zugleich über die Widerklage entscheidet, selbst wenn es sachlich an sich nicht für sie zuständig wäre (SOGO, a.a.O., 957).

Im Folgenden ist durch Auslegung zu ermitteln, ob und in welchen Fällen eine *Kompetenzattraktion* anzunehmen ist.

4.2.2.3.4.2. Grammatikalische Auslegung

Der Wortlaut von Art. 224 Abs. 1 ZPO setzt nach dem Gesagten für die Zulässigkeit der Widerklage nicht dieselbe sachliche Zuständigkeit für Haupt- und Widerklage voraus. Eine Kompetenzattraktion des Handelsgerichts für die Wider-

klage gegen die nicht im Handelsregister eingetragene Widerbeklagte lässt sich somit mit dem Wortlaut vereinbaren.

4.2.2.3.4.3. Systematische Auslegung

In systematischer Hinsicht liegt auf den ersten Blick die Annahme einer impliziten Verweisung auf die Grundregel von Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO nahe. Nach dieser Bestimmung ist die sachliche Zuständigkeit nämlich Prozessvoraussetzung, und ihre Nennung bei den besonderen Voraussetzungen der Widerklage (als grundsätzlich eigenständige Klage) könnte als unnötige Wiederholung interpretiert werden. Gegen diese Auslegung spricht indessen, dass der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der objektiven Klagenhäufung gemäss Art. 90 lit. a ZPO u.a. explizit die gleiche sachliche Zuständigkeit zwischen den verschiedenen Ansprüchen verlangt (bei anderen Instituten wie zum Beispiel der subjektiven Klagenhäufung gemäss Art. 71 ZPO tut er dies allerdings wiederum nicht; vgl. SOGO, a.a.O., 945; RAPOLD/FERRARI-VISCA, a.a.O., 399; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_658/2012 vom 15. April 2013, E. 2.3).

Aus dem Rechtsmittelsystem (Art. 308 ff. ZPO) sowie Art. 75 Abs. 2 BGG ergibt sich sodann das Doppelinstanzenprinzip. Danach ist der Instanzenzug grundsätzlich so zu gestalten, dass eine Streitigkeit erst durch zwei kantonale Instanzen zu beurteilen ist, bevor sie ans Bundesgericht weitergezogen wird. Ausnahmen sind gemäss Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG – die weiteren Ausnahmen gemäss lit. a und c interessieren vorliegend nicht – in Fällen möglich, in denen ein Handelsgericht handelsrechtliche Streitigkeiten als einzige kantonale Instanz entscheidet. Eine (Wider-)Klage gegen eine nicht im Handelsregister eingetragene Person ist keine handelsrechtliche Streitigkeit gemäss Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO (vgl. zur Definition der handelsgerichtlichen Streitigkeit BGE 138 III 694 E. 2.3 und 2.7), weshalb man sich auf den Standpunkt stellen könnte, eine Durchbrechung des Doppelinstanzenprinzips sei für diesen Fall nicht möglich. In der Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung wird die Wichtigkeit des Doppelinstanzenprinzips zum Ausdruck gebracht. So sollen davon nur wenige Ausnahmen gemacht werden (BBl 2006 7241 Ziff. 3.2.1), und im Rahmen der Widerklage ist eine Überweisung an das Gericht mit der höheren Spruchkompe-

tenz – wie erwähnt – selbstverständlich nur vorgesehen, wenn die Klägerin keine Instanz verliert (BBI 2006 7339 Ziff. 5.15).

In der Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung bzw. in jener zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001 findet allerdings ebenfalls Erwähnung, dass Entscheide des Handelsgerichts – ohne Bezugnahme auf eine handelsgerichtliche Streitigkeit – künftig unmittelbar der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht unterliegen sollen. Als Rechtfertigung für die Abkürzung des Instanzenzugs wird neben der Fachkompetenz des Spezialgerichts und der Beschleunigung der Prozesse auch die Entlastung des Bundesgerichts dank der hohen vergleichswisen Erledigungsquote genannt (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBI 2006 7261 Ziff. 5.2.1; Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBI 2001 4311 Ziff. 4.1.3.1). Bei einer konnexen Widerklage auf eine Hauptklage sind diese Vorteile des Handelsgerichts weiterhin gegeben bzw. eine vergleichsweise Erledigung im Sinne einer umfassenden Lösung wird u.U. sogar noch gefördert, auch wenn die Widerklage für sich genommen keine handelsgerichtliche Streitigkeit darstellt, falls der Widerbeklagte nicht im Handelsregister eingetragen ist. Das Doppelinstanzenprinzip schliesst die Zulässigkeit einer Widerklage, die den Voraussetzungen einer handelsrechtlichen Streitigkeit nicht vollumfänglich genügt, somit nicht per se aus. Die Durchbrechung des Doppelinstanzenprinzips bedeutet aber eine unfreiwillige Schmälerung des Rechtsschutzes für den nicht im Handelsregister eingetragenen Kläger, welcher nach seiner Klageeinreichung am Handelsgericht mit einer Widerklage konfrontiert wird, was eine Einschränkung der Widerklagemöglichkeit nahe legt (RAPOLD/FERRARI-VISCA, a.a.O., 399 f.; SOGO, a.a.O., 960).

Eine Kompetenzattraktion des Handelsgerichts für die Widerklage gegen die nicht im Handelsregister eingetragene Widerbeklagte ist somit in systematischer Hinsicht ebenfalls nicht ausgeschlossen, jedoch – insbesondere vor dem Hintergrund des Doppelinstanzenprinzips – nur zurückhaltend anzunehmen.

4.2.2.3.4.4. Historische und teleologische Auslegung

Unter dem Gesichtspunkt der historischen Auslegung ist festzuhalten, dass während des Gesetzgebungsverfahrens nie beabsichtigt war, die Widerklage von Bundesrechts wegen an die gleiche sachliche Zuständigkeit zu binden. Erwähntermassen stand lediglich zur Diskussion, den Kantonen die Möglichkeit zu lassen, eine solche Voraussetzung zusätzlich vorzusehen (SOGO, a.a.O., 945). Das Erfordernis der Konnexität zwischen Klage und Widerklage bestand schon unter Geltung der kantonalen Zivilprozessordnungen, soweit – wie zum Beispiel im Kanton Aargau – Widerklagen gegen nicht im Handelsregister eingetragene Personen vor Handelsgericht überhaupt zugelassen wurden (verneinend der Kanton Zürich; Urteil des Bundesgerichts 4A_504/2011 vom 24. Februar 2012; vgl. die Übersicht zu den kantonalen Regelungen bei RAPOLD/FERRARI-VISCA, a.a.O., 400 f.). Die Fortführung der schweizerischen Rechtstradition war eine wesentliche Leitlinie der Expertenkommission beim Ausarbeiten des Vorentwurfs der Schweizerischen ZPO. Ein zentrales Anliegen bestand darin, dass konnexe Verfahren nach Möglichkeit unter der Leitung eines einzigen Gerichts erledigt werden können. Damit ist die teleologische Auslegung angesprochen. Aus der Verbindung von Art. 14 ZPO und Art. 224 ZPO wird die ratio legis der zivilprozessualen Regelungen zur Widerklage ersichtlich, welche darin besteht, sachlich zusammenhängende Widerklagen rasch, effizient, einheitlich und widerspruchsfrei durch dasselbe Gericht beurteilen zu lassen (RAPOLD/FERRARI-VISCA, a.a.O., 402).

Auch die Auslegung nach historischen und teleologischen Gesichtspunkten schliesst somit eine Kompetenzattraktion des Handelsgerichts für die Widerklage gegen die nicht im Handelsregister eingetragene Widerbeklagte nicht aus, sondern legt sie für gewisse – konnexe – Fälle nahe.

4.2.2.3.4.5. Ergebnis

Die Auffassung, wonach eine *nicht* im Handelsregister eingetragene Klägerin, welche in Ausübung ihres Wahlrechts gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO das Handelsgericht anruft, damit rechnen muss, vor Handelsgericht mit irgend einer Widerklage konfrontiert zu werden, erscheint nach dem Gesagten als zu weitgehend, jedenfalls nicht zwingend. So darf vom Hauptkläger zwar erwartet werden, dass er sich mit der Klageanhebung der umfassenden Beilegung der mit der Kla-

ge definierten Streitsache stellt, und damit zusammenhängende Widerklagen sind ihm zuzumuten.

Seine Wahl des Handelsgerichts gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO und der damit einhergehende freiwillige Instanzenverzicht für den Streitgegenstand der Hauptklage rechtfertigen mithin den Entzug einer Instanz für gewisse weitere Streitigkeiten. Er muss indessen nicht damit rechnen, dass das Verfahren vor dem Spezialgericht auf nicht mehr mit der eigentlichen Streitigkeit eng verbundene, sachfremde Klagen ausgeweitet wird, die problemlos bzw. ohne die Gefahr sich widersprechender Urteile in einem selbständigen Verfahren behandelt werden könnten.

Liegen Haupt- und Widerklage weit auseinander, drängen sich weder Koordinationsmassnahmen auf noch sind Effizienzgewinne naheliegend. Bei nicht zumindest zusammenhängenden Klagen ist deshalb von einer Durchbrechung des Doppelinstanzenprinzips abzusehen bzw. am Erfordernis der gleichen sachlichen Zuständigkeit festzuhalten. Bei konnexen Widerklagen auf eine Hauptklage am Handelsgericht ist aufgrund der engen Beziehung zur Streitsache indessen vom gleichen Zuständigkeitserfordernis abzusehen (vgl. SOGO, a.a.O., 961 und 965 ff.) und auf die Widerklage einzutreten, sofern die übrigen Voraussetzungen, insbesondere jene der gleichen Verfahrensart, erfüllt sind.

4.3. Subsumtion und Schlussfolgerung

[...]

Vorbehältlich der Zuständigkeitsfrage (vgl. dazu sogleich) sind die allgemeinen Prozessvoraussetzungen gemäss Art. 59 Abs. 2 ZPO betreffend die Widerklage erfüllt. Weiter ist mit der klägerischen Eingabe vom 25. Juni 2013 das Erfordernis einer rechtshängigen Hauptklage gegeben, und sowohl für die Haupt- als auch für die Widerklage ist das ordentliche Verfahren, mithin die gleiche Verfahrensart, vorgesehen. Entgegen der Ansicht des Klägers fehlt es auch nicht an der Identität der Parteien, da nach dem Gesagten nicht die geltend gemachte (offenbar aber nie im Handelsregister eingetragene) Einzelunternehmung H._____, sondern deren Inhaber, der Kläger, als Partei im Prozess aufzuführen ist.

[...]

Abgesehen von Art. 14 ZPO ist keine Zuständigkeitsnorm zur Begründung der zürcherischen Zuständigkeit für die Widerklage ersichtlich. Insbesondere hat der Kläger seinen Wohnsitz nicht in Zürich (Art. 10 Abs. 1 lit. a ZPO), sondern im Kanton Bern. Zur Begründung der örtlichen Zuständigkeit von Zürich für die Widerklage bedarf es demnach eines *sachlichen Zusammenhangs* zwischen Klage und Widerklage im Sinne von Art. 14 ZPO. Konnexität zwischen den beiden Klagen bedürfte es indessen nach dem Gesagten *auch* aufgrund der unterschiedlichen Natur von Haupt- und Widerklage, welche aus dem Umstand resultiert, dass der Kläger nicht im Handelsregister eingetragen und deshalb lediglich die Hauptklage als handelsrechtliche Streitigkeit [im Sinne von Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO] zu qualifizieren ist.

Während sich der Kläger bei der (Haupt-)Klage auf einen *Darlehensvertrag* stützt, macht die Beklagte mit ihrer Widerklage eine *Schadenersatzforderung aus Werkvertrags- und/oder Auftragsrecht* geltend. Die beiden Klagen beruhen somit *nicht* auf dem gleichen vertraglichen oder ausservertraglichen Rechtsverhältnis, was im Übrigen auch nicht geltend gemacht wird.

Dass gemäss der Beklagten alle Forderungen und Gegenforderungen aus einem Überbauungsprojekt resultieren, reicht nach dem Gesagten nicht aus, um vom gleichen Lebenssachverhalt auszugehen. Dieser kann nicht beliebig weit gefasst werden. Das Bestehen von personellen Verflechtungen bzw. der Umstand, dass die Parteien anderweitig in Geschäftsbeziehungen stehen oder standen, genügt nicht. So ist es vorliegend ohne Weiteres möglich, den für die Klage massgebenden Sachverhalt betreffend die Darlehensproblematik abzuklären, ohne die tatsächlichen Grundlagen der Widerklage zu berücksichtigen. Im Gegenteil bedarf es für die Beurteilung der mit der Widerklage geltend gemachten Schadenersatzforderungen zusätzlicher und völliger anderer Sachverhaltselemente (zum Beispiel in Bezug auf einen allfälligen Schaden), weshalb es an der Voraussetzung eines gemeinsamen rechtserheblichen Sachverhalts fehlt. Nachdem sich die Parteien mit ihren Klagen auf verschiedene Entstehungsgründe und nicht etwa auf einen gemeinsamen Rahmenvertrag stützen, ist entsprechend auch nicht ersichtlich, inwiefern bei separater Behandlung von Klage und Widerklage die Gefahr widersprechender Urteile bestehen sollte. Blosser Verrechenbarkeit und pro-

zessökonomische Gründe genügen erwähntermassen nicht, um die Klagen als Ausfluss eines gemeinsamen Rechtsverhältnisses zu qualifizieren bzw. eine enge rechtliche Beziehung der beiden Klagen anzunehmen.

Aufgrund der *unterschiedlichen Sach- und Rechtsfragen*, welche sich bei den beiden Klagen jeweils stellen, erscheint der prozessökonomische Vorteil ohnehin fraglich. Mit der Beklagten ist zwar davon auszugehen, dass eine vergleichsweise Erledigung eher möglich erscheint und Sinn macht, wenn sämtliche Forderungen und Gegenforderungen diskutiert werden können. Zu diesem Zweck wäre indessen nicht eine Widerklage erforderlich gewesen, sondern die Beklagte hätte Verrechnung erklären können. Zudem können, wie erwähnt, auch nicht prozessrelevante bzw. andere Themen / Streitpunkte zum Inhalt einer vergleichweisen Einigung gemacht werden.

Ein sachlicher Zusammenhang zwischen der Hauptklage des Klägers und der Widerklage der Beklagten ist somit zu *verneinen*. Nach dem Gesagten bedeutet dies, dass das Handelsgericht Zürich örtlich und sachlich *unzuständig* ist für die Behandlung der Widerklage.

[...]"

Handelsgericht des Kantons Zürich
Beschluss vom 17. April 2014
(noch nicht rechtskräftig)
(mitgeteilt von Gerichtsschreiber lic.iur. Zeno Schönmann)