

Art. 93 Abs. 1 ZPO, Zusammenrechnen von Klage und Widerklage. *Auch wenn sich Klage und Widerklage logisch ausschliessen, kann der wirtschaftliche Wert des Streites der Summe beider Begehren entsprechen.*

Der Streit betrifft einen Werkvertrag. Die Unternehmerin verlangt eine Restzahlung, wogegen die Besteller umgekehrt geltend machen, es bestehe ein Saldo zu ihren Gunsten. Es kann nicht beides richtig sein.

Aus den Erwägungen des Obergerichts:

III./1.1 (...)

Für sein Urteil geht das Bezirksgericht von einem Streitwert in der Höhe von rund Fr. 1'394'000.-- aus. Es setzt eine Gebühr von Fr. 80'000.-- fest, welche es zu 8/10 der Klägerin und zu je 1/10 den Beklagten auferlegt. Diesen spricht es sodann eine Parteientschädigung von je Fr. 24'000.-- zu.

Die Klägerin kritisiert das. Vorweg könnten Klage und Widerklage nicht zusammengerechnet werden, und dass sie (die Klägerin) selber "überklagt" habe, dürfe beim Streitwert nicht berücksichtigt werden.

Wie vorstehend erwogen wurde, ist die Klägerin beim Klagebegehren in der Höhe von rund Fr. 1'010'000.-- zu behaften (E. A/10.). Das ist zunächst der massgebliche Streitwert; insbesondere ist eine Erweiterung der Klage beim Streitwert zu berücksichtigen (Sträuli/Messmer/Frank, Kommentar zur Zürcher ZPO, 3. Aufl. 1997, N. 2 zu § 18 und N. 15 zu § 61 ZPO/ZH). Eine andere Frage ist es, ob die Klage und die Widerklage zusammengerechnet werden sollen. Das massgebende kantonale Prozessrecht bestimmte, dies sei der Fall, soweit die beiden Klagen sich nicht gegenseitig ausschliessen (§ 19 Abs. 2 ZPO). In der Literatur wurde dazu erwogen, ein Ausschluss im Sinne des Gesetzes liege "namentlich" dann vor, wenn die Widerklage nur die Verneinung der Klage darstelle, wenn also etwa auf Herausgabe von Wertpapieren geklagt werde und dagegen widerklageweise ein Pfandrecht geltend gemacht werde (Sträuli/Messmer/Frank, op. cit., N. 8 zu § 19 ZPO). Neben dem genannten Beispiel ist etwa daran zu denken, dass der auf Honorierung einer Garantie Beklagte einwendet, diese Forderung sei selbst nach Darstellung der Klage nicht fällig, zudem aber auf Feststellung klagt, dass

der Vertrag überhaupt als Bürgschaft zu beurteilen und als solche formungültig sei. In diesen Fällen geht es logisch und wirtschaftlich nur um eine Forderung, und ein Zusammenrechnen der beiden Beträge kommt nicht in Frage. Die Praxis zum kantonalen Recht hat es aber anders beurteilt, wenn die beiden Begehren sich zwar logisch, nicht aber wirtschaftlich ausschlossen: wenn der Unternehmer etwa bei einem Werklohn von 100 ausstehende 20 einklagte und der Besteller geltend machte, das Werk sei wegen Mängeln nur 60 wert und er fordere darum 20 zurück. Das Schicksal beider Begehren hing davon ab, ob das Werk mängelfrei geliefert worden war, und es konnten daher nicht Klage und Widerklage gleichzeitig gutgeheissen werden. Wirtschaftlich war der Wert des Streites für beide Parteien aber sehr wohl zwei Mal 20: der Unternehmer, der den Werklohnrest von 20 aktiviert hatte, musste im schlechtesten Fall nicht nur diese Position abschreiben, sondern einen zusätzlichen Verlust von 20 (Rückzahlung) verbuchen. Und spiegelbildlich der Beklagte, welche im besten Fall 20 zurück erhielt und im schlechtesten 20 zusätzlich zu zahlen hatte. Ähnlich präsentierte sich die Situation, wenn einer bestrittenen Klage eine eventuelle Verrechnungsforderung aus einem anderen Zusammenhang entgegen gehalten wurde. Das Urteil konnte höchstens auf Gutheissung der Klage lauten: wenn diese als berechtigt erkannt und die Verrechnungsforderung verworfen wurde. Rechtskräftig entschieden wurde diesfalls aber gleichwohl über *beide* Forderungen, und wirtschaftlich war der Wert des Streites demnach der Wert von Klage *und* Verrechnungsforderung. Jedenfalls nach dem kantonalen Recht, welches das Bezirksgericht für seine Kostenfolgen anzuwenden hatte, wurde der Streitwert demnach richtig mit rund Fr. 1'692'000.-- angenommen. Die Gerichtsgebühr (§ 201 GVG/ZH) ist nach § 23 der aktuellen Gebührenverordnung noch nach derjenigen vom 4. April 2007 zu bemessen. Die Grundgebühr beläuft sich nach § 4 Abs. 1 GebV OG 2007 beim Streitwert von Fr. 1,692 Mio. zunächst auf Fr. 37'670.-- und kann gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung um bis zu einem Drittel, in Ausnahmefällen aber auch um mehr erhöht werden. Das Bezirksgericht hat zutreffend gesehen, dass der vorliegende Prozess ganz ungewöhnlich komplex und aufwändig war, selbst wenn in der ersten Instanz noch keine Beweise erhoben wurden. Angemessen ist eine Gebühr von Fr. 75'000.-- für das ganze erstinstanzliche Verfahren (...).

1.3 (...)

2. Die Kostenregelungen für dem neuen Prozessrecht unterstehende Verfahren wie die heute zu entscheidende Berufung bewegen sich im Grenzbereich von Bundes- und kantonalem Recht. Welche Kosten erhoben werden dürfen, bestimmt der Bund (Art. 95 ZPO). Die Gebührentarife werden von den Kantonen erlassen (Art. 96 ZPO). Der Streitwert wiederum ist ein Begriff des Bundesrechts (Art. 91 ff., für den vorliegenden Fall besonders Art. 94 Abs. 2 ZPO; kritisch BSK ZPO-Rüegg, 2. Aufl. 2013, N. 4 zu Art. 94 ZPO).

Bei Klage und Widerklage bestimmt sich der Streitwert zunächst nach dem höheren der beiden Rechtsbegehren; zur Bestimmung der Prozesskosten werden die Streitwerte zusammengerechnet, so weit sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 94 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Auslegung der zweiten Bestimmung führt zur nämlichen Fragestellung wie vorstehend für das kantonale Recht dargestellt: ob der "Ausschluss" formal oder wirtschaftlich zu verstehen sei. Ein Entscheid des Bundesgerichts dazu scheint noch nicht ergangen zu sein. Die Botschaft erklärt ausdrücklich, für die Bestimmung der Prozesskosten sei dem wirtschaftlichen Wert des Verfahrens Rechnung zu tragen, ohne dann die Tragweite des "Ausschlusses" näher abzuhandeln (S. 7292). ZK ZPO-Stein-Wigger 3. Aufl. 2016 erachtet den Ausschluss dann als nicht gegeben, wenn Klage und Widerklage beide abgewiesen werden können (N. 12 zu Art. 94 ZPO). Ähnlich nimmt BK ZPO-Sterchi nur dann den Ausschluss an, wenn die Widerklage auf die blosser Verneinung der Klage hinausläuft, sodass wirtschaftlich nur eine Forderung im Streit liegt (N. 7 f. zu Art. 94 ZPO). Deutlich äussert sich BSK ZPO-Rüegg 2. Aufl. 2013: Es liege auf der Hand, dass die wirtschaftliche Bedeutung des Prozesses als Folge einer Widerklage steige, und die Streitwerte sind seiner Meinung (nur) dann nicht zusammen zu rechnen, wenn die Widerklage nur die Verneinung der Klage darstelle (N. 3 zu Art. 94 ZPO). In Dike-Komm. ZPO-Diggelmann 2. Aufl. 2016 fanden die vorstehend zum kantonalen Recht angestellten Überlegungen Niederschlag (N. 4 ff. zu Art. 94 ZPO). Im heute zu beurteilenden Fall konnten Berufung und Anschlussberufung nicht beide gutgeheissen, wohl aber beide abgewiesen werden. Der wirtschaftliche Wert, auf den es nach den vorstehend refe-

rierten Überlegungen ankommt, war demnach derjenige der Begehren von Berufung und Anschlussberufung: konkret für die Berufung der Klägerin gegen das Urteil Fr. 712'000.-- (Antrag auf Gutheissung der Klage im reduzierten Betrag) und Fr. 490'000.-- (Abweisung der Widerklage im vom Bezirksgericht gutgeheissenen Umfang), ihre Berufung gegen den Beschluss Fr. 210'000.-- (prozessuale Behandlung der Erhöhung der Klage) und die Berufung der Beklagten in dem Umfang, als die Widerklage nach der teilweisen Anerkennung nicht gutgeheissen worden war (Fr. 172'000.--), zusammen Fr. 1'584'000.--. Die einfache Gebühr dafür beträgt rund Fr. 36'000.-- (§ 4 GebV OG). Im Umfang eines Streitwertes von Fr. 210'000.-- war wohl nur über Prozessuales zu entscheiden, was eine Reduktion der Gebühr verlangt. Im Übrigen war das Verfahren aber ganz aussergewöhnlich aufwändig, mit umfangreichen Rechtsschriften, fünf Noveneingaben und einem ungewöhnlich arbeitsintensiven Beweisverfahren. Die Gebühr, welche maximal verdoppelt werden kann, ist auf Fr. 55'000.-- anzusetzen.

Nur der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass diese Gebühr auch angemessen wäre, wenn man bundesrechtlich den Streitwert einzig aufgrund der Berufung bemässe, also auf Fr. 932'000.--. Nach der kantonalen Verordnung betrüge die einfache Gebühr Fr. 29'390.--. Sie könnte aufgrund der Kriterien "tatsächliches Streitinteresse" (§ 2 Abs. 1 lit. GebV OGer), Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls bis auf das Doppelte erhöht werden (4 Abs. 2 GebV OGer). Eine Gebühr von Fr. 55'000.-- wäre auch unter diesem Aspekt zu erheben.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 4. November 2016
Geschäfts-Nr.: LB140010-O/U