

Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

6. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht/ Organisation judiciaire et procédure

6.4. Zivilprozessrecht/Procédure civile

(1) BGer 4A_576/2016: Relevanz der gleichen Verfahrensart bei negativer Feststellungswiderklage auf eine echte Teilklage

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_576/2016 vom 13. Juni 2017, A. *Versicherung AG* gegen B., Widerklage, vereinfachtes Verfahren (zur Publikation vorgesehen).



FRANZISKA RHINER*



MARC WOHLGEMUTH**

Art. 224 ZPO schliesst grundsätzlich aus, dass im vereinfachten Verfahren mittels Widerklage Ansprüche geltend gemacht werden können, die aufgrund ihres Streitwerts im ordentlichen Verfahren zu beurteilen sind. Dieser Grundsatz gilt gemäss Bundesgericht bei echten Teilklagen nicht, soweit eine negative Feststellungswiderklage erhoben wird: In einem neuen Präjudiz erklärte es das Erfordernis derselben Verfahrensart bei dieser Ausgangslage für nicht notwendig. Sowohl echte Teilklage wie negative Feststellungswiderklage müssen dann bei entsprechendem Streitwert der Widerklage im ordentlichen Verfahren beurteilt werden.

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Ein Versicherungsnehmer erhob beim Bezirksgericht Wilisau gestützt auf einen Unfall eine Klage gegen seine Versicherung auf Leistung von CHF 30'000 aus entstandenem Direktschaden und Genugtuung, unter Vorbehalt des Nachklagerechts für weitere Forderungen aus dem Unfallereignis vom 1. Juli 2003. Darauf erstattete die Versicherung

ihre Klageantwort, wobei sie die Abweisung der Teilklage beantragte, soweit darauf einzutreten sei. Darüber hinaus erhob sie Widerklage auf gerichtliche Feststellung, dass sie dem Versicherungsnehmer nichts schulde. Das Bezirksgericht trat auf die Widerklage nicht ein. Auf Berufung der Versicherung hin trat das Kantonsgericht seinerseits auf die Widerklage, deren Streitwert es auf «mindestens CHF 763'897» bezifferte, ebenfalls nicht ein. Die Versicherung verlangte mit Beschwerde in Zivilsachen hauptsächlich, das Urteil sei aufzuheben und auf die Widerklage sei einzutreten. Der Versicherungsnehmer beantragte, die Beschwerde sei abzuweisen und das Urteil des Kantonsgerichts vollumfänglich zu bestätigen. Die Vorinstanz begehrte die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

A. Grundsatz: Erfordernis der gleichen Verfahrensart für Widerklagen

Zunächst erinnert das Bundesgericht daran, dass die beklagte Partei gemäss Art. 224 ZPO in der Klageantwort Widerklage erheben kann, wenn der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist, wobei das Gericht beide Klagen dem Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit überweist, sofern der Streitwert der Widerklage die sachliche Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts übersteigt. Laut Art. 94 ZPO bestimmt sich der Streitwert nach dem höheren Rechtsbegehren, wenn sich Klage und Widerklage gegenüberstehen (E. 2).

Mit Bezug auf die nahezu umfassend zitierten Lehrmeinungen hält das Bundesgericht sodann fest, dass Art. 224 Abs. 1 ZPO es grundsätzlich ausschliesst, im vereinfachten Verfahren mittels Widerklage Ansprüche geltend zu machen, für die – wenn sie in einer selbstständigen Klage formuliert würden – aufgrund ihres CHF 30'000 übersteigenden Streitwerts das ordentliche Verfahren gälte und die somit nicht nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen sind (E. 3.1).

Nach Auslegung der massgeblichen Gesetzesnormen sieht sich das Bundesgericht in seiner Auffassung bestätigt: Art. 224 ZPO über die Widerklage gilt aufgrund von Art. 219 ZPO – mangels anderslautender Bestimmung – auch für Widerklagen im vereinfachten Verfahren. Nichts anderes ergibt sich aus Art. 94 ZPO (Berechnung des Streitwerts), da dieser erst zum Zuge kommt, wenn die Widerklage gestützt auf Art. 224 Abs. 1 ZPO zulässig ist (E. 3.2.1). Auch ein Blick in die Gesetzgebungsgeschichte und die Praxis zu aArt. 343 OR (altrechtliches einfaches und rasches Verfahren für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhält-

* FRANZISKA RHINER, lic. iur., Rechtsanwältin, Partnerin bei RKR Rechtsanwälte, Zürich, und Ersatzrichterin am Bezirksgericht Horgen.

** MARC WOHLGEMUTH, Inhaber des Zürcher Notarpatents, RKR Rechtsanwälte, Zürich.

nis) stützt die Ansicht, dass das Erheben einer Widerklage mit höherem Streitwert keine Änderung der Verfahrensart für die Hauptklage nach sich ziehen sollte (E. 3.2.2). Im Gegenteil entspreche es der Intention der heutigen Regelung, dass das vereinfachte Verfahren (mit den vereinfachten Formen, weitgehender Mündlichkeit und richterlicher Hilfestellung) bei der Feststellung des Sachverhalts erhalten bleibt und der Beklagte den Kläger nicht mittels Widerklage zu einem Wechsel in das ordentliche Verfahren zwingen kann. Andernfalls würde der Schutzgedanke des vereinfachten Verfahrens ausgehöhlt (E. 3.2.3).

Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass Art. 224 Abs. 1 ZPO es der beklagten Partei grundsätzlich verbietet, im vereinfachten Verfahren eine Widerklage zu erheben, die aufgrund ihres Streitwerts von über CHF 30'000 in den Geltungsbereich des ordentlichen Verfahrens fällt (E. 3.2.4).

B. Ausnahme: kein Erfordernis der gleichen Verfahrensart bei negativer Feststellungswiderklage

Nachdem das Bundesgericht das grundsätzliche Erfordernis der gleichen Verfahrensart dargelegt hat, stellt es die Anschlussfrage, ob die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart auch dann gelten soll, wenn es sich bei der Hauptklage um eine Teilklage handelt und die beklagte Partei als Reaktion darauf eine negative Feststellungswiderklage erheben möchte. Mit einer Teilklage macht die klagende Partei nur einen Teil eines Anspruchs geltend. Gemäss Art. 86 ZPO ist dies zulässig, wenn der Anspruch teilbar ist, was bei Geldforderungen stets zutrifft. Immerhin ist das Verbot des Rechtsmissbrauchs zu beachten. Mittels negativer Feststellungswiderklage verlangt der Beklagte und Widerkläger im Sinne von Art. 88 ZPO die gerichtliche Feststellung, dass der über die Teilklage hinausgehende, nicht eingeklagte Teilanspruch (ebenfalls) nicht besteht (E. 4.1).

In Kenntnis der herrschenden Lehrmeinung sowie der Ansicht der Vorinstanzen, welche die Zulässigkeit der verfahrenswechselnden negativen Feststellungswiderklage auch bei echten Teilklagen verneinen, verweist das Bundesgericht auf einzelne Minderheitsmeinungen, welche der beklagten Partei die negative Feststellungswiderklage als Reaktion auf eine echte Teilklage im vereinfachten Verfahren zugestehen wollen, selbst wenn diese den Streitwert von CHF 30'000 übersteigt. Diese Ansichten beruhen vornehmlich auf einer Analyse der Parteiinteressen sowie auf prozessökonomischen Gründen (E. 4.2).

Das Bundesgericht erinnert an seine in konstanter Praxis erfolgte Bejahung des rechtlichen Interesses der mit einer Teilklage konfrontierten beklagten Partei, durch Widerklage den Nichtbestand des gesamten behaupteten Anspruchs

feststellen zu lassen. Dass die Möglichkeit der beklagten Partei, eine negative Feststellungswiderklage zu erheben, durch das Erfordernis der gleichen Verfahrensart gemäss Art. 224 Abs. 1 ZPO weitgehend ausgeschlossen werden sollte, sei den Gesetzgebungsmaterialien nicht zu entnehmen. Unter Bezugnahme auf die Praxis zum einfachen und raschen Verfahren vor Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO verweist das Bundesgericht auf das Recht des Beklagten, sich mittels negativer Feststellungswiderklage gegen eine oder mehrere Teilklagen zur Wehr zu setzen (E. 4.3).

C. Fazit

Erhebt der Kläger eine echte Teilklage, für die aufgrund ihres Streitwerts von höchstens CHF 30'000 nach Art. 243 Abs. 1 ZPO das vereinfachte Verfahren gilt, hindert Art. 224 Abs. 1 ZPO die beklagte Partei nicht daran, eine negative Feststellungswiderklage zu erheben, auch wenn deren Streitwert die Anwendbarkeit des ordentlichen Verfahrens für beide Klagen zur Folge hat (E. 4.4). Die Beschwerde erwies sich damit als begründet und wurde gutgeheissen.

III. Bemerkungen

A. Allgemeines

1. Rechtsschutzinteresse an negativer Feststellungswiderklage im Generellen

Das Bundesgericht bejaht in konstanter Rechtsprechung das rechtliche Interesse der beklagten Partei, gegen die eine Teilklage erhoben worden ist, durch Widerklage den Nichtbestand des ganzen behaupteten Anspruchs feststellen zu lassen.¹ Dies rührt daher, dass die Erhebung einer Leistungsklage die beklagte Partei nicht nur bezüglich des eingeklagten Teilanspruchs selbst in ihrer Privatrechtssphäre beeinträchtigt, sondern vielmehr das gesamte Forderungsrecht als notwendige Grundlage der Teilklage zur Debatte steht.² Somit ist das Rechtsschutzinteresse der beklagten Partei auf Anhebung einer negativen Feststellungswiderklage über den Gesamtanspruch in aller Regel zu bejahen.

Denn: Mit der negativen Feststellungsklage will der Widerkläger nicht etwa einen von der Klage unabhängigen

¹ BGer, 4A_414/2013, 28.10.2013, E. 3.3; Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO), 7288; CHRISTOPH LEUENBERGER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. ZPO Komm.-Verfasser), Art. 224 N 6; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, § 14 N 38.

² BGer, 4A_414/2013, 28.10.2013, E. 3.3; 5C.252/2006, 1.5.2007, E. 5.1; BGE 42 II 696 E. 4.

Anspruch, sondern den umstrittenen Anspruch des Klägers in seinem gesamten Betrag zum Gegenstand des hängigen Prozesses machen. Damit unterscheidet sich die negative Feststellungswiderklage ganz erheblich von der «normalen» Widerklage, welche einen x-beliebigen Anspruch zum Inhalt haben kann. Letztere zielt denn auch nicht bloss auf die Abwehr der Klage, sondern auf eine darüber hinausgehende Verurteilung des Klägers ab.³ Lehrmeinungen qualifizieren die negative Feststellungswiderklage entsprechend zu Recht als eigenständiges Rechtsinstitut⁴ oder als «Sonderfall»⁵ – so auch richtigerweise nun das Bundesgericht im hier besprochenen Entscheid E. 4.3.3 am Schluss.

2. Beschränkung der neuen Rechtsprechung auf negative Feststellungswiderklagen

In E. 4.2 des hier diskutierten Entscheids beschränkt das Bundesgericht die Nichtanwendung der Voraussetzung derselben Verfahrensart auf die Erhebung einer negativen Feststellungswiderklage als Reaktion auf eine *echte* Teilklage. Damit ist die unechte Teilklage von der neuen Rechtsprechung nicht betroffen und von der echten abzugrenzen. Das Bundesgericht hat auch hier kürzlich neue Pflöcke eingeschlagen und für Unruhe gesorgt, indem es die echte und unechte Teilklage anders abgrenzt als die herrschende Lehre.⁶ Die echte Teilklage unterscheidet sich danach nur in quantitativer Hinsicht von einer Vollklage (beispielsweise werden von einer Kaufpreisforderung von total CHF 100'000 teilklageweise nur CHF 30'000 geltend gemacht – unter Nachklagevorbehalt). Bei der unechten Teilklage handelt es sich indessen um einen Fall der objektiven Klagenhäufung gemäss Art. 90 ZPO, wobei nicht alle bestehenden Ansprüche (vollständig) geltend gemacht werden, sondern nur ein Teil derselben (beispielsweise wird nur einer von drei ausstehenden Monatslöhnen eingeklagt). Entscheidend für die Qualifikation als echte Teilklage ist der Umstand, dass sich der teilklageweise Anspruch aus einem einheitlichen Lebenssachverhalt ergibt.⁷ Diese Beurteilung fällt so einfach nicht aus, hat doch das Bundesgericht in BGE 142 III 683 die Geltendmachung von Bonusforderungen für drei verschiedene Jahre (2011, 2012, 2013) als drei Lebenssachver-

halte – und damit als objektive Klagenhäufung – beurteilt (den drei Bonusforderungen lagen drei unterschiedliche Zeitperioden und mithin verschiedene Lebenssachverhalte zu Grunde). Hingegen wurde in BGE 143 III 254 das Unfallereignis, aus welchem verschiedene Schadenersatzansprüche und Genugtuungsforderungen abgeleitet wurden, als ein einziger einheitlicher Lebenssachverhalt beurteilt. Diese Abgrenzung mag auf den ersten Blick erstaunen, ist letztlich aber konsequent und richtig, da das Gericht für die Abgrenzung zwischen echter und unechter Teilklage auf ein objektives Kriterium (Tatsache) abstellt.

Anknüpfend an das soeben erwähnte Beispiel von BGE 143 III 254 dürfte es nach der vorstehend ausgeführten Rechtsprechung nicht ohne Weiteres möglich sein, auf eine teilklageweise Geltendmachung von CHF 30'000 aus dem Gesamtanspruch der Bonusforderung 2011 von CHF 100'000 (unter Vorbehalt des Nachklagerechts von CHF 70'000 aus der Restbonusforderung des Jahres 2011 sowie der Bonusforderungen der Jahre 2012 und 2013) mittels negativer Feststellungsklage den Nichtbestand sämtlicher drei Bonusforderungen geltend zu machen. Die Bonusforderungen für die Jahre 2011, 2012 und 2013 sind drei separate Ansprüche (objektive Klagenhäufung). Klagt der Kläger nur einen Teil der Bonusforderung 2011 ein und will der Widerkläger auch die weiteren allfälligen Bonusansprüche 2012 und 2013 abgeurteilt haben, muss der Widerkläger für die Aburteilung der Boni 2012 und 2013 sein Rechtsschutzinteresse gesondert nachweisen. Gelingt ihm dies, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die gehäuften widerklageweise geltend gemachten Ansprüche nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage beurteilt werden. Hier kommt die neue Rechtsprechung, wie oben in III.A.1. dargelegt, nicht zur Anwendung. Es handelt sich bei der Zurückweisung der Boni 2012 und 2013 nämlich nicht um eine negative Feststellungswiderklage auf eine echte Teilklage, sondern um zusätzliche negative Feststellungswiderklagen auf (noch) nicht im Recht liegende Forderungsansprüche.⁸ Letztere können also nur gehäuft geltend gemacht werden, wenn dieselbe Verfahrensart zur Anwendung kommt wie für die Hauptklage. Da die Widerklage spätestens mit der Klageantwort zu erheben ist (Art. 224 Abs. 1 ZPO), können die gehäuften Widerklagen auch nicht erst nach erfolgtem Verfahrenswechsel eingebracht werden.

³ BARBARA KLETT/DAN OTZ, Teilklage – Teillösung, HAVE 2014, 235 ff., 238.

⁴ STEPHAN FRÖHLICH, Individuelle Arbeitsrechtsstreitigkeiten in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich, Bern 2014, N 331.

⁵ KLETT/OTZ (FN 3), 239 f.; ZPO Komm.-LEUENBERGER (FN 1), Art. 224 N 6.

⁶ BGE 142 III 683; 143 III 254; BGer, 4A_15/2017, 8.6.2017; aus den Lehrmeinungen *pars pro toto*: ZPO Komm.-BOPP/BESSENICH (FN 1), Art. 86 N 4 f.

⁷ TANJA KNEZEVIC/MARCO KAMBER, Prozessuale Anforderungen an die objektiv gehäufte Teilklage, AJP 2017, 1039 ff., 1040 f. m.w.H.

⁸ Zum Rechtsschutzinteresse bei negativen Feststellungsklagen im Generellen vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 1), § 14 N 25; ALEXANDER R. MARKUS, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I: Art. 1–149 ZPO, Bern 2012, Art. 88 N 9; BSK ZPO-WEBER, Art. 88 N 9 ff., in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017.

B. Auswirkungen der neuen Rechtsprechung

1. Auswirkung auf die Prozessmaximen

Das vereinfachte Verfahren sieht in Art. 247 Abs. 1 ZPO eine gegenüber Art. 56 ZPO verstärkte richterliche Fragepflicht vor, welche die Verhandlungsmaxime abschwächt.⁹ Das Gericht hat danach – sofern die Partei nicht anwaltlich vertreten ist¹⁰ – durch geeignete Fragen darauf hinzuwirken, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen. Sodann gestaltete der Gesetzgeber das vereinfachte Verfahren durch eine vereinfachte Form der Klageerhebung, durch vorherrschende Mündlichkeit sowie Beschleunigung des Verfahrens aus, wobei uns keine empirische Untersuchung bekannt ist, wie und ob diese Grundsätze in der Gerichtspraxis tatsächlich umgesetzt werden. Es stellt sich nun die Frage, ob die (nicht anwaltlich vertretene) klagende Partei durch die Überweisung des Gesamtprozesses in das ordentliche Verfahren der Vorteile des vereinfachten Verfahrens verlustig geht.

Denkbar wäre, dass der klagenden Partei im über die negative Feststellungswiderklage provozierten ordentlichen Verfahren die gleichen Rechte zugestanden werden wie im vereinfachten Verfahren. Nebst fehlender Rechtsgrundlage hierfür ist aus praktischer Sicht einzuwenden, dass sowohl für die Hauptklage wie auch für die negative Feststellungswiderklage bei einer solchen Ausgangslage die rechtserheblichen Tatsachen mehr oder weniger deckungsgleich sind, da es sich um denselben Anspruch, einfach in reduzierter oder gesamter Höhe, handelt. Das Gericht kann dieselben Tatsachen indessen nicht einmal so und einmal anders erheben, indem es beispielsweise in Anwendung der verstärkten richterlichen Fragepflicht die klagende Partei zur Einbringung einer Tatsache auffordert, währenddem sie die alsdann eingebrachte Tatsache bei der Widerklage unberücksichtigt lässt. Dies würde zu einem formalistischen und widersprüchlichen Urteil führen, das von der materiellen Wahrheitsfindung weit entfernt läge und das vom Staat verfolgte Ziel der Wiederherstellung des Rechtsfriedens nicht mehr erreichen könnte. Ist eine Tatsache in einem Verfahren erstellt, hat das Gericht diese seinem Urteil zugrunde zu legen.¹¹ Somit gehen wir davon aus, dass die Rechtsstellung des Klägers durch den hier besprochenen Bundesgerichtsentscheid im Ergebnis verschlechtert wird. In Abwägung

der Parteiinteressen halten wir den Entscheid aus folgenden Gründen aber dennoch für richtig:

Das vereinfachte Verfahren ist das Ergebnis des gesetzgeberischen Anliegens, einen sozialen Zivilprozess zu schaffen, der dem Schutz der wirtschaftlich, sozial oder intellektuell (mutmasslich) schwächeren Partei dient.¹² Das Verfahren steht in vermögensrechtlichen Streitigkeiten grundsätzlich bis zu einem Streitwert von CHF 30'000 zur Verfügung (zur Ausnahme von Art. 243 Abs. 2 ZPO sogleich). Bei höheren Streitwerten fällt die Annahme der Schutzbedürftigkeit weg. Zwar lässt das Gesetz in Art. 86 ZPO die Teilklage im vereinfachten Verfahren zu. Doch ist der Teilkläger, der seiner Klage in Wahrheit einen höheren Anspruch zugrunde legt, effektiv noch die wirtschaftlich, sozial oder intellektuell (mutmasslich) schwächere Partei? Oder anders gefragt: Ist der Teilkläger, der bloss durch die Erhebung einer echten Teilklage in den Genuss der Vorteile des vereinfachten Verfahrens kommt, tatsächlich schützenswerter als der Beklagte, der seinerseits ein legitimes Interesse an der Gesamtbeurteilung des behaupteten Anspruchs hat?¹³ Der Beklagte hätte ohne Widerklage bei der Abwehr der Hauptklage ebenfalls von der verstärkten richterlichen Fragepflicht profitiert und ist durch den Wechsel ins ordentliche Verfahren ebenfalls betroffen. Mit der Überweisung ins ordentliche Verfahren wird sichergestellt, dass das der Klage und Widerklage zugrunde liegende Rechtsverhältnis durch ein und dasselbe Gericht beurteilt wird und keine sich widersprechenden Urteile ergehen können, was für die Rechtssicherheit und die Wiederherstellung des Rechtsfriedens zentral ist. Das Argument einiger Lehrmeinungen, das separat für die Widerklage angerufene Gericht könne die Beurteilung der Widerklage sistieren, bis das erstangerufene Gericht über die Teilklage entschieden hat, führt zu einer ineffizienten Prozessführung und ist alleine schon deswegen problematisch, weil die materielle Rechtskraftwirkung eines Urteils über eine Teilklage umstritten ist.¹⁴

Pro memoria: In besonders sensiblen Bereichen des sozialen Privatrechts ist das vereinfachte Verfahren ohne Rücksicht auf den Streitwert anwendbar (Art. 243 Abs. 2 ZPO). Das Gesetz statuiert für diese Angelegenheiten weitergehende prozessuale Vorteile (namentlich uneingeschränktes Novenrecht bis zur Urteilsberatung sowie eine sogenannte «abgeschwächte» oder «eingeschränkte» Untersuchungsmaxime). Diese Angelegenheiten werden bei einer negativen Feststellungsklage – da eben streitwertunabhängig – so oder anders im vereinfachten Verfahren beur-

⁹ BGer, 4D_57/2013, 2.12.2013, E. 3.2.

¹⁰ Bei anwaltlicher Vertretung wird die gerichtliche Fragepflicht stark gemildert und gleicht sich dem Regelmass des ordentlichen Verfahrens an, vgl. BGer, 4A_73/2014, 19.6.2014, E. 6.3.1.2; BGE 141 III 569 E. 2.3.1, in: Pra 2016 Nr. 99; Botschaft ZPO (FN 1), 7348 m.w.H.

¹¹ So auch ALAIN GRIEDER, Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Diss., Basel 2016, N 609.

¹² Botschaft ZPO (FN 1), 7345 ff.

¹³ Vgl. dazu BGer, 4A_576/2016, 13.6.2017, E. 4.3.2, mit Verweis auf Appellationsgericht BS, 20.12.1976, in: BJM 1977, 186 ff.

¹⁴ Zur materiellen Rechtskraft eines Teilurteils vgl. GRIEDER (FN 11), N 218 ff.

teilt. Die neue Rechtsprechung hat auf diese Rechtsstreitigkeiten folglich keine Auswirkungen.

2. Überweisung (praktisches Vorgehen)

a. Überweisung von Amtes wegen?

Gemäss Art. 224 Abs. 2 ZPO überweist das erstbefasste Gericht beide Klagen dem Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit. Die Überweisung erfolgt unseres Erachtens von Amtes wegen, zumal das Gericht die sachliche Zuständigkeit als eine Prozessvoraussetzung ebenfalls von Amtes wegen überprüft (eine Einlassung oder Gerichtsvereinbarung über die sachliche Zuständigkeit ist nicht möglich) und diese im Urteilszeitpunkt noch vorliegen muss (Art. 59 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 60 ZPO).¹⁵ Das Gericht dürfte die Parteien dennoch vorgängig zur beabsichtigten Überweisung an das sachlich neu zuständige Gericht anhören, um dem Anspruch auf rechtliches Gehör Nachachtung zu verschaffen (Art. 53 Abs. 1 ZPO). Würde hingegen das Gericht den Parteien die Neu-Einreichung am sachlich zuständigen Gericht überlassen bzw. die Parteien auf Art. 63 ZPO verweisen, hätte es die klagende Partei in der Hand, ob sie den Gerichtsprozess und insbesondere die Widerklage fortgeführt haben will. Denn das Rechtsschutzinteresse an der negativen Feststellungswiderklage ist an die Rechtshängigkeit einer Hauptklage gebunden. Dies wäre aber weder mit dem Wortlaut von Art. 224 Abs. 2 ZPO noch mit den Parteiinteressen zu vereinbaren und würde Folgefragen aufwerfen, wie der bisherige Aufwand zu veranlagen und zu entschädigen sei. Der hier besprochene Bundesgerichtsentscheid ordnet in E. 5 explizit an, dass die Vorinstanz das nach kantonalem Recht zuständige Gericht zu bezeichnen habe. Hat die Vorinstanz das zuständige Gericht zu bezeichnen (1. Schritt), handelt es sich um eine Angelegenheit von Amtes wegen, womit den Parteien keine Dispositionsfreiheit zukommt. Damit sehen sich die Autoren bestätigt, dass die Überweisung ans sachlich zuständige Gericht der zwingende 2. Schritt ist bzw. die Fortführung des Verfahrens in diesem Punkt nicht den Parteien überlassen werden kann.

b. Was passiert mit einer unbegründeten Klage im vereinfachten Verfahren nach Eingang der verfahrensändernden negativen Feststellungswiderklage?

Geht eine unbegründete Klage ein, lädt das Gericht zur Verhandlung vor (Art. 245 Abs. 1 ZPO). In der Verhandlung hat die klagende Partei als Erstes die Klagebegründung vorzutragen. Alsdann erhält die beklagte Partei Gelegenheit zur (in aller Regel) mündlichen Klageantwort. Will die beklag-

te Partei eine negative Feststellungswiderklage erheben, hat sie diese spätestens mit der Klageantwort vorzubringen (Art. 224 Abs. 1 ZPO).¹⁶ Damit liegen im Zeitpunkt der Überweisung zwei mündliche Parteivorträge im Recht. Im ordentlichen Verfahren sind demgegenüber die ersten Parteivorträge in Schriftform zu erstatten (Art. 221 f. ZPO). Es stellt sich die Frage, ob nach Überweisung ins ordentliche Verfahren die Klagebegründung und Klageantwort (letztere soweit bereits erfolgt) zu wiederholen seien oder den Parteien Gelegenheit zur Verbesserung ihrer ersten mündlichen Vorträge eingeräumt werden müsste. Zumindest im Kanton Zürich erfolgt die mündliche Klagebegründung, soweit die Parteien anwaltlich vertreten sind, zumeist mit mündlich verlesenen und schriftlich abgegebenen Plädoyernotizen, womit die klagende Partei, welche wider Willen ins ordentliche Verfahren gezogen wird, unwesentlich anders prozessiert wie im ordentlichen Verfahren. Sowieso steht aber beiden Parteien im ordentlichen Verfahren ein zweiter Parteivortrag ohne Einschränkungen auf Noven zu, welcher nach Ermessen des Gerichts mündlich oder schriftlich zu erstatten ist (Art. 225 ZPO). Im zweiten Vortrag könnten allfällige Säumnisse im ersten Parteivortrag nachteillos korrigiert werden. Umgekehrt dürfte eine Wiederholung der ersten Parteivorträge zu erheblichem Mehraufwand führen und ist – wie soeben erläutert – für eine rechtsgenügende Verteidigung der eigenen Rechtsposition nicht erforderlich.

c. Kann das erstbefasste Gericht eine Streitigkeit ans Handelsgericht überweisen?

Der Gesetzestext macht mit der Überweisungsbefugnis an «ein Gericht mit *höherer* sachlicher Zuständigkeit» klar, dass der Zuständigkeitswechsel bloss *streitwertbedingt*, nicht aber *streitgegenstandbedingt* sein darf. Entsprechend verlangt auch die Lehre, dass zu unterscheiden sei, ob sich die sachliche Zuständigkeit des Gerichts einzig nach dem Streitwert oder der Natur der Streitsache bestimmt.¹⁷ Im Unterschied zur «normalen» Widerklage weist die negative Feststellungswiderklage die Besonderheit auf, dass diese einzig auf die Abwehr des gesamten behaupteten Anspruchs der klagenden Partei gerichtet ist und mithin stets nur eine streitwertbezogene sachliche Unzuständigkeit vorliegen kann. Zu denken ist nun an folgende Konstellation: Eine juristische Entität klagt eine andere im Sinne einer echten Teilklage auf CHF 25'000 ein. Die Frage nach der handelsgerichtlichen Zuständigkeit stellt sich nicht, da diese erst ab einem Streitwert von CHF 30'000 vorliegt (Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO). Erhebt nun die beklagte Partei eine Widerklage auf Feststellung, dass der der eingeklagten Forde-

¹⁵ Vgl. ERIC PAHUD, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE ZPO-PAHUD), Art. 224 N 22.

¹⁶ DIKE ZPO-PAHUD (FN 15), Art. 224 N 12.

¹⁷ DIKE ZPO-PAHUD (FN 15), Art. 224 N 21.

zung zugrunde liegende Anspruch in dem die eingeklagte Forderung übersteigenden Umfang von CHF 180'000 nicht besteht, ist für die Widerklage bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen von Art. 6 ZPO das Handelsgericht zuständig. Mit der Überweisung ans Handelsgericht würde der Kläger aber eine Gerichtsinstanz verlieren.

Bisher waren Überweisungen ausgeschlossen, wenn die klagende Partei dadurch eine Gerichtsinstanz verliert.¹⁸ Ein Teil der Lehre hielt es aber bereits in der Konstellation, wenn eine nicht im Handelsregister eingetragene natürliche Person in Ausübung ihres Wahlrechts gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO ans Handelsgericht gelange, für zulässig, dass das Handelsgericht auch eine allfällige negative Feststellungswiderklage beurteilt. Gemäss Lehre muss die das Wahlrecht ausübende klagende Partei damit rechnen, mit einer Widerklage konfrontiert zu werden, und der Widerkläger verzichtet freiwillig, die Widerklage in einem separaten Verfahren anhängig zu machen.¹⁹

In der Konstellation, wo sich zwei juristische Entitäten in einem Prozess im vereinfachten Verfahren gegenüberstehen, stellt sich wiederum die Frage, ob die teilklagende juristische Entität schutzbedürftiger ist als die beklagte juristische Entität. Oder anders gefragt: Hat eine juristische Person den unabdingbaren Anspruch, ihre echte Teilklage im vereinfachten Verfahren von einem Nicht-Fachgericht beurteilen zu lassen, obschon sie effektiv einen in die zwingende Zuständigkeit des Handelsgerichts fallenden Gesamtanspruch behauptet? Unseres Erachtens rechtfertigt sich eine Überweisung von Teil- und Widerklage ans Handelsgericht, da auch hier die Interessen an einer Verfahrensbeschleunigung und an der Vermeidung sich widersprechender Urteile überwiegen. Sollte sich das Handelsgericht (aus einem anderen Grund) für sachlich unzuständig erachten und das Verfahren an das erstbefasste Gericht zurückweisen,²⁰ wäre zu prüfen, ob den Parteien aus der fehlerhaften Überweisung Kosten überwältigt werden dürfen. Sollte die Überweisung ans Handelsgericht entgegen den Parteianträgen erfolgt sein, wären nach unserer Ansicht zumindest die Gerichtskosten aus der Staatskasse zu bezahlen.

3. Auswirkung auf die Prozesskosten

Viele Stimmen aus der Lehre befürchten, die neue Rechtsprechung ziehe für den Kläger einen Kostennachteil nach sich. So verliert beispielsweise ein Arbeitnehmer, der seinen Arbeitgeber auf CHF 27'000 Bonusforderung (teil-)einklagt, infolge einer verfahrensändernden negativen Feststellungsklage des Arbeitgebers den Vorteil der Kostenlosigkeit des vereinfachten Verfahrens gemäss Art. 114 lit. c ZPO. Der gesamtschweizerische Kostenerlass betrifft indessen nur die Gerichtskosten. Das Risiko einer Parteientschädigung bei Unterliegen bleibt aber intakt. Eine weitergehende Kostenbefreiung nach kantonalem Recht ist zulässig (Art. 116 ZPO).²¹

Müsste der Arbeitgeber – wie von der herrschenden Lehre gefordert²² – die den Streitwert des einfachen Verfahrens übersteigende negative Feststellungsklage in einem separaten ordentlichen Verfahren geltend machen, kommt in jenem Prozess das Kostenrisiko auch für den Kläger voll zum Tragen. Zwar sind die Gerichts- und Parteikosten (neben anderen Parametern) streitwertabhängig und damit geringer, als wenn Klage und Widerklage zusammen in einem Verfahren abgeurteilt werden (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Indessen ist zu berücksichtigen, dass zwei Gerichtsverfahren zu führen wären und damit trotz oder gerade wegen der vielen Doppelspurigkeiten Mehraufwand entsteht. Zu denken ist nicht nur an mehrere Rechtsschriften und Verhandlungen in beiden Prozessen, sondern auch daran, dass eine Partei aus dem Erstverfahren wertvolle Kenntnisse gewinnt, die sie im parallelen Zweitverfahren für sich verwerten will, und entsprechend strategische Änderungen vornimmt. Damit letztere rechtzeitig erkannt und gekontert werden können, ist eine im Vergleich zum Erstprozess nicht weniger aufmerksame Analyse des vermeintlich bekannten gegnerischen Standpunkts angezeigt. Sodann könnten im Zweitprozess prozessuale Schlachtfelder eröffnet werden, beispielsweise mit einem Sistierungsgesuch. Schliesslich ist notorisch, dass die bei Obsiegen gerichtlich zugesprochene Parteientschädigung den effektiven Parteiaufwand nur in den seltensten Fällen deckt.

Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass der Verlust des Gerichtskosten Vorteils im vereinfachten Verfahren durch Überweisung ins ordentliche Verfahren zu *keinem* Kostennachteil des Klägers führt. Die Kosten für zwei Prozesse dürften infolge Doppelspurigkeiten bzw. Mehraufwand plus/minus gleich hoch ausfallen wie für einen Gesamtprozess ohne Kostenbefreiung (vorbehaltlich weiterer Kostenbefreiung durch die Kantone).

Möchte man die Folgewirkung auf Prozesskosten kritisieren, sehen wir vielmehr einen dringenden Überarbeitungsbedarf der Kostenregelung *insgesamt*. Die gesamtschweizerische Zivilprozessordnung brachte die praktisch

¹⁸ Vgl. ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2012, 53.

¹⁹ Dike ZPO-PAHUD (FN 15), Art. 224 N 25; ZPO Komm.-LEUENBERGER (FN 1), Art. 224 N 16.

²⁰ Vgl. Dike ZPO-PAHUD (FN 15), Art. 224 N 22.

²¹ Von diesem Recht machte beispielsweise der Kanton Aargau für Parteientschädigungen bei gewissen Sozialprozessen Gebrauch (vgl. z.B. § 25 Abs. 1 EG ZPO/AG).

²² Vgl. dazu die Nachweise in BGer, 4A_576/2016, 13.6.2016, E. 4.2.1.

ausnahmslose Vorschusspflicht des Klägers für die mutmasslichen Gerichtskosten sowie die Überwälzung des gesamten Inkassorisikos an den (obsiegenden) Kläger. Diese Regelungen führen dazu, dass ein Kläger von einer berechtigten Klage oftmals absieht oder aber dass sein Prozessgewinn durch das verwirklichte Inkassorisiko zunichte geht. Wenn der Staat aber (richtigerweise) das Gewaltmonopol für sich beansprucht und, gestützt darauf, das Verbot der Selbstjustiz erlässt, besteht ein erhebliches öffentliches Interesse daran, dass der Einzelne einen Anspruch auf wirksamen Schutz seiner Rechte hat. Ein wirksamer Rechtsschutz bedingt einen kostengünstigen Zugang zu den Gerichten und die effektive Bezahlung der Gerichtskosten durch den Verlierer.²³

C. Würdigung

Die neue Rechtsprechung wird dem Unterschied zwischen normaler Widerklage und dem Sonderfall der negativen Feststellungswiderklage gerecht. Zwar wäre im Sinne der Rechtssicherheit eine Auslegung von Art. 224 ZPO allein gestützt auf den Wortlaut isoliert betrachtet willkommen, indessen begünstigt sie den Kläger ohne Not. Der Einzelne erfährt durch die neue Rechtsprechung keinen Verlust eines materiellen Rechts, sondern verliert lediglich prozessuale Vorteile. Dieser Verlust scheint verkraftbar mit Blick auf die damit bewirkte Verfahrensbeschleunigung und Vermeidung sich widersprechender Urteile.

Die Auswirkungen auf die Prozesskosten sind – wenn überhaupt – minimal. Praktische Probleme kann aber die Überweisung an das neu zuständige Gericht bereiten.

²³ Kritische Stimmen zur heute geltenden Kostenregelung: ARNOLD MARTI, Die Kosten im heutigen Zivilprozess, *Justice–Justiz–Giustizia* 2017/3; BEDA STÄHELIN, Gerichtskostenvorschuss und Zugang zum Recht, *Justice–Justiz–Giustizia* 2017/3.