

Zivilprozessrecht - Widerklage - KGE (Einzelrichter der Zivilkammer) vom 9. September 2015, X. AG c. Y. GmbH - TCV C3 15 22

Zulässigkeit der Widerklage

- Ein im ordentlichen Verfahren zu beurteilender Anspruch darf nicht mittels Widerklage geltend gemacht werden, wenn für die Hauptklage das vereinfachte Verfahren gilt (Art. 224 Abs. 1 ZPO). Denn im selben Prozess können nicht gleichzeitig zwei verschiedene Verfahrensarten zur Anwendung gelangen und dem Kläger sollen die Vorteile eines einfachen Verfahrens erhalten bleiben (E. 2.1).
- Im umgekehrten Fall ist eine Widerklage, für welche das Gesetz einzig aufgrund ihres Streitwertes das vereinfachte Verfahren vorsieht, im ordentlichen Verfahren jedenfalls bei Konnexität mit der Hauptklage zuzulassen. Ein Schutzbedürfnis im oben genannten Sinne besteht hier nicht, zumal der Widerkläger letztlich freiwillig auf das vereinfachte Verfahren verzichtet (E. 2.3).

Recevabilité de la demande reconventionnelle

- On ne saurait faire valoir une prétention relevant de la procédure ordinaire par la voie d'une demande reconventionnelle lorsque la procédure simplifiée s'applique à la demande principale (art. 224 al. 1 CPC). En effet, deux procédures différentes ne peuvent être appliquées simultanément dans le cadre du même procès et le demandeur doit pouvoir conserver les avantages d'une procédure simplifiée (consid. 2.1).
- Dans le cas inverse, une demande reconventionnelle pour laquelle la loi prévoit la procédure simplifiée uniquement en raison de sa valeur litigieuse, doit être admise dans le cadre d'une procédure ordinaire, en tout cas si elle se trouve en lien de connexité avec la demande principale. Un besoin de protection dans le sens mentionné ci-dessus n'existe pas dans un tel cas, surtout qu'en fin de compte, le demandeur à titre reconventionnel renonce librement à la procédure simplifiée (consid. 2.3).

Aus den Erwägungen

2.1 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).

Die ZPO unterscheidet grundsätzlich zwischen dem ordentlichen (Art. 219 ff. ZPO), vereinfachten (Art. 243 ff. ZPO) und summarischen Verfahren (Art. 248 ff. ZPO). 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 Fr. 30 000.-

(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).

Aus Art. 224 Abs. 1 ergibt sich, dass eine dem ordentlichen Verfahren unterliegende Widerklage unzulässig ist, wenn die Hauptklage dem vereinfachten Verfahren unterliegt (vgl. Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBl 2006 7339). Diese Regel dient dazu, aus der gleichzeitigen Anwendung von zwei verschiedenen Verfahrensarten im selben Prozess entstehende Schwierigkeiten zu vermeiden. Ebenfalls soll eine Attraktion vermieden werden, durch die eine Partei die Vorteile eines einfachen Verfahrens oder eines Verfahrens verlieren könnte, in der die Interessen der mutmasslich schwächeren Partei geschützt werden sollen.

Fraglich ist indessen, was gilt, wenn für die Hauptklage das ordentliche Verfahren, für die Widerklage hingegen das vereinfachte Verfahren anwendbar ist, weil der Streitwert wie vorliegend unter Fr. 30 000.- liegt (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Gemäss dem Wortlaut von Art. 224 Abs. 1 ZPO wäre eine Widerklage auch in diesem Fall unzulässig.

Bundesgerichtlich entschieden wurde diese Frage soweit ersichtlich bislang noch nicht und die Lehre ist sich hierüber uneins. Ein Grossteil der Lehre vertritt die Meinung, eine Widerklage über einen Betrag von weniger als 30 000 Franken [und somit dem vereinfachten Verfahren unterliegend] müsse im Rahmen eines ordentlichen Verfahrens über einen höheren Betrag möglich sein. Die Zulassung der Widerklage, die prozessökonomisch sinnvoll sei, solle nicht übermässig eingeschränkt werden. Erhebe die beklagte Partei eine Widerklage, welche einzig auf Grund ihres Streitwertes eigentlich in das vereinfachte Verfahren gehören würde, in einem ordentlichen Prozess, solle diese dennoch zugelassen werden. Weder die klagende (widerbeklagte) noch die beklagte (widerklagende) Partei habe in diesem Fall ein Schutzbedürfnis (Killias, Berner Kommentar, N. 25 zu Art. 224 ZPO; vgl. auch Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., N. 14 zu Art. 224 ZPO; Tappy, in: Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/

Tappy [Hrsg.], Code de procédure civile commenté, 2011, N. 14 zu Art. 224 ZPO; Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkomentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2014, N. 3 zu Art. 224 ZPO; Rapold/Ferrari-Visca, Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: AJP 2013 S. 390 f.; Nägeli/Richers, in: Oberhammer u.a. [Hrsg.], Kurzkomentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., Basel 2013, N. 3 zu Art. 224 ZPO; Lerch, in: Gehri/Kramer, Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2010, N. 10 zu Art. 224 ZPO; Novier, Demande et réponse en procédure ordinaire selon le CPC : quelques observations, in: JdT 2010 III 219; Bohnet, Procédure civile, Basel 2011, S. 138; s. in Bezug auf Art. 90 lit. b ZPO, der für die Zulässigkeit der objektiven Klagehäufung ebenfalls die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart nennt u.a. Steinegger, Das Prozessrecht – oft geprügelter Gehilfe des materiellen Rechts, in HAVE 2014 S. 305, wonach - um prozessökonomisch unsinnige Ergebnisse zu vermeiden - in sachgerechter Auslegung des Art. 90 lit. b ZPO auf die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart zumindest dann nicht abzustellen ist, wenn die Unterscheidung zwischen ordentlichem und vereinfachtem Verfahren nur vom Streitwert abhängig ist; ebenso Gasser/Rickli, a.a.O., N. 11 zu Art. 90 ZPO; dahingehend auch Sterchi, Berner Kommentar, N. 7 zu Art. 93 ZPO; Spühler/Weber, Basler Kommentar, 2. A., N. 7 zu Art. 90 ZPO).

Andere Autoren lehnen diese Auffassung ab. Der Kläger brauche sich keine Widerklage aufdrängen zu lassen, die nach Gesetz unzulässig sei, möge die Widerklageerhebung für den Beklagten prozessökonomisch auch sinnvoll sein oder nicht (Willisegger, Basler Kommentar, 2. A., N. 43 zu Art. 224 ZPO; s. auch Pahud, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich 2011, N. 1 zu Art. 224 ZPO).

2.2 Nach den allgemeinen Regeln über die Gesetzesauslegung muss das Gesetz in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Auszurichten ist die Auslegung auf die ratio legis, die zu ermitteln dem Gericht bzw. dem zur Entscheidung berufenen Organ allerdings nicht nach ihren eigenen, subjektiven Wertvorstellungen, sondern nach den Vorgaben des Gesetzgebers aufgegeben ist. Der Balancegedanke des Prinzips der Gewaltenteilung bestimmt nicht allein die Gesetzesauslegung im herkömmlichen Sinn, sondern führt

darüber hinaus zur Massgeblichkeit der bei der Auslegung gebräuchlichen Methoden auf den Bereich richterlicher Rechtsschöpfung, indem ein vordergründig klarer Wortlaut einer Norm entweder auf dem Analogieweg auf einen davon nicht erfassten Sachverhalt ausgedehnt oder umgekehrt auf einen solchen Sachverhalt durch teleologische Reduktion nicht angewandt wird. Die Auslegung des Gesetzes ist zwar nicht entscheidend historisch zu orientieren, im Grundsatz aber dennoch auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten, da sich die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses nicht aus sich selbst begründen lässt, sondern aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten ist, die es mit Hilfe der herkömmlichen Auslegungselemente zu ermitteln gilt.

Das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid BGE 121 III 219 E. 1d die teleologische Reduktion ausdrücklich anerkannt. Dabei handelt es sich nach zeitgemäßem Methodenverständnis um einen zulässigen Akt richterlicher Rechtsschöpfung und nicht um einen unzulässigen Eingriff in die rechtspolitische Kompetenz des Gesetzgebers. Unstreitig weist zwar das Gesetzesbindungspostulat den Richter an, seine Rechtsschöpfung nach den Institutionen des Gesetzes auszurichten. Es schliesst aber für sich allein richterliche Entscheidungsspielräume nicht grundsätzlich aus, sondern markiert bloss deren gesetzliche Grenzen. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Rechtsnorm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen.

Eine echte Gesetzeslücke liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dann vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann. Von einer unechten oder rechtspolitischen Lücke ist demgegenüber die Rede, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine befriedigende, zu entnehmen ist, namentlich, wenn die vom klaren Wortlaut geforderte Subsumtion

eines Sachverhalts in der Rechtsanwendung teleologisch als unhaltbar erscheint. Echte Lücken zu füllen, ist dem Richter aufgegeben, unechte zu korrigieren, ist ihm nach traditioneller Auffassung grundsätzlich verwehrt, es sei denn, die Berufung auf den als massgeblich erachteten Wortsinn der Norm stelle einen Rechtsmissbrauch dar. Zu beachten ist indessen, dass mit dem Lückenbegriff in seiner heutigen schillernden Bedeutungsvielfalt leicht die Grenze zwischen zulässiger richterlicher Rechtsfindung *contra verba* aber *secundum rationem legis* und grundsätzlich unzulässiger richterlicher Gesetzeskorrektur verwischt wird. In differenzierender Auslegung ist daher vorab zu prüfen, ob der Wortsinn der Norm nicht bereits einem restriktiven Rechtsinn zu weichen habe, sodann, ob nicht bloss eine teleologisch nicht unterstützte Redundanz des grammatikalischen Rechtssinns gegeben sei, die durch eine Reduktion *contra verba legis* eingeschränkt werden muss. Der Lückenbegriff taugt diesfalls erst, wenn die teleologische Reduktion des Wortsinns ergibt, dass die positive Ordnung einer Regelung entbehrt, mithin eine verdeckte - aber echte - Lücke aufweist, die im Prozess der richterlichen Rechtsschöpfung zu schliessen ist. Wo jedoch der zu weit gefasste Wortlaut durch zweckgerichtete Interpretation eine restriktive Deutung erfährt, liegt ebenso Gesetzesauslegung vor wie im Fall, wo aufgrund teleologischer Reduktion eine verdeckte Lücke festgestellt und korrigiert wird. In beiden Fällen gehört die so gewonnene Erkenntnis zum richterlichen Kompetenzbereich und stellt keine unzulässige berichtigende Rechtsschöpfung dar (BGE 128 I 34 E. 3b; 121 III 219 E. 1d/aa, jeweils m.w.H.; s. zur teleologischen Reduktion etwa Emmenegger/ Tschentscher, Berner Kommentar, N. 392 ff. zu Art. 1 ZGB).

2.3 Gemäss Botschaft soll das vereinfachte Verfahren für Streitigkeiten mit einem Streitwert unter Fr. 30 000.- ein „einfaches, bürgernahes und laienfreundliches Verfahren für den Gerichtsalltag“ schaffen (BBI 2006 7245). Der ordentliche Prozess ist demgegenüber „grösseren Fällen vorbehalten“ (BBI 2006 7345). Dahinter stehe der Gedanke, dass „ein grosser vermögensrechtlicher Prozess zwischen Gesellschaften nicht gleich ablaufen soll wie eine kleine Streitigkeit zwischen Privatpersonen“ (so Kiliass, a.a.O., N. 1 Vorbemerkungen zu Art. 243 ff. ZPO). Ist die wirtschaftliche Bedeutung eines Prozesses eher gering, so trägt die ZPO dem mit ihren diversen Vereinfachungen und Entlastungen des vereinfachten Verfahrens Rechnung, wodurch gerade auch der Verhältnismässigkeit Nachachtung verschaffen wird. Gemäss Botschaft zur ZPO kann jedoch das (eher mündliche) verein-

fachte je nach Anlage des Einzelfalles dem (eher schriftlichen) ordentlichen Verfahren angenähert werden. Die Profile der verschiedenen Verfahrenstypen sollen zwar im Ausgangspunkt klar unterscheidbar sein, doch ist Durchlässigkeit geboten, damit der Prozess den konkreten Anforderungen des Einzelfalles gerecht und effizient abgewickelt werden kann (BBI 2006 7245 f.).

Mit Ausnahme der in Art. 243 Abs. 2 ZPO vorgesehenen Streitigkeiten ist es nicht die Natur der Ansprüche, die eine Behandlung im vereinfachten Verfahren rechtfertigt, sondern einzig deren wirtschaftliche Tragweite. Es geht mithin nicht um besonders sensible Materien des sozialen Privatrechts, wie sie in Art. 243 Abs. 2 ZPO genannt werden. Ausschlaggebend für die Unterscheidung ist also auch hier nur die wirtschaftliche Bedeutung der Streitigkeit. Aus diesen Überlegungen hat das Handelsgericht des Kantons Bern bezüglich des Kriteriums der Verfahrensart bei einer objektiven Klagehäufung zunächst die gesamthafte wirtschaftliche Bedeutung des Falls eruiert, mithin die Streitwerte zusammengerechnet, und erst danach geprüft, ob alle Ansprüche derselben Verfahrensart unterstehen (Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern HG 13 98 vom 23. Juni 2014 Rz. 37).

Die Widerklage dient nach dem Willen des Gesetzgebers der Prozessökonomie (Botschaft zur ZPO, BBI 2006 7339). Und gerade aus prozessökonomischer Sicht ist die Anforderung der gleichen Verfahrensart dort problematisch, wo eine im ordentlichen Verfahren zu behandelnde Hauptklage mit einer Widerklage konfrontiert wird, die aufgrund der Streitwertgrenze ins vereinfachte Verfahren fiele. Hier widerspricht es der *ratio legis*, die Widerklage nicht zuzulassen, obgleich der Widerkläger freiwillig auf die einfachere Verfahrensart verzichtet und dem Kläger durch die Behandlung der Widerklage keine kompliziertere Verfahrensart aufgezwungen wird, befindet sich dieser doch bereits im ordentlichen Verfahren. Wenn im vereinfachten Verfahren keine Widerklage, die dem ordentlichen Verfahren unterliegt, zugelassen wird, dient dies dem Schutz des Klägers, welchem das einfachere und billigere vereinfachte Verfahren erhalten bleiben soll. Dieser Schutz ist im gegenteiligen Fall, d.h. bei einer im ordentlichen Prozess zu behandelnden Hauptklage nicht erforderlich und es wäre prozessökonomisch sinnwidrig, dem Beklagten die Widerklage zu verweigern, nur weil sie aufgrund des Streitwertes an sich im vereinfachten Verfahren zu behandeln wäre (Rapold/Ferrari-Visca, a.a.O., S. 391; Brändli, Prozessökonomie im schweizerischen Recht,

Bern 2013 S. 157 Fn 765, jeweils mit weiteren Hinweisen). Die Zulässigkeit einer Widerklage mit einem Streitwert unterhalb von Fr. 30 000.- im ordentlichen Prozess ist jedenfalls dann angezeigt, wenn zwischen Klage und Widerklage Konnexität besteht, andernfalls u.U. sich widersprechende Urteile in derselben Sache drohten, was nicht nur der Prozessökonomie, sondern auch der Rechtssicherheit äusserst abträglich erschiene (Brändli, Prozessökonomie im schweizerischen Recht, Bern 2013 S. 157 Fn 765 mit Hinweis auf Berger, Verfahren vor dem Handelsgericht: ausgewählte Fragen, praktische Hinweise, ZBJV 148/2012, S. 475 und Sogo, Widerklage in handelsrechtlichen Streitigkeiten: Kernpunkttheorie und Erfordernis der gleichen sachlichen Zuständigkeit, ZBJV 147/2011, S. 968).

Diese Konnexität ist vorliegend gegeben, da sowohl die eingeklagte Forderung als auch die widerklageweise geltend gemachte Forderung den von der Beklagten für die Klägerin erstellten Neubau einer Gewerbebaute betreffen. Die Klägerin selbst führt in ihrer Klage vom 6. Oktober 2014 zur nun widerklageweise geltend gemachte Forderung auf S. 3 aus, die Rechnung im Betrage von Fr. 9180.- für den Vorbau sei am 11. Juni 2013 gestellt und noch nicht bezahlt worden, da weder Mängel behoben worden seien noch eine Abnahme der gesamten Halle stattgefunden habe.

Nach dem Gesagten rechtfertigt es sich, die Widerklage zuzulassen (...).