

Urteilskopf

143 III 495

64. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. Stadt U. gegen A. AG (Beschwerde in Zivilsachen) 4A_141/2017 vom 4. September 2017

Regeste (de):

Art. 6 ZPO; Widerklage vor Handelsgericht.

Wurde das Handelsgericht gestützt auf Art. 6 Abs. 3 ZPO angerufen, ist eine konnexe Widerklage trotz fehlendem Handelsregistereintrag des Widerbeklagten zulässig (E. 2). Regeste b

Regeste (fr):

Art. 6 CPC; demande reconventionnelle devant le tribunal de commerce.

Lorsque le tribunal de commerce a été mis en oeuvre conformément à l'art. 6 al. 3 CPC, une demande reconventionnelle connexe est recevable nonobstant le fait que le défendeur reconventionnel n'est pas inscrit au registre du commerce (consid. 2). Regeste b

Regesto (it):

Art. 6 CPC; domanda riconvenzionale innanzi al tribunale commerciale.

Se il tribunale commerciale è stato adito in virtù dell'art. 6 cpv. 3 CPC, una domanda riconvenzionale connessa è ammissibile anche senza che il convenuto riconvenzionale sia iscritto a registro di commercio (consid. 2). Regesto b

Regeste b

Art. 108 Ziff. 1, 107 Abs. 2 OR; unverzügliche Verzichtserklärung. Im Grundsatz ist auch in einem Fall von Art. 108 Ziff. 1 OR eine unverzügliche Verzichtserklärung im Sinne von Art. 107 Abs. 2 OR erforderlich. Beruft sich der Schuldner auf deren Fehlen, kann dies im Einzelfall allerdings treuwidrig sein (E. 4.3.1 und 4.3.2). Sachverhalt ab Seite 496

BGE 143 III 495 S. 496

A. Die Stadt U. (Klägerin, Widerbeklagte, Beschwerdeführerin) schloss mit der A. AG (Beklagte, Widerklägerin, Beschwerdegegnerin) einen Vertrag über die Gesamterneuerung ihres Internetauftritts. Nach Differenzen setzte sie der Beklagten mehrere Nachfristen zur mängelfreien Erfüllung an, wobei die letzte am 1. Juli 2014 ablief. Mit E-Mail vom 20. August 2014 fragte die Beklagte bei der Klägerin nach, ob sie für die Fertigstellung personelle Ressourcen für September und Oktober reservieren solle. Die Klägerin vertröstete die Beklagte betreffend den Entscheid über das weitere Vorgehen auf die Woche des 22. September 2014. Mit Schreiben vom 22. September 2014 erklärte sie unter Berufung auf Täuschung, Terminverzug und Kostenüberschreitung den sofortigen Rücktritt vom Vertrag.

B. Mit Klage beim Handelsgericht des Kantons Zürich forderte die Klägerin die von ihr an die Beklagte

geleisteten Zahlungen zurück und machte überdies Schadenersatzansprüche geltend. Die Beklagte verlangte widerklageweise, die Klägerin sei zur Bezahlung der restlichen vertraglich geschuldeten Pauschalrate sowie von Schadenersatz zu verpflichten. Das Handelsgericht wies die Hauptklage ab und verpflichtete die Klägerin und Widerbeklagte, der Beklagten und Widerklägerin die restliche Pauschalrate zu bezahlen. Im Mehrbetrag wies es die Widerklage ab. Das Bundesgericht weist die Beschwerde der Beschwerdeführerin ab. (Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Die Vorinstanz stellte einleitend fest, die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts für die Klage sei zu Recht unbestritten geblieben. Es liege insbesondere eine zivilrechtliche Streitigkeit vor, obschon sie im Zusammenhang mit einem öffentlich-rechtlichen Submissionsverfahren stehe. Unter Hinweis auf ihre eigene Rechtsprechung (Beschluss vom 17. April 2014, in: ZR 113/2014 Nr. 46 S. 149 ff.) erwog die Vorinstanz sodann, entgegen der Beschwerdeführerin sei auch die Zuständigkeit für die Widerklage gegeben, unabhängig davon, dass die Beschwerdeführerin nicht im Handelsregister eingetragen sei, weil die übrigen Voraussetzungen einer handelsrechtlichen Streitigkeit

BGE 143 III 495 S. 497

gegeben seien und es sich um eine zur Hauptklage konnexe Widerklage handle.

2.2 Die sachliche Zuständigkeit wird als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen geprüft (Art. 60 ZPO), also nicht nur auf Parteieinrede hin. Erlässt ein sachlich unzuständiges Gericht einen Entscheid, leidet dieser nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung an einem schwerwiegenden Mangel, der je nach den Umständen die Nichtigkeitsfolge nach sich ziehen kann (BGE 137 III 217 E. 2.4.3 S. 225 mit Hinweisen; Urteil 4A_100/2016 vom 13. Juli 2016 E. 2.1.1, nicht publ. in: BGE 142 III 515). Die Beschwerdeführerin hat das Handelsgericht aufgrund ihres Klägerwahlrechts (Art. 6 Abs. 3 ZPO) - in Durchbrechung des Grundsatzes der double instance (vgl. Art. 75 Abs. 2 BGG) - als einzige kantonale Instanz angerufen. Es ist unbestritten, dass die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts für die Widerklage nicht gegeben wäre, wenn die Beschwerdegegnerin ihre Ansprüche in einer (selbstständigen) Hauptklage eingeklagt hätte, da die Beschwerdeführerin (als in diesem Fall Beklagte) nicht im Handelsregister eingetragen ist (Art. 6 Abs. 2 lit. c und Abs. 3 ZPO). Die zwei weiteren Voraussetzungen für eine handelsrechtliche Streitigkeit (Art. 6 Abs. 2 lit. a und b ZPO) sind demgegenüber erfüllt. Unbestritten besteht auch Konnexität zwischen den Gegenständen von Haupt- und Widerklage; beide beruhen auf dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag. Es ist zu prüfen, ob bei Konnexität von Klage und Widerklage das gestützt auf Art. 6 Abs. 3 ZPO angerufene Handelsgericht als einzige kantonale Instanz auch für die Widerklage zuständig ist, auch wenn hinsichtlich der Widerklage die Voraussetzung von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO nicht erfüllt ist. Diese Frage muss das Bundesgericht erstmals entscheiden.

2.2.1 Die sachliche Zuständigkeit des Hauptklagegerichts für die Widerklage wird im Wortlaut von Art. 224 Abs. 1 ZPO nicht als eine Voraussetzung für die Erhebung der Widerklage aufgezählt; dies im Gegensatz zur selben Verfahrensart. Richtet sich die sachliche Zuständigkeit nach dem Streitwert und übersteigt der Streit-

wert der Widerklage die sachliche Zuständigkeit des Gerichts, erfolgt die Überweisung beider Klagen an das sachlich zuständige Gericht (Art. 224 Abs. 2 ZPO). Eine ausdrückliche Regelung dafür, wie es sich verhält, wenn die sachliche Zuständigkeit - wie bei der des Handelsgerichts - an der Natur der Streitsache anknüpft, fehlt jedoch.

BGE 143 III 495 S. 498

Gemäss Art. 75 Abs. 2 BGG muss es sich bei der kantonalen Vorinstanz grundsätzlich um eine Rechtsmittelinstanz handeln. Nur wenn das Handelsgericht von Bundesrechts wegen berechtigt war, als einzige kantonale Instanz die Widerklage zu behandeln (vgl. Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG), wird dieser Grundsatz nicht verletzt. Die Frage nach der sachlichen Zuständigkeit für die Widerklage geht somit vorliegend einher mit der Frage, ob das Prinzip der double instance durchbrochen werden durfte - es gilt also, Art. 6 ZPO auszulegen. Ob die sachliche Zuständigkeit generell eine Voraussetzung für eine Widerklage ist und wie sich diesbezüglich das Bundesrecht und das kantonale Recht zueinander verhalten (vgl. Art. 4 Abs. 1 und Art. 224 Abs. 2 ZPO), braucht infolgedessen vorliegend nicht entschieden zu werden. Ob Handelsgerichte für derartige Widerklagen zuständig sind, wird in der Lehre entsprechend unterschiedlich beantwortet. Einerseits wird von der grundsätzlichen Unzuständigkeit des Handelsgerichts für solche Widerklagen ausgegangen (ERIC PAHUD, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Bd. II, Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N. 24 zu Art. 224 ZPO; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, S. 225 § 14 Rz. 33; beide mit Hinweis auf die Botschaft. Ebenso: JACQUES HALDY, in: CPC, Code de procédure civile commenté, 2011, N. 9 zu Art. 6 ZPO) oder gerade umgekehrt von der generellen Zulässigkeit von nicht in die handelsgerichtliche Zuständigkeit fallenden konnexen Widerklagen, also nicht nur für den Fall, dass die Widerbeklagte nicht im Handelsregister eingetragen ist (HAAS/SCHLUMPF, in: ZPO, Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 4 zu Art. 6 ZPO; RAPOLD/FERRARI-VISCA, Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, AJP 2013 S. 403; VOCK/NATER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 18 zu Art. 6 ZPO, die selbst eine Zulässigkeit von nicht konnexen Widerklagen bejahen). Eine dritte Auffassung bejaht die Zuständigkeit des Handelsgerichts für die konnexe Widerklage nebst dem Fall, dass die Widerbeklagte nicht im Handelsregister eingetragen ist, auch für den Fall, dass die Widerklage die Streitwertgrenze von Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO nicht erreicht, und schliesst sie einzig aus für den Fall, dass es an der geschäftlichen Tätigkeit (Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO) fehlt (MEINRAD VETTER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 40 zu

BGE 143 III 495 S. 499

Art. 6 ZPO; wohl auch BERNHARD BERGER, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, 2012, N. 29 zu Art. 6 ZPO). Schliesslich wird gerade für den vorliegenden Fall, dass die klagende Partei von ihrem Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO Gebrauch macht, eine Ausnahme befürwortet; dann soll das Handelsgericht auch für die konnexe Widerklage zuständig sein (LAURENT KILLIAS, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, 2012, N. 41 zu Art. 224 ZPO; wohl auch NAEGELI/RICHERS, in: ZPO, Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 10 zu Art. 224 ZPO; unklar, evtl. ebenso: CHRISTOPH LEUENBERGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 16 zu Art. 224 ZPO). Eine letzte Auffassung hält dafür, auf das Erfordernis der gleichen sachlichen Zuständigkeit müsse in jenen Fällen verzichtet werden, in denen sich die Haupt- und die Widerklage so nahe stehen, dass sie sich nach der Kernpunkttheorie ausschliessen, nicht jedoch zwingend bei lediglich konnexen Klagen (MIGUEL SOGO, Widerklage in han-

delsrechtlichen Streitigkeiten: Kernpunkttheorie und Erfordernis der gleichen sachlichen Zuständigkeit, ZBJV 2011 S. 966 f.).

2.2.2 Es kann hier offengelassen werden, ob und falls ja in welchen (weiteren) Fällen das Handelsgericht für eine Widerklage zuständig sein könnte. Für den Fall, dass einzig der Handelsregistereintrag des Klägers/Widerbeklagten fehlt, weil dieser sein Klägerwahlrecht (Art. 6 Abs. 3 ZPO) ausgeübt hat, ist jedenfalls die Zuständigkeit des Handelsgerichts für die konnexe Widerklage zu bejahen.

2.2.2.1 Entgegen der teilweise in der zitierten Lehre vertretenen Auffassung äussert sich die Botschaft (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBl 2006 7340 Ziff. 5.15 zu Art. 221 E-ZPO) nicht zum hier vorliegenden Fall. Sie stellt einzig fest, dass die Überweisung gemäss Art. 224 Abs. 2 ZPO nur stattfinden kann, wenn die Klägerin dadurch keine Instanz verliert. 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. Die Botschaft lässt somit offen, wie zu verfahren ist, wenn die Widerklage aufgrund der Natur der Streitsache nicht in die sachliche Zuständigkeit des Hauptklagegerichts fällt (ebenso: RAPOLD/FERRARI-VISCA, a.a.O., S. 397). Insbesondere bleibt unbeantwortet, ob es zulässig ist, dass die Klägerin/Widerbeklagte

BGE 143 III 495 S. 500

durch die Widerklage bei der für die Hauptklage sachlich zuständigen, einzigen kantonalen Instanz in Bezug auf die Widerklage eine Instanz "verlieren" würde. Während des Gesetzgebungsverfahrens war es kein Thema, die Widerklage von Bundesrechts wegen an die gleiche sachliche Zuständigkeit zu binden. Zur Diskussion stand lediglich, den Kantonen die Möglichkeit zu belassen, eine solche Voraussetzung zusätzlich vorzusehen, worauf dann aber verzichtet wurde. Das spricht (eher) dafür, dass der Gesetzgeber bewusst die Widerklage (insgesamt) nicht an das Erfordernis der gleichen sachlichen Zuständigkeit knüpfen wollte (i.d.S. SOGO, a.a.O., S. 945 und 957). Für die Auslegung dessen, was der Gesetzgeber spezifisch bezüglich Art. 6 ZPO beabsichtigte, ist auch die Praxis zu den kantonalen Zivilprozessordnungen von Bedeutung, an denen sich die Regelung der sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte orientierte (BGE 142 III 96 E. 3.3.4 S. 101; BBl 2006 7261 Ziff. 5.2.1 zu Art. 6 E-ZPO). Diese Praxis war jedoch nicht einheitlich. So war beispielsweise im Kanton Aargau eine (konnexe) Widerklage zulässig, auch wenn der Widerbeklagte nicht im Handelsregister eingetragen war, sofern im Übrigen die Zuständigkeit des Handelsgerichts für den Gegenanspruch gegeben war (§ 406 des Zivilrechtspflegegesetzes [des Kantons Aargau] vom 18. Dezember 1984 [ZPO; ehemals SAR 221.100]). Demgegenüber war eine derartige Begründung der Zuständigkeit des Handelsgerichts für die Widerklage nicht möglich in den Kantonen Zürich (Urteil 4A_504/2011 vom 24. Februar 2012 E. 3) und St. Gallen (vgl. auch die Übersicht zu den kantonalen Regelungen bei RAPOLD/FERRARI-VISCA, a.a.O., S. 400 f., und SOGO, a.a.O., S. 965 bei Fn. 75). Insgesamt lassen sich somit aus der Entstehungsgeschichte keine klaren Hinweise ableiten.

2.2.2.2 Art. 14 ZPO sieht für konnexe Widerklagen einen Gerichtsstand am Ort der Hauptklage vor. Vergleichbare Normen bestehen auch auf Ebene der internationalen Zuständigkeit (vgl. Art. 8 IPRG [SR 291] und Art. 6 Nr. 3 LugÜ [SR 0.275.12]). Hinter Art. 14 ZPO steht die Absicht des Gesetzgebers, sachlich zusammenhängende Widerklagen prozessökonomisch und widerspruchsfrei durch dasselbe Gericht beurteilen zu lassen, wie sie zuvor schon hinter Art. 6 Abs. 1 GestG (AS 2000 2355) stand (zit. Urteil 4A_504/2011 E. 3.2; Urteile 4A_176/2007 vom 29. August 2007 E. 2.3; 5C.260/2006 vom 30. März 2007 E. 3). Daraus wird unter teleologischen

Gesichtspunkten abgeleitet, dies spreche allgemein dafür, dass konnexen Widerklagen auch einschränkende Bestimmungen betreffend die sachliche Zuständigkeit nicht entgegenstehen sollten (RAPOLD/FERRARIVISCA, a.a.O., S. 402); eindeutig ist auch dies aber nicht. Ebenso lässt sich sagen, dass der Gesetzgeber bei der örtlichen und internationalen Zuständigkeit eine klare Regelung getroffen hat, während er bei der sachlichen Zuständigkeit darauf verzichtete. Schliesslich verlangt Art. 90 lit. a ZPO für die objektive Klagenhäufung ausdrücklich die gleiche sachliche Zuständigkeit. Das spreche - so eine Lehrmeinung - gegen die Absicht des Gesetzgebers, die Widerklage von Bundesrechts wegen an die gleiche sachliche Zuständigkeit zu knüpfen. Dies zeige, dass der Bundesgesetzgeber dort, wo er die gleiche sachliche Zuständigkeit als notwendig erachtete, es nicht bei einem stillschweigenden Verweis auf die Grundregel des Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO belies (SOGO, a.a.O., S. 945). Auch dies ist aber kein wirklich überzeugendes Argument. Ebenso wie bei der Widerklage schweigt der Gesetzestext nämlich auch bei der subjektiven Klagenhäufung (Art. 71 ZPO) und der Streitverkündungsklage (Art. 81 ZPO). Trotzdem hat das Bundesgericht entschieden, Art. 71 ZPO setze die gleiche sachliche Zuständigkeit stillschweigend voraus, denn "was für die Klagenhäufung gegen dieselbe Partei gilt (vgl. Art. 90 lit. a ZPO), muss umso mehr für Klagen gegen eine einfache Streitgenossenschaft gelten" (BGE 138 III 471 E. 5.1 S. 480; Urteil 4A_239/2013 vom 9. September 2013 E. 3.2). Ob auch hinsichtlich der Widerklage davon ausgegangen werden könnte, Art. 224 ZPO belasse es unausgesprochen bei der Grundregel des Art. 59 ZPO und setze daher die gleiche sachliche Zuständigkeit voraus, oder ob vielmehr der Gesetzgeber mit Art. 224 ZPO die Voraussetzung der gleichen sachlichen Zuständigkeit für eine Widerklage aufhob, kann wie einleitend angesprochen offenbleiben.

2.2.2.3 Bei Ausübung des Klägerwahlrechts (Art. 6 Abs. 3 ZPO) kommt nämlich Folgendes hinzu: Mit der (einstufigen) Handelsgerichtsbarkeit hat der Gesetzgeber eine Ausnahme vom grundsätzlich geltenden Prinzip der doppelten Instanz geschaffen. Gerechtfertigt wurde diese Ausnahme durch das Fachwissen des Spezialgerichts und den Zeitgewinn (BBJ 2006 7261 Ziff. 5.2.1 zu Art. 6 E-ZPO), zwei Vorteile, die bei handelsrechtlichen Streitigkeiten den Verlust einer Instanz rechtfertigen. Liegt eine handelsrechtliche Streitigkeit gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO vor, ist das Handelsgericht zwingend sachlich zuständig. Mit der Wahlmöglichkeit von Art. 6 Abs. 3 ZPO

räumte der Gesetzgeber Nicht-Kaufleuten eine zusätzliche Option ein (BGE 138 III 694 E. 2.9 S. 700 f.). Obwohl diesfalls an sich keine handelsrechtliche Streitigkeit nach Art. 6 Abs. 2 ZPO vorliegt, können diese das Handelsgericht anrufen, müssen aber nicht. Mit diesem einseitigen Wahlrecht werden Nicht-Kaufleute privilegiert, können sie doch im konkreten Fall entscheiden, ob sie die Beurteilung ihrer Streitigkeit durch ein einziges kantonales Fachgericht oder durch die ordentlichen Gerichte bevorzugen (vgl. auch BGE 142 III 623 E. 2.4 S. 625). Eine über die Möglichkeit zur Wahl des sachlich zuständigen Gerichts hinausgehende Bevorzugung der Nicht-Kaufleute wurde mit Art. 6 Abs. 3 ZPO jedoch nicht angestrebt. Darauf würde es aber hinauslaufen, wenn mit der Anrufung des Handelsgerichts ausserdem die "Gefahr" einer Widerklage allein wegen des fehlenden Handelsregistereintrags des Widerbeklagten gebannt werden könnte, die vor dem ordentlichen Gericht bestünde. Jedenfalls soweit die Widerklage in einem sachlichen Zusammenhang mit der Klage steht, ist dem Kläger und Widerbeklagten zudem auch der mit der Zulassung einer solchen Widerklage verbundene "Verlust" einer Instanz zuzumuten. Wählt er nämlich für die Beurteilung seiner Klage selber das Handelsgericht und verzichtet damit auf den doppelten Instanzenzug, kann er sich über eine umfassende Beilegung dieser Streitigkeit, also auch die Beurteilung einer konnexen Widerklage, durch das von ihm gewählte Gericht nicht beschweren. Angesichts der verlangten Konnexität der beiden Klagen führt dies schliesslich auch nicht dazu, dass das Handelsgericht einen Gegenstand behandeln müsste, der ausserhalb seiner Fachkompetenz liegt. Diese Konnexität

dürfte sodann regelmässig - und so auch hier - dazu führen, dass die Widerklage die Voraussetzungen nach Art. 6 Abs. 2 lit. a und b ZPO erfüllt (vgl. im Zusammenhang mit lit. b auch Art. 53 Abs. 2 BGG); ob dies zwingend der Fall sein muss, braucht hier aber nicht entschieden zu werden. Es ist zuzugeben, dass das prozessuale Verhalten des Klägers und Widerbeklagten, an welches hier angeknüpft wird, eine gewisse Ähnlichkeit mit der Einlassung hat. Eine Einlassung auf ein sachlich unzuständiges Gericht ist aber ausgeschlossen. Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte ist der Parteidisposition entzogen. Was die Einlassung betrifft, so ergibt sich der gesetzgeberische Wille, diese auszuschliessen, unmittelbar aus den Materialien: Im Vorentwurf zur ZPO war die Möglichkeit der Einlassung noch enthalten (Art. 5 Abs. 1 lit. c Ziff. 3 des Vorentwurfs), wobei sie auch dort nur den

BGE 143 III 495 S. 503

fehlenden Eintrag der beklagten Partei im Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register hätte heilen können, nicht aber den fehlenden geschäftlichen Bezug. Wie sich aus der Botschaft ergibt, wurde diese Bestimmung bewusst gestrichen und sollte die Einlassung generell unzulässig sein (BGE 140 III 355 E. 2.4 S. 365 mit Hinweis auf BBl 2006 7261 Ziff. 5.2.1 zu Art. 6 E-ZPO; BGE 138 III 471 E. 3.1 S. 477). In der Botschaft wurde dies damit begründet, dass sonst Konsumentenstreitigkeiten mit einem Streitwert von über Fr. 30'000.- plötzlich der Handelsgerichtsbarkeit unterstehen würden und eine Partei Gefahr liefe, unwissentlich auf das ordentliche Verfahren zu verzichten und so eine Instanz zu verlieren (BBl 2006 7261 Ziff. 5.2.1 zu Art. 6 E-ZPO). Diese Gefahren bestehen vorliegend nicht. Zudem war die Wahlmöglichkeit für Nicht-Kaufleute (Art. 6 Abs. 3 ZPO) im Entwurf zur ZPO noch nicht vorgesehen (vgl. zur Entstehungsgeschichte BGE 138 III 694 E. 2.2 S. 696 mit Hinweis) - auf diese Situation kann sich die Botschaft infolgedessen gar nicht erst beziehen. Dass sich der Kläger mit der Wahl des Handelsgerichts gleichsam auf konnexe Widerklagen vor dem Handelsgericht "einlässt", ist von der grundsätzlich verbotenen Einlassung abzugrenzen.

2.2.2.4 Das Handelsgericht ist somit auch zuständig für eine konnexe Widerklage gegen die nicht im Handelsregister eingetragene Klägerin und Widerbeklagte. (...)

4. (...)

4.3.1 Wie bereits die Vorinstanz erwähnte, wird die Frage, ob auch in den Fällen nach Art. 108 OR eine unverzügliche Verzichtserklärung erforderlich ist, in der Lehre unterschiedlich beantwortet. So verlangen namentlich folgende Autoren eine unverzügliche Verzichtserklärung auch im Fall von Art. 108 Ziff. 1 OR: EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1988, S. 375 (nicht aber für die Fälle von Art. 108 Ziff. 2 und 3 OR); WOLFGANG WIEGAND, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 6. Aufl. 2015, N. 8 zu Art. 108 OR; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 10. Aufl. 2014, S. 133 Rz. 2761; PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl. 1997, S. 732. Denn selbst wenn der Schuldner unmissverständlich erkläre, dass er nicht leisten werde, sei damit nicht gesagt, dass sich die Gläubigerin diesen Gegebenheiten unterziehe und nicht eine Erfüllungsklage erhebe; es bedürfe

BGE 143 III 495 S. 504

deshalb der mit der Verzichtserklärung bezweckten Klarstellung. Andere Autoren sind ohne weitere Differenzierung betreffend die verschiedenen Tatbestände des Art. 108 OR, jedenfalls aber für den Fall gemäss Art. 108 Ziff. 1 OR, der Auffassung, es bedürfe keiner unverzüglichen Verzichtserklärung; der Verzicht könne solange erklärt werden, wie die Leistungsverweigerung anhalte (FURRER/WEY, in: Obligationenrecht, allgemeine Bestimmungen, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 23 zu Art. 108 OR; ANDREAS THIER, in: OR, Heinrich Honsell [Hrsg.], 2014, N. 5 zu Art. 108 OR; LUC THÉVENOZ, in: Commentaire romand, Code des obligations, Bd. I, 2. Aufl. 2012, N. 20 zu Art. 107 OR; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2009, S. 909 f. § 55 Rz. 126 f.; ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, 3. Aufl. 2000, N. 52 zu Art. 108 OR [allfälligen Spekulationsabsichten des Gläubigers könne der Schuldner durch nachträgliche Leistung entgegenwirken]; FRANZ SCHENKER, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im Schweizerischen Obligationenrecht, 1988, S. 208 f. Rz. 567; BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1964, S. 375), wobei sich viele dieser Autoren auf BGE 76 II 300 und BGE 69 II 243 berufen.

4.3.2 Es trifft zu, wie die Vorinstanz darlegte, dass das Bundesgericht sich in verschiedenen Entscheiden für die Notwendigkeit einer unverzüglichen Verzichtserklärung auch in den Fällen von Art. 108 Ziff. 1 OR aussprach. Das Gesetz bezwecke mit dem Erfordernis der Unverzüglichkeit der Verzichtserklärung den Schutz des säumigen Schuldners. Es widerspräche der ratio legis, wenn der vertragstreue Teil im Fall der Leistungsverweigerung durch den Schuldner, d.h. in einem Fall von Art. 108 Ziff. 1 OR, die Verzichtserklärung während der Dauer des Verzugs beliebig hinausschieben dürfte (BGE 54 II 30 S. 33 f.; Urteile 4A_232/2011 vom 20. September 2011 E. 5.3; 4C.58/2004 vom 23. Juni 2004 E. 3.3). In anderen Entscheiden wurde davon ausgegangen, bei einer eindeutigen Leistungsverweigerung des Schuldners i.S.v. Art. 108 Ziff. 1 OR könne vom Gläubiger keine unverzügliche Verzichtserklärung verlangt werden. In einem solchen Fall komme der Ausübung des Wahlrechts durch den Gläubiger keine praktische Bedeutung zu, denn die Realerfüllung falle infolge der Erfüllungsverweigerung durch den Schuldner ausser Betracht. Ein Schuldner, der dem Gläubiger in einem solchen Fall die fehlende unverzügliche Verzichtserklärung entgegenhalte,

BGE 143 III 495 S. 505

verhalte sich widersprüchlich und gegen Treu und Glauben (BGE 48 II 220 E. 2 S. 224 f.; 76 II 300 E. 2 S. 304 f.; Urteil 4A_603/2009 vom 9. Juni 2010 E. 2.4; vgl. auch BGE 69 II 243 E. 5 S. 245 f.). Entgegen dem, was die Vorinstanz anzunehmen scheint, ist nicht zwischen einer älteren und einer jüngeren Rechtsprechung zu unterscheiden. Vielmehr differieren die beurteilten Situationen im Sachverhalt, wie sich namentlich aus den publizierten Entscheiden ergibt. Aufgrund der Gegebenheiten des Einzelfalls gelangte in einigen Fällen eine Ausnahme von der allgemeinen Regel zur Anwendung, während in den anderen der Grundsatz zum Zuge kam. Widersprüchlich und gegen Treu und Glauben verhält sich nur jener Schuldner, der seine eigene Leistung klar, definitiv und bedingungslos verweigert und sich dann auf die fehlende unverzügliche Verzichtserklärung des Gläubigers beruft. Durch seine Haltung nimmt der Schuldner dem Gläubiger faktisch die Möglichkeit, mit Aussicht auf Erfolg an der Realerfüllung festzuhalten, wodurch dieser praktisch gar nicht mehr zwischen Erfüllung der primären Leistungspflicht und Verzicht darauf wählen kann (z.B. Annulation der Bestellung durch den Schuldner, da der Fabrikant nicht liefern könne, BGE 76 II 300 Sachverhalt lit. A S. 301 und E. 2 S. 305). Andererseits wurde in BGE 54 II 30 S. 32 unter Bezugnahme auf BGE 48 II [220 E. 2 S.]224 f. abgegrenzt und zutreffend festgestellt, es liege kein vergleichbarer Tatbestand einer Treuwidrigkeit vor, da im zu beurteilenden Fall die Schuldnerin die Lieferung nicht schlechthin verweigere, sondern (nur, wenn auch zu Unrecht) unter den von der Gegenpartei gesetzten Bedingungen (Vorleistung). In einem solchen Fall besteht das Bedürfnis, dass die Gläubigerin klar und unverzüglich erklärt, ob sie an der Erfüllung festhält oder auf diese verzichtet; die Schuldnerin verhält sich diesfalls nicht treuwidrig, wenn sie sich auf das Fehlen einer entsprechenden Er-

klärung beruft.

Vorliegend bestand nach der eigenen Darstellung der Beschwerdeführerin keine derart eindeutige Situation, die eine Berufung der Beschwerdegegnerin auf eine unverzügliche Verzichtserklärung als treuwidrig erscheinen liesse. Die Beschwerdeführerin hätte daher den Rücktritt mit Verzicht auf die Leistung unverzüglich erklären müssen. Selbst wenn in einem Fall von Art. 108 Ziff. 1 OR an die Unverzüglichkeit weniger strenge Anforderungen zu stellen sein sollten als in einem Fall von Art. 107 Abs. 1 OR (dahingehend BGE 54 II 30 S. 34; im Ergebnis wohl so zit. Urteil 4A_232/2011 E. 5.4), wäre die Erklärung der Beschwerdeführerin verspätet erfolgt. Denn

BGE 143 III 495 S. 506

jedenfalls spätestens nach der Anfrage der Beschwerdegegnerin vom 20. August 2014 bezüglich Planung der personellen Ressourcen (vgl. nicht publ. E. 4.2) hätte umgehend der Verzicht erklärt werden müssen; dies geschah aber erst einen (weiteren) Monat später. Im Ergebnis ist daher der Vorinstanz zuzustimmen, dass die Beschwerdeführerin mit ihrer Erklärung vom 22. September 2014 unberechtigterweise vom Vertrag zurückgetreten ist. (...)