

2. Privatrecht/Droit privé

2.7. Schuldrecht – allgemein/ Droit des obligations – en général

2.7.1. Obligationenrecht – Allgemeiner Teil – allgemein/Droit des obligations – Partie générale – en général

2.7.1.2. Wirkung/Effet

(2) BGer 4A_141/2017: Sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts bei konnexer Widerklage und Rück- trittsfragen bei gescheitertem IT-Projekt

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_141/2017 vom 4. September 2017, *Stadt U. gegen A. AG.*, Sachliche Zuständigkeit bei Widerklage, Software-Integrationsvertrag, Rücktritt (zur amtlichen Publikation vorgesehen).



ROMAN HUBER*

Wann ist das Tatbestandselement «unverzüglich» (Art. 107 Abs. 2 OR) bei Rücktritt vom Vertrag erfüllt? Braucht es auch in den Fällen nach Art. 108 OR eine unverzügliche Verzichtserklärung? Für den Fall, dass einzig der Handelsregistereintrag des Klägers/Widerbeklagten fehlt, weil dieser sein Klägerwahlrecht (Art. 6 Abs. 3 ZPO) ausgeübt hat, ist die Zuständigkeit des Handelsgerichts für die konnexe Widerklage zu bejahen.

I. Einleitung

Das Bundesgericht hatte im vorliegenden zur amtlichen Publikation vorgesehenen Urteil eine von der Klägerin und Beschwerdeführerin geltend gemachte Täuschung (E. 3.1–3.4.3) sowie einen Grundlagenirrtum (E. 3.4.4) im Zusammenhang mit einer Streitigkeit aus einem Software-Integrationsvertrag verneint.

Daneben prüfte es, ob der von der Klägerin und Beschwerdeführerin nebst Täuschung erklärte Rücktritt vom Projektierungsvertrag sowie von der später abgeschlossenen Zusatzvereinbarung «unverzüglich» im Sinne von Art. 107 Abs. 2 OR erfolgt ist (E. 4). Ferner äusserte es sich zu der in der Lehre unterschiedlich beantworteten Frage, ob auch bei Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR eine «unverzügliche» Erklärung über das weitere Schicksal des Vertrags hätte erfolgen müssen (E. 4.3). In prozessualer Hin-

* ROMAN HUBER, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Bär & Karrer AG, Zürich.

sicht musste das Bundesgericht sich sodann erstmals zu der in der Lehre ebenfalls umstrittenen Frage äussern, ob das angerufene Handelsgericht auch für eine konnexe Widerklage der Beklagten gegen die nicht im Handelsregister eingetragene Klägerin und Widerbeklagte zuständig ist (E. 2). Diese Urteilsbesprechung wird sich im Folgenden auf die beiden letztgenannten Themen Leistungsverzicht und sachliche Zuständigkeit bei Widerklage beschränken.¹

II. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Im Jahr 2011/2012 schrieb die Stadt U. (Klägerin, Widerbeklagte, Beschwerdeführerin, «Kundin») die Gesamterneuerung ihres Internetauftritts im Rahmen eines Submissionsverfahrens öffentlich aus. Die A. AG (Beklagte, Widerklägerin, Beschwerdegegnerin, «Unternehmerin») reichte zusammen mit ihrer Offerte, welche auf der Softwarelösung B. («Software») beruhte, ein umfangreiches Dossier ein, welches insbesondere das ausgefüllte, auf Selbstdeklaration basierende Formular «Erfüllung Anforderungen/Funktionen» enthielt.

In der Folge plausibilisierte die Kundin unter Beizug eines externen Beraters («Berater») die Angaben der Unternehmerin. Nachdem die Unternehmerin den Zuschlag erhalten hatte, unterzeichneten die Parteien am 9./10. August 2012 einen Projektierungs-Vertrag («Vertrag»). Am 31. Oktober/11. November 2013 schlossen die Parteien zusätzlich eine «Vereinbarung Entschädigung Zusatzaufwendungen» («Zusatzvereinbarung») ab. Aufgrund von Differenzen setzte die Kundin der Unternehmerin mit Schreiben vom 24. Januar und 25. März 2014 Nachfrist an. Die letzte Nachfrist lief am 1. Juli 2014 ab. Die Unternehmerin sandte der Kundin am 20. August 2014 eine E-Mail, in welcher sie diese anfragte, ob sie für die Fertigstellung personelle Ressourcen für September und Oktober reservieren solle. Die Kundin vertröstete die Unternehmerin betreffend den Entscheid über das weitere Vorgehen auf die Woche des 22. September 2014 und zog ohne Wissen der Unternehmerin eine Beraterin als Expertin bei. Aufgrund deren Einschätzung erklärte die Kundin mit Schreiben vom 22. September 2014 schliesslich unter Berufung auf Täuschung, Terminverzug und Kostenüberschreitung den sofortigen Rücktritt vom Vertrag und von der Zusatzvereinbarung.

Mit Klage vom 17. April 2015 beantragte die Kundin dem Handelsgericht des Kantons Zürich («Handelsgericht»), die Unternehmerin sei zu verpflichten, ihr CHF 513'305.27 zuzüglich Zins zu 5% zu bezahlen. Sie

forderte damit die von ihr an die Unternehmerin geleisteten Zahlungen zurück und machte überdies Schadenersatzansprüche geltend. Die Unternehmerin beantragte ihrerseits, die Klage sei abzuweisen, und verlangte widerklageweise, die Kundin sei zur Bezahlung der restlichen vertraglich geschuldeten Pauschalrate von CHF 10'000 nebst Zins zu 5% sowie zu Schadenersatz in Höhe von CHF 32'205.75 nebst Zins zu 5% zu verpflichten. Das Handelsgericht wies die Hauptklage mit Urteil vom 9. Februar 2017 ab und verpflichtete die Kundin, der Unternehmerin CHF 10'000 nebst Zins zu 5% zu bezahlen. Im Mehrbetrag wies es die Widerklage ab.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die Kundin dem Bundesgericht unter anderem, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben, die Klage sei gutzuheissen und die Widerklage sei abzuweisen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

III. Erwägungen und Entscheid des Bundesgerichts

A. Zum Tatbestandselement «unverzüglich» gemäss Art. 107 Abs. 2 OR

Das Handelsgericht habe erwogen, ein Leistungsverzicht gemäss Art. 107 Abs. 2 OR setze voraus, dass die Gläubigerin die Entscheidung über das weitere Schicksal des Vertrages «unverzüglich» abgebe. Die Webseite der Beschwerdeführerin hätte nach Nachfristansetzungen per 1. Juli 2014 in Betrieb sein sollen. Der Rücktritt mit Schreiben vom 22. September 2014 sei rund drei Monate später erfolgt und damit nicht mehr «unverzüglich» im Sinne des Gesetzes (E. 4).

Die Kundin rüge vor Bundesgericht, die Vorinstanz verletze Bundesrecht, indem sie Art. 107 Abs. 2 OR derart auslege, dass eine unverzügliche Rücktrittserklärung erforderlich sei. Das Erfordernis der Unverzüglichkeit bezwecke, den Erklärungsgegner davor zu schützen, dass der Erklärende die Entscheidung hinauszögert, um mit der Entwicklung der Verhältnisse, wie Fluktuationen des Markts, spekulieren zu können. Vorliegend hätten keine solchen Gefahren bestanden, weshalb die Erklärung der Kundin rechtzeitig erfolgt sei. Was unter «unverzüglich» zu verstehen sei, würde sich aufgrund der Beurteilung der konkreten Vertragslage und der Parteiinteressen ergeben. Mit dem Erfordernis der unverzüglichen Verzichtserklärung bezwecke das Gesetz den Schutz des säumigen Schuldners: Es wolle damit die Spekulation auf dessen Kosten durch den Gläubiger nach Ablauf der Nachfrist verhindern. Der Schuldner solle wissen, woran er ist, ob er noch erfüllen muss und entsprechende Vorbereitungen zu treffen habe oder nicht. Ohne entsprechende Mitteilung bleibe der Vertrag unver-

¹ Vgl. zum Thema der absichtlichen Täuschung MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, BGer 4A_141/2017: Opfermitverantwortung bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung, AJP 2017, 1393 ff.

ändert bestehen; insbesondere sei weiterhin die primäre Leistung (plus Verzugsschaden) geschuldet (vgl. Art. 107 Abs. 2 OR). Die Verhinderung der Spekulation durch den Gläubiger sei somit ein Gesichtspunkt, aber nicht der einzige. Es gehe auch darum, klare Verhältnisse und Sicherheit zu schaffen. Gerade der vorliegende Fall illustriere dieses Bedürfnis des Schuldners, habe sich doch die Unternehmerin mit E-Mail vom 20. August 2014 erkundigt, ob sie personelle Ressourcen für September und Oktober 2014 reservieren solle. Wie diese E-Mail zeige, liess die Kundin die Beschwerdegegnerin im Ungewissen und diese konnte nicht planen – deren Interesse an einer unverzüglichen Erklärung liege auf der Hand. Die Beurteilung des Handelsgerichts, dass die Verzichtserklärung nach rund drei Monaten nicht «unverzüglich» im Sinne von Art. 107 Abs. 2 OR war, sei nicht zu beanstanden (E. 4.2).

B. Zur (grundsätzlichen) Notwendigkeit einer unverzüglichen Verzichtserklärung in den Fällen von Art. 108 Ziff. 1 OR

Das Handelsgericht habe unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts² festgestellt, dass das Bundesgericht sich zuletzt für das Erfordernis der unverzüglichen Verzichtserklärung auch in den Fällen von Art. 108 OR ausgesprochen habe.³ Auch in der Lehre seien die Auffassungen geteilt.⁴ Das Handelsgericht schliesse sich der aktuellen Auffassung des Bundesgerichts an. Eine unverzügliche Rücktrittserklärung sei also auch in den Fällen von Art. 108 OR notwendig (E. 4.1.1).

Das Bundesgericht führte aus, dass offenbleiben könne, ob überhaupt ein Fall von Art. 108 Ziff. 1 OR vorgelegen habe, «sollte sich erweisen, dass auch diesfalls eine unverzügliche Erklärung über das weitere Schicksal des Vertrages hätte erfolgen müssen [...]» (E. 4.3).

Das Bundesgericht erklärte, dass die Frage, ob auch in den Fällen nach Art. 108 OR eine unverzügliche Verzichtserklärung erforderlich sei, in der Lehre unterschiedlich beantwortet werde. Auch habe sich das Bundesgericht in verschiedenen Entscheiden für die Notwendigkeit einer unverzüglichen Verzichtserklärung auch in den Fällen von Art. 108 Ziff. 1 OR ausgesprochen. Es widerspräche der *ratio legis*, wenn der vertragstreue Teil im Fall der Leistungsverweigerung durch den Schuldner, das heisst in einem Fall von Art. 108 Ziff. 1 OR, die Verzichtserklärung während

der Dauer des Verzugs beliebig hinausschieben dürfte.⁵ In manchen Entscheiden sei hingegen davon ausgegangen worden, dass bei einer eindeutigen Leistungsverweigerung des Schuldners im Sinne von Art. 108 Ziff. 1 OR vom Gläubiger keine unverzügliche Verzichtserklärung verlangt werden könne. 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, verhalte sich widersprüchlich und gegen Treu und Glauben.⁶ Aufgrund der Gegebenheiten des Einzelfalls sei in einigen Fällen eine Ausnahme von der allgemeinen Regel zur Anwendung gelangt, während in den anderen der Grundsatz zum Zuge gekommen sei. Widersprüchlich und gegen Treu und Glauben verhalte sich nur jener Schuldner, der seine eigene Leistung klar, definitiv und bedingungslos verweigere und sich dann auf die fehlende unverzügliche Verzichtserklärung des Gläubigers berufe. Vorliegend sei keine Situation erkennbar, die eine Berufung der Unternehmerin auf eine unverzügliche Verzichtserklärung als treuwidrig erscheinen liesse. Die Kundin 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,⁷ wäre die Erklärung der Kundin verspätet erfolgt (E. 4.3.1–4.3.2).

C. Zur Zuständigkeit des Handelsgerichts für eine konnexen Widerklage gegen die nicht im Handelsregister eingetragene Klägerin und Widerbeklagte

Das Handelsgericht habe unter Hinweis auf ihre eigene Rechtsprechung⁸ erwogen, dass auch die Zuständigkeit für die Widerklage gegeben sei und zwar unabhängig davon, dass die Beschwerdeführerin nicht im Handelsregister eingetragen ist, weil die übrigen Voraussetzungen einer handelsrechtlichen Streitigkeit gegeben seien und es sich um eine zur Hauptklage konnexen Widerklage handle (E. 2.1).

Das Bundesgericht führte aus, es sei unbestritten, dass die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts für die Widerklage nicht gegeben wäre, wenn die Unternehmerin ihre Ansprüche in einer (selbstständigen) Hauptklage ein-

² BGE 54 II 30, 33 f., und BGE 69 II 243 E. 5 sowie BGer, 4C.58/2004, 23.6.2004, E. 3.3, und 4A_232/2011, 20.9.2011, E. 5.3.

³ Anders jedoch: BGE 48 II 220 E. 2; 76 II 300 E. 2; BGer, 4A_603/2009, 9.6.2010, E. 2.4.

⁴ Vgl. zum Meinungsstand unten IV.B.

⁵ BGE 54 II 30, 33 f.; BGer, 4A_232/2011, 20.9.2011, E. 5.3, und 4C.58/2004, 23.6.2004, E. 3.3.

⁶ BGE 48 II 220, 224 f. E. 2; 76 II 300, 304 E. 2; BGer, 4A_603/2009, 9.6.2010, E. 2.4; vgl. auch BGE 69 II 243 E. 5.

⁷ Dahingehend BGE 54 II 30, 34; im Ergebnis wohl so BGer, 4A_232/2011, 20.9.2011, E. 5.4.

⁸ HGer ZH, HG130105, 17.4.2014, in: ZR 2014, 149 ff.

geklagt hätte, da die Kundin (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) seien jedoch erfüllt. Unbestritten bestehe auch Konnexität zwischen den Gegenständen von Haupt- und Widerklage (E. 2.2).

Das Bundesgericht hielt fest, dass die sachliche Zuständigkeit des Hauptklagegerichts für die Widerklage im Wortlaut von Art. 224 Abs. 1 ZPO nicht als eine Voraussetzung für die Erhebung der Widerklage aufgezählt sei. Es fehle eine ausdrückliche Regelung dafür, wie es sich verhält, wenn die sachliche Zuständigkeit – wie bei der des Handelsgerichts – an der Natur der Streitsache anknüpfe. Gemäss Art. 75 Abs. 2 BGG müsse 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), werde dieser Grundsatz nicht verletzt. Die Frage nach der sachlichen Zuständigkeit für die Widerklage gehe somit vorliegend mit der Frage einher, ob das Prinzip der *double instance* durchbrochen werden durfte – es gelte also, Art. 6 ZPO auszulegen (E. 2.2.1).

Das Bundesgericht erklärte, im vorliegenden Fall könne offengelassen werden, ob und falls ja in welchen (weiteren) Fällen das Handelsgericht für eine Widerklage sachlich zuständig sein könnte. Für den Fall, dass einzig der Handelsregistereintrag des Klägers/Widerbeklagten fehle, weil dieser sein Klägerwahlrecht (Art. 6 Abs. 3 ZPO) ausgeübt habe, sei jedenfalls die Zuständigkeit des Handelsgerichts für die konnexe Widerklage zu bejahen. Denn insgesamt liessen sich aus der Entstehungsgeschichte keine klaren Hinweise ableiten, wie zu verfahren sei, wenn die Widerklage aufgrund der Natur der Streitsache nicht in die sachliche Zuständigkeit des Hauptklagegerichts falle (E. 2.2.2.1).

Mit der (einstufigen) Handelsgerichtsbarkeit habe der Gesetzgeber sodann eine Ausnahme vom grundsätzlich geltenden Prinzip der *double instance* geschaffen. Gerechtfertigt sei diese Ausnahme durch das Fachwissen des Spezialgerichts und den Zeitgewinn.⁹ Mit der Wahlmöglichkeit von Art. 6 Abs. 3 ZPO habe der Gesetzgeber Nicht-Kaufleuten eine zusätzliche Option eingeräumt.¹⁰ Mit diesem einseitigen Wahlrecht würden Nicht-Kaufleute privilegiert, könnten sie doch im konkreten Fall entscheiden, ob sie die Beurteilung ihrer Streitigkeit durch ein einziges kantonales Fachgericht oder durch die ordentlichen Gerichte bevor-

zugen.¹¹ Angesichts der verlangten Konnexität der beiden Klagen führe dies schliesslich auch nicht dazu, dass das Handelsgericht einen Gegenstand behandeln müsste, der ausserhalb seiner Fachkompetenz liegen würde (E. 2.2.2.3).

IV. Bemerkungen

A. Zum Tatbestandselement «unverzüglich» gemäss Art. 107 Abs. 2 OR

Nach Art. 107 Abs. 2 OR muss die Gläubigerin «unverzüglich» erklären, sie wolle auf die nachträgliche Leistung verzichten, «und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Verträge zurücktreten». Was unter «unverzüglich» zu verstehen ist, ergibt sich aufgrund der konkreten Vertragslage und der Parteiinteressen.¹² Die sofortige Verzichtserklärung soll verhindern, dass die Gläubigerin die Entscheidung über das weitere Schicksal des Vertrags aus Spekulationsgründen hinauszögert.¹³ Das Bundesgericht hat vorliegend zu Recht darauf hingewiesen, dass die Verhinderung der Spekulation durch den Gläubiger nicht das einzige Kriterium ist, sondern es auch darum geht, «klare Verhältnisse und Sicherheit zu schaffen».¹⁴ Nach der hier vertretenen Auffassung ist es mit dem Gedanken der Rechtssicherheit sowie der vertraglichen Rücksichtnahme grundsätzlich nicht vereinbar, dass die Gläubigerin die Schuldnerin über mehrere Monate über den Rechtszustand des Vertrages im Ungewissen lässt. Dies gilt in Fällen wie dem Vorliegenden erst recht, wenn die Gläubigerin ohne Wissen der Schuldnerin eine externe Beraterin bezieht und gleichzeitig die Schuldnerin auf deren Anfrage hin betreffend Planung und Entscheidung über das weitere Vorgehen über eine längere Zeit vertröstet.

Vom Bundesgericht nicht zu klären war im vorliegenden Fall indes die Frage, ob in jedem Fall das Schutzbedürfnis des Schuldners höher zu gewichten ist als das legitime Bedürfnis der Gläubigerin, bei Differenzen mit der Vertragspartei eine interne Risikoanalyse der Vertragssituation vorzunehmen. Speziell bei für Gemeinwesen oder Unternehmen bedeutenden und über einen längeren Zeithorizont geplanten IT-Projekten, die regelmässig technisch komplex und kostenintensiv sind, wird eine Kundin nicht leichthin den «Stecker» ziehen wollen. Zu fordern ist daher einerseits, dass die Gläubigerin die Verzichtserklärung abgibt, sobald ihr dies «nach dem gewöhnlichen Geschäftsgang und den besonderen Umstän-

⁹ Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221 ff., 7261.

¹⁰ BGE 138 III 694 E. 2.9.

¹¹ Vgl. auch BGE 142 III 623 E. 2.4.

¹² BGer, 4A_141/2017, 4.9.2017, E. 4.2.

¹³ BGer, 4A_141/2017, 4.9.2017, E. 4.2.

¹⁴ BGer, 4A_141/2017, 4.9.2017, E. 4.2.

den» zugemutet werden kann.¹⁵ Andererseits gebietet es die vertragliche Rücksichtnahme, dem Schuldner allenfalls eine weitere Nachfrist im Sinne von Art. 107 Abs. 1 OR zu setzen, sollte die Gläubigerin über das Schicksal des Vertragsverhältnisses innerhalb der gesetzten Nachfrist noch nicht endgültig entschieden haben. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist daher im Ergebnis dem Bundesgericht beizupflichten, dass im beurteilten Fall die Verzichtserklärung nach rund drei Monaten nicht (mehr) «unverzüglich» im Sinne von Art. 107 Abs. 2 OR war.

B. Zur (grundsätzlichen) Notwendigkeit einer unverzüglichen Verzichtserklärung in den Fällen von Art. 108 Ziff. 1 OR

Das vorliegende Urteil des Bundesgerichts zeigt deutlich, dass im Zusammenhang mit Art. 108 Ziff. 1 OR nicht zwischen einer *älteren* und einer *jüngeren* Rechtsprechung zu unterscheiden ist, sondern insbesondere in den publizierten Entscheiden¹⁶ sich die beurteilten Situationen massgeblich unterschieden haben. In der Lehre wird meist unter Bezugnahme auf die ältere Rechtsprechung des Bundesgerichts die Frage, ob auch in den Fällen nach Art. 108 OR eine unverzügliche Verzichtserklärung erforderlich ist, kontrovers diskutiert.¹⁷ Das Gesetz bezweckt mit dem Erfordernis der Unverzüglichkeit der Verzichtserklärung den

Schutz des säumigen Schuldners.¹⁸ Dem Bundesgericht ist daher beizupflichten, wenn es ausführt, dass im Grundsatz der Rücktritt mit Verzicht auf die Leistung unverzüglich erklärt werden muss, wobei es mit Verweis auf seine frühere Rechtsprechung¹⁹ beiläufig erwähnt, dass in einem Fall von Art. 108 Ziff. 1 OR an die Unverzüglichkeit wohl weniger strenge Anforderungen zu stellen seien als in einem Fall von Art. 107 Abs. 1 OR (E. 4.3.2).

Mitunter gelangt jedoch aufgrund der Umstände im Einzelfall eine Ausnahme vom Grundsatz zur Anwendung. So verhält sich insbesondere jener Schuldner widersprüchlich, der seine eigene Leistung klar, definitiv und bedingungslos verweigert und sich dann auf die fehlende unverzügliche Verzichtserklärung des Gläubigers beruft.²⁰ Kein vergleichbarer Tatbestand einer Treuwidrigkeit soll aber dann vorliegen, wenn die Schuldnerin die Lieferung nicht schlechthin verweigere, sondern (nur, wenn auch zu Unrecht,) unter der von der Gegenpartei gesetzten Bedingung (Vorleistung).²¹

Ein Fall von Art. 108 Ziff. 1 OR lag gemäss dem Handelsgericht vorliegend nicht vor, weil die Unternehmerin ihre Leistung mit E-Mail vom 20. August 2014 (weiterhin) angeboten habe, sodass keine offensichtliche Leistungsverweigerung bestanden habe. Auch die zweimalige Nachfristansetzung zeige, dass auch die Kundin nicht davon ausgegangen sei, die Unternehmerin wolle im Sinn von Art. 108 Ziff. 1 OR überhaupt nicht mehr leisten (E. 4.1). Das Bundesgericht stützte im Ergebnis die Erwägungen des Handelsgerichts und entschied, dass die Unternehmerin sich vorliegend nicht treuwidrig verhält, wenn sie sich auf das Fehlen einer unverzüglichen Erklärung beruft. So hätte die Kundin (jedenfalls) spätestens nach der Anfrage der Unternehmerin vom 20. August 2014 betreffend Planung der personellen Ressourcen umgehend den Verzicht erklären müssen und nicht erst einen (weiteren) Monat später.

C. Zur Zuständigkeit des Handelsgerichts für eine konnexe Widerklage gegen die nicht im Handelsregister eingetragene Klägerin und Widerbeklagte

Die sachliche Zuständigkeit des Hauptklagegerichts für die Widerklage bildet nach 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 Widerkla-

¹⁵ BGE 96 II 47 E. 2 und 69 II 245 E. 5.

¹⁶ BGE 48 II 220, 54 II 30 und 76 II 300.

¹⁷ Eine unverzügliche Verzichtserklärung auch im Fall von Art. 108 Ziff. 1 OR verlangen EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. A., Zürich 1988, 375; BSK OR I-WIEGAND, Art. 108 N 8, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-WIEGAND); PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich/Basel/Genf 2014, N 2761; PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2. A., Bern 1997, 732; andere Autoren sind mit unterschiedlicher Begründung der Auffassung, es bedürfe keiner unverzüglichen Verzichtserklärung: ANDREAS FURRER/RAINER WEY, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 108 OR N 23 (zit. CHK-FURRER/WEY); ANDREAS THIER, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Obligationenrecht, Kurzkommentar, Basel 2014, Art. 108 N 5; LUC THÉVENOZ, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations I, 2. A., Basel 2012, Art. 107 N 20; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2009, § 55 N 126 f., 909 f.; ROLF H. WEBER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, Bern 2000, Art. 108 OR N 52; FRANZ SCHENKER, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im Schweizerischen Obligationenrecht, Diss., Freiburg i.Ue. 1988, 208 f., N 567; BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, 375.

¹⁸ BGE 54 II 30, 33; BGer, 4A_141/2017, 4.9.2017, E. 4.2; 4A.232/2011, 20.9.2011, E. 5.3.

¹⁹ Dahingehend BGE 54 II 30, 34; im Ergebnis wohl so BGer, 4A_232/2011, 20.9.2011, E. 5.4.

²⁰ BGE 76 II 300, Sachverhalt A. und E. 2 (Annulation der Bestellung durch den Schuldner, weil der Fabrikant nicht liefern könne).

²¹ BGE 54 II 30, 32, mit Hinweis auf BGE 48 II 220 E. 2.

ge 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.²² Die ZPO hält indessen nicht ausdrücklich fest, wie es sich verhält, wenn sich die Zuständigkeit nach der Natur der Streitsache bestimmt.²³ Auch die Botschaft lässt offen, wie zu verfahren ist, wenn die Widerklage aufgrund der Natur der Streitsache nicht in die sachliche Zuständigkeit des Hauptklagegerichts fällt.²⁴

Das Bundesgericht brauchte vorliegend die in der Lehre unterschiedlich beantwortete Frage, ob die sachliche Zuständigkeit generell eine Voraussetzung für eine Widerklage ist und wie sich diesbezüglich das Bundesrecht und das kantonale Recht zueinander verhalten,²⁵ nicht zu entscheiden.²⁶ Jedenfalls ist aber nach dem Entscheid des

Bundesgerichts die Zuständigkeit des Handelsgerichts für die konnexe Widerklage zu bejahen in der Konstellation, in welcher der nicht im Handelsregister eingetragene Kläger/Widerbeklagte sein Klägerwahlrecht²⁷ ausgeübt hat.

In der Lehre wird teilweise postuliert, dass eine nicht im Handelsregister eingetragene Klägerin, welche das Handelsgericht aufgrund ihres Wahlrechts gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO angerufen hat, damit rechnen müsse, dass sie vor Handelsgericht mit einer Widerklage konfrontiert werde.²⁸ Aufgrund des vorliegenden Entscheids des Bundesgerichts erscheint dies indes nunmehr als zu weitgehend. Um die Gefahr einer zu starken Erweiterung des Verfahrens entgegenzuwirken, ist nach der hier vertretenen Auffassung im Einzelfall zu prüfen, ob die mit Haupt- und Widerklage geltend gemachten Ansprüche in einem sachlichen Zusammenhang²⁹ stehen.³⁰ Mithin rechtfertigt zwar die Wahl nach Art. 6 Abs. 3 ZPO der nicht im Handelsregister eingetragenen Klägerin den damit einhergehenden freiwilligen Instanzenverzicht für den Streitgegenstand der Hauptklage auch den Entzug einer Instanz für gewisse weitere Streitigkeiten. Allerdings muss die Klägerin nicht damit rechnen, dass das

²² Bezüglich einer (echten) Teilklage und negativen Feststellungswiderklage vgl. BGer, 4A_576/2016, 13.6.2017, E. 3–4, wonach die beklagte Partei im vereinfachten Verfahren grundsätzlich keine Widerklage erheben darf, die aufgrund ihres Streitwerts von über CHF 30'000 in den Geltungsbereich des ordentlichen Verfahrens fällt. Falls aber der Kläger eine echte Teilklage erhebt, 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 zur Folge hat.

²³ ERIC PAHUD, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 224 ZPO N 20 (zit. Dike Komm.-Verfasser).

²⁴ BGer, 4A_141/2017, 4.9.2017, E. 2.2.2.1, mit Verweis auf MANUELA RAPOLD/RETO FERRARI-VISCA, Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, AJP 2013, 387 ff., 397.

²⁵ Vgl. Art. 4 Abs. 1 und Art. 224 Abs. 2 ZPO.

²⁶ Vgl. hierzu ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLI-MUND, Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich 2013, § 14 N 33, 225; BERNHARD BERGER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012 (zit. BK-BERGER), Art. 6 ZPO N 29; CHRISTOPH LEUENBERGER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 2016, Art. 224 N 16 (zit. Schulthess Komm.-Verfasser); DIKE Komm.-FÜLLEMANN (FN 23), Art. 14 ZPO N 21 und Art. 18 N 5; BSK ZPO-VOCK/NATER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017, die selbst eine Zulässigkeit von nicht konnexen Widerklagen bejahen; DIKE Komm.-PAHUD (FN 23), Art. 224 ZPO N 24; KUKO ZPO-NAEGELI/RICHERS, Art. 224 N 10, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Zivilprozessrecht, Kurzkomm. Basel 2013 (zitiert KUKO ZPO-Verfasser); JACQUES HALDY, Code de procédure civile commenté, Basel 2011, Art. 6 N 9; JÜRGEN BRÖNIMANN, Die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19.12.2008 – ein Überblick, recht 2009, 79 ff., 88 f.; LAURENT KILLIAS, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–352 und Art. 400–406 ZPO, Bern 2012, Art. 224 ZPO N 41; MANUELA RAPOLD/RETO FERRARI-VISCA, Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, AJP 2013, 387 ff., 403; MATTHIAS C. LERCH, in: Myriam

A. Gehri/Michael Kramer (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich 2010, Art. 224 N 13; Schulthess Komm.-VETTER (FN 26), Art. 6 ZPO N 40; MIGUEL SOGO, Widerklage in handelsrechtlichen Streitigkeiten: Kernpunkttheorie und Erfordernis der gleichen sachlichen Zuständigkeit, ZBJV 2011, 966 f.; ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI/VIKTOR LIEBER, GOG Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess, 2. A., Zürich 2017, § 45 N 73; KUKO ZPO-HAAS/SCHLUMPF (FN 26), Art. 6 N 4.

²⁷ Vgl. Art. 6 Abs. 3 ZPO.

²⁸ So insbesondere Schulthess Komm.-LEUENBERGER (FN 26), Art. 224 ZPO N 16, mit Verweis auf ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010, 71, und ZR 2014, 145 ff., 149; KUKO ZPO-NAEGELI (FN 26), Art. 224 N 10; vgl. ferner HAUSER/SCHWERI/LIEBER (FN 26), § 45 N 73, wonach gemäss Art. 14 ZPO bei gegebenem sachlichen Zusammenhang am Gericht, das für die Hauptklage örtlich zuständig sei, Widerklage erhoben werden kann, sich ableiten lasse, dass auch die Widerklage eines Unternehmens gegen einen Privaten, der vor Handelsgericht geklagt hat, zulässig sei.

²⁹ Ein sachlicher Zusammenhang (Konnexität) ist nach Art. 14 Abs. 1 ZPO namentlich dann gegeben, wenn beide Klagen auf dem gleichen sachlichen oder rechtlichen Grund beruhen, sich insbesondere auf denselben Vertrag stützen oder ihnen derselbe Lebenssachverhalt zugrunde liegt, vgl. BGer, 5C.260/2006, 30.3.2007, E. 3.1 m.w.H.

³⁰ Gleicher Meinung ALAIN GRIEDER, Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Diss., Basel 2016, N 562, mit Verweis auf BK-BERGER (FN 26), Art. 6 ZPO N 29. Vgl. ferner SOGO (FN 26), 965, der zwar für das notwendige Näheverhältnis zwischen Haupt- und Widerklage nicht auf den Bestand eines sachlichen Zusammenhangs abstellt, sondern darauf, dass sich Haupt- und Widerklage nach der Kernpunkttheorie ausschliessen, doch es immerhin als denkbar und mit der ZPO im Einklang erachtet, dass dafür auch auf die Konnexität zwischen Haupt- und Widerklage abgestellt werden kann.

Verfahren vor dem Handelsgericht auf nicht mehr mit der eigentlichen Streitigkeit verbundene, sachfremde Widerklagen ausgeweitet wird. Allfällige Koordinationsvorteile sowie die Prozessökonomie können hier keine Rolle spielen, weshalb solche sachfremden Klagen ohne die Gefahr sich widersprechender Urteile in einem selbstständigen Verfahren behandelt werden müssen.

Die Klarstellung des Bundesgerichts in Bezug auf die konnexe Widerklage gegen nicht im Handelsregister eingetragene Kläger vor dem Handelsgericht ist insoweit zu begrüssen. Das Handelsgericht ist somit sachlich zuständig für eine Widerklage, obwohl die Klägerin nicht im Handelsregister eingetragen ist, sofern die übrigen Voraussetzungen einer handelsrechtlichen Streitigkeit gegeben sind und es sich um eine zur Hauptklage konnexen Widerklage handelt.

V. Bedeutung für die Praxis

Die einschlägige Lehre behandelt im Kontext von Softwareverträgen Fragen der Gewährleistung, der verspäteten Erfüllung oder der Nichterfüllung von Nebenpflichten, jedoch nicht Willensmängel, insbesondere nicht Täuschung bei Vertragsabschluss.³¹ Dieser Befund kommt nicht überraschend. So kann zwar die nicht vertragskonforme Erfüllung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unter gewissen Umständen ein Indiz für eine absichtliche Täuschung sein. Doch dürfte es sich in der Praxis bei der Mehrheit der zwischen den Vertragsparteien aufkommenden Streitigkeiten im Kern um Fragen der Vertragsauslegung handeln, was angesichts der im Vertrag geregelten technisch komplexen Materie sowie dem oftmals asymmetrischen Wissensstand der Parteien bei Vertragsschluss kaum verwundert.

Wird von der Kundin der Entscheid getroffen, ein IT-Projekt aufgrund eines Terminverzugs zu beenden, gilt es zuvor in erster Linie die vertraglich ausgehandelten Rücktritts- beziehungsweise Kündigungsbestimmungen zu kon-

sultieren. Kommen die allgemeinen Verzugsregeln gemäss Obligationenrecht zur Anwendung, ist auch in den Fällen von Art. 108 OR im Zweifel die Festsetzung einer Nachfrist zu empfehlen, weil nur so der Gläubiger sicherstellen kann, alles für die Durchsetzung seiner Rechte getan zu haben.³² Unabhängig davon, ob ein Fall von Art. 107 Abs. 2 OR oder Art. 108 OR vorliegt, ist es jedenfalls im Lichte des hier besprochenen Urteils des Bundesgerichts ratsam, nach Fristablauf möglichst bald («unverzüglich») den Rücktritt zu erklären, weil sonst das erhöhte Risiko besteht, dass ein Gericht im Streitfall eine von der Kundin erfolgte Rücktrittserklärung als unberechtigten Vertragsrücktritt qualifiziert.

In prozessualer Hinsicht ist nun höchstrichterlich geklärt worden, dass das Handelsgericht auch für eine konnexe Widerklage gegen die nicht im Handelsregister eingetragene Klägerin und Widerbeklagte zuständig ist. Namentlich im Zusammenhang mit IT-Projekten bedeutet dies konkret, dass ein Unternehmen, welches sich mit einer Klage im Zusammenhang mit einem (gescheiterten) IT-Projekt vor Handelsgericht konfrontiert sieht, vertraglich geschuldete Honorarzahungen sowie allfälligen Schadenersatz nicht in einem separaten Prozess geltend machen muss, sondern ganz im Sinne der Prozessökonomie auch direkt gegen die nicht im Handelsregister eingetragene Klägerin direkt vor Handelsgericht geltend machen kann.

³¹ Vgl. z.B. GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, *Softwareverträge*, 2. A., Bern 2014, N 321 ff., insbesondere N 940 ff. und 1079 ff.; LUKAS MORSCHER, *Leistungsbeschreibung, Gewährleistung und Haftung in IT-Verträgen*, in: Florian S. Jörg/Olivier Arter (Hrsg.), *IT-Verträge*, 10. Tagungsband, Bern 2007, 73 ff., v.a. 94 ff.; JOCHEN MARLY, *Praxishandbuch Softwarerecht*, 6. A., München 2004, 274 ff.; MARKUS WANG, *Software-Überlassungsverträge*, Teil III, *Nutzungsbeschränkungen, Leistungsstörungen, Gewährleistung und Haftung*, in: Hans Rudolf Trüb (Hrsg.) *Softwareverträge*, Referate der Tagung der Stiftung für juristische Weiterbildung Zürich vom 11. November 2003, Zürich 2004, 105 ff.; BERNHARD HEUSLER/ROLAND MATHYS, *IT-Vertragsrecht: Praxisorientierte Vertragsgestaltung in der Informationstechnologie*, Zürich 2004, 51 ff. und 79 f. e contrario, ferner 183 ff.; WOLFGANG STRAUB, *Informatikrecht: Einführung in Software-schutz, Projektverträge und Haftung*, Bern/Zürich 2004, 94 ff., 154 ff.

³² BSK OR I-WIEGAND (FN 17), Art. 108 N 1, 7 und 10; CHK-FURRER/WEY (FN 17), Art. 109 OR N 26.