

## Die Widerklage

Von Prof. Dr. Klaus Schreiber, Bochum

*Der Beklagte braucht sich bei Inanspruchnahme durch den Kläger nicht auf die Verteidigung gegenüber der Klage zu beschränken. Mit der Widerklage hat er die Möglichkeit, im Rahmen des laufenden Prozesses eigene Rechte durchzusetzen und seinerseits die Verurteilung des Klägers zu beantragen. Der folgende Beitrag widmet sich schwerpunktmäßig den besonderen Voraussetzungen der Widerklage und stellt ihre wichtigsten Erscheinungsformen anhand von Fällen und Beispielen dar.*

### I. Funktion der Widerklage

Wenn der Beklagte vom Kläger in Anspruch genommen wird, stehen ihm mehrere Möglichkeiten zur Verfügung, sich gegen die Klage zu verteidigen. Einige Verteidigungsmittel sind in § 282 I ZPO aufgezählt: Behauptungen, Bestreiten, Einwendungen, Einreden, Beweismittel und Beweiseinreden. Diese Vorschrift enthält zugleich eine Einschränkung. Die beklagte Partei hat ihre Verteidigungsmittel »so zeitig vorzubringen, wie es nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht.« Kommt der Beklagte die-

ser besonderen Prozessförderungspflicht nicht nach, kann das Gericht das vorgebrachte Verteidigungsmittel unter den Voraussetzungen des § 296 II ZPO als verspätet zurückweisen<sup>1</sup>. Als Folge der Zurückweisung ist das jeweilige Vorbringen präkludiert und wird bei der Entscheidung des Gerichts über den Rechtsstreit nicht berücksichtigt. Diese Gegenrechte könnte der Beklagte daher nur in einem neuen Prozess eigenständig geltend machen. Ein anderes Gericht müsste sich erneut in den Prozessstoff einarbeiten. Aus prozessökonomischen Gründen kann der Beklagte daher im Rahmen der Hauptklage eine eigene Klage erheben: die Widerklage.

**Beispiel** K verklagt die B auf Zahlung eines Kaufpreises in Höhe von 5.000 Euro. B möchte mit einem Schadensersatzanspruch in Höhe von 3.000 Euro aufrechnen, weil K bei der Anlieferung der Kaufsache erhebliche Schäden an ihrem Treppenhaus verursacht habe. Das Gericht hält dieses Vorbringen für verspätet. Daher beantragt B widerklagend die Verurteilung des K auf Zahlung von 3.000 Euro.

<sup>1</sup> Ausf. zur Zurückweisung von Angriffs- oder Verteidigungsmitteln gem. § 296 ZPO VIETZE JA 2003, 235 ff.

Die Widerklage ist kein Angriffs- oder Verteidigungsmittel i. S. v. § 296 ZPO, sondern ein eigener Gegenangriff. Der Beklagte begehrt nämlich über die Klageabweisung hinaus die Verurteilung des Klägers. Eine Zurückweisung wegen Verspätung ist daher nicht möglich<sup>2</sup>.

Die Funktion der Widerklage ist allerdings nicht darauf beschränkt, eine Präklusion nach § 296 ZPO zu umgehen. Vielmehr hat diese besondere Form der Klage den Vorteil, dass der Beklagte in demselben Verfahren eigene Rechte durchsetzen kann, die von vornherein nicht als Gegenrechte zum Klageanspruch geeignet sind.

**Beispiel** K verlangt von B Nacherfüllung aus einem Kaufvertrag. Er beruft sich auf einen angeblichen Mangel. Nach Beratung durch einen Rechtsanwalt kommt B dem Verlangen des K nicht nach. Daraufhin wird B von K verklagt. Als sich bei der Beweisaufnahme herausstellt, dass die Kaufsache nicht mangelhaft war, beantragt B widerklagend, den Ersatz seiner vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten<sup>3</sup>.

## II. Voraussetzungen der Widerklage

Nach Erhebung der Widerklage haben die Parteien eine Doppelrolle: Der Beklagte ist zugleich Widerkläger, der Kläger zugleich Widerbeklagter<sup>4</sup>. Im Rahmen eines einheitlichen Prozesses wird über beide Ansprüche entschieden. Gleichwohl beurteilt das Gericht die Zulässigkeit und die Begründetheit von Klage und Widerklage getrennt voneinander. Dabei sind im Rahmen der Zulässigkeit der Widerklage die allgemeinen Prozessvoraussetzungen zu prüfen<sup>5</sup>. Hier gelten im Grundsatz die gleichen Anforderungen wie bei der Hauptklage<sup>6</sup>. Besonderheiten sind jedoch mit Blick auf die Erhebung der Widerklage (dazu unter 1. und 2.), das Bestehen einer anderweitigen Rechtshängigkeit (dazu unter 3.) und die sachliche Zuständigkeit des Gerichts (dazu unter 4.) zu beachten. Schließlich ist die Vorschrift des § 33 ZPO zu beachten (dazu unter 5.).

### 1. Erhebung der Widerklage

Als Gegenklage ist die Widerklage von der Existenz der Hauptklage abhängig. Zwischen den Parteien muss also schon ein Prozessrechtsverhältnis bestehen. Diese prozessrechtliche Verbindung entsteht nicht bereits mit Eingang der Klageschrift bei Gericht (Anhängigkeit). Nach § 261 I ZPO i. V. m. § 253 I ZPO ist vielmehr die Zustellung der Klage an den Beklagten erforderlich. Die Rechtshängigkeit der Klage ist demnach der frühestmögliche Zeitpunkt, zu dem der Widerklageantrag gestellt werden kann<sup>7</sup>. Nach ihrer Erhebung tritt die Widerklage selbstständig neben die Klage, d. h. sie ist in ihrem Bestand vom Schicksal der Klage unabhängig. Diese Eigenschaft zeigt sich insbesondere, wenn der Kläger die Hauptklage später zurücknimmt.

**Fall 1** K und V haben einen Kaufvertrag über ein Maschinenbauteil geschlossen. Nachdem B trotz Mahnung den Kaufpreis nicht bezahlt, verklagt ihn V auf Zahlung der vereinbarten 200 Euro. Als ihm die Klage zugestellt wird, ist K empört und erhebt seinerseits Widerklage. Er behauptet, das Maschinenbauteil sei mangelhaft gewesen und habe an seiner Maschine einen Schaden von 1.000 Euro verursacht. K nimmt nunmehr seine Klage zurück.

Nach Klagerücknahme fällt gem. § 269 III 1 ZPO die Rechtshängigkeit der mit der Klage geltend gemachten Streitsache rückwirkend weg. Die Existenz der Widerklage ist hiervon jedoch nicht berührt. Andernfalls hätte es der Kläger in der Hand, nicht nur über seine eigene Klage zu disponieren, sondern auch über die gegen ihn gerichtete Widerklage. Vor diesem Hintergrund reicht es aus, dass zum Zeitpunkt der Widerklageerhebung die Hauptklage rechtshängig war<sup>8</sup>.

In **Fall 1** hat K die Widerklage nach Rechtshängigkeit der Kaufpreisklage erhoben. Durch die Klagerücknahme entfällt zwar die Rechtshän-

gigkeit des Gegenstandes der Klage und das Gericht braucht hierüber keine Sachentscheidung mehr zu treffen. Der mit der Widerklage geltend gemachte Streitgegenstand bleibt hingegen rechtshängig, so dass hierüber ein Urteil ergeht.

Innerhalb einer Instanz kann die Widerklage bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung erhoben werden<sup>9</sup>. Eine Zurückweisung nach § 296 ZPO ist nicht möglich<sup>10</sup>. In der Berufungsinstanz ist eine Widerklage nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 533 ZPO zulässig. In der Revisionsinstanz steht § 559 I ZPO der Erhebung einer Widerklage grundsätzlich entgegen<sup>11</sup>.

### 2. Form der Widerklageerhebung

Für die Erhebung der Widerklage gelten im Grundsatz die gleichen Regeln wie für die normale Klageerhebung. Da die Partei aber im Rahmen eines schon laufenden Prozesses agiert, richten sich die Anforderungen nach § 261 II ZPO. So kann die Erhebung der Widerklage zum einen durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgen, der den Anforderungen des § 253 ZPO entspricht. Die Partei hat zum anderen die Möglichkeit, ihren Widerklageantrag in der mündlichen Verhandlung über die Klage zu stellen. In diesem Fall sind zusätzlich die Vorgaben des § 297 ZPO zu beachten.

### 3. Anderweitige Rechtshängigkeit

Nach § 261 III Nr. 1 ZPO darf ein Streitgegenstand, der bereits rechtshängig ist, nicht nochmals gerichtlich geltend gemacht werden. Auf diese Weise sollen sich widersprechende Urteile verhindert werden. Gerade beim Zusammentreffen von Klage und Widerklage stellt sich dieses Problem in besonderem Maße, da typischerweise um eng zusammenhängende Fragen gestritten wird.

**Fall 2** K verklagt B auf Zahlung von 5.000 Euro aus einem Darlehensvertrag. B begehrt mit seiner Widerklage Feststellung, dass der Anspruch nicht besteht.

2 BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN ZPO 68. Aufl. 2010 § 33 Rdn. 3. Diese Vorgehensweise wird als »Flucht in die Widerklage« bezeichnet. Zu den weiteren Möglichkeiten, einer Präklusion nach § 296 ZPO zu entgehen, vgl. ZÖLLER/GREGER ZPO 28. Aufl. 2010 § 296 Rdn. 39 ff.; BÜSSER JuS 2009, 319 ff.

3 Zu den Voraussetzungen, unter denen der Beklagte seine vorgerichtlichen Aufwendungen – insbesondere Rechtsanwaltskosten – nach ungerechtfertigter Inanspruchnahme ersetzt verlangen kann, siehe BGH NJW 2009, 1262 ff. m. w. N.

4 Grundsätzlich sind die Parteien von Klage und Widerklage identisch. Nur ausnahmsweise ist eine sog. Drittwiderklage gegen eine bisher unbeteiligte Person zulässig (siehe unten III 2).

5 THOMAS/PUTZO/HÜSSTEGE ZPO 30. Aufl. 2009 § 33 Rdn. 16; ZEISS/SCHREIBER Zivilprozessrecht 11. Aufl. 2009 Rdn. 402. Zu den Prozessvoraussetzungen gehören beispielsweise die Partei- und Prozessfähigkeit der Beteiligten und das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers. Der Begriff »Prozessvoraussetzungen« ist freilich missverständlich, da ihr Fehlen nicht den Prozess, sondern nur eine Sachentscheidung verhindert.

6 Nur in wenigen Fällen ist die Widerklage von vornherein ausgeschlossen. So sind gem. § 595 Abs. 1 ZPO Widerklagen im Urkunden- und Wechselprozess unstatthaft.

7 LÜKE Zivilprozessrecht 9. Aufl. 2006 Rdn. 237; SCHELLHAMMER Zivilprozess 12. Aufl. 2007 Rdn. 1576; ZEISS/SCHREIBER Zivilprozessrecht Rdn. 403.

8 BGHZ 40, 185, 189; LG München I NJW 1978, 953; THOMAS/PUTZO/REICHOLD ZPO § 269 Rdn. 13; LÜKE Zivilprozessrecht Rdn. 237; SCHELLHAMMER Zivilprozess Rdn. 1576.

9 BGH NJW-RR 1992, 1085; NJW 2000, 2512, 2513; Hk-ZPO/BENDTSEN 3. Aufl. 2009 § 33 Rdn. 12; ZÖLLER/VOLKOMMER ZPO § 33 Rdn. 9; JAUERNIG Zivilprozessrecht 29. Aufl. 2007 § 47 IV.

10 Vgl. oben unter I.

11 Vgl. JAUERNIG Zivilprozessrecht § 47 III 4; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD Zivilprozessrecht 16. Aufl. 2004 § 95 Rdn. 14. Zu den Ausnahmen siehe ZÖLLER/VOLKOMMER ZPO § 33 Rdn. 10 a. E.

Die Identität des Streitgegenstandes ist unabhängig von der gewählten Klageart<sup>12</sup>. Entscheidend ist allein der Streitgegenstand, bestehend aus Antrag und Lebenssachverhalt<sup>13</sup>. Daher handelt es sich um den gleichen Streitgegenstand, wenn die Widerklage die bloße Negation der Klage darstellt<sup>14</sup>. Schon im Urteil über die Klage wird nämlich das Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruchs festgestellt<sup>15</sup>.

In *Fall 2* stellt die von B begehrte Feststellung lediglich die bloße Umkehrung der Zahlungsklage dar, sodass die Widerklage unzulässig ist.

#### 4. Sachliche Zuständigkeit des Gerichts

Die sachliche Zuständigkeit des Gerichts bestimmt sich gem. § 1 ZPO nach den Vorschriften des GVG<sup>16</sup>. Aus §§ 23 Nr. 1, 71 GVG folgt, dass das Amtsgericht zuständig ist, wenn der Streitwert 5.000 Euro nicht übersteigt<sup>17</sup>. Für die Berechnung des Streitwertes beim Zusammentreffen von Klage und Widerklage ist § 5 Hs. 2 ZPO zu beachten. Danach werden die Streitwerte von Klage und Widerklage nicht zusammengerechnet. Ausschlaggebend ist allein der jeweils höhere Wert<sup>18</sup>. Bei einer Klage auf Zahlung von 2.000 Euro kann also eine Widerklage mit einem Streitwert von 4.000 Euro erhoben werden, ohne dass dadurch die Zuständigkeit des Landgerichts begründet würde. Übersteigt allerdings allein der Streitwert der Widerklage die Grenze von 5.000 Euro, sind Klage und Widerklage auf Antrag nach § 506 ZPO an das zuständige Landgericht zu verweisen<sup>19</sup>. Umgekehrt kann bei einer Klage vor dem Landgericht widerklagend auch eine Forderung geltend gemacht werden, für die eigentlich die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts besteht. So entscheidet das Landgericht bei einer Klage von 10.000 Euro zugleich über eine Widerklage, die nur einen Streitwert von 1.000 Euro aufweist<sup>20</sup>.

#### 5. Besondere Voraussetzungen des § 33 ZPO

§ 33 ZPO gehört zu den wenigen Regelungen der ZPO, die ausdrücklich die Widerklage zum Gegenstand haben. Nach dieser Vorschrift kann eine Widerklage bei dem Gericht der Klage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch oder mit den gegen ihn vorgebrachten Verteidigungsmitteln in Zusammenhang steht.

##### a) Konnexität mit dem Klageanspruch oder den Verteidigungsmitteln

Gem. § 33 I Var. 1 ZPO ist ein Zusammenhang zwischen dem Klageanspruch und dem Widerklageanspruch erforderlich. Die geltend gemachten Ansprüche müssen einen *rechtlichen* Zusammenhang im weiteren Sinne aufweisen (Konnexität). Ein natürlicher wirtschaftlicher Zusammenhang reicht hingegen nicht aus<sup>21</sup>. Erforderlich – aber auch ausreichend – ist ein zusammenhängendes einheitliches Lebensverhältnis, das Klage- und Widerklageanspruch verbindet<sup>22</sup>.

**Beispiele:** Ein rechtlicher Zusammenhang besteht zwischen der Klage des Vermieters gegen den Mieter auf Zustimmung zur Mieterhöhung nach §§ 558 ff. BGB und einer Widerklage des Mieters gegen den Vermieter wegen Beseitigung von Mängeln der Mietwohnung<sup>23</sup>. Der notwendige Zusammenhang fehlt hingegen regelmäßig zwischen einer Klage aus einem Mietvertrag und einer Widerklage aus einem Kaufvertrag<sup>24</sup>.

Alternativ zur Anspruchskonnexität reicht es gem. § 33 I Var. 2 ZPO auch aus, wenn der Widerklageanspruch in Zusammenhang zu den Verteidigungsmitteln steht, die gegen den Klageanspruch geltend gemacht werden.

**Fall 3** K klagt gegen B auf Zahlung eines Schadensersatzes von 2.500 Euro, weil B ihn vorsätzlich verletzt habe. B erklärt im Prozess die Aufrechnung mit einer Werklohnforderung. Da sich der Werklohnanspruch auf insgesamt 4.000 Euro beläuft, fordert B widerklagend, den K zur Zahlung der überschüssigen 1.500 Euro zu verurteilen.

Zwischen einem Anspruch aus unerlaubter Handlung und der Werklohnforderung besteht kein ausreichender rechtlicher Zu-

sammenhang. Im Grundsatz gilt aber Folgendes: Da sich der Beklagte mit einer Aufrechnung verteidigt und mit der Widerklage lediglich den darüberhinausgehenden Restanspruch geltend macht, ist ein ausreichender Zusammenhang zwischen dem Verteidigungsmittel und dem Widerklageanspruch grundsätzlich gegeben. Diese Folge setzt gleichwohl voraus, dass das Verteidigungsmittel, welches der Beklagte gegen den Klageanspruch vorbringt, prozessual und sachlich zulässig ist<sup>25</sup>.

In *Fall 3* ist das von B vorgebrachte Verteidigungsmittel von vornherein unzulässig. Denn nach § 393 BGB ist die Aufrechnung gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung nicht zulässig. Aus diesem Grund steht auch der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch nicht im Sachzusammenhang mit einem zulässigen Verteidigungsmittel. Die Voraussetzungen des § 33 ZPO liegen in *Fall 3* nicht vor.

##### b) Bedeutung des § 33 ZPO

Nach allgemeiner Auffassung dient § 33 ZPO der Prozessökonomie, indem zersplitterte Prozesse über zusammenhängende Fragen vermieden werden<sup>26</sup>. Wenn sich das Gericht schon im Rahmen der Klage mit einem bestimmten rechtlichen Verhältnis beschäftigt, ist es sinnvoll, wenn der Beklagte damit zusammenhängende Fragen in den Prozess einbringen kann. Die weitere Bedeutung des § 33 ZPO ist umstritten. Der BGH geht davon aus, dass § 33 ZPO eine besondere Zulässigkeitsvoraussetzung enthalte, weshalb bei fehlender Konnexität die Widerklage

- 12 Zu den unterschiedlichen Klagearten der ZPO vgl. SCHREIBER *JURA* 2009, 754 ff.
- 13 Zum zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff vgl. BGH NJW 1996, 3151, 3152; NJW 2003, 2317, 2318; GRUNSKY *Zivilprozessrecht* 13. Aufl. 2008 Rdn. 116; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD *Zivilprozessrecht* § 92 Rdn. 10, 22.
- 14 MünchKomm/PATZINA ZPO 3. Aufl. 2008 § 33 Rdn. 8; MUSIELAK/HEINRICH ZPO 7. Aufl. 2009 § 33 Rdn. 9; ZÖLLER/VOLKKOMMER ZPO § 33 Rdn. 7; GRUNSKY *Zivilprozessrecht* Rdn. 117. Vgl. auch BAG NZA 1990, 987, 988.
- 15 Zur Möglichkeit einer negativen Feststellungswiderklage, wenn der Kläger nur einen Teil seiner Forderung gerichtlich geltend macht, BGH NJW 1970, 425; MUSIELAK *Grundkurs ZPO* 8. Aufl. 2005 Rdn. 316. Siehe auch SCHREIBER JR 1978, 113, 114.
- 16 Zur Bedeutung des § 33 ZPO siehe unter III 4 b.
- 17 In bestimmten Fällen ist die Zuständigkeit des Amts- oder Landgerichts vom Streitwert unabhängig. Vgl. die Aufzählungen in § 23 Nr. 2 GVG, § 23 a GVG, § 71 II Nr. 2 GVG.
- 18 Hk-ZPO/BENDTSEN § 5 Rdn. 2; THOMAS/PUTZO/HÜSSTEGE ZPO § 5 Rdn. 2, 5; ZÖLLER/HERGET ZPO § 5 Rdn. 2.
- 19 Stellt keine Partei einen Verweisungsantrag, bleibt das Amtsgericht gem. § 39 ZPO zuständig. Zuvor muss das Gericht gem. § 504 ZPO auf seine Unzuständigkeit und die Rechtsfolge eines rügelosen Einlassens hinweisen.
- 20 Im Ergebnis unstrittig (MUSIELAK/HEINRICH ZPO § 33 Rdn. 5; STEIN/JONAS/ROTH ZPO 22. Aufl. 2003 § 33 Rdn. 14). Zur dogmatischen Herleitung ausf. MAYER JuS 1991, 678 f.
- 21 Wie hier BGH NJW 1966, 1028; BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN ZPO § 33 Rdn. 8; MUSIELAK/HEINRICH ZPO § 33 Rdn. 2; STEIN/JONAS/ROTH ZPO § 33 Rdn. 26; ZÖLLER/VOLKKOMMER ZPO § 33 Rdn. 15; ZEISS/SCHREIBER *Zivilprozessrecht* Rdn. 94. Abweichend LÜKE *Zivilprozessrecht* Rdn. 237; SCHILKEN *Zivilprozessrecht* 5. Aufl. 2006 Rdn. 318.
- 22 Dieses Verständnis entspricht der Definition des rechtlichen Verhältnisses in § 273 BGB (vgl. STAUDINGER/BITTNER *BGB Neub* 2009 § 273 Rdn. 38 m. w. N.).
- 23 KG Berlin KGR 2004, 91 f.; AG Gelsenkirchen ZMR 2009, 129 f. Abweichend SCHMIDT-FUTTERER/BÖRSTINGHAUS *Mietrecht* 9. Aufl. 2007 § 558 b Rdn. 73.
- 24 ZÖLLER/VOLKKOMMER ZPO § 33 Rdn. 15.
- 25 Hk-ZPO/BENDTSEN § 33 Rdn. 4; ZÖLLER/VOLKKOMMER ZPO § 33 Rdn. 16; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD *Zivilprozessrecht* § 95 Rdn. 19. Auf die Begründetheit des Verteidigungsmittels kommt es hingegen nicht an (JAUERNIG *Zivilprozessrecht* § 46 II).
- 26 BGHZ 147, 220, 222 m. w. N.; BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN ZPO § 33 Rdn. 3.

grundsätzlich unzulässig sei<sup>27</sup>. Diese Sichtweise wird aber schon der Stellung des § 33 ZPO im Titel zu den Gerichtsständen (§§ 12 – 37 ZPO) nicht gerecht. Auch die offizielle Überschrift der Vorschrift spricht für die Regelung eines besonderen Gerichtsstands der Widerklage<sup>28</sup>. Außerdem sieht die ZPO in § 145 II gerade vor, dass eine inkonnexe Widerklage erhoben werden kann. In diesem Fall hat das Gericht die Möglichkeit, die Prozessstrennung anzuordnen. § 33 ZPO regelt also keine besondere Zulässigkeitsvoraussetzung, sondern lediglich einen zusätzlichen besonderen Gerichtsstand. Auf dieser Grundlage ist bei fehlender Konnexität stets zu prüfen, ob sich die örtliche Zuständigkeit des Gerichts aus anderen Vorschriften ergibt. Nur wenn sich der Gerichtsstand nicht auf andere Weise begründen lässt und keine Partei einen Verweisungsantrag stellt, ist die Widerklage unzulässig. Im Übrigen ist die praktische Bedeutung des Meinungsstreits gering. Fehlt der rechtliche Zusammenhang zwischen Klage und Widerklage, kann dieser Mangel nämlich – im Ergebnis unstrittig – durch rügeloses Einlassen der Parteien geheilt werden. Interpretiert man § 33 ZPO als besondere Zulässigkeitsvoraussetzung, folgt dieses Ergebnis aus § 295 ZPO. Nach der hier vertretenen Auffassung ist hingegen § 39 ZPO anwendbar<sup>29</sup>.

### III. Besondere Widerklagen

Neben der allgemeinen Widerklage existieren einige besondere Arten der Widerklage: die Hilfsklage, die Drittwiderklage, die petititorische Widerklage und die Wider-Widerklage<sup>30</sup>.

#### 1. Die Hilfsklage

Bei einer Hilfsklage macht der Beklagte seine Widerklage von einer Bedingung abhängig. Grundsätzlich sind Parteiprozesshandlungen zwar bedingungsfeindlich; eine Ausnahme ist aber für diejenigen Fälle anerkannt, in denen die Bedingung in einem innerprozessualen Ereignis besteht<sup>31</sup>. Vor diesem Hintergrund kann der Beklagte seine Widerklage davon abhängig machen, dass seine Verteidigungsmittel erfolglos sind und die Hauptklage mithin begründet ist<sup>32</sup>.

**Fall 4** K verklagt B auf Zahlung von 10.000 Euro aus einem Auftragsverhältnis. B möchte mit einer Darlehensforderung in Höhe von 10.000 Euro aufrechnen. Zwischen den Parteien ist streitig, ob sie einen Aufrechnungsausschluss in wirksamer Weise vereinbart haben. Daher erhebt B hilfsweise Widerklage auf Zahlung der Darlehensforderung.

In **Fall 4** entscheidet das Gericht über die Widerklage nur, wenn es von der Wirksamkeit des Aufrechnungsausschlusses ausgeht. Diese Frage darf das Gericht nicht unbeantwortet lassen. Denn der Beklagte hat die Unzulässigkeit der Aufrechnung zur Bedingung für seine Widerklage gemacht. Sind sowohl Klage als auch Widerklage begründet, werden Kläger und Beklagter zur Zahlung von 10.000 Euro verurteilt. Eine Verrechnung findet nicht statt.

#### 2. Die parteierweiternde Drittwiderklage<sup>33</sup>

Im Regelfall richtet sich die Widerklage alleine gegen den Kläger. Ausnahmsweise besteht für den Beklagten aber das Bedürfnis, auch gegen einen bisher am Prozess nicht beteiligten Dritten vorzugehen. Die wichtigsten Erscheinungsformen der Drittwiderklage sind die streitgenössische und die isolierte Drittwiderklage<sup>34</sup>.

##### a) Die streitgenössische Drittwiderklage

Eine streitgenössische Drittwiderklage bezeichnet die Situation, dass der Beklagte seinerseits sowohl den Kläger als auch einen Dritten in Anspruch nimmt. Diese Konstellation ist häufig bei Ansprüchen aufgrund eines Verkehrsunfalls anzutreffen<sup>35</sup>.

**Fall 5** K und B haben in Düsseldorf einen Verkehrsunfall, bei dem ihre Kraftfahrzeuge teils erheblich beschädigt werden. K verklagt B daraufhin

vor dem Landgericht Düsseldorf auf Zahlung eines Schadensersatzes in Höhe von 7.000 Euro. Nach Rechtshängigkeit der Klage erhebt B Widerklage sowohl gegen K als auch gegen dessen Kfz-Versicherung V auf Ersatz seiner eigenen Schäden.

In **Fall 5** ist V nicht Partei der Klage des K gegen B gewesen, sondern Dritte. Mit der Widerklage wird sie nunmehr in den Prozess hineingezogen. Im Rahmen der Widerklage tritt sie als weitere Partei neben den Kläger. Die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens setzt zunächst voraus, dass im Verhältnis zum Kläger die Voraussetzungen der Widerklage vorliegen. Daneben sind weitere Anforderungen zu beachten, weil der Dritte in einen bestehenden Prozess hineingezogen wird. Und zwar handelt es sich bei der Drittwiderklage um eine Parteierweiterung. Deren Zulässigkeit wird von der Rechtsprechung entsprechend der Regelungen über die Klageänderung – analog § 263 ZPO – beurteilt<sup>36</sup>. Der BGH prüft daher, ob der Dritte der Einbeziehung zugestimmt hat oder die gegen ihn gerichtete Widerklage zumindest sachdienlich ist. Darüber hinaus müssen die Voraussetzungen der §§ 59 ff. ZPO erfüllt sein, da durch die Parteierweiterung eine Streitgenossenschaft auf Widerbeklagenseite entsteht. Schließlich ist zu beachten, dass im Verhältnis zum Dritten – hier der V – § 33 ZPO nicht anwendbar ist. Denn § 33 ZPO vermittelt gerade keinen besonderen Gerichtsstand gegenüber der Person, zu der bisher kein Prozessrechtsverhältnis bestand<sup>37</sup>. Die örtliche Zuständigkeit muss also aus anderen Vorschriften abgeleitet werden können.

In **Fall 5** macht B mit seiner Widerklage seinen Schadensersatzanspruch wegen des Verkehrsunfalls geltend. K und dessen Versicherung V haften in diesem Fall nach § 115 I 4 VVG gesamtschuldnerisch. Sie sind daher einfache Streitgenossen nach § 59 ZPO. Die Parteierweiterung ist auch sachdienlich i. S. v. § 263 ZPO, weil Klage- und Widerklageanspruch auf demselben Ereignis beruhen. Schließlich ergibt sich die

27 BGH NJW 1964, 44, 45; NJW 1975, 1228. Diff. RIMMELSPACHER Festschrift für Gerhard Lüke 1997 S. 655, 665.

28 So die ganz herrschende Lehre (BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN ZPO § 33 Rdn. 1; THOMAS/PUTZO/HÜSSTEGE ZPO § 33 Rdn. 1; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD Zivilprozessrecht § 95 Rdn. 21; SCHILKEN Zivilprozessrecht Rdn. 738; ZEISS/SCHREIBER Zivilprozessrecht Rdn. 93, 404).

29 Relevant wird der Meinungsstreit nur, wenn der Zusammenhang zwischen Klage und Widerklage fehlt, eine Partei diesen Umstand rügt, sich aber aus anderen Vorschriften die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ergibt. Zur Darstellung im Rahmen einer Fallbearbeitung siehe GERHARDT JURA 1989, 542, 543; STAUDINGER/SCHMIDT-BENDUN JuS 2008, 898, 902 f.

30 Daneben gibt es noch die Zwischenwiderklage und die Anschlusswiderklage (Überblick bei STEIN/JONAS/ROTH ZPO § 33 Rdn. 34, 46).

31 Vgl. zur Bedingungsfeindlichkeit von Parteiprozesshandlungen und ihren Ausnahmen ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD Zivilprozessrecht § 65 Rdn. 23 ff.

32 Sog. echte Hilfsklage (vgl. BGH NJW 1956, 1478 f.; MünchKomm/PATZINA ZPO § 33 Rdn. 24; STEIN/JONAS/ROTH ZPO § 33 Rdn. 36; SCHILKEN Zivilprozessrecht Rdn. 740; ZEISS/SCHREIBER Zivilprozessrecht Rdn. 404). Ebenso zulässig ist eine (unechte) Hilfsklage, die unter der Bedingung steht, dass die Klage abgewiesen wird (BGH NJW 1996, 2306, 2307).

33 Ausf. zur Drittwiderklage LUCKEY JuS 1998, 499 ff.

34 Eine dritte – seltene – Fallgruppe ist die Widerklage eines unbeteiligten Dritten gegen den Kläger. Vgl. zu dieser Konstellation BGH MDR 1972, 600; Hk-ZPO/BENDTSEN § 33 Rdn. 17; STEIN/JONAS/ROTH ZPO § 33 Rdn. 45 m. w. N.

35 Zu den besonderen Haftungsgrundlagen im Straßenverkehr ausf. BRÖGELMANN JA 2003, 872 ff.; GARBE/HAGEDORN JuS 2004, 287 ff.; SCHREIBER/STRUPP JURA 2007, 594 ff.

36 BGH NJW 1964, 44, 45; NJW 1991, 2838. Dem BGH folgend Hk/BENDTSEN ZPO § 33 Rdn. 15; STEIN/JONAS/ROTH ZPO § 33 Rdn. 42. Abweichend THOMAS/PUTZO/HÜSSTEGE ZPO § 33 Rdn. 12; ZÖLLER/VOLLKOMMER ZPO § 33 Rdn. 24. Diff. ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD Zivilprozessrecht § 95 Rdn. 28.

37 BGH NJW 1991, 2838; NJW 1993, 2120; BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN ZPO § 33 Rdn. 2; GRUNSKY Zivilprozessrecht Rdn. 119; SCHREIBER JR 1978, 113, 114.

örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Düsseldorf gegenüber K aus § 33 ZPO und gegenüber der Versicherung V aus § 20 StVG, da der Verkehrsunfall in Düsseldorf stattfand<sup>38</sup>. Die Drittwiderklage ist somit zulässig.

#### b) Isolierte Drittwiderklage

Eine isolierte Drittwiderklage, also eine Widerklage ausschließlich gegen einen bisher Unbeteiligten, ist grundsätzlich unzulässig<sup>39</sup>. Denn eine Widerklage muss sich zumindest auch gegen eine Partei der Hauptklage richten. Im Einzelfall kann eine isolierte Drittwiderklage gleichwohl zulässig sein.

**Fall 6<sup>40</sup>** K kauft zusammen mit ihrem Ehemann D von B eine Eigentumswohnung. Nachdem K und D vom Kauf zurückgetreten sind, tritt D seine Ansprüche gegen B an K ab. Aus eigenem und aus abgetretenem Recht klagt sie nunmehr gegen B auf Rückzahlung des Kaufpreises. B begehrt widerklagend allein gegen D die Feststellung, dass D ihm gegenüber keine Ansprüche habe.

Nach einer Abtretung ist die Situation für den Schuldner häufig unklar. Er sieht sich einem neuen Gläubiger – dem Zessionar – gegenüber, der sich eines Anspruch gegen ihn berüht. Wird der Schuldner nunmehr verklagt, hat er ein Interesse daran, dass auch das Rechtsverhältnis zu seinem ursprünglichen Gläubiger – dem Zedenten – geklärt wird. Der BGH prüft die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens anhand des Zwecks der Widerklage<sup>41</sup>. Zunächst ist erforderlich, dass durch die isolierte Drittwiderklage eine Zersplitterung von Prozessen verhindert wird und die Gegenstände der Klage und der Widerklage tatsächlich und rechtlich eng miteinander verknüpft sind. Schließlich dürfen schutzwürdige Interessen des Dritten nicht entgegen.

In **Fall 6** hat B ein Interesse daran, dass auch sein Rechtsverhältnis zu D geklärt wird. K macht nämlich auch Rechte geltend, die ihr von D abgetreten worden sind. D und K haben diese Situation erst durch die Abtretung herbeigeführt, sodass D nicht schutzwürdig ist. Schließlich sind bei der Beurteilung der Widerklage die gleichen tatsächlichen und auch rechtlichen Umstände zu erörtern wie im Rahmen der Klage. Die isolierte Drittwiderklage ist hier ausnahmsweise zulässig<sup>42</sup>.

### 3. Petitorische Widerklage gegenüber einer Besitzschutzklage

Besondere prozesstaktische Bedeutung kommt der Widerklage im Bereich der Besitzschutzrechte zu:

**Fall 7<sup>43</sup>** K hatte von B, einem Pferdehändler, das Pferd »Sausewind« für 3 Wochen zum Ausprobieren erhalten. Nach Ablauf der Frist reagierte K nicht auf die Forderung des B, das Pferd zurückzugeben. Daher holte B »Sausewind« ohne Wissen des K von dessen Weide. K möchte das Pferd zurückbekommen und erhebt Klage auf Wiedereinräumung des Besitzes. B verweist auf sein Eigentum an dem Pferd.

Demjenigen, der seinen Besitz durch verbotene Eigenmacht i. S. v. § 858 I BGB verloren hat, steht gem. § 861 I BGB ein Anspruch auf Wiedereinräumung seines Besitzes zu. Dabei ist unerheblich, ob er zum Besitz berechtigt war<sup>44</sup>. Die Besitzschutzansprüche haben nur den Zweck, die Situation so wiederherzustellen, wie sie vor der Besitzentziehung bestand. Aus diesem Grund sind die Einwendungen gegenüber dem Anspruch aus § 861 I BGB beschränkt. Nach § 863 BGB kann sich der Beklagte nur damit verteidigen, die Entziehung des Besitzes sei keine verbotene Eigenmacht gewesen. Seine materielle Berechtigung – insbesondere das Eigentum – kann er dem Anspruch nicht entgegenhalten.

In **Fall 7** besteht also für B keine Aussicht, sich im Rahmen der Hauptklage erfolgreich gegen den Anspruch des K zu verteidigen. Seine materielle Berechtigung an der Sache kann B allerdings im Wege der Widerklage geltend machen<sup>45</sup>. Weder aus § 33 ZPO noch aus § 863 BGB lässt sich das Verbot einer petitorischen Widerklage gegen die Besitzschutz-

klage ableiten<sup>46</sup>. K kann daher Widerklage auf Feststellung seines Eigentums an dem Pferd erheben.

Sind Klage und Widerklage zur Entscheidung reif, müsste das Gericht beiden Anträgen stattgeben<sup>47</sup>. Dieser Weg würde aber zu einem widersprüchlichen Ergebnis führen: Einerseits hätte der ehemalige Besitzer einen Anspruch auf Wiedereinräumung seines Besitzes, andererseits würde das Gericht das Eigentum des Widerklägers feststellen. Letzteres hätte zur Folge, dass der Besitzer nach Wiedereinräumung seiner Besitzposition die Sache sofort wieder herausgeben müsste. Um ein widersprüchliches Urteil zu vermeiden, wird in einem solchen Fall die Klage wegen des Erfolgs der Widerklage abgewiesen<sup>48</sup>. Dogmatisch lässt sich dieses Ergebnis mit Hilfe einer Analogie zu § 864 II BGB begründen. Eine direkte Anwendung dieser Vorschrift scheidet aus, da ausdrücklich nur ein rechtskräftiges Urteil den Anspruch aus § 861 BGB erlöschen lässt. Gleichwohl ist § 864 II BGB der Vorzug der petitorischen Rechtslage vor dem Besitzschutz zu entnehmen<sup>49</sup>.

In **Fall 7** wird das Gericht, wenn es sowohl die Klage als auch die Widerklage für entscheidungsreif hält, die Klage abweisen und der Widerklage stattgeben.

### 4. Wider-Widerklage

Die Wider-Widerklage ist eine gegenüber der Widerklage erhobene eigene Widerklage des Klägers. Diese Situation ist selten, da der Kläger die Möglichkeit hat, seinen ursprünglichen Klageantrag zu erweitern. Eine solche Klageerweiterung ist als Klageänderung unter den Voraussetzungen der §§ 263 ff. ZPO zulässig. Eine Wider-Widerklage ist nur erforderlich, wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind<sup>50</sup>, der Kläger zuvor seine Klage zurückgenommen oder das Gericht über die Klage bereits durch Teilurteil gem. § 301 ZPO entschieden hat. Für die Wider-Widerklage gelten die gleichen Voraussetzungen wie für eine normale Widerklage. Insbesondere ist ein Zusammenhang zwischen Widerklage und Wider-Widerklage erforderlich.

38 Gegenüber K bedarf es nicht zwingend eines Rückgriffs auf den besonderen Gerichtsstand des § 33 ZPO, da sich auch im Verhältnis zwischen K und V die Zuständigkeit des Gerichts aus § 20 StVG herleiten lässt.

39 BGH NJW 2001, 2094 m. w. N.; STEIN/JONAS/ROTH ZPO § 33 Rdn. 44; LÜKE Zivilprozessrecht Rdn. 239; KORTE JA 2005, 534, 536 f.; K. SCHMIDT JuS 2008, 1130, 1131.

40 Fall angelehnt an BGH NJW 2008, 2852 ff.

41 Vgl. BGHZ 147, 220, 222; NJW 1987, 3138, 3139. § 33 ZPO vermittelt auch in diesem Fall keinen besonderen Gerichtsstand für die Widerklage gegen den Dritten (siehe oben III 2 a). Die örtliche Zuständigkeit des Gerichts kann sich also nur aus anderen Vorschriften ergeben.

42 Zur Zulässigkeit der isolierten Drittwiderklage gegen den Zedenten BGH NJW 2008, 2852, 2854 m. Anm. K. SCHMIDT JuS 2008, 1130 f.; DEUBNER JuS 2007, 817, 820 f.

43 Fall angelehnt an BGH NJW 1979, 1358 f.

44 BAMBERGER/ROTH/FRITZSCHE BGB 2. Aufl. 2008 § 861 Rdn. 6; SCHREIBER Sachenrecht 5. Aufl. 2008 Rdn. 102.

45 So die herrschende Meinung (BAMBERGER/ROTH/FRITZSCHE BGB § 863 Rdn. 6; MünchKomm/Joost BGB 5. Aufl. 2009 § 863 Rdn. 9; abweichend STAUDINGER/BUND BGB Neub 2007 § 863 Rdn. 8). Zur Situation im einstweiligen Rechtsschutz OLG Rostock OLGR 2001, 560 ff.; LEHMANN-RICHTER NJW 2003, 1717 f. m. w. N.

46 BGH NJW 1979, 1358.

47 Ist die Widerklage anders als die Klage noch nicht zur Entscheidung reif, kann das Gericht über die Klage durch Teilurteil i. S. v. § 301 ZPO entscheiden.

48 BGH NJW 1979, 1358 f.

49 BGH NJW 1979, 1359, 1360.

50 Im Rahmen der Wider-Widerklage ist der Kläger von den Einschränkungen der §§ 263 ff. ZPO befreit (BGH NJW-RR 1996, 65; MünchKomm/PATZINA ZPO § 33 Rdn. 25; MUSIELAK/HEINRICH ZPO § 33 Rdn. 15; STEIN/JONAS/ROTH ZPO § 33 Rdn. 35).