

Florian Bommer | Beat Mathys

Mehrere Ansprüche, einzige Instanz gemäss Art. 5 ZPO

Sachliche (Un-)Zuständigkeit,
insbesondere im Finanzmarktrecht



INHALTSÜBERSICHT

- I. **Einzige Instanz gemäss Art. 5 ZPO**
 - A. Überblick
 - B. Die Zuständigkeiten gemäss KAG, FinfraG und FINIG
 - C. Zeitpunkt und Kriterien der Prüfung der sachlichen Zuständigkeit
 - D. Keine Einlassung und keine Verwirkung der Einrede
 - E. Überweisung
- II. **Mehrere Ansprüche: Objektive Klagenhäufung und Anspruchskonkurrenz**
- III. **Sachliche Zuständigkeit bei Anspruchskonkurrenz**
- IV. **Sachliche Zuständigkeit bei objektiver Klagenhäufung**
- V. **Sachliche Zuständigkeit bei Widerklagen**
- VI. **Verrechnung**
- VII. **Geplante Revision von Art. 5 Abs. 1 ZPO**

I. Einzige Instanz gemäss Art. 5 ZPO

A. Überblick

Die sachliche Zuständigkeit ist ein Thema, das in der Literatur eher stiefmütterlich und in der Praxis mit einer gewissen Nonchalance behandelt wird. Das Erste mag damit zusammenhängen, dass die Zuständigkeit vor allem unter dem Aspekt der örtlichen Zuständigkeit diskutiert wird, die häufig komplexe Fragen aufwirft und auch rechtspolitisch – insbesondere im internationalen Kontext – immer wieder debattiert wird. Das Zweite lässt sich möglicherweise damit erklären, dass mit Bezug auf die sachliche Zuständigkeit eine Einlassung nicht möglich und diese vom Gericht ohnehin von Amtes wegen zu überprüfen ist. Die Gefahr für die Prozessbeteiligten besteht aber gerade darin, dass die Frage der sachlichen Zuständigkeit in jeder Phase des Prozesses – und auch vor der Rechtsmittelinstanz – zum Thema gemacht werden kann, das heisst auch nach durchgeführtem zweiten Schriftenwechsel oder gar erst nach einem Beweisverfahren, was für die Parteien insbesondere dann ärgerlich ist, wenn ein Grossteil des prozessualen Aufwandes bereits angefallen ist.¹ Art. 5 ZPO sieht zahlreiche Materien vor, in welchen eine einzige kantonale Instanz (zwingend) zuständig ist. Der Zweck der Konzentration bei einer einzigen Instanz liegt darin, dass bei diesen Spezialmaterien das Wissen bei einer einzigen Instanz konzentriert werden soll.² Mit der Konzentration bei einer einzigen Instanz soll zudem auch eine Beschleunigung des

Florian Bommer, Dr. iur., Rechtsanwalt,
BommerMathys Rechtsanwälte.

Beat Mathys, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt,
Lehrbeauftragter Universität St. Gallen,
BommerMathys Rechtsanwälte.

¹ Vgl. z.B. den Sachverhalt in BGE 140 III 355: Das kantonale Gericht gab den Parteien nach Erstattung der Replik und Duplik Gelegenheit, sich zur sachlichen Zuständigkeit zu äussern und trat in der Folge auf die Klage wegen fehlender sachlicher Zuständigkeit nicht ein.

² BERNHARD BERGER, in: Andreas Güngerich (Koord.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–149, Bern 2012 (zit. BK-BEARBEITER/IN), Art. 5 ZPO N 1; Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO), 7260.

Verfahrens erreicht werden, zumal auch das Schlichtungsverfahren gemäss Art. 198 lit. f ZPO wegfällt.³

Über beide Begründungen kann man durchaus diskutieren: Bei gewissen Materien, für die in Art. 5 ZPO eine einzige Instanz vorgesehen ist, kann man diesen Gedanken zustimmen, etwa dem Immaterialgüterrecht (Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO). Bei den finanzmarktrechtlichen Zuständigkeiten, die im Zentrum der folgenden Ausführungen stehen, ist es allerdings nicht ganz so selbstverständlich: Vor Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO gab es in diesen Bereichen keine einzige Instanz, ohne dass dies zu besonderen Schwierig-

Die Gefahr für die Prozessbeteiligten besteht darin, dass die Frage der sachlichen Zuständigkeit in jeder Phase des Prozesses – und auch vor der Rechtsmittelinstanz – zum Thema gemacht werden kann.

keiten geführt hätte. Auch das Argument der Beschleunigung wirkt etwas zufällig: Beschleunigung ist eine Maxime, die generell im Prozessrecht gilt. Weshalb gerade in den von Art. 5 ZPO erfassten Materien eine Beschleunigung besonders wichtig sein soll, wird jeweils nicht erläutert und ist auch nicht ohne weiteres ersichtlich. Zu berücksichtigen ist nämlich auch, dass mit der Zuständigkeit bei einer einzigen Instanz der Verzicht auf ein anderes grundlegendes Prinzip verbunden ist, nämlich das Erfordernis der *double instance*.

Bei mehreren Ansprüchen stellt sich sodann die Frage, ob die ordentlichen Gerichte oder die einzige kantonale Instanz zuständig ist oder ob eine Spaltung des Rechtswegs eintritt. In denjenigen Kantonen, in denen Handelsgerichte bestehen, ist die Frage weniger virulent, weil meistens für sämtliche Ansprüche die jeweiligen Handelsgerichte zuständig sein werden. In allen übrigen Kantonen kann der Beantwortung der Frage allerdings nicht ausgewichen werden. Auch in den «Handelsgerichtskantonen» behält die Frage ihre Relevanz, wenn nicht sämtliche Voraussetzungen einer handelsrechtlichen Streitigkeit gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO gegeben sind oder wenn die klagende Partei ihr Wahlrecht gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO (nicht) ausübt.

B. Die Zuständigkeiten gemäss KAG, FinfraG und FINIG

1. Allgemeines

Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO sieht vor, dass Streitigkeiten nach dem Kollektivanlagegesetz vom 23. Juni 2006 (KAG)⁴, dem Finanzmarktinfrastrukturgesetz vom 19. Juni 2015 (FinfraG)⁵ und dem Finanzinstitutsgesetz vom 15. Juni 2018 (FINIG)⁶ von einer einzigen kantonalen Instanz beurteilt werden. Diese Bestimmung ist seit dem 1. Januar 2020 in dieser Form in Kraft.

Mit Bezug auf das KAG existiert diese Zuständigkeit seit dem Inkrafttreten der ZPO, das heisst seit dem 1. Januar 2011. Die Zuständigkeiten mit Bezug auf das FinfraG und das FINIG gelten seit Inkrafttreten der jeweiligen Gesetze am 1. Januar 2016 bzw. am 1. Januar 2020. Bis zum 31. Dezember 2019 war auch für Streitigkeiten nach dem Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG) die einzige kantonale Instanz gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO zuständig. Das BEHG wurde durch das FINIG auf den 1. Januar 2020 aufgehoben, sodass auch die entsprechende Zuständigkeitsnorm in der ZPO dahinfiel.

Bei diesen Zuständigkeiten stellt sich zunächst die Frage, wie die Wendung «Streitigkeiten» gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO auszulegen ist. Die Norm stellt nicht auf eine bestimmte Materie ab,⁷ sondern auf die Anwendbarkeit eines bestimmten Gesetzes und die darauf fussenden Ansprüche. Eine solche Gesetzestechnik führt zu schwierigen Abgrenzungsfragen (weil ein Rechtsverhältnis häufig nicht nur von einem Gesetz bestimmt wird) und wirft bereits im Stadium der Zuständigkeitsprüfung die Frage auf, inwieweit ein Anspruch zumindest vorfrageweise bereits materiell zu prüfen ist. Zur Beantwortung dieser Frage wird auf die Lehre der «doppelrelevanten Tatsachen» zurückgegriffen.⁸

⁴ Das KAG bezweckt den Schutz der Anlegerinnen und Anleger sowie die Transparenz und die Funktionsfähigkeit des Marktes für kollektive Kapitalanlagen (Art. 1 KAG).

⁵ Das FinfraG regelt im Wesentlichen die Organisation und den Betrieb von Finanzmarktinfrastrukturen und soll die Funktionsfähigkeit und Transparenz der Finanzmärkte sowie die Stabilität des Finanzsystems und den Schutz der Finanzmarktteilnehmerinnen und -teilnehmern gewährleisten (Art. 1 FinfraG).

⁶ Das FINIG regelt die Anforderungen an die Tätigkeit der Finanzinstitute und bezweckt den Schutz der Anlegerinnen und Anleger. Ebenso wie das FinfraG soll es die Funktionsfähigkeit des Finanzmarktes gewährleisten (Art. 1 FINIG).

⁷ Wie etwa Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO, der generell auf «geistiges Eigentum» und nicht auf anwendbare Gesetzesbestimmungen verweist.

⁸ Vgl. unten I.C.2.

³ BSK ZPO-VOCK/NATER, Art. 5 N 1, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-BEARBEITER/IN).

2. KAG

Art. 145 KAG sieht eine umfassende Haftung aller Beteiligten im Bereich der kollektiven Kapitalanlage vor.⁹ Die Haftung wird an die Eigenschaft der ins Recht gefassten Partei geknüpft, so z.B. der Fondsleitung, der Depotbank, der Prüfgesellschaft oder des Liquidators etc. Die Konturen dieser Zuständigkeit sind noch einigermaßen fassbar: Sobald eine Partei in einer der in Art. 145 KAG erwähnten Eigenschaften belangt wird, ist von einer Zuständigkeit gemäss Art. 5 ZPO auszugehen. Auch wenn die Pflichten dieser Funktionsträger nicht nur durch das KAG, sondern auch durch zahlreiche andere Gesetze (z.B. das OR) bestimmt werden, so kann man hier relativ problemlos an die Eigenschaft der Funktionsträger zur Bestimmung der Zuständigkeit anknüpfen.

3. FINIG

Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO ist die einzige kantonale Instanz auch für Streitigkeiten nach dem FINIG zuständig. Das FINIG bezweckt gemäss Art. 1 Abs. 2 «den Schutz der Anlegerinnen und Anleger sowie der Kundinnen und Kunden und die Gewährleistung der Funktionsfähigkeiten des Finanzmarkts». Es sieht in Art. 68 Abs. 1 vor, dass sich die Verantwortlichkeit der Finanzinstitute und ihrer Organe nach den Bestimmungen des OR richtet. In Abs. 2 und 3 wird die Verantwortlichkeit im Falle einer Delegation geregelt.

Das FINIG enthält also kaum materielle Regelungen, sondern verweist auf das OR. Es stellt sich nun die Frage, was eine «Streitigkeit nach dem FINIG» ist. Sind damit sämtliche Klagen von Anlegerinnen und Anlegern gegen Finanzinstitute¹⁰ gemeint? Oder sind nur solche Streitigkeiten erfasst, bei denen das FINIG selber materielle Vorschriften enthält, also solche gemäss Art. 68 Abs. 2 und 3 FINIG? Letztere Auslegung scheidet u.E. aus, weil sich keinerlei Hinweise aus den Materialien auf eine derart eingeschränkte Bedeutung der Zuständigkeitsnorm ergibt.¹¹ U.E. ist deshalb davon auszugehen, dass sämtliche Klagen von Anlegerinnen und Anlegern gegen Finanzinstitute vor der einzigen Instanz gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO vorgebracht

werden müssen – so unbefriedigend diese Regelung auch ist: Anwendbar ist gemäss ausdrücklicher Verweisung in Art. 68 Abs. 1 FINIG das OR, und die Anwendung des OR gehört zum Alltag jeder gerichtlichen Instanz; dafür braucht es keine juristischen Spezialkenntnisse. Die Materialien legen den Eindruck nahe, dass die Tragweite dieser Bestimmung vom Gesetzgeber nicht überblickt wurde: In der Botschaft zum FINIG wird lediglich lapidar Folgendes ausgeführt: «Das BEHG wird ins FINIG überführt. Der in vorliegender Bestimmung enthaltene Verweis auf das BEHG wird entsprechend angepasst.»¹² Dabei wurde offenbar übersehen, dass das BEHG nicht den gleichen Anwendungsbereich wie das FINIG hatte und insbesondere nicht das Verhältnis zwischen Finanzinstituten und Anlegerinnen und Anlegern betraf. Die Anpassung von Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO wurde in den Räten nicht diskutiert und wurde in der vom Bundesrat vorgeschlagenen Form in die ZPO eingefügt.

Auch wenn diese Genese dafür spricht, dass sich der Gesetzgeber des Problems nicht bewusst war, würde es u.E. zu weit führen, der Norm die Anwendung deshalb zu versagen, weil ein offensichtliches Versehen des Gesetzgebers und damit eine rechtspolitische Gesetzeslücke vorliegt. Ein solches Vorgehen steht umso weniger zur Diskussion, als gerade im Bereich der Zuständigkeit einfache und klare Zuständigkeitsnormen von zentraler Bedeutung sind.

4. FinfraG

Eine Zuständigkeit nach Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO kann sich unter dem FinfraG insbesondere bei Art. 37 Abs. 4 FinfraG (Zuständigkeit der Zivilgerichte nach Durchlaufen des Beschwerdeverfahrens vor einem Handelsplatz) und beim praktisch wichtigen Art. 137 FinfraG (Kraftloserklärung von Beteiligungspapieren nach Durchführen eines öffentlichen Angebots) im Vordergrund ergeben. Diese Zuständigkeiten lassen sich einfach bestimmen und werden wohl auch kaum je mit anderen zivilrechtlichen Ansprüchen zusammen vorgetragen. Die schwierigen Abgrenzungsfragen, die sich im Anwendungsbereich des KAG und vor allem des FINIG stellen, gibt es im Anwendungsbereich des FinfraG deshalb nicht.

5. FIDLEG

Für Streitigkeiten gemäss dem Finanzdienstleistungsgesetz vom 15. Juni 2018 (FIDLEG)¹³ sieht Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO kei-

⁹ Vgl. zur Kontroverse, ob damit natürliche Personen oder Funktionsträger gemeint sind: BSK KAG-BÄRTSCHI/VON PLANTA, Art. 145 N 15, in: René Bösch/François Rayroux/Christoph Winzeler/Eric Stupp (Hrsg.), Kollektivanlagengesetz, Basler Kommentar, Basel 2016.

¹⁰ Finanzinstitute sind Vermögensverwalter, Trustees, Verwalter von Kollektivvermögen, Fondsleitungen und Wertpapierhäuser (Art. 2 Abs. 1 FINIG). Banken fallen nicht darunter (Art. 2 Abs. 2 lit. j FINIG).

¹¹ Art. 68 Abs. 2 und 3 regeln die Verantwortlichkeit im Falle der Delegation von Aufgaben. Als einen Anspruch nach dem FINIG könnte man auch einen solchen gestützt auf Art. 38 Abs. 1 bezeichnen: Gemäss dieser Norm hat die Fondsleitung Anspruch auf die im Vertrag vorgesehenen Vergütungen, Kostenersatz sowie Freistellung.

¹² Botschaft vom 4. November 2015 zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG), BBl 2015 8901 ff. (zit. Botschaft FIDLEG/FINIG), 8921.

¹³ Das FIDLEG bezweckt den Schutz der Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistern und die Schaffung vergleichbarer Bedingungen für

ne Zuständigkeit einer einzigen Instanz vor. Der Grund dafür liegt wohl darin, dass das FIDLEG Verhaltensregeln für Finanzdienstleister i.S.v. öffentlichem Recht statuiert und diese Verhaltensregeln nicht unmittelbar in das privatrechtliche Verhältnis zwischen Finanzdienstleistern und Kundinnen und Kunden eingreifen.¹⁴ In Art. 87 Abs. 3 FIDLEG wird auch ausdrücklich festgehalten, dass privatrechtliche Streitigkeiten zwischen Finanzdienstleistern und Kundinnen und Kunden durch das zuständige Gericht oder Schiedsgericht entschieden werden.

C. Zeitpunkt und Kriterien der Prüfung der sachlichen Zuständigkeit

1. Eintreten auf die Klage

Wie die anderen Prozessvoraussetzungen prüft das Gericht die sachliche Zuständigkeit von Amtes wegen (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Es bedarf somit keiner Parteieinrede (anders als bei der Einrede der fehlenden örtlichen Zuständigkeit gemäss Art. 18 ZPO), damit das Gericht die sachliche Zuständigkeit prüft.

Die Prüfung jeder Prozessvoraussetzung, also auch der sachlichen Zuständigkeit, soll «so bald als möglich»¹⁵ und damit vor der materiellen Behandlung der Klage erfolgen; eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, wann dies stattzufinden hat, besteht allerdings nicht.¹⁶ Wie bei allen anderen Klagen wird das Gericht auch bei Streitigkeiten, die in den Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO fallen könnten, schon aus Gründen der Prozessökonomie¹⁷ möglichst frühzeitig über seine sachliche Zuständigkeit entscheiden; damit wird dem Beschleunigungsgebot entsprochen und die Problematik der Rechtsverzögerung vermieden.¹⁸ Die Pflicht, das Vorliegen einer Prozessvoraussetzung zu prüfen, trifft auch die Rechtsmittelinstanz; erhält

ein Gericht erst im Rechtsmittelverfahren von einer fehlenden Prozessvoraussetzung Kenntnis, so ergeht ein Nichteintretensentscheid.¹⁹

2. Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO: Kriterien der gerichtlichen Prüfung

Bei potenziell finanzmarktrechtlichen Streitigkeiten wird das Gericht u.E. darauf achten, ob erstens die klagende Partei Tatsachen behauptet, welche den Streitgegenstand als Streitigkeit «nach»²⁰ einem der drei Finanzmarktgesetze qualifizieren und ob zweitens sich die klagende Partei ausdrücklich auf eines der in Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO genannten Gesetze bezieht:

Im Bereich von Streitigkeiten i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO dürften die von der klagenden Partei *behaupteten Tatsachen* in aller Regel sowohl für die (sachliche) Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich sein (sog. doppelrelevante Tatsachen).²¹ Eine doppelrelevante Tatsache wird für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr unterstellt und allfällige Einwände der Gegenpartei sind im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung unbeachtlich.²²

Mitentscheidend für die sachliche Zuständigkeit werden nicht nur die (doppel-)relevanten Tatsachenbehauptungen sein, sondern auch die *rechtliche Einordnung* des Anspruches durch die klagende Partei; bezieht sich somit die klagende Partei auf eines der drei Gesetze, die in Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO erwähnt werden (qualifiziert sie also selber die Angelegenheit als «Streitigkeit nach» einem der drei erwähnten Finanzmarktgesetze), so spricht dies für die sachliche Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz.

Der Entscheid des Gerichtes, ob eine Streitigkeit nach einem der drei Finanzmarktgesetze i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO vorliegt, wird im Rahmen einer *Gesamtqualifikation* und damit unter Berücksichtigung der als wahr unterstellten Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei und auch der durch die klagende Partei selber vorgenommenen rechtlichen Einordnung des geltend gemachten Anspruchs erfolgen.²³

das Erbringen von Finanzdienstleistungen durch Finanzdienstleister (Art. 1 Abs. 1 FIDLEG).

¹⁴ Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 12), 8921; vgl. auch SANDRO ABEGLLEN/LÉONIE LUTERBACHER, Das Verhältnis der FIDLEG-Verhaltensregeln zum Privatrecht, ZSR 2020 I, 223 ff.

¹⁵ BGE 140 III 159 E. 4.2.4.; siehe auch CHRISTOPH HURNI, Zum Streitgegenstand im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2018, 209.

¹⁶ BGE 140 III 159 E. 4.2.4. Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit der Leistung des Vorschusses für die Gerichtskosten festgehalten, dass Art. 60 ZPO keine zeitliche oder verfahrensmässige Vorgabe enthält, aus der abgeleitet werden könnte, ein Verfahren dürfe nicht fortgesetzt werden bis sämtliche in diesem Stadium bzw. nach einem Zuwartan abklärbaren Prozessvoraussetzungen vorliegen; eine solche Regel wäre nach Auffassung des Bundesgerichtes auch nicht praktikabel, weil ein Mangel verbessert werden kann.

¹⁷ Vgl. zur Prozessökonomie BEAT BRÄNDLI, Prozessökonomie im schweizerischen Recht – Grundlagen, bundesgerichtliche Rechtsprechung und Auswirkungen im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2013.

¹⁸ Vgl. BRÄNDLI (FN 17), 5 ff.

¹⁹ OGer ZH, NP120025, 28.6.2013, E. 2.1.

²⁰ So ausdrücklich Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO; vgl. den Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO («Streitigkeiten *im Zusammenhang* mit geistigem Eigentum») und Art. 5 Abs. 1 lit. c ZPO («Streitigkeiten *über* den Gebrauch einer Firma»); Hervorhebungen beigegefügt.

²¹ BGE 137 III 32 E. 2.3.

²² BGer, 4A_84/2020, E. 5.2.; BGE 137 III 32 E. 2.3.; ausführlich SAMUEL BAUMGARTNER, Doppelrelevante Tatsachen, recht 2022, 1 ff.

²³ Vgl. ausführlich zur Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit URS H. HOFFMANN-NOWOTNY, Doppelrelevante Tatsachen im Zivilprozess und Schiedsverfahren, Zürich/St. Gallen 2010, 303.

Das *Gericht ist nicht verpflichtet*, die einzelnen Prozessvoraussetzungen selber abzuklären:²⁴ Es darf sich für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit auf die Behauptungen und die rechtliche Qualifikation der klagenden Partei abstützen; somit hat es die klagende Partei in der Hand, durch ihre Behauptungen und rechtliche Qualifikation eines Anspruches die sachliche Zuständigkeit weitgehend zu beeinflussen. Bei unplausiblen und inkohärenten Tatsachenvorträgen kann dagegen keine sachliche Zuständigkeit begründet werden; stützt die klagende Partei etwa ihren Anspruch auf das KAG ab, ohne dass sie hierzu eine vernünftige Begründung gibt, so wird die einzige kantonale Instanz ihre sachliche Zuständigkeit ohne weiteres ablehnen dürfen. Der Richter muss sich jedenfalls selber davon überzeugen, ob die Prozessvoraussetzungen effektiv vorliegen.

Trägt eine klagende Partei eine Anspruchsgrundlage, welche für sich allein genommen schon eine Zuständigkeit nach Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO begründen würde, bloss im Sinne einer *Eventualbegründung* vor, so ändert dies nichts daran, dass die Klage in die sachliche Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz fällt, selbst wenn sie aufgrund der Hauptbegründung von einem ordentlichen Gericht zu beurteilen wäre. Dies ergibt sich aus der *Möglichkeit*, dass sich das Gericht mit der bloss eventuell angeführten Anspruchsgrundlage – welche eine sachliche Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz zur Folge hätte – beschäftigen muss. Da somit zwei Anspruchsgrundlagen geltend gemacht werden,²⁵ ergibt sich nichts anderes als bei der Anspruchskonkurrenz: Die einzige kantonale Instanz ist sachlich zuständig.²⁶ So wie sich ein Berufungskläger in der Berufung (Art. 308 ZPO) mit allen Begründungen auseinandersetzen muss, wenn ein Entscheid mehrere selbständige Begründungen oder eine Haupt- und eine Eventualbegründung enthält,²⁷ so ist die einzige kantonale Instanz somit auch dann sachlich zuständig, wenn sich etwa die klagende Partei bloss im Rahmen einer Eventualbegründung auf eines der drei Finanzmarktgesetze bezieht.²⁸

3. Veränderungen im Laufe des Verfahrens

Die Frage des Zeitpunkts der Prüfung der Prozessvoraussetzungen ist vom Zeitpunkt zu unterscheiden, in welchem die Prozessvoraussetzungen erfüllt sein müssen: Die Prozessvoraussetzungen müssen (Ausnahmen vorbehalten)²⁹ erst im Zeitpunkt der *Fällung des Sachurteils* gegeben sein.³⁰

Somit kann sich die klagende Partei nicht darauf verlassen, mit der (zu Beginn des Verfahrens erfolgten) Prüfung der sachlichen Zuständigkeit habe sich die Frage der sachlichen Zuständigkeit ein für alle Mal erledigt. Ein Gericht wird die Prüfung jederzeit bis zum Endentscheid wie-

Der Zweck der Konzentration bei einer einzigen Instanz liegt darin, dass bei Spezialmaterien das Wissen konzentriert werden soll.

derholen.³¹ Bei jedem Prozessschritt und nach jeder Eingabe kann das Gericht seine sachliche Zuständigkeit einer erneuten Prüfung unterziehen. Damit kann sich der Kläger zwar ab einem bestimmten Verfahrensstadium auf die Zuständigkeit des Gerichtes in örtlicher Hinsicht verlassen; die sachliche Zuständigkeit steht aber nie ganz fest und kann selbst von der Rechtsmittelinstanz noch verneint werden.³² Damit unterscheidet sich die sachliche Zuständigkeit von der örtlichen Zuständigkeit – selbst wenn die örtliche Zuständigkeit des Gerichtes nicht gegeben ist, so kann sich die beklagte Partei auf ein Verfahren einlassen.³³

Kommt das *ordentliche* Gericht im Laufe des Verfahrens zur Auffassung, dass es sich um eine Streitigkeit nach Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO handelt, so ist es sachlich nicht zuständig und hat einen Nichteintretensentscheid zu fällen. Stützt die klagende Partei etwa, nachdem sie ihren Anspruch in der Klage noch mit einer Verletzung einer auftragsrechtlichen Pflicht begründet hatte, ihren Anspruch in der Replik auf das KAG, so würde dies ohne weiteres zu einer (sachlichen) Unzuständigkeit des ordentlichen Gerichts und damit zu einem Nichteintretensentscheid führen.³⁴

²⁴ BSK ZPO-GEHRI (FN 3), Art. 60 N 10.

²⁵ Die eventuelle Begründung ist von Eventualanträgen zu unterscheiden.

²⁶ Vgl. unten II. (Anspruchskonkurrenz).

²⁷ Vgl. zu den Anforderungen bei der Berufung BGer, 4A_133/2017, E. 2.2; siehe auch BGE 132 III 555 E. 3.2.

²⁸ Für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit muss dabei irrelevant sein, wie umfassend die von der klagenden Partei vorgenommenen Tatsachenbehauptungen sind, wie detailliert die Anspruchsgrundlage gemäss einem der drei Finanzmarktgesetze dargestellt wird und ob überhaupt Ausführungen zur sachlichen Zuständigkeit gemacht werden.

²⁹ Vgl. Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO (örtliche Zuständigkeit).

³⁰ BGE 140 III 159 E. 4.2.4.

³¹ BSK ZPO-GEHRI (FN 3), Art. 60 N 4.

³² Vgl. ZR 2013 Nr. 83: Das Handelsgericht des Kantons Zürich führte einen doppelten Schriftenwechsel durch und räumte ein, die Tragweite der Zuständigkeitsfrage angesichts des Standes der Rechtsprechung noch nicht erkannt zu haben; es trat auf eine Widerspruchsklage nicht ein (vgl. BGE 140 III 355).

³³ Art. 18 ZPO; Art. 6 IPRG; Art. 24 LugÜ.

³⁴ Dabei wären die Voraussetzungen der Klageänderung (Art. 227 ZPO) und die Novenschranke gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten, vgl. BGer, 4A_229/2017, E. 3.5.

Hat sich die klagende Partei in der bei der *einzigsten kantonalen Instanz* eingereichten Klage auf eines der drei Gesetze gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO berufen oder Tatsachen behauptet, welche auf eine finanzmarktrechtliche Streitigkeit schliessen lassen, so kann eine Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz (und damit die Unzuständigkeit des ordentlichen Gerichts) durch eine Kehrtwende der klagenden Partei³⁵ beseitigt werden. Bei einer Kehrtwende darf u.E. keine *perpetuatio fori* im Hinblick auf die sachliche Zuständigkeit gelten, weil die Zuständigkeit allein durch eine (später revidierte) Tatsachenbehauptung der klagenden Partei begründet worden ist.³⁶ Dies bedeutet, dass die einzige Instanz einen Unzuständigkeitsentscheid fällen muss.³⁷

4. Vorkehrungen der klagenden Partei

Bei finanzmarktrechtlichen Zivilansprüchen hat die klagende Partei in Bezug auf die sachliche Zuständigkeit (zusätzlich zu den anderen Eintretensvoraussetzungen) zu beachten, dass die Zuständigkeit nicht nur durch den Tatsachenvortrag der klagenden Partei bestimmt wird, sondern auch durch die oft im rechtlichen Teil der Klage *durch die klagende Partei selber vorgenommene rechtliche Qualifikation* des Anspruchs. Auch ein beiläufig vorgenommener Bezug auf eines der drei in Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO erwähnten Gesetze wird dazu führen, dass die sachliche Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz gegeben ist. Entsprechend wird eine Klage vom ordentlichen Gericht nicht behandelt werden.

Die klagende Partei kann versucht sein, die Chance auf Gutheissung zu erhöhen und deshalb ihre Klage (im Sinne der Anspruchskonkurrenz) auf möglichst viele, auch wenig erfolgversprechende Grundlagen abzustützen. Die klagende Partei wird es entsprechend vermeiden, bei Klagen, die sie beim ordentlichen Gericht einreichen möchte, Anspruchsgrundlagen oder Tatsachen auch nur beiläufig zu erwähnen, welche die Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO begründen könnten.

³⁵ Die klagende Partei kann sich etwa in der Replik oder der Hauptverhandlung nur noch auf eine Anspruchsgrundlage berufen, welche nicht in die sachliche Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz fällt.

³⁶ Vgl. demgegenüber die *perpetuatio fori* beim Dahinfallen einer persönlichen Eigenschaft einer Partei (*i.c.* Handelsregistereintrag); BGER, 4A.595/2019, E.2.4.2. Die Fällung eines Unzuständigkeitsentscheides bei einer Änderung der Prozesstaktik der klagenden Partei ist gerechtfertigt, weil dadurch nicht eine persönliche Eigenschaft dahinfällt, sondern sich eine Tatsachenbehauptung oder eine Anspruchsgrundlage ändern.

³⁷ Zur Frage des Zeitpunkts des Vorliegens der sachlichen Zuständigkeit und zur *perpetuatio fori* im Rahmen der sachlichen Zuständigkeit ausführlich ANDREAS SCHNEUWLY, Die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte nach Art. 6 Abs. 2 ZPO, Zürich/St. Gallen 2021, 73.

D. Keine Einlassung und keine Verwirkung der Einrede

Bestimmt die ZPO die sachliche Zuständigkeit und schreibt sie – wie für Streitigkeiten gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO – für die entsprechenden Klagen die Beurteilung durch eine einzige kantonale Instanz vor, so ist diese Zuständigkeit *zwingend*; für eine vorbehaltlose Einlassung bei einem sachlich unzuständigen Gericht besteht – im Anwendungsbereich der ZPO – kein Raum.³⁸ Art. 18 ZPO regelt (nur) die Einlassung beim *örtlich* zuständigen Gericht.

Bei Finanzmarktstreitigkeiten bedeutet dies insbesondere, dass sich die beklagte Partei vor (jedem) ordentlichen Gericht darauf berufen kann, dass es sachlich unzuständig ist. Dabei stellt sich die Frage, ob sich aus dem Verfahrensgrundsatz des Handelns nach Treu und Glauben

Das Gericht darf sich für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit auf die Behauptungen und die rechtliche Qualifikation der klagenden Partei abstützen; somit hat es die klagende Partei in der Hand, die sachliche Zuständigkeit weitgehend zu beeinflussen.

(Art. 52 ZPO) eine Handlungspflicht oder Obliegenheit der beklagten Partei ergibt, *schon frühzeitig* auf die sachliche Unzuständigkeit hinzuweisen, was im Hinblick auf die Prozessökonomie wünschbar wäre.³⁹

Werden bei schiedsgerichtlichen Verfahren Fragen der Zusammensetzung eines Schiedsgerichtes oder dessen Zuständigkeit von der beklagten Partei nicht frühzeitig gerügt, so geht das Bundesgericht davon aus, dass die entsprechenden Rügen verwirken.⁴⁰ Gemäss unserer Auffassung dürfen aber die strengen Anforderungen des Schiedsverfahrens nicht für die Rüge der sachlichen Unzuständigkeit bei Zivilprozessen gelten.⁴¹ Auch wenn für die Parteien das gesetzliche Gebot des Handelns nach Treu und Glauben⁴² und das Verbot des Rechtsmissbrauchs gelten, so darf ein verspätetes Vorbringen keine Verwirkung und auch keine Begründung der sachlichen Zuständigkeit zur Folge haben. Die sachliche Zuständigkeit ist der Parteidisposition entzogen; die Möglichkeit einer Vermeidung unnötiger pro-

³⁸ BGE 143 III 495 E. 2.2.2.3.

³⁹ Etwa unmittelbar nach Kenntnis oder nach zumutbarer, aber unterlassener Prüfung.

⁴⁰ BGE 143 III 462 E. 2.3.

⁴¹ Das Bundesgericht verwies immerhin im Zusammenhang mit einem Schiedsverfahren auf Art. 52 ZPO, vgl. BGE 143 III 462 E. 2.3.

⁴² Art. 52 ZPO.

zessualer Aufwände soll nicht dazu führen, dass ein sachlich unzuständiges Gericht in der Sache entscheidet. Die Prozessökonomie darf deshalb nicht als Vorwand dienen, um eine gesetzlich nicht gegebene Zuständigkeit oder einen gesetzlich nicht vorgesehenen Einlassungstatbestand zu schaffen, auch angesichts der Mitverantwortung des Gerichts und der klagenden Partei.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist es einer beklagten Partei deshalb durchaus auch erlaubt, die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit *spät und sogar bewusst spät* zu erheben. Die beklagte Partei kann somit taktieren in der Hoffnung, dass ihre späte Einrede der sachlichen Unzuständigkeit die klagende Partei von einer erneuten Erhebung der Klage bei der zuständigen Instanz – auch wegen der bereits angefallenen Gerichtskosten und Parteientschädigung – abhalten wird.⁴³ Immerhin wird die beklagte Partei bedenken müssen, dass bei fortgeschrittenem Verfahren allenfalls mehr Argumente nötig sein könnten, um das Gericht von seiner Unzuständigkeit zu überzeugen.

Es könnte eingewendet werden, dass das gegen Treu und Glauben verstossende (absichtliche) Zurückhalten der Einrede der sachlichen Unzuständigkeit immerhin eine *Kostentragungspflicht der beklagten Partei* auslösen muss.⁴⁴ Aus unserer Sicht darf aber die beklagte Partei, welche sich – absichtlich taktierend oder einfach, weil sie selber die Unzuständigkeit (auch) nicht bemerkt – erst spät auf die fehlende sachliche Zuständigkeit beruft, nicht etwa durch eine Reduktion der Parteientschädigung oder die Auferlegung eines Teils der Gerichtskosten sanktioniert werden:⁴⁵ Die Verantwortung, das sachlich zuständige Gericht anzurufen, trägt ausschliesslich die klagende Partei, auch wenn die Zu-

ständigkeit von Amtes wegen (Art. 60 ZPO) geprüft werden muss.

Bloss ein scheinbarer Widerspruch ergibt sich, wenn kantonale Vorschriften⁴⁶ festhalten, dass die beklagte Partei die Einrede der fehlenden sachlichen Zuständigkeit spätestens mit der Klageantwort erheben muss. Entsprechende kantonale Normen können aber keine Einlassung vor einem sachlich unzuständigen Gericht bewirken, wenn die sachliche Zuständigkeit von Bundesrechts wegen vorgesehen ist. Sehen kantonale Bestimmungen etwas Gegenteiliges vor, so wären sie bundesrechtswidrig.⁴⁷

E. Überweisung

In verschiedenen Erlassen findet sich eine Überweisungspflicht der unzuständigen Behörde.⁴⁸ Im Anwendungsbe-
reich der ZPO bestehen jedoch *im Grundsatz keine Überweisungspflichten bei sachlicher Unzuständigkeit*.⁴⁹ Die ZPO sieht die Überweisung von Amtes wegen bewusst nicht vor, weil der Gesetzgeber Zusatzbelastungen der Gerichte vermeiden wollte.⁵⁰ Es obliegt also der klagenden Partei, eine finanzmarktrechtliche Klage beim zuständigen Gericht (und in der richtigen Verfahrensart) anhängig zu machen.⁵¹

Aus unserer Sicht gibt es auch *keine wichtigen Gründe*, welche bei Finanzmarktstreitigkeiten eine gesetzlich nicht vorgesehene Weiterleitungspflicht der einzigen kantonalen Instanz oder des ordentlichen Gerichts begründen würden; weder der Grundsatz von Treu und Glauben im Verfahren (Art. 52 ZPO), ein schon weit fortgeschrittenes Verfahren (etwa wenn ein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt wurde)⁵² und nicht einmal vom Gericht bereits gefällte inhaltliche Entscheide (etwa eine Beweissicherung oder ein Vorentscheid) genügen, um die Überweisung ausnahmsweise zu rechtfertigen. Entsprechend bleiben auch klägerische Eventualanträge, eine Klage an das zuständige Gericht zu überweisen, ohne Wirkung.

⁴³ Die beklagte Partei kann durchaus Gründe haben, nicht schon nach der Zustellung der Klage auf die sachliche Unzuständigkeit hinzuweisen: Gerade wenn ein Verfahren schon eine gewisse Zeit dauerte, also etwa ein zweifacher Schriftenwechsel durchgeführt wurde und gar eine Verhandlung abgehalten wurde, so ist die klagende Partei bei einem Unzuständigkeitsentscheid geschwächt. Es wird sich dann für sie regelmässig die Frage stellen, ob sie einen zweiten Anlauf vor dem sachlich zuständigen Gericht nimmt.

⁴⁴ Art. 107 ZPO.

⁴⁵ Vgl. OGer ZH, LB210014, 18.10.2021; so entschied das Bezirksgericht Zürich, nach doppeltem Schriftenwechsel, einer Instruktionsverhandlung und einer Hauptverhandlung, dass es für den eingeklagten Anspruch von über CHF 4 Mio. sachlich gar nicht zuständig ist, weil es sich um einen Prospekthaftungsanspruch handeln soll. Die Gerichtskosten betragen CHF 60'000 und die Parteientschädigung hohe CHF 103'000, womit das Gericht von einer ordentlichen Gerichtsgebühr und einer ordentlichen Parteientschädigung ausging. Das Obergericht teilte die Qualifikation des Anspruchs nicht, und entschied auf sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichtes; es handle sich um eine vertragliche Anspruchsgrundlage, wobei von der Festsetzung einer Entscheidunggebühr für das Berufungsverfahren abgesehen wurde.

⁴⁶ Vgl. etwa § 126 Abs. 2 GOG/ZH.

⁴⁷ BGE 140 III 355 E. 2.4.

⁴⁸ Art. 32 Abs. 2 SchKG: Betreibungs- und Konkursämter sind verpflichtet, bei einer Eingabe an ein unzuständiges Amt diese Eingabe weiterzuleiten; Art. 48 Abs. 3 BGG: Eine Weiterleitungspflicht ergibt sich, wenn eine Eingabe, welche für das Bundesgericht bestimmt ist, bei der Vorinstanz eingereicht wird; in diesem Fall muss die Vorinstanz die Eingabe dem Bundesgericht übermitteln.

⁴⁹ Immerhin kennt die ZPO bei sachlicher Unzuständigkeit eine Weiterleitungspflicht des Gerichts, falls sich die Unzuständigkeit als Folge einer Widerklage (Art. 224 Abs. 2 ZPO) oder einer Klageänderung (Art. 227 Abs. 2 ZPO) ergibt.

⁵⁰ Botschaft ZPO (FN 2), 7277.

⁵¹ BGer, 4A_332/2015, E. 4.2.

⁵² Vgl. etwa BGE 140 III 355; OGer ZH, LB210014, 18.10.2021.

Die Frage der Weiterleitungspflicht von an eine unzuständige Behörde eingereichten Eingabe wird im Übrigen ausschliesslich von der ZPO und *nicht etwa von den kantonalen Gesetzgebern* geregelt.⁵³ Kantonale Bestimmungen, welche eine Weiterleitung vorsehen, entfalten im Bereich der Anwendung der ZPO keine Wirkung; die ZPO sieht die «Weiterleitung» auch nicht als Erledigungsart vor.

II. Mehrere Ansprüche: Objektive Klagenhäufung und Anspruchskonkurrenz

Stehen mehrere Ansprüche im Raum, so stellt sich die Frage, wie sich die Zuständigkeit mit Bezug auf Ansprüche gestaltet, die sich nur auf eines der vorne erwähnten Gesetze stützen. In diesem Zusammenhang ist die Unterscheidung zwischen *objektiver Klagenhäufung* und *Anspruchskonkurrenz* von Belang.

Objektive Klagenhäufung liegt vor, wenn die klagende Partei gegen die gleiche beklagte Partei mehrere Ansprüche geltend macht (Art. 90 ZPO). Eine Anlegerin geht beispielsweise gegen ein Finanzinstitut gemäss FINIG vor und macht dabei gleichzeitig einen Anspruch aus Darlehen geltend, das sie dem Finanzinstitut – unabhängig von der Vermögensverwaltung – gewährt hat.

Anspruchskonkurrenz liegt vor, wenn die klagende Partei gegen dieselbe beklagte Partei einen einheitlichen Anspruch, aber gestützt auf verschiedene Klagegründe geltend macht. Die Anspruchskonkurrenz wird auch als *Anspruchsgrundlagenkonkurrenz* bezeichnet. Ein typischer Fall von Anspruchskonkurrenz liegt vor, wenn ein Anspruch sowohl auf vertragliche als auch ausservertragliche Grundlagen gestützt wird, wenn beispielsweise bei einem Unfall mit Körperverletzung ein Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber sowohl aus Arbeitsvertrag als auch gestützt auf Art. 41 ff. OR vorgeht.

Soweit Anspruchskonkurrenz infrage steht, ist die Rechtslage klar. Das Bundesgericht hat bereits im Jahr 1966 entschieden, dass sämtliche Anspruchsgrundlagen vor einer einzigen Instanz vorgebracht werden können und die Kantone die klagende Partei nicht mit dem gleichen Anspruch je nach Grundlage an verschiedene Instanzen verweisen können.⁵⁴ Der Entscheid gilt auch unter der eidgenössischen ZPO unverändert weiter. Das Bundesgericht hat seinen Entscheid nämlich damit begründet, dass ein Gericht

das Recht von Amtes wegen anzuwenden habe und deshalb nicht auf die Prüfung von nur einzelnen Anspruchsgrundlagen beschränkt werden kann. Dieses Prinzip gilt auch unter der eidgenössischen ZPO.

Auf die Frage, welche Instanz zuständig sein soll, wird weiter unten eingegangen.⁵⁵

III. Sachliche Zuständigkeit bei Anspruchskonkurrenz

Wie oben ausgeführt⁵⁶ muss bei Anspruchskonkurrenz eine einzige Instanz für die Beurteilung sämtlicher Ansprüche zuständig sein. Ist für einen der Ansprüche eine einzige Instanz gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO zuständig, so beurteilt diese auch sämtliche anderen Anspruchsgrundlagen. Die Konzentration findet also bei der einzigen Instanz, und nicht bei den ordentlichen Gerichten, statt.⁵⁷ Wie oben ausgeführt wollte der Gesetzgeber mit der Bezeichnung bei einer einzigen Instanz gewährleisten, dass sich das Fachwissen mit Bezug auf eine gewisse Materie bei einer Instanz konzentriert.⁵⁸ Wenn es die klagende Partei nun in der Hand hätte, durch eine extensive Anrufung möglicher Anspruchsgrundlagen die sachliche Zuständigkeit zu beeinflussen, würde dieses Ziel in Frage gestellt, insbesondere auch deshalb, weil bei der Prüfung der Zuständigkeit grundsätzlich auf die Vorbringen der klagenden Partei abzustellen ist.⁵⁹

Gleich muss es sich verhalten, wenn die Zuständigkeit einer einzigen Instanz lediglich aufgrund einer *Alternativbegründung*⁶⁰ gegeben ist. Die einzige Instanz gemäss Art. 5

⁵⁵ Vgl. unten III. und IV.

⁵⁶ Vgl. oben II.

⁵⁷ ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, *Zivilprozessrecht – Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts*, 3. A., Zürich 2019, § 9 N 18a; DANIEL ZEMP, *Materiellrechtliche Anspruchskonkurrenz und zivilprozessuale Zuständigkeit nach Schweizer Recht unter Berücksichtigung der deutschen Rechtslage*, Diss. Basel 2018, N 646; RAINER WEY, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3. A., Zürich 2016, Art. 5 ZPO N 8; PHILIPPE SPITZ/ERNST STAEHELIN, in: Peter Jung/Philippe Spitz (Hrsg.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, 2. A., Bern 2016, Vor Art. 9–13a N 133; MICHAEL WIDMER/TIMO LEIS, *Zuständigkeit gemäss ZPO im Immaterialgüterrechtsprozess*, sic! 2012, 373 ff.

⁵⁸ Vgl. oben I.A.

⁵⁹ Vgl. oben I.C.2.

⁶⁰ Eine Alternativbegründung schliesst – anders als bei der Anspruchskonkurrenz – die Hauptbegründung sachlogisch aus, was allerdings an der Identität des Anspruchs nichts ändert. Beispiel: Klage auf Zahlung einer Geldsumme; Hauptbegründung: Darlehensrückzahlung; Eventualbegründung: Schenkung. Im Unterschied dazu schliesst bei der Anspruchskonkurrenz die eine Begründung die andere nicht aus; sie können vielmehr beide zur Begründung des Anspruchs herangezogen werden.

⁵³ BGE 140 III 636.

⁵⁴ BGE 92 II 305.

Abs. 1 lit. h ZPO ist also auch dann zuständig, wenn entweder die Haupt- oder die Alternativbegründung zu ihrer Zuständigkeit führt.

Anders verhält es sich allerdings bei *Eventualanträgen*. Hier geht es nicht um die Begründung ein- und desselben Antrags durch mehrere Anspruchsgrundlagen, sondern um zwei verschiedene Anträge (Haupt- und Eventualantrag), die je zu einer anderen Zuständigkeit führen. Wertungsmässig befindet man sich hier im Bereich der objektiven Klagenhäufung, weshalb auch die gleichen Grundsätze zur Anwendung kommen sollten.⁶¹

IV. Sachliche Zuständigkeit bei objektiver Klagenhäufung

Gemäss Art. 90 ZPO ist eine objektive Klagenhäufung möglich, wenn für die verschiedenen Ansprüche das gleiche Gericht sachlich zuständig und die gleiche Verfahrensart anwendbar ist. Zunächst ist zu entscheiden, auf welcher Grundlage sich die sachliche Zuständigkeit bestimmt: Soweit gemäss Art. 5 und 6 ZPO eine einzige kantonale Instanz bzw. das Handelsgericht zuständig ist, bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit einzig aufgrund der ZPO. Das kantonale Recht kann das Handelsgericht nicht für weitere Sachbereiche zuständig erklären.⁶² Lediglich dort, wo die ZPO

Bei finanzmarktrechtlichen Zivilansprüchen hat die klagende Partei zu beachten, dass die Zuständigkeit nicht nur durch den Tatsachenvortrag bestimmt wird, sondern auch durch die rechtliche Qualifikation des Anspruchs.

keine Regelung betreffend die sachliche Zuständigkeit getroffen hat, können die Kantone gemäss Art. 4 Abs. 1 ZPO selber die sachlichen Zuständigkeiten festlegen. Dies trifft beispielsweise im Kanton Zürich auf die Miet- und Arbeitsgerichte zu. Diese haben eine kantonale und nicht eine bundesrechtliche Grundlage. Im Fall der einzigen kantonalen Instanz gemäss Art. 5 und 6 ZPO bestimmt sich somit die sachliche Zuständigkeit ausschliesslich nach Bundesrecht. Das Bundesgericht hält am Erfordernis der gleichen sachlichen Zuständigkeit fest.⁶³ Es betont auch, dass die objektive Klagenhäufung freiwillig und einzig im Ermessen der klagenden Partei stehe – sie kann also nicht gezwungen wer-

den, die beiden Ansprüche, auch wenn ein sachlicher Zusammenhang besteht, vor der gleichen Instanz geltend zu machen.

In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass eine objektive Klagenhäufung bei der einzigen Instanz gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO nur unter den Voraussetzungen von Art. 90 ZPO möglich ist.⁶⁴ Einige Autoren hingegen bejahen auch für konnexe, sachfremde Begehren die Zuständigkeit nach Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO.⁶⁵ Ein Autor schlägt vor, dass eine Konzentration zumindest dann stattfinden müsse, wenn die beiden Ansprüche im Verhältnis von Haupt- und Nebenanspruch stehen. Sind die Ansprüche gleichrangig, sollte nach dieser Auffassung gar ein Wahlrecht der klagenden Partei bestehen.⁶⁶

U.E. sind solche Erweiterungen der Zuständigkeit der einzigen zuständigen Instanz gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO nicht zulässig. Einerseits stehen sie im Widerspruch zum klaren und unmissverständlichen Wortlaut von Art. 90 ZPO, der die gleiche sachliche Zuständigkeit für mehrere Ansprüche verlangt. Andererseits würde eine solche Zuständigkeitsordnung dem Postulat der einfachen und vorhersehbaren Zuständigkeitsordnung nicht gerecht, insbesondere auch dann nicht, wenn für die Bestimmung der Zuständigkeit zwischen Haupt- und Nebenanspruch differenziert werden muss.

V. Sachliche Zuständigkeit bei Widerklagen

Bei der Widerklage handelt es sich um eine von der beklagten Partei gegen die klagende Partei erhobene Klage. Entsprechend gilt die Widerklage als selbständige Klage. Im Falle der Erhebung einer Widerklage müssen im gleichen Verfahren – nicht anders als bei der objektiven Klagenhäufung – zwei Ansprüche mit *zwei eigenständigen Begründungen* beurteilt werden. Nun werden aber diese zwei Ansprüche nicht von der gleichen Partei (der klagenden Partei) geltend gemacht, sondern jeweils von der klagenden und der beklagten Partei.

⁶¹ Vgl. unten IV.

⁶² BGE 140 III 155 E. 4.3.

⁶³ BGer, 4A.658/2012, E. 2.3.

⁶⁴ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 57), § 9 N 18a; PATRICK STODMANN, in: Isabelle Chabloz/Patricia Dietschy-Martinet/Michel Heinzmann (Hrsg.), *Petit commentaire CPC, Code de procédure civile*, Basel 2020, Art. 5 CPC N 21; CR CPC-HALDY, Art. 5 N 5, in: François Bohnet/Jaques Haldy/Nicolas Jeandin/Philippe Schweizer/Denis Tappy (Hrsg.), *Code de Procédure Civile, Commentaire Romand*, 2. A., Basel 2019.

⁶⁵ BSK ZPO-VOCK/NATER (FN 3), Art. 5 N 5; ULRICH HAAS/MICHAEL SCHLUMPF, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), *Kurzkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3. A., Basel 2021, Art. 5 N 14.

⁶⁶ BK-BERGER (FN 2), Art. 5 ZPO N 32.

Im Falle einer Klage (gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO) kann die beklagte Partei mit einer Widerklage reagieren und sich dabei beispielsweise auf einen Darlehensvertrag stützen. Somit ist grundsätzlich für die Klage die einzige kantonale Instanz, für die Widerklage aber (wenn sie selbständig geltend gemacht würde) die ordentliche Instanz sachlich zuständig.⁶⁷ Es stellt sich die Frage, ob die einzige kantonale Instanz, etwa bei Konnexität, auch für die Widerklage sachlich zuständig ist.

Die ZPO bestimmt nicht, welches Gericht für die Widerklage sachlich zuständig ist, wenn sich die Zuständigkeit nach der Natur der Streitsache bestimmt; insbesondere wird dies durch Art. 224 ZPO nicht geregelt. Die kantonalen Prozessordnungen waren nicht einheitlich.⁶⁸ Das Gesetz lässt somit offen, ob und inwiefern es zulässig ist, eine Klage mit einer Widerklage über eine Streitsache anderer Art zu verbinden.

§ 60 aZPO/ZH forderte diesbezüglich, dass die gleiche sachliche Zuständigkeit gegeben sein muss, wobei eine Konnexität nicht gefordert wurde. In BGE 143 III 495 entschied das Bundesgericht, dass das gestützt auf Art. 6 Abs. 3 ZPO angerufene Handelsgericht bei *Konnexität* von Klage und Widerklage auch für die Widerklage zuständig ist, selbst wenn hinsichtlich der Widerklage die Voraussetzung von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO (Handelsregistereintrag) fehlt und das Prinzip der *double instance* (Art. 75 Abs. 2 BGG) durchbrochen wird.⁶⁹ Das Bundesgericht brauchte aber 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, nicht zu entscheiden.⁷⁰

Die Autoren sind aus folgenden Gründen der Auffassung, dass die *einzigste kantonale Instanz für Widerklagen*, welche nicht die in Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO erwähnten Materien betreffen, *sachlich nicht zuständig* ist, dies selbst dann nicht, wenn zwischen der Klage und der Widerklage ein sachlicher Zusammenhang (Konnexität) besteht: Ausnah-

men vom gesetzlich verankerten Prinzip der *double instance* (Art. 75 Abs. 2 BGG) sollen nur soweit gesetzlich vorgesehen erlaubt sein und jedenfalls nicht zulasten der klagenden Partei gemacht werden, die sich der Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz unterziehen *musste* (also kein Wahlrecht ausüben konnte).⁷¹ Auch ist die oft angeführte Wahrung der Prozessökonomie kein in der ZPO vorgesehener

Die Autoren sind der Auffassung, dass die *einzigste kantonale Instanz für Widerklagen*, welche nicht die in Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO erwähnten Materien betreffen, *sachlich nicht zuständig* ist.

Verfahrensgrundsatz, welcher Zuständigkeitsregeln (auf die sich Parteien verlassen dürfen) ändern könnte.

Für finanzmarktrechtliche Streitigkeiten bedeutet dies, dass eine Widerklage bei der für die Klage sachlich zuständigen einzigen kantonalen Instanz nur dann erhoben werden kann, wenn die Widerklage eine der in Art. 5 Abs. 1 ZPO genannten Materien betrifft.⁷² Somit könnte ein Anspruch, welcher sich auf einen Darlehensvertrag stützt, nicht von der einzigen kantonalen Instanz widerklageweise beurteilt werden.⁷³ Ist für die Klage das ordentliche Gericht sachlich zuständig, so kann eine die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO erfüllende Widerklage nicht vor dem ordentlichen Gericht geltend gemacht werden; für die Widerklage ist die einzige kantonale Instanz zuständig.

In beiden Fällen ist die Überweisung einer Widerklage an die einzige Instanz bzw. das ordentliche Gericht nicht zulässig.

VI. Verrechnung

Die beklagte Partei kann anstelle der Erhebung einer Widerklage die Verrechnung erklären;⁷⁴ die Einrede der Verrechnung erfordert nicht, dass für den der Verrechnung zu-

⁶⁷ Es sollen hier nicht auch die Widerklage betreffende Fragen der örtlichen Zuständigkeit, der Identität der Parteien oder der gleichen Verfahrensart behandelt werden (hierzu vgl. etwa BGE 145 III 299).

⁶⁸ Vgl. BGE 143 III 495 E. 2.2.2.1.

⁶⁹ BGE 143 III 495.

⁷⁰ Gemäss dem Bundesgericht musste es die klagende Partei in Kauf nehmen, dass ihre Wahl des Handelsgerichts für die Beurteilung ihrer Klage (und damit deren Verzicht auf den doppelten Instanzenzug) auch dazu führt, dass eine umfassende Beilegung der Streitigkeit, insbesondere auch einer konnexen Widerklage, durch das von der klagenden Partei ursprünglich gewählte Handelsgericht erfolgt. Das Bundesgericht hat das prozessuale Verhalten der klagenden Partei, an welches hier angeknüpft wird, mit der Einlassung verglichen, wohlwissend, dass eine Einlassung auf ein sachlich unzuständiges Gericht grundsätzlich ausgeschlossen ist (BGE 143 III 495 E. 2.2.2.3.).

⁷¹ Dies ist ein Unterschied zur Konstellation in BGE 143 III 495.

⁷² Lehnt man wie hier das Erfordernis des sachlichen Zusammenhangs ab, so kann sich die sachliche Zuständigkeit des Gerichts für die Widerklage nicht nur aus Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO, sondern aus jeder Materie gemäss Art. 5 Abs. 1 ZPO ergeben.

⁷³ Allenfalls ist die Auslegung einer nicht zulässigen Widerklage als Verrechnungserklärung möglich (LAURENT KILLIAS, in: Andreas Güngerich (Koord.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 150-352 und 400-406, Bern 2012 (zit. BK-BEARBEITER/IN), Art. 224 ZPO N 11).

⁷⁴ Zu den Unterschieden zwischen Widerklage und Verrechnung vgl. etwa BK-KILLIAS (FN 73), Art. 224 ZPO N 11.

grundlegenden Anspruch das Gericht sachlich zuständig ist. Die Verrechnung ist ein materiellechtliches Institut; es kann somit der beklagten Partei nicht verwehrt werden, vor einem Gericht die Verrechnung zu erklären und damit indirekt ihre Verrechnungsforderung beurteilen zu lassen, selbst wenn eine entsprechende Klage in die Zuständigkeit einer anderen Instanz (wegen einer anderen sachlichen Zuständigkeit) fallen würde.

Im Ergebnis kann dies die hinzunehmende Folge haben, dass sich ein ordentliches Gericht mit einer Materie zu beschäftigen hat, welche eigentlich in die sachliche Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz fallen würde, würde die Materie im Rahmen einer selbständigen (Wider-)Klage geltend gemacht.

VII. Geplante Revision von Art. 5 Abs. 1 ZPO

Im Rahmen der Revision der ZPO zur Stärkung der kollektiven Rechtsdurchsetzung von Massen- und Streuschäden⁷⁵ soll Art. 5 ZPO erweitert werden: Die einzige kantonale Instanz soll auch zuständig sein für Verbandsklagen und Verbindlicherklärungen kollektiver Vergleiche.⁷⁶ Die Botschaft nennt als Gründe die Komplexität der Verfahren und die mit einer Konzentration verbundene Spezialisierung.⁷⁷

Damit wird fortgeführt, was schon in vergangenen Jahren geschehen ist: Die einzige kantonale Instanz soll mit weiteren Aufgaben bedacht werden.⁷⁸ Es war in der Vernehmlassung umstritten, ob die Zuweisung dieser zusätzlichen Materie an die einzige kantonale Instanz sinnvoll ist. Verbandsklagen und Gruppenvergleichsverfahren werden selten sein, weshalb es in kleineren Kantonen kaum vorkommen wird, dass sich überhaupt ein Gericht mit den entsprechenden Materien beschäftigt, was eine Spezialisierung wohl ausschliesst.⁷⁹ Auch wurde kritisiert, dass damit

das der ZPO zugrundeliegende Prinzip der *double instance* ein weiteres Mal durchbrochen wird.⁸⁰ U.E. ist es sachgerecht, diese Prozesse erstinstanzlich bei den ordentlichen Gerichten anzusiedeln.⁸¹

⁷⁵ Vgl. Botschaft vom 10. Dezember 2021 zu Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbandsklage und kollektiver Vergleich), BBl 2021 3048 ff. (zit. Botschaft Verbandsklage und kollektiver Vergleich).

⁷⁶ Vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. j E-ZPO (BBl 2021 3049). Die Revision der ZPO wurde in zwei Revisionsstränge aufgeteilt; bei der Revision zur Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung (vgl. Botschaft vom 26. Februar 2020 zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung [Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung], BBl 2020 2697 ff.) ist keine Änderung oder Ergänzung von Art. 5 ZPO vorgesehen.

⁷⁷ Vgl. Botschaft Verbandsklage und kollektiver Vergleich (FN 75), 19.

⁷⁸ Vor Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO wurde mit Wirkung ab 1. Januar 2017 lit. i neu eingefügt.

⁷⁹ Vgl. Revision der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) – Übersicht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens (zit. Übersicht Vernehmlassung), Internet:

<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo.html> (Abruf 8.10.2022).

⁸⁰ Übersicht Vernehmlassung (FN 79), 16.

⁸¹ Übersicht Vernehmlassung (FN 79), 16 f.