



Übersicht: Widerklage in der Assessorklausur:

A. Vorteile der Widerklage für den Beklagten und Widerkläger:

- Gemäß § 33 ZPO besteht ein besonderer Gerichtsstand.
- Die Widerklage kann nicht nur durch Zustellung eines Schriftsatzes, sondern auch in mündlicher Verhandlung erhoben werden (§ 261 II ZPO).
- Die durch die Streitwerterhöhung regelmäßig anfallenden zusätzlichen Gerichtskosten (vgl. dazu § 45 I S. 1, S. 3 GKG) müssen nicht bereits im Voraus bezahlt werden (vgl. § 12 II Nr. 1 GKG).

Im Übrigen handelt es sich bei der Widerklage um eine „normale“ Klage, die v.a. aus Gründen der Prozessökonomie besonders privilegiert wird.

B. Zulässigkeit der Widerklage:

Neben den allgemeinen Prozessvoraussetzungen, die auch für die Widerklage gelten, sind folgende Besonderheiten zu beachten:

1. **Parteiidentität:** Eine „echte“ Widerklage i.S.d. § 33 ZPO liegt nur vor, wenn sie zwischen den Parteien der Hauptklage erhoben wird.
2. **Rechtshängigkeit der Klage:** Erforderlich ist, dass zum Zeitpunkt der Widerklageerhebung eine Klage bereits bzw. noch rechtshängig ist.
3. **Besondere Prozessvoraussetzung der Konnexität:**
 - a. Nach Auffassung der Rechtsprechung regelt § 33 ZPO nicht nur einen besonderen Gerichtsstand, sondern begründet mit dem Erfordernis der Konnexität *zusätzlich* eine besondere Prozessvoraussetzung für die Widerklage.¹

Die h.L. beurteilt § 33 ZPO demgegenüber *nur* als besonderen Gerichtsstand der Widerklage. Hierfür spricht die systematische Stellung des § 33 ZPO sowie sein Wortlaut. Auch setzt § 145 II ZPO (Prozesstrennung) die Zulässigkeit einer nicht konnexen Widerklage voraus.

Klausurtaktik: Im Assessorexamen sollten Sie sich nicht gegen den BGH stellen, können diesen Streit meist aber ohnehin dahingestellt lassen:

- Oft wird aufgrund der großzügigen Behandlung der Konnexität² diese ohnehin zu bejahen sein.
- Teilweise kann diese der Beklagte selbst herstellen, nämlich über eine Kombination von Hilfsaufrechnung und Hilfwiderklage (dazu genauer unten).

¹ Vgl. BGH NJW 1975, 1228.

² Hierzu siehe ThP § 33, RN 4 ff.



- Wenn dies nicht der Fall ist und man dem BGH folgt, dann liegt meist eine Heilung nach § 295 ZPO vor.³

Eine Abweisung der Widerklage *als unzulässig* kommt also auch nach BGH nur in Betracht, wenn keine Konnexität gegeben ist *und* der Gegner gerügt hat!

- b. Erforderlich ist, dass der Gegenstand der Widerklage entweder mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch *oder* mit den gegen ihn vorgebrachten Verteidigungsmitteln in Zusammenhang steht.

Der von § 33 ZPO geforderte Zusammenhang ist prozessualer Natur und betrifft nicht nur den rechtlichen, sondern auch den *wirtschaftlichen* Zusammenhang von Widerklage und Klage bzw. Verteidigungsvorbringen. Erforderlich ist also ein einheitlicher Lebenssachverhalt.⁴

4. **Örtliche Zuständigkeit:** § 33 ZPO begründet einen zusätzlichen *besonderen* Gerichtsstand für das Gericht der Klage (Prozessökonomie).⁵

- Es gilt also grds. das Wahlrecht des § 35 ZPO.
- Eine Ausnahme gilt, wenn für die Widerklage eine anderweitige *ausschließliche* Zuständigkeit eingreift (§§ 33 II, 40 II S. 1 Nr. 2 ZPO).
- Die Zuständigkeit gemäß § 33 ZPO setzt nach allg. Auffassung keine vollständig zulässige, sondern grds. nur eine wirksam *erhobene* Klage voraus. Eine vereinzelt vertretene Auffassung fordert, dass das Gericht zumindest für einen Teil der „Klage“ zuständig sein müsse.⁶ Die absolut h.M. hält § 33 ZPO zu Recht auch für einschlägig, wenn das Gericht für die Klage überhaupt nicht zuständig war.⁷
- Ein Wegfall der Klage (z.B. Klagerücknahme) nach Erhebung der Widerklage berührt die Zulässigkeit der Widerklage nicht (§ 261 III Nr. 2 ZPO).⁸

5. **Sachliche Zuständigkeit:**

- a. **Häufiges Klausurproblem:** Klage am Landgericht, Widerklage *nicht über* 5.000 €.

³ Vgl. hierzu ThP § 33, RN 7. Nach h.L. käme es in diesem Fall nur auf § 39 ZPO an, und auch dies nur, wenn sich die Zuständigkeit nicht bereits aus anderen Vorschriften ergibt.

⁴ Vgl. ThP § 33, RN 4; Definition in RN 5.

⁵ Dies ergibt sich schon aus dem Gesetzeswortlaut und ist deswegen *nicht* umstritten!

⁶ Vgl. hierzu etwa ThP § 33, RN 19.

⁷ Vgl. Zöllner/Schultzky § 33, RN 7a; Musielak/Voit/Heinrich § 33, RN 6 (m.w.N.).

⁸ Vgl. ThP § 33, RN 23.



Es besteht praktisch Einigkeit, dass die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts für Widerklagen gegeben ist, wenn die Zuständigkeit des Landgerichts für die Klage gegeben ist.⁹

- Allerdings ergibt sich dies nicht aus § 33 ZPO, da dieser nur die örtliche Zuständigkeit betrifft.
- Ebenso wenig kann auf § 45 I GKG zurückgegriffen werden, da diese Vorschrift nur den *Gebührenstreitwert* regelt, nicht auch den *Zuständigkeitsstreitwert*. Gemäß § 5 Hs. 2 ZPO darf bezüglich des Zuständigkeitsstreitwertes gerade nicht zusammengerechnet werden.¹⁰
- Am überzeugendsten erscheint es, dieses Ergebnis dem Rechtsgedanken des § 506 ZPO zu entnehmen, der für den genau umgekehrten Fall eine Verweisung insgesamt an das LG vorsieht.

- b. **Weiteres Klausurproblem:** Klage am Amtsgericht, Verweisung ans Landgericht nach Widerklageerhebung (*unmittelbare* Anwendung von § 506 ZPO).

Hier ist die *sachliche* Zuständigkeit grds. nicht mehr zu prüfen (in der Klausur bei Vorliegen eines Problems aber im Hilfsgutachten). Sie ergibt sich gemäß §§ 506 II, 281 II S. 4 ZPO bindend aus dem Verweisungsbeschluss des Amtsgerichts. Wenn den Parteien rechtliches Gehör gewährt worden war, kommt es auf dessen Richtigkeit nicht an.¹¹

Allerdings bezieht sich diese Bindung hier – anders als bei unmittelbarer Anwendung von § 281 ZPO – nicht auch auf die bislang nicht geprüfte *örtliche* Zuständigkeit; diese wäre in der Klausur noch eigens zu erörtern.

- c. **Anwendung von § 506 ZPO bei Hilfswiderklage gegen amtsgerichtliche Klage:**

Problem dabei: Die streitwerterhöhende Widerklage wird dann aufgrund der gesetzten Bedingung erst relevant, wenn eine bestimmte Entscheidung über die Klage getroffen ist, die wiederum – für sich betrachtet – in die Zuständigkeit der Amtsgerichte gehört.

Dennoch ist § 506 ZPO anzuwenden und insgesamt bereits vor einer Entscheidung über die Klage an das LG zu verweisen. Arg.:

- Eine Trennung des Verfahrensstoffs durch amtsgerichtliche Entscheidung über die Klage mit erst anschließender Verweisung an das Landgericht würde den Prozess in unökonomischer Weise zerreißen und lässt sich mit dem Institut der Widerklage sowie dem in den §§ 33, 506 ZPO enthaltenen Grundge-

⁹ Vgl. ThP § 5, RN 5; § 33, RN 18.

¹⁰ In der Klausur ist es jedenfalls *falsch*, dieses Ergebnis, dass es auf den jeweils höheren Wert ankommt, gerade mit § 5 2. Hs. ZPO zu begründen. Der sagt darüber gar nichts; er verbietet nur die Addition.

¹¹ Vgl. ThP § 281, RN 12; § 506, RN 7.



danken, nämlich dem Gebot einer Entscheidung *durch dasselbe Gericht* nicht vereinbaren.¹²

- Außerdem: Die Bedingung ist keine aufschiebende, sondern eine *auflösende*!¹³

6. Hinsichtlich der Klage und Widerklage muss **dieselbe Prozessart** (nicht *Klageart*!) zulässig sein.

- Eine Widerklage kann nicht im Arrestverfahren oder im Rahmen einer einstweiligen Verfügung erhoben werden.
- Unzulässig ist die Widerklage bzw. ein „Widerantrag“ (§ 113 V FamFG!), wenn der eine Streitgegenstand nach Dispositionsmaxime zu entscheiden wäre (vgl. dazu v.a. auch § 113 I FamFG) und der andere Antrag nach dem Amtsermittlungsgrundsatz (etwa wegen § 26 FamFG).¹⁴

7. **Widerklagesperre des Urkundenprozesses:**

- Unzulässig ist die Widerklage, wenn *die Klage* im Urkunden- bzw. Wechselprozess erhoben wurde (§ 595 I ZPO).
- Dagegen kann gegenüber einer im ordentlichen Verfahren erhobenen Klage eine Widerklage *im Urkundenprozess* erhoben werden.¹⁵

Anmerkung: Diese Ausnahme zeigt, dass es hier *nicht* um eine andere Prozessart geht. Entscheidend für diese Frage wäre nach BGH nämlich, ob für die Rechtsmittel unterschiedliche Instanzenzüge gegeben sind; dies ist aber nicht der Fall. Und auch die Beweisgrundsätze sind zwar nicht im Vorverfahren, wohl aber im Nachverfahren identisch zum normalen Zivilprozess. § 595 I ZPO stellt vielmehr ein Verbindungshindernis eigener Art dar: Zum Schutze des Klägers, der durch die Wahl des Urkundenprozesses auf legale Weise versucht, schnell einen Titel zu schaffen (Vorbehalturteil) soll es dem Beklagten nicht zustehen, durch eine Widerklage Verzögerungen zu provozieren.

8. **Rechtsschutzbedürfnis / Verhältnis Widerklage zur Aufrechnung:**

- a. Die Möglichkeit der Aufrechnung beseitigt nicht das Rechtsschutzbedürfnis für die Widerklage.

¹² Vgl. dazu etwa Mattern NJW 1969, 1091. Eine ähnliche Vorwegnahme des Bedingungs Eintritts erfolgt nach allg. Ansicht bei der Eventualklagehäufung: Auch dort wird auf den *jeweils höheren* Antrag abgestellt, obwohl noch nicht feststeht, ob es jemals auf den Hilfsantrag ankommen wird (vgl. ThP § 5, RN 6 m.w.N.).

¹³ Eben deswegen greift der Hemmungstatbestand gemäß § 204 I Nr. 1 BGB auch für Hilfsanträge ein (vgl. Grüneberg/Ellenberger § 204, RN 2 a.E.).

¹⁴ Im Scheidungsverbund der §§ 133 ff FamFG sind allerdings gewisse (begrenzte) Zusammenfassungen ermöglicht.

¹⁵ Vgl. BGH NJW 2002, 751; ThP § 33, RN 27; § 595, RN 1 a.E.



- Bei Nichtbestehen der Klageforderung läuft eine Prozessaufrechnung und damit die Rechtskraftwirkung des § 322 II ZPO leer, weil dann gar nicht über die zur Aufrechnung gestellte Forderung entschieden wird.
- Überdies kann nur mit der Widerklage auch ein Vollstreckungstitel über die dem Beklagten zustehende Forderung geschaffen werden.

b. Daraus folgende **Taktik in der Anwaltsklausur:**¹⁶

- (1) Hat der Beklagte Zweifel, ob die Klageforderung besteht, so empfiehlt es sich taktisch, beide Rechtsinstitute durch ein **Eventualverhältnis** zu verbinden:
- Er erklärt die Eventualaufrechnung für den Fall *des Bestehens* der Klageforderung (dann Rechtskraft gemäß § 322 II ZPO) und
 - erhebt Eventualwiderklage für den Fall *der Unbegründetheit* der Klageforderung.

Hintergrund:

- Primärziel muss die Klageabweisung sein: Sofort Widerklage zu erheben, hätte den Nachteil, dass er dann bei Erfolg der Klage insoweit verurteilt werden würde. ⇒ u.a. unnötige Gefahr der Vollstreckung durch den Gegner.
- Es ist aber nie (auch nicht bei unstreitigen Fakten) *sicher* vorhersehbar, ob das Gericht der Beklagtenansicht folgen wird.
- Andererseits muss – wenn möglich – ein Titel für die Gegenforderung geschaffen werden!

Eine Widerklage kann unproblematisch auch hilfsweise erhoben werden für den Fall einer bestimmten Entscheidung über die Klage. Dann liegt eine zulässige *innerprozessuale* Bedingung vor.

Voraussetzung dieser Taktik: beides müsste auch prozessual zulässig sein. ⇒ z.B. Prüfung der Zuständigkeit für die Widerklage (v.a. § 33 II ZPO beachten) oder des Bestehens von Aufrechnungsverboten.

- (2) **Leicht variierte Klausursituation:** Klageforderung *und* Gegenforderung sind umstritten, aber „unsere“ Gegenforderung ist *größer* als die Klageforderung.

⇒ **Prozesstaktik:**

- Hilfsweise Prozessaufrechnung wie oben.
- Widerklage bezüglich des Überschusses *ohne* Bedingung
- und bezüglich des Betrages der Klageforderung wieder mit Bedingung des *Nichtbestehens* der Klageforderung.

¹⁶ Ausführlich hierzu siehe Assessor-Basics Anwaltsklausur, § 2, RN 27 ff.



9. **Feststellungsinteresse** (häufiges Sonderproblem bei Feststellungswiderklage):

- a. Bei sog. *Vorgreiflichkeit* liegt eine **Zwischenfeststellungswiderklage** vor, so dass die Erleichterung des § 256 II ZPO anwendbar ist. Vorgreiflich ist eine Frage, wenn das Ergebnis der Klage von ihr abhängt, es für die Klage darüber hinaus aber auch noch auf *andere* Fragen ankommt.

Beispiele:

- Das Eigentum oder Nichteigentum ist bei der Klage nach § 985 BGB vorgreiflich; für die Begründetheit des Herausgabeanspruchs kommt es zusätzlich noch auf Besitz und fehlendes Besitzrecht an.
- Das Bestehen eines Werkvertrags ist vorgreiflich für den auf § 631 I BGB gestützten Anspruch; zusätzlich kommt es für diesen Anspruch noch auf die Fälligkeit durch Abnahme (§ 641 BGB) sowie die Freiheit von Einwendungen und Einreden (etwa wg. § 634 BGB) an.

Folge beim zweiten Beispiel:

- Wird die Feststellung begehrt, dass der *Vertrag unwirksam* ist, handelt es sich gegenüber der Zahlungsklage aus § 631 I BGB um eine Zwischenfeststellungsklage.
- Wird die Feststellung begehrt, dass der vom Kläger behauptete *Anspruch nicht besteht*, handelt es sich um eine „normale“ negative Feststellungsklage: Dieses bloße Spiegelbild des Leistungsanspruchs wird – anders als der Feststellungsantrag bzgl. eines vorgreiflichen Rechtsverhältnisses – durch Erhebung der entsprechenden (spiegelbildlichen) Leistungsklage unzulässig.

b. „Normale“ **negative Feststellungswiderklage:**

Diese bietet sich v.a. an gegenüber einer offenen Teilklage. Das rechtliche Interesse an der baldigen Feststellung des Nichtbestehens des Rechtsverhältnisses besteht, weil die Rechtsposition des Widerklägers an einer gegenwärtigen Ungewissheit leidet, die durch das Feststellungsurteil beseitigt werden kann. Diese Ungewissheit ergibt sich daraus, dass sich der Kläger eines über die Klageforderung *hinausgehenden* Anspruchs berührt.¹⁷

Hinweis: Achten Sie bei Klageantrag bzw. Urteilstenor darauf, dass sich die Streitgegenstände von Klage und Widerklage nicht überschneiden: „Es wird festgestellt, dass aus dem Vertrag vom (...) *über die Klageforderung hinaus* keine weiteren Ansprüche des Klägers gegen den Beklagten gegeben sind.“

¹⁷ Vgl. BGH NJW 2006, 2780.



Das Feststellungsinteresse entfällt nicht schon durch eine Erklärung des Gegners, er werde keine weiteren Ansprüche geltend machen, wenn er mit seiner erhobenen Teilklage rechtskräftig unterliege.¹⁸

Grund: Gegenüber einer auf einen weiteren Teil desselben Anspruchs gerichteten zulässigen Klage müsste der Beklagte sich erneut zur Sache einlassen. Er müsste ggf. beweisen, dass der Kläger auf seine Restforderung verzichtet hat.

Hinweis: Anders als bei einer Zwischenfeststellungsklage muss der Widerkläger aber auf eine spätere Erweiterung der Leistungsklage reagieren: Diese lässt, soweit sich die Streitgegenstände decken, das Feststellungsinteresse grds. entfallen, sobald die Leistungsklage nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann, also gemäß § 269 I ZPO ab Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten (dessen Antragstellung zu Protokoll; § 137 I ZPO).¹⁹ Dann wäre eine Erklärung der Erledigung der Feststellungswiderklage nötig!

C. Besonderheiten der Widerklage in der Berufungsinstanz:²⁰

Wird die Widerklage *erstmal*s in der Berufung erhoben²¹, sind über § 33 ZPO hinaus gemäß § 533 ZPO weitere *kumulative* Voraussetzungen gegeben:

- I. Es muss eine **zulässige Berufung oder Anschlussberufung** (bezüglich der bisherigen Streitgegenstände) gegeben sein.
- II. Gemäß § 533 Nr. 2 ZPO muss der neue Antrag sich auf **prozessual zulässige Tatsachen** i.S.d. § 529 I ZPO stützen. Dies sind:
 1. Die bereits **in erster Instanz „festgestellten“** Tatsachen (§ 529 I Nr. 1 ZPO).
 - Tatsachen, deren Wahrheit oder Unwahrheit in einer freien *Beweiswürdigung* gemäß § 286 I ZPO festgestellt wurden.
 - Außerdem offenkundige, gerichtsbekannte (§ 291 ZPO) oder zugestandene (§§ 138 III, 288 ZPO) Tatsachen.²²

Insoweit ist wegen § 314 ZPO zumindest primär der Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils von Bedeutung:

¹⁸ Vgl. BGH NJW 2006, 2780; ThP § 256, RN 14.

¹⁹ Vgl. ThP § 256, RN 19; BGHZ 99, 340 [341 f.]; NJW 2010, 3085 [3086].

²⁰ Eine solche Aufgabenstellung wurde im bayerischen Assessorexamen bereits geprüft, nämlich im Rahmen eines für den Beklagten zu fertigenden anwaltlichen Berufungsbegründungsschriftsatzes.

²¹ Selbstverständlich betrifft § 533 ZPO nicht den Fall einer Berufung bezüglich einer bereits in erster Instanz erhobenen Widerklage. Nicht „neu“ i.S.d. § 533 ZPO ist auch eine Eventualwiderklage, über die in erster Instanz mangels Bedingungseintritts *nicht entschieden* worden ist (vgl. etwa Musielak/Voit/Ball § 533, RN 17 m.w.N.).

²² Vgl. BGH NJW 2004, 2152 [2153].



Fallbeispiel: Ein Pkw-Händler klagte gegen einen privaten Autokäufer auf Zahlung des noch offenen Teils des Kaufpreises für einen verkauften Wagen (§ 433 II BGB), weil bislang nur eine Anzahlung bezahlt worden war. Der Käufer beantragte erstinstanzlich (nur) Klageabweisung, weil er den Rücktritt infolge eines Motorschadens erklärt habe. Das erstinstanzliche Urteil, das all diese Vorgänge im Detail im Tatbestand schilderte, lautet auf antragsgemäße Verurteilung, weil die Gewährleistung wirksam ausgeschlossen worden sei. Der Beklagte legt zulässige Berufung ein und stützt diese auf eine unzutreffende Anwendung von §§ 434, 476 I BGB durch das Amtsgericht (= Rechtsfehler i.S.d. § 520 III S. 2 Nr. 2 ZPO).

Lösung: In diesem Fall wäre eine zweitinstanzliche Widerklage auf Rückzahlung der Anzahlung zulässig: Die Berufung des Klägers ist zulässig, stützt sich ausschließlich auf den „festgestellten“ Tatsachenstoff (§ 529 I Nr. 1 ZPO), und aus exakt *demselben* Tatsachenstoff ergibt sich auch der Anspruch, der der Widerklage zugrunde liegt (§ 346 I i.V.m. §§ 323, 437 BGB).

2. Berücksichtigungsfähigkeit **neuer Tatsachen**: nur möglich über § 529 I Nr. 2 i.V.m. § 531 II ZPO.²³

Dies ist etwa der Fall bei *unstreitigen* neuen Tatsachen, da auf solche die Voraussetzungen des § 531 II ZPO gar nicht anwendbar sind.²⁴

Bei *streitigen* neuen Tatsachen: Meist ist eine Entschuldigung i.S.d. § 531 II Nr. 3 ZPO entscheidend.

- III. Gemäß § 533 Nr. 1 ZPO ist zudem **Zustimmung des Gegners oder Sachdienlichkeit** erforderlich, wobei letztere sich – wie bei § 263 ZPO (dazu s.o.) – nach der Prozesswirtschaftlichkeit richtet.

Es kommt entscheidend darauf an, ob und inwieweit die Zulassung der Widerklage zu einer sachgemäßen und endgültigen Erledigung des Streitstoffs im anhängigen Rechtsstreit führt und einem andernfalls zu erwartenden weiteren Prozess vorbeugt. Dies wird regelmäßig zu bejahen sein, wenn für Klage und Widerklage ganz *oder teilweise* derselbe Streitstoff erheblich ist.²⁵

²³ Vgl. dazu ThP § 531, RN 12 ff.

²⁴ Vgl. ThP § 531, RN 1 a.E.

²⁵ Zum Ganzen vgl. etwa Musielak/Voit/Ball § 533, RN 20; Zöller/Gummer § 533, RN 10. Liegt nur *teilweise* derselbe Prozessstoff vor, wird aber u.U. der nun folgende Prüfungsschritt (§ 529 ZPO) problematisch.



D. Sonderfall: Drittwiderklage:

I. Zulässigkeitsvoraussetzungen der Drittwiderklage:

Die Drittwiderklage stellt einen besonderen Fall einer Parteierweiterung dar. Da die Behandlung der Parteierweiterung umstritten ist, wirkt sich der Streit auch hier aus.

1. Der BGH vertritt für Parteierweiterungen die sog. „**Klageänderungstheorie**“, wonach die Parteierweiterung nach §§ 263 ff ZPO zu beurteilen sei.

Die h.M. in der Literatur lehnt dies ab und behandelt die Drittwiderklage konsequent allein nach §§ 59, 60 ZPO.²⁶

2. Folge: Der **BGH** fordert grds. das kumulative Vorliegen folgender **Voraussetzungen**:

- Die Klage muss *zumindest auch* gegen den Kläger erhoben sein (dann liegt die sog. **streitgenössische Drittwiderklage** vor).
- Die Voraussetzungen von §§ 59, 60 ZPO müssten vorliegen.
- Schließlich müssten auch Sachdienlichkeit gemäß § 263 ZPO oder Einwilligung (zumindest in Form von Schweigen; vgl. § 267 ZPO) vorliegen.

3. **Isolierte Drittwiderklage:**

Nur in Ausnahmefällen ist auch eine Drittwiderklage zulässig, die **ausschließlich gegen einen Dritten** (oder auch mehrere Dritte) gerichtet ist, also nicht auch gegen den Kläger.

Erforderlich ist dann eine sachlich und rechtlich enge Verknüpfung von Klage und Drittwiderklage. Außerdem darf die Schutzwürdigkeit des Drittwiderbeklagten nicht entgegenstehen *und überwiegen*.

- a. **Hauptfall:** An der Personenidentität von Klage und Widerklage fehlt es nur aufgrund einer zwischenzeitlich erfolgten Abtretung der Klageforderung (§ 398 BGB), etwa bei einem Verkehrsunfall.²⁷

Hier liegt die Situation *materiell-rechtlich* so, wie im Normalfall von Klage und „echter“ Widerklage, da Gläubiger und Schuldner der jeweiligen Forderungen *ursprünglich spiegelbildlich* waren. Nur die Zession hatte dafür gesorgt, dass nicht auch in formeller Hinsicht *Parteiidentität* von Klage und Widerklage gegeben ist.

²⁶ Zu den genannten Streitfragen vgl. etwa ThP § 33, RN 12; vor § 50, RN 25.

²⁷ Vgl. BGH NJW 2001, 2094; NJW 2007, 1753 = Life & Law 2007, 522.



- b. Auch eine **negative Feststellungsklage** *allein* gegen den Zedenten der Klageforderung, also als isolierte Drittwiderklage, ist nach BGH zulässig. Dies auch dann, wenn eine solche gegen den Kläger / Zessionar nicht zulässig wäre.²⁸

Grund: Schutz auch für den Fall, in dem die Abtretung nichtig war oder rückwirkend unwirksam wird; dann greift nämlich auch der Schutz des § 325 I ZPO bzgl. der Klageanträge nicht ein.

Entsprechendes gilt, wenn ein Rechtsanwalt vom Rechtsschutzversicherer aus gemäß § 86 I S. 1 VVG übergegangenem Recht in Anspruch genommen wird. Dann hat er ein rechtliches Interesse an der Feststellung, *dem Versicherungsnehmer* stehe kein Anspruch gegen ihn zu, wenn der Versicherungsnehmer einen solchen Anspruch behauptet (sich „berühmt“) hatte.²⁹

- c. **Drittwiderklage im Leasingdreieck:** Wird ein Leasingnehmer vom Leasinggeber verklagt (Zahlung rückständiger Leasingraten oder – nach fristloser Kündigung wegen Zahlungsverzugs – Schadensersatz statt der Leistung), ist eine *gegen den Verkäufer* der Leasing Sache erhobene isolierte Drittwiderklage des Leasingnehmers auf Rückgewähr des Kaufpreises *an den Leasinggeber* zulässig.³⁰

- d. **Negativbeispiel:** Unzulässig ist aber eine isolierte Drittwiderklage des vom Bauherrn auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Generalplaners gegen die von ihm beauftragten Fachplaner auf Freistellung von den geltend gemachten Schadensersatzansprüchen des Bauherrn.³¹

Grund: Der Zusammenhang ist nicht eng genug, denn die Ansprüche resultieren jeweils aus verschiedenen Werkverträgen.

II. **Örtliche Zuständigkeit** für die Drittwiderklage:

1. Die örtliche Zuständigkeit für die Drittwiderklage folgt grds. *nicht* aus § 33 ZPO. Da sie keine Widerklage im eigentlichen Sinne ist, gelten die Privilegien der Widerklage, v.a. der Gerichtsstand des § 33 ZPO, für diese Klage nicht.³²

2. In der Klausur ergibt sich die örtliche Zuständigkeit oft über einen **besonderen Gerichtsstand** (⇒ i.d.R. Lehre von der Doppelrelevanz zu beachten):

²⁸ Vgl. BGH NJW 2008, 2852; NJW 2011, 460 = Life & Law 2011, 88; NJW 2019, 1610 [RN 19].

²⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 27. April 2022, Az. IV ZR 344/20 = NJW-RR 2022, 781 [RN 9 ff].

³⁰ Vgl. BGH NJW 2021, 1093.

³¹ Vgl. BGH, Urteil vom 7. November 2013, Az. VII ZR 105/13.

³² Vgl. ThP § 33, RN 13; BGH seit NJW 1991, 2838; BGH, Beschluss vom 24. Juni 2008, Az. X ARZ 69/08 = NJW-RR 2008, 1516.



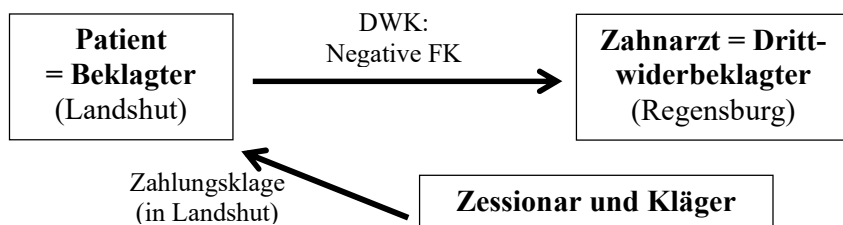
- Dies etwa über § 20 StVG und § 32 ZPO, die auch bezüglich einer mitverklagten Kfz-Versicherung gelten.³³
- Teilweise folgt die Zuständigkeit für die Drittwiderklage aus § 29 I ZPO i.V.m. § 269 I BGB, etwa im Bauprozess bei Drittwiderklage wegen Architektenhaftung.
- Bei erbrechtlichen Streitigkeiten (v.a. Feststellung) ergibt sich die Zuständigkeit für die Einbeziehung anderer Verwandter meist aus § 27 ZPO.

3. **Problem:** Örtliche Zuständigkeit für die Drittwiderklage, wenn sich diese weder aus §§ 12, 13 ZPO noch aus einem besonderen Gerichtsstand ergibt.

a. Örtliche Zuständigkeit bei **isolierter Drittwiderklage:**

Problem: Der Wortlaut von § 36 I Nr. 3 ZPO passt nicht, da die isolierte Drittwiderklage nicht gegen *mehrere* Parteien als Streitgenossen gerichtet ist.³⁴

Fallskizze hierzu (BGHZ 187, 112 = NJW 2011, 460 = Life & Law 2011, 88)



Lösung: Da die nur ausnahmsweise gegebene Zulässigkeit der isolierten DWK auf der Prozesswirtschaftlichkeit basiert, muss vermieden werden, dass allein die Zuständigkeit eine Aufspaltung in zwei Prozesse verursacht.

Anstelle einer *entsprechenden* Anwendung des § 36 I Nr. 3 ZPO (Bestimmung eines gemeinsamen Gerichts für Klage und isolierte Drittwiderklage)³⁵, wendet der BGH für solche Sonderfälle (DWK gegen den Zedenten der Klageforderung) § 33 ZPO analog an.³⁶

Grund: Bei § 36 I Nr. 3 ZPO wäre eine Bestimmung der Zuständigkeit durch ein höheres Gericht erforderlich, obwohl *nur* die Bestimmung des Gerichts *der Klage* als zuständig auch für die DWK in Betracht kommt. – Ein unnötiger verzögernder „Umweg“!

³³ Vgl. BGH NJW 1983, 1799; ThP § 32, RN 2.

³⁴ Insoweit teilweise unzutreffend: ThP § 36, RN 15 a.E.

³⁵ So noch OLG München NJW 2009, 2609.

³⁶ Vgl. BGHZ 187, 112 = NJW 2011 460 = Life & Law 2011, 88.



Hinweis: Bei *negativer* Feststellungsklage wird verbreitet (ohne Begründung) mit einer sog. „Spiegelbildregel“ gearbeitet: örtliche Zuständigkeit dort, wo die Zuständigkeit für eine gedachte umgekehrte Leistungsklage wäre.³⁷

Richtigerweise lässt sich eine solche generelle Regel mit §§ 12, 13 ZPO bzw. §§ 12, 17 ZPO nicht begründen, weil dort allein auf die *prozessuale* Rolle abgestellt wird. Oft (aber eben nicht immer) kommt man über besondere oder ausschließliche Zuständigkeiten (v.a. mit § 29 ZPO) auf eine solche „Spiegelbildlösung“.³⁸ Würde der BGH diese „Spiegelbildregel“ im Rahmen von §§ 12, 13 ZPO für zutreffend halten, so hätte es dieser eben behandelten Entscheidung nicht bedurft; der BGH ging aber mit keinem Wort auf eine derartige Lösungsmöglichkeit ein!

b. **Drittwiderklage neben „echter“ Widerklage:** Fehlt hier die örtliche Zuständigkeit nur bzgl. des Dritten, passt der Wortlaut des § 36 I Nr. 3 ZPO grds.³⁹

Fraglich ist, ob dennoch eine analoge Anwendung von § 33 ZPO auch für diese Fälle möglich ist:

- Dies wird wegen der – zweifellos gegebenen – ähnlichen Interessenlage und größeren Praktikabilität inzwischen teilweise zumindest für Fälle des engen sachlichen Zusammenhangs bejaht.⁴⁰
- Problem aber: Hier fehlt es – anders als bei isolierter DWK – wegen unmittelbarer Anwendbarkeit des § 36 I Nr. 3 ZPO wohl bereits an der Regelungslücke. ⇒ Änderung daher nur durch den Gesetzgeber möglich?

III. Zur **Begründetheit der negativen FK gegen den Zedenten als Drittwiderklage:**

- Hat die Drittwiderbeklagte ihre Ansprüche durch Abtretung verloren, so führt dies *nicht allein* schon zur Begründetheit der Drittwiderklage.
- Grund ist der begrenzte Prüfungsstoff: Die Drittwiderklage ist – für den Fall der Unwirksamkeit der Abtretung – darauf gerichtet festzustellen, dass der Zedenten *von Anfang an* keine abtretbaren Ansprüche gehabt hat.⁴¹

³⁷ Vgl. ThP § 256, RN 2.

³⁸ Vgl. ausführlich Thole NJW 2013, 1192 [1193].

³⁹ Vgl. BGH NJW-RR 2008, 1516; ThP § 36, RN 15 a.E.

⁴⁰ Vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 17. November 2022, Az. 11 SV 39/22; BayObLG, Beschluss vom 12. März 2019, Az. 1 AR 10/19; offenbar auch ThP § 33, RN 13 (anders aber bei ThP § 36, RN 15 a.E.!).

⁴¹ Vgl. BGH NJW 2019, 1610 [RN 31 ff].



E. Formelle Behandlung der Widerklage im Urteil der ersten Instanz:

I. Im **Rubrum** werden die Parteien doppelt („Kläger und Widerbeklagter zu 1“) bezeichnet.

Beachten Sie aber, dass die Parteien dann im übrigen Text des Urteils (Tenor, Tatbestand und Entscheidungsgründe) bzw. des anwaltlichen Schriftsatzes *nur* mit ihrer ursprünglichen Parteirolle („Kläger“) bezeichnet werden.⁴²

II. In der **Tenorierung** bzw. in den **Anträgen der Klageerwiderungsschrift** muss man deutlich erkennen lassen, inwieweit sich die Entscheidung jeweils auf Klage oder Widerklage bezieht.⁴³ **Beispiel:**

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.500 € nebst Zinsen i.H.v. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 10. Juli 2024 zu bezahlen.
2. Auf die Widerklage hin wird der Kläger verurteilt, an die Beklagte 3.500 € nebst Zinsen i.H.v. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 7. August 2024⁴⁴ zu bezahlen.
3. Im Übrigen werden Klage und Widerklage abgewiesen.

III. **Aufbau des Tatbestandes** bei Klage und Widerklage:

Es gibt **zwei Aufbauvarianten**, und zwar abhängig davon, ob Klage und Widerklage auf demselben Lebenssachverhalt oder auf unterschiedlichen Lebenssachverhalten beruhen.⁴⁵

1. **Klage und Widerklage beruhen auf demselben Lebenssachverhalt:**

Bereits im Einleitungssatz darauf hinweisen, dass der folgende Sachverhalt Grundlage für Klage *und* Widerklage ist! Unstreitiges wird dann für beide Klagen zusammengezogen.

- Es folgt (wie bei einfacher Klage) das streitige Klägervorbringen.
- *Alle* Anträge werden unmittelbar hintereinander zitiert: Klageantrag - Klageabweisungsantrag - Widerklageantrag - Widerklage-Abweisungsantrag.
- Der streitige Beklagtenvortrag muss nun zunächst die Klageerwiderung betreffen, dann folgt die Begründung der Widerklage. Es fehlt jetzt lediglich die Entgegnung des Klägers zur Widerklage (ähnlich einer Replik)!

⁴² Siehe Assessor-Basics Zivilurteil, § 3, RN 20; § 12, RN 3.

⁴³ Siehe Assessor-Basics Zivilurteil, § 12, RN 2 ff.

⁴⁴ Geht es um § 291 BGB, ist das *spätere* Zustellungsdatum der Widerklage zu beachten!

⁴⁵ Ausführlich dazu in Assessor-Basics Zivilurteil, § 8, RN 64 ff.



2. Klage und Widerklage bei unterschiedlichem Lebenssachverhalt:

Hier muss man bezüglich des Tatsachenvorbringens und der Anträge beide Klagen *nacheinander* abhandeln (so als wären es zwei Tatbestände verschiedener Urteile); verbunden werden sie mit einem Überleitungssatz zur Widerklage.

IV. **Aufbau der Entscheidungsgründe:**

Klage und Widerklage sind in den Entscheidungsgründen grds. getrennt und nacheinander erörtert.⁴⁶

1. **Aufbau im Regelfall** am besten:

- Zulässigkeit der Klage
- Begründetheit der Klage
- Zulässigkeit der Widerklage
- Begründetheit der Widerklage
- Nebenentscheidungen (Kosten, Vollstreckbarkeit).

2. **Urteilsstil:** Beginnen sollte man mit einem **zusammenfassenden „großen“ Obersatz**, etwa:

„Klage und Widerklage sind jeweils nur zum Teil erfolgreich. Die Klage ist im Hauptantrag zulässig und weitgehend begründet, sowie im Hilfsantrag unzulässig. Die Widerklage ist ebenfalls zulässig, aber nur teilweise begründet.“

V. **Kostenentscheidung:**

Hier ist zu beachten, dass aufgrund des Grundsatzes der Einheit der Kostenentscheidung (vgl. auch § 45 I S. 1, S. 3 GKG) nicht zwischen den Kosten von Klage und Widerklage getrennt werden darf.⁴⁷

⁴⁶ Siehe Assessor-Basics Zivilurteil, § 9, RN 17 f.

⁴⁷ Vgl. ThP § 33, RN 30; siehe auch Assessor-Basics Zivilurteil, § 6, RN 19 und RN 35.