

Was ist Handelsrecht?

Zur Frage der handelsrechtlichen Streitigkeiten nach ZPO/BGG

1529



ALEXANDER BRUNNER
PD Dr. iur., Oberrichter,
Zürich

Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage – Zur Triage-Funktion der gestellten Rechtsfrage
 - 1.1. Fachgerichte als Schweizer Innovation
 - 1.2. Sachliche Zuständigkeit
 - 1.3. Notwendige Triage-Funktion
2. Materielles Handelsrecht als Teil des Wirtschaftsrechts
 - 2.1. Wirtschaftsrecht
 - 2.2. Handelsrecht
 - 2.3. Notwendige Abgrenzungen (Zwecktheorie)
3. Materielles Handelsrecht und prozessuale Rechtsfolgen
 - 3.1. Handelsrecht und «handelsrechtliche Streitigkeiten»
 - 3.2. Regelzuständigkeit und Klägerwahlrecht
 - 3.3. Notwendige Abgrenzungen (Ausschlüsse)
4. Notwendigkeit eines Grundsatzentscheids nach neuem Prozessrecht
 - 4.1. Bemerkenswerte Beharrlichkeit einer schiefen Optik
 - 4.2. Gegenstandslosigkeit einer inadäquaten Rechtsfrage
 - 4.3. Grundsatzentscheid nach Inkrafttreten des neuen Rechts

1. Ausgangslage – Zur Triage-Funktion der gestellten Rechtsfrage

1.1. Fachgerichte als Schweizer Innovation

Nach Art. 6 Abs. 1 ZPO können die Kantone ein *Fachgericht* bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für *handelsrechtliche Streitigkeiten* zuständig ist (Handelsgericht).

Der Autor ist Oberrichter am Handelsgericht Zürich und Privatdozent für Handels- und Konsumrecht sowie Verfahrensrecht an der Universität St. Gallen.

Der grosse Vorteil der Handelsgerichtsbarkeit¹ liegt im Zusammenwirken von höheren Berufsrichtern und sachkundigen Handelsrichtern (Expertenrichter) aus den verschiedenen Wirtschafts-Branchen. Hinzu kommt, dass die Handelsgerichte auf der oberen kantonalen Gerichtshierarchie angesiedelt sind, was die Akzeptanz ihrer Urteile erhöht².

Der Terminus «Fachgericht» bezeichnet mit dem Inkrafttreten der ZPO einen *bundesrechtlichen Rechtsbegriff*³. Per Legaldefinition müssen die einzigen kantonalen Instanzen, welche als Handelsgerichte eingerichtet werden, als Fachgericht konstituiert sein. Die Kantone sind daher nicht mehr frei, die Handelsgerichte nach ihrem Gutdünken zu gestalten. Vielmehr sind sie, wenn sie für ein Handelsgericht optieren, nach der *Derogationsnorm* (Art. 49 BV) verpflichtet, sich an das Bundesrecht zu halten. Der Bundesgesetzgeber hat sich beim Erlass von Art. 6 ZPO an die allgemein anerkannte Ausgestaltung der bisherigen kantonalen Handelsgerichte gehalten, die ausdrücklich Sach- und Rechtswissen im Kollegium vereinen und der Sachkunde in Fragen der Wirtschaft, der Technik, der Architektur, des Handels sowie der Berufserfahrung in Wissenschaft und Praxis grosse Bedeutung beimessen⁴. Diese Vorgaben sind im Rahmen der

¹ ALEXANDER BRUNNER (Hrsg.), Europäische Handelsgerichtsbarkeit, Bern 2009; HAUSER/SCHWERI, Kommentar zum Zürcher GVG, Zürich 2002, Vorbemerkungen §§ 57–65 GVG: Einführung und Vorteile der Handelsgerichte; CHRISTOPH LEUENBERGER, Der Vorentwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung – ein Überblick, AJP 2003, 1421 ff.; PETER NOBEL, Zur Institution der Handelsgerichte, ZSR 1983 I 137 ff.; DAVID RÜETSCHI, Die Zukunft der Handelsgerichte, Auswirkungen der Entwürfe zu einer Bundeszivilprozessordnung und einem Bundesgerichtsgesetz auf die kantonale Handelsgerichtsbarkeit, SJZ 2005, 29 ff.; THOMAS SUTTER-SOMM, Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZSR 2002 I 545 ff., insb. zum doppelten Instanzenzug bzw. zur Handelsgerichtsbarkeit, 550 f.

² ALEXANDER BRUNNER, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 6 N 103 (Online-Stand 4.12.2010, abrufbar unter www.lawfinder.ch).

³ ALEXANDER BRUNNER, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 6 N 105 (Online-Stand 4.12.2010, abrufbar unter www.lawfinder.ch).

⁴ ALEXANDER BRUNNER, Zur Auswahl der Handelsrichter nach ihrem Fachwissen, SJZ 2009, 321 ff.; DERS., Handelsgerichte, in: Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz, St.Gallen 2007, 613 ff.; EUGÈNE BRUNNER, Die Verwertung von Fachwissen im handelsgerichtlichen Prozess, SJZ 1992, 22 ff.; KARL SPÜHLER, Prozessuale Probleme bei Prozessen mit wissenschaftlich und technisch komplexen Fragestellungen, in: FS N. Schmid, Zürich 2001, 713 ff.; SAMUEL TEITLER, Zur Frage der im Handelsgericht vertretenen Sachkunde, SJZ 1960, 220 f.; OSCAR VOGEL, Fachrichter und Jurist, FS Blum, Zürich 1989, 183 ff.

grammatikalischen (Gesetzes-Wortlaut) und der historischen Auslegung zu berücksichtigen. Die auf kantonaler Ebene vereinzelt vorgetragene Kritik⁵ gegen diese allgemein anerkannte Ausgestaltung der Handelsgerichte als Fachgerichte ist durch das Bundesrecht gegenstandslos geworden und wurde zudem durch einen *Grundsatzentscheid des Bundesgerichts* zutreffend widerlegt⁶.

Die Handelsgerichtsbarkeit spielt in den vier grossen Schweizer Mittellandkantonen *Zürich*⁷, *Bern*⁸, *Aargau*⁹ und *St. Gallen*¹⁰ eine sehr wichtige Rolle und hat sich in der Praxis ausserordentlich bewährt¹¹. Die vier Kantone, die bereits bisher Handelsgerichte kannten, erfassen rund 44 Prozent der Schweizer Bevölkerung und ebenso rund 44 Prozent der in der Schweiz registrierten Unternehmen. Es ist daher folgerichtig, dass der Bundesgesetzgeber beim Erlass der ZPO diesem Umstand Rechnung getragen und die Handelsgerichtsbarkeit sichtbar gestärkt hat.

Die *Innovation* des Schweizer Prozessrechts besteht darin, dass die Handelsgerichte, die vormals als Standesgerichte (Gerichte für den Kaufmannsstand) gedacht waren, von allen kantonalen Gesetzgebern zu Fachgerichten weiter entwickelt worden waren, was dem Sinn für Praxisnähe entspricht und die Gerichtsorganisation der wissenschaftlich-technischen Entwicklung angepasst hat¹². In den Handelsgerichten nach Schweizer Prägung arbeiten daher nicht Juristen und «Laien» zusammen, sondern *Berufs- und Fachrichter* gemeinsam, letztere mit Bezug auf Theorie und Praxis alles andere als Laien ihres Faches. Die allgemein anerkannte Ausgestaltung der Handelsgerichte als Fachgerichte ist auch im Rahmen des systematischen Auslegungselementes zu berücksichtigen,

denn der Einbezug von Expertenrichtern fand im vorliegend interessierenden Kontext eine weitere Bestätigung im neuen *Bundes-Patentgericht*, das analog zu den kantonalen Handelsgerichten als Fachgericht ausgestaltet worden ist¹³. Als Fachgericht übernimmt es von den bestehenden kantonalen Handelsgerichten (Art. 6 ZPO) und von den für das Patentrecht einzigen kantonalen Instanzen (Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO) einen wichtigen Teil des Immaterialgüterrechts.

1.2. Sachliche Zuständigkeit

Art. 6 ZPO ist darüber hinaus mit Bezug auf die funktionelle Zuständigkeit der Handelsgerichte auf Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG abgestimmt, der eine *Ausnahme vom Prinzip des doppelten Instanzenzugs* vorsieht. Auch das BGG legt fest, dass nur ein Fachgericht als einzige kantonale Instanz handelsrechtliche Streitigkeiten entscheiden darf. Die ZPO und das BGG beziehen sich in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf die bestehenden Handelsgerichte¹⁴. Der Verzicht auf den doppelten Instanzenzug ist mit der hohen Erledigungsquote dieser Gerichte zu rechtfertigen, die eng mit dem Beizug von Fachrichtern zusammenhängt, die mit den in der sachlichen Zuständigkeit zu behandelnden *Materien des Handelsrechts* vertraut sind¹⁵. Damit ist festzuhalten, dass ein Handelsgericht im Sinne von Art. 6 ZPO über das notwendige Fachwissen in handelsrechtlichen Angelegenheiten verfügen muss. Daher kann ein Kanton handelsrechtliche Streitigkeiten nur unter dieser Voraussetzung einem ordentlichen oberen Gericht als *einzigste Instanz* zuweisen¹⁶.

Aufgrund der *Funktion der Handelsgerichte* bilden die Expertenrichter in einem Fachgericht seit jeher die Mehrheit, was sich naturgemäss aus dem notwendigen Zusammenwirken der Richter im Kollegium der Fachgerichte ergibt¹⁷. Die überwiegende Arbeit in Fachgerichten besteht nicht in der rechtlichen Subsumption von Sachverhalten unter Rechtsnormen, sondern in der einfachen, raschen und kostengünstigen Ermittlung und *Feststellung komplexer Sachverhalte*¹⁸.

⁵ DANIEL SCHWANDER, Das Zürcher Handelsgericht und die branchenspezifische Zusammensetzung seines Spruchkörpers, Berlin 2009. Vgl. demgegenüber die Klarstellungen zu den seither in der Öffentlichkeit erfolgten Nachwirkungen dieser Publikation: HANS SCHMID, Zuteilungskriterien – Regeln und Ausnahmen, SJZ 2010, 544–546.

⁶ BGE 136 I 207–219.

⁷ URS BOSSHARD, Die Sondergerichte des Kantons Zürich, Diss. Zürich 1981; ROBERT LEVI, Zur sachlichen Zuständigkeit des zürcherischen Handelsgerichtes, SJZ 1950, 135 ff.; OSCAR VOGEL, 125 Jahre Zürcher Handelsgericht, SJZ 1992, 17 ff.

⁸ H.U. SIEGENTHALER, Aus der Praxis des Handelsgerichtes des Kantons Bern, ZBJV 1978, 282 ff.; ROLF P. STEINEGGER, Zu den Kompetenzkonflikten zwischen dem Appellationshof und dem Handelsgericht des Kantons Bern, ein Diskussionsbeitrag, ZBJV 1977, 509 ff.

⁹ MAX BRÄNDLI, Die sachliche Zuständigkeit der aargauischen Zivilgerichte, Basel 1984; ALBERT KILLER, Die Zuständigkeit des Handelsgerichtes, in: FS 50 Jahre Aargauischer Juristenverein, Aarau 1986, 123 ff.

¹⁰ HANS RUDOLF ALTHERR, Das Handelsgericht des Kantons St. Gallen, Diss. Zürich 1979; REMIGIUS KAUFMANN, Gedanken über das st. gallische Handelsgericht, SJZ 1981, 294 ff.

¹¹ ALEXANDER BRUNNER, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 6 N 117 (Online-Stand 4.12.2010, abrufbar unter www.lawfinder.ch).

¹² ALEXANDER BRUNNER, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 6 N 118 (Online-Stand 4.12.2010, abrufbar unter www.lawfinder.ch).

¹³ Bundesgesetz über das Bundespatentgericht, Patentgerichtsgesetz (PatGG) vom 20. März 2009; SR 173.41; vgl. dazu WERNER STIEGER, Die Zuständigkeit der Schweizer Gerichte für Prozesse über und im Zusammenhang mit Patenten ab 2011, sic 1/2010, 3 ff.

¹⁴ Botschaft BGG, BBl 2001, 4310.

¹⁵ Botschaft BGG, BBl 2001, 4310 f.

¹⁶ Art. 6 ZPO sowie Art. 75 und Art. 95 BGG.

¹⁷ ALEXANDER BRUNNER, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 6 N 112 (Online-Stand 4.12.2010, abrufbar unter www.lawfinder.ch).

¹⁸ CARL BAUDENBACHER, Rechtsverwirklichung als ökonomisches Problem? Zur Überlastung der Zivilgerichte, Zürich 1985; LUKAS BRINER, Sondergerichte gegen Prozessverschleppung? Eine Stellungnahme aufgrund zürcherischer Erfahrungen, NZZ vom 23.5.1977, 15; ALEXANDER BRUNNER, Handelsrichter als Vermittler zwischen Wirtschaft und Recht, SJZ 2006, 428 ff.; OSCAR VOGEL, Prozessuales Management am Handelsgericht, SJZ 1992, 18 ff.

Das Zusammenwirken ist daher in zweifacher Hinsicht erforderlich; zwischen den Expertenrichtern untereinander (Beleuchtung der Sachverhalte aus mehreren fachkundigen Perspektiven) und im Verhältnis zwischen Experten- und Berufsrichtern (Bezug von Sach- und Rechtsfragen). Aufgabe der Berufsrichter ist es, den Dialog unter den Fachrichtern durch Rückfragen auf die relevante materielle Gesetzesnorm zu richten und die Verfahrensgerechtigkeit in Anwendung des Prozessrechts sicher zu stellen. Die Handelsgerichte als Fachgerichte sind daher mit drei Fachrichtern und zwei Berufsrichtern besetzt, wobei auch ein Verhältnis von zwei zu eins denkbar ist.

Für alle Richter des Fachgerichts gilt die *richterliche Unabhängigkeit*¹⁹ und sie sind nur dem Recht verpflichtet²⁰. Wie Gerichtsgutachter²¹ können aber auch Fachrichter zu den Prozessparteien in bestimmten Fällen besondere Beziehungen aufweisen; in beiden Fällen gelten die bundesrechtlichen Regeln über den *Ausstand*²². Kein Ausstandsgrund ist dabei das für jede Person unaufhebbare *Vorverständnis*, das im allgemeinen beruflichen Umfeld und im konkreten Fachwissen begründet ist. Würde dies als Vorbefassung qualifiziert, wäre eine adäquate Mitwirkung als Gutachter²³ oder als Fachrichter²⁴ unmöglich. Ignoranz als Voraussetzung von Neutralität und Objektivität verlangt das Gesetz nicht²⁵. Aus diesem sachlichen Grund verletzt das Schweizer Prozessrecht auch nicht die *Verfahrensgarantien* in Art. 30 BV und in Art. 6 EMRK²⁶.

1.3. Notwendige Triage-Funktion

Mit dem Inkrafttreten der ZPO am 1. Januar 2011 stellt sich vorerst den Schweizer Handelsgerichten beim Eingang der anhängig gemachten Klagen nach Art. 6 ZPO und hernach dem *Bundesgericht* beim Eingang von zivilrechtlichen Beschwerden nach Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG die *prozessuale Vorfrage*: «Was ist Handelsrecht?» Denn nur dann, wenn – materiell – eine «handelsrechtliche Streitigkeit» gegeben ist, sind die Handelsgerichte als Fachgerichte – formell – für die

Beurteilung solcher Klagen sachlich zuständig; andernfalls hat von Amtes wegen ein *Nichteintretensentscheid* auf die Klage bzw. auf eine entsprechende Beschwerde in Zivilsachen zu erfolgen. Damit wiederholt sich 30 Jahre nach dem Inkrafttreten der Wirtschaftsverfassungsnorm im Konsumrecht (Art. 97 BV), die zur prozessualen Vorfrage: «Was ist Konsumentenrecht?» geführt hatte²⁷, die gleiche Rechtsfrage auch im Handelsrecht.

Die zwingend zu beantwortende prozessuale Vorfrage: «Was ist Handelsrecht?» ist auch von verfassungsrechtlicher Bedeutung, denn die erwähnten Verfahrensgarantien werden durch die Schweizer Fachgerichte im Bereich des Handelsrechts ohne weiteres erfüllt. Eine allfällige sachliche Zuständigkeit dieser Fachgerichte für die Bereiche des Arbeitsrechts, des Konsumrechts und des Mietrechts wirft jedoch eine Reihe von Fragen auf, da die Handelsgerichte für die Beurteilung von Sachverhalten des materiellen Handelsrechts geschaffen wurden und nicht für die Beurteilung von Sachverhalten der erwähnten Rechtsgebiete. So sind Handelsgerichte naturgemäss nicht wie die Arbeits- und Mietgerichte paritätisch zusammengesetzt und sie waren auch nie für konsumrechtliche Streitigkeiten konzipiert. Sowohl die Expertenkommission als auch die Botschaft des Bundesrates hatten aus diesen Gründen auf das *Klägerwahlrecht* ohne Eintrag in einem Handelsregister verzichtet. Überraschend wurde hingegen direkt durch das Parlament Art. 6 ZPO ein neuer Absatz (nunmehr Abs. 3) eingefügt, indem ein entsprechender Antrag des Ständerates vom Nationalrat diskussionslos genehmigt wurde. Damit spitzt sich die prozessuale Vorfrage im Hinblick auf die notwendige Triage-Funktion wie folgt zu. Einerseits: Was ist materielles Handelsrecht? Andererseits: Können in der Folge auch Klagen aus Arbeitsrecht, Mietrecht und Konsumrecht als «handelsrechtliche Streitigkeiten» im Sinne von Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG qualifiziert werden?

2. Materielles Handelsrecht als Teil des Wirtschaftsrechts

2.1. Wirtschaftsrecht

WALTER R. SCHLUEP²⁸ hatte vor über 40 Jahren die Frage aufgeworfen: «Was ist Wirtschaftsrecht?». Die nachfolgenden Überlegungen orientieren sich vorerst an dieser Frage. Das *Wirtschaftsrecht* betrifft jene Austauschverhältnisse, an denen als Wirtschaftseinheit ein Unternehmen in seiner wirt-

¹⁹ Art. 191c BV.

²⁰ ALEXANDER BRUNNER, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 6 N 113 (Online-Stand 4.12.2010, abrufbar unter www.lawfinder.ch).

²¹ Art. 183 Abs. 2 ZPO.

²² Art. 47 ff. ZPO.

²³ Art. 184 ZPO.

²⁴ Art. 6 ZPO i.V.m. Art. 191c BV.

²⁵ ALEXANDER BRUNNER, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 6 N 113 (Online-Stand 4.12.2010, abrufbar unter www.lawfinder.ch).

²⁶ ALEXANDER BRUNNER, Postulate und Perspektiven der Handelsgerichtsbarkeit, in: ders. (Hrsg.), Europäische Handelsgerichtsbarkeit, Bern 2009, 255 ff., insb. 260 f.; HANS SCHMID, Zuteilungskriterien – Regeln und Ausnahmen, SJZ 2010, 544 ff.; BGE 136 I 207–219 = Urteil 4A_118/2010 der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 19. April 2010 i.S. A. gegen X. AG und Handelsgericht des Kantons Zürich (Beschwerde in Zivilsachen).

²⁷ ALEXANDER BRUNNER, Was ist Konsumentenrecht?, JKR 1995, Bern 1995, 33 ff.; vgl. dazu den ersten Triage-Entscheid im Konsumrecht für das Konsumentenverfahren: SJZ 1989, 12 ff., insb. Erw. 2.2.

²⁸ WALTER R. SCHLUEP, Was ist Wirtschaftsrecht?, in FS Hug, Bern 1968, 25 ff.

schaftlichen Funktion beteiligt ist. Der Begriff der betrieblichen Tätigkeit und des betrieblichen Zwecks dient damit als unverwechselbares und damit eindeutiges Abgrenzungskriterium (*Zwecktheorie*). Träger und Adressaten des Wirtschaftsrechts sind in erster Linie Unternehmen. In den Unternehmen werden im Rahmen der betrieblichen und beruflichen Tätigkeit Waren und Dienstleistungen entwickelt und hergestellt und anschliessend am Markt angeboten. Das Wirtschaftsrecht betrifft Unternehmen in organisatorischer, funktionaler und synallagmatischer Hinsicht. Das Wirtschaftsrecht darf indessen das entscheidende Gegenstück der Unternehmen nicht ausser Acht lassen: die Privathaushalte. Sowohl *Unternehmen* als auch *Privathaushalte* treten stets als *Anbieter und Abnehmer* von Waren und Dienstleistungen in Funktion. Diese Doppelfunktion der beiden Wirtschaftseinheiten wird durch das der vorliegenden Publikation beigefügte Diagramm veranschaulicht. Für beide Wirtschaftseinheiten sind vorerst die organisatorischen und funktionalen Gesichtspunkte zu behandeln, um anschliessend auf die synallagmatischen Tauschbeziehungen im Handelsrecht (Ziff. 2.2.) und in den weiteren Rechtsgebieten einzugehen (Ziff. 2.3.).

Ein einheitlicher *Rechtsbegriff des Unternehmens* wurde vom Gesetzgeber bisher nicht geschaffen. Hingegen hat die Rechtswissenschaft²⁹ den Begriff des Unternehmens teilweise festgehalten. Der organisatorische Begriff des Unternehmens kann im Wirtschaftsrecht wie folgt zusammen gefasst werden: Das Unternehmen ist eine auf rechtlicher Grundlage beruhende Wirtschaftseinheit mit betrieblicher Organisation zum Zweck der Herstellung und des Vertriebs von Waren und Dienstleistungen. Die rechtliche Grundlage des Unternehmens bildet das Firmen- und Gesellschaftsrecht. Unternehmen können als Einzelunternehmen³⁰ bestehen, deren Inhaber als natürliche Person einen Beruf ausübt und ein Geschäft betreibt, oder in Form von Handelsgesellschaften³¹ auftreten, die entweder als juristische Personen errichtet sind (Aktiengesellschaft, GmbH und Genossenschaft) oder als handelsrechtliche Körperschaften behandelt werden (Kollektivgesellschaft und Kommanditgesellschaft) und stets einen bestimmten wirtschaftlichen Zweck verfolgen. In einer dieser Formen wird das Unternehmen rechtsfähig³² und durch seine Organe handlungsfähig³³. Die Handlungsfähig-

keit des Unternehmens hat eine Innen- und eine Aussenseite. Gegen aussen tritt das Unternehmen mit anderen Unternehmen oder mit Privathaushalten in Kontakt; gegen innen regeln die Organe die betriebliche Organisation. Der funktionale Begriff des Unternehmens kann wie folgt bestimmt werden: Das Unternehmen ist ein betrieblich organisierter Anbieter oder Abnehmer von Waren und Dienstleistungen. Diese Begriffsbildung erfolgte bisher punktuell, ist indessen im Wirtschaftsrecht zu verallgemeinern. So gingen bspw. Rechtsprechung und Lehre bis zum Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes³⁴ zutreffend von diesem «funktionalen» Unternehmensbegriff aus, der mit der Zwecktheorie übereinstimmt. Zutreffend wird weder auf einen Registertrag noch auf die Rechtsform eines Unternehmens abgestellt. Vielmehr gelten als Unternehmen jene Marktteilnehmer, die sich – sei es als Anbieter oder Abnehmer – selbständig als Produzenten von Gütern bzw. Erbringer von Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligten³⁵. Die Herstellung und der Vertrieb von Waren und Dienstleistungen ist daher der wirtschaftliche Zweck des Unternehmens, der mit dem Mittel der betrieblichen Organisation erreicht wird. Mit der Bezeichnung Waren und Dienstleistungen werden sämtliche möglichen Arbeitsergebnisse der Unternehmen in Produktion und Handel erfasst.

Der Privathaushalt ist das wirtschaftsrechtliche Gegenstück des Unternehmens. Der *Rechtsbegriff des Privathaushaltes* kann dabei analog zum Begriff des Unternehmens wie folgt definiert werden: Der Privathaushalt ist eine auf rechtlicher Grundlage beruhende Wirtschaftseinheit mit nichtbetrieblicher Organisation zum Zweck der Befriedigung von Lebensbedürfnissen natürlicher Personen durch Gebrauch und Verbrauch von Waren und Dienstleistungen. Die rechtliche Grundlage des Privathaushaltes bildet das Personen- und Familienrecht. Die kleinste Wirtschaftseinheit ist die einzelne, rechts- und handlungsfähige natürliche Person³⁶. Neben den Einpersonenhaushalten ist indessen nach wie vor die Wirtschaftseinheit der Familie mit Frau und Mann (Ehe) sowie Kindern stark vertreten, die durch das traditionelle, den heutigen Verhältnissen angepasste Familienrecht³⁷ geregelt wird. Die Kleinfamilie und ihre durch Scheidungen hervorgebrachten Unterarten haben dabei in den entwickelten Volkswirtschaften die frühere Grossfamilie abgelöst. Das griechische Wort «Oekonomie» bezeichnete denn auch ursprünglich solche Rechtsgemeinschaften. Soweit für die Personengemeinschaften das Familienrecht nicht anwendbar ist, gilt das Recht der einfachen Gesellschaft³⁸. Die Handlungsfähigkeit des Privathaushaltes hat eine Innen- und eine Aus-

²⁹ DANIEL GIRSBERGER/KARIN MÜLLER/MADELEINE SIMONEK/THOMAS GÄCHTER: Unternehmensrecht I: Gründung und Aufbau, Sanierung und Liquidation. Gesellschafts-, Steuer- und Sozialversicherungsrecht, Zürich 2009; DANIEL GIRSBERGER/KARIN MÜLLER/MADELEINE SIMONEK/PAUL EITEL: Unternehmensrecht II: Nachfolge und Umstrukturierung. Gesellschafts-, Erb- und Steuerrecht, Zürich 2009; ROLF H. WEBER/PETER R. ISLER, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich 2010.

³⁰ Art. 945 OR.

³¹ Art. 947–950 OR.

³² Art. ZGB 52 ZGB.

³³ Art. 55 ZGB.

³⁴ Art. 2 Abs. 1^{bis} KG.

³⁵ Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen; BBl 1995 I 468, 533.

³⁶ Art. 11–16 ZGB.

³⁷ Art. 90–359 ZGB.

³⁸ Art. 530–551 OR.

senseite. Gegen aussen tritt der Privathaushalt mit anderen Privathaushalten oder mit Unternehmen in Kontakt; gegen innen organisieren die natürlichen Personen ihr Verhältnis untereinander entsprechend der bestehenden Rechtsform. Der funktionale Begriff des Privathaushaltes kann wie folgt bestimmt werden: Der Privathaushalt ist ein nichtbetrieblich, d.h., privat organisierter Anbieter oder Abnehmer von Waren und Dienstleistungen. Der Konsum von Waren und Dienstleistungen ist der charakteristische wirtschaftliche Zweck des Privathaushaltes, der durch Arbeit in den Unternehmen mit der entsprechenden Gegenleistung in Form von Lohn finanziert wird.

2.2. Handelsrecht

Die Betrachtung der Wirtschaftseinheiten von Unternehmen und Privathaushalten im Rahmen der Zwecktheorie, d.h. hinsichtlich ihrer Funktion, führt zum *synallagmatischen Gesichtspunkt*. Synallagma bedeutet Austauschverhältnis. Jede Wirtschaftseinheit hat eine Doppelfunktion; sie ist sowohl Anbieter als auch Abnehmer, die miteinander in einem Tauschverhältnis stehen. Werden nun die beiden wirtschaftsrechtlichen Begriffspaare Unternehmen und Privathaushalt sowie Anbieter und Abnehmer zueinander in Verhältnis gesetzt, ergibt sich eine klare Rechtsstruktur. Das Unternehmen ist betrieblicher Anbieter und betrieblicher Abnehmer, der Privathaushalt ist privater Anbieter und privater Abnehmer, womit sich insgesamt vier grundlegende Tauschverhältnisse ergeben. Sie sind in der bereits erwähnten Übersicht dargestellt. Die Zwecktheorie dient dabei in ihrer Triage-Funktion als Abgrenzungsmethode, womit in Zweifelsfällen bestimmt werden kann, welchem Rechtsgebiet eine konkrete Rechtsfrage zuzuordnen ist. Nach der hier vertretenen Meinung ist die subjektive und objektive Theorie als Abgrenzungsmethode abzulehnen. Die subjektive Theorie knüpft bei den Marktteilnehmern an die Kaufmannseigenschaft oder deren Fehlen an, was ein unerwünschtes Standesrecht zur Folge hat. Die objektive Theorie, welche als Abgrenzungsmethode nach der Natur des vertraglichen Leistungsgegenstandes fragt, ist ungeeignet, weil sowohl Waren als auch Dienstleistungen in der Regel von den Wirtschaftseinheiten in allen wirtschaftsrechtlichen Funktionen ausgetauscht werden können. Es liegt daher nahe, bei der Wahl der Abgrenzungsmethode im Wirtschaftsrecht den funktionalen Gesichtspunkt direkt anzuwenden, was zur Zwecktheorie führt.

Der *materielle Begriff des Handelsrechts* kann daher wie folgt definiert werden: Das Handelsrecht regelt das wirtschaftliche Austauschverhältnis zwischen Unternehmen als betriebliche Anbieter und Unternehmen als betriebliche Abnehmer. In der neuesten Zusammenfassung zum materiellen Begriff des Handelsrechts³⁹ wird zwar festgestellt, dass der

Ausdruck «Handelsrecht» mehrdeutig sei und daher verschiedene (Rechts-) Begriffe bezeichnen könne, weshalb die kritische Frage nach dessen Daseinsberechtigung aufgeworfen wird. Diese Rechtsfrage wird indessen positiv beantwortet, indem zutreffend der funktionale Gesichtspunkt von Unternehmen in den Vordergrund gerückt und die Weiterentwicklung des Handelsrechts zu einem Unternehmensrecht angemahnt wird. Bei Lichte besehen deckt sich dieser funktionale Gesichtspunkt daher mit der vorliegend vertretenen Zwecktheorie. Hinzu kommt, dass die Daseinsberechtigung des materiellen Begriffs des Handelsrechts wie bereits dargelegt ab dem Jahre 2011 ausser Frage steht. Denn ohne klare Begriffsbestimmung und entsprechende Abgrenzungen ist das neue Bundes-Zivilprozessrecht nicht hinreichend anwendbar. Diese Feststellung führt zu den notwendigen materiellrechtlichen Abgrenzungen zum Handelsrecht.

2.3. Notwendige Abgrenzungen (Zwecktheorie)

Eine erste rechtslogische Abgrenzung ergibt sich mit dem wirtschaftlichen Austauschverhältnis zwischen einem Privathaushalt als privatem Anbieter und einem Unternehmen als betrieblichen Abnehmer. Dieses Austauschverhältnis erfasst eine ganze Reihe von Rechtsgeschäften, bspw. einfache und zeitlich begrenzte Aufträge von Unternehmen an Privatpersonen, die nicht als Einzelunternehmen auftreten, zwecks Verrichtung punktueller Dienstleistungen oder den Ankauf eines Gegenstandes in Privatbesitz durch ein Unternehmen. Das für die Volkswirtschaft zentrale Austauschverhältnis bildet jedoch jenes zwischen Arbeit und Lohn, das durch das *Arbeitsrecht* geregelt wird. Das Arbeitsrecht regelt das wirtschaftliche Austauschverhältnis zwischen einem Privathaushalt als privatem Anbieter (Arbeitsleistung des Arbeitnehmers) und einem Unternehmen (Arbeitgeber) als betrieblichem Abnehmer der Arbeitsleistung. Das Arbeitsrecht wird von der Wirtschaftsverfassung⁴⁰, durch öffentliches Schutzrecht⁴¹ und mit dem Sonderprivatrecht im Obligationenrecht⁴² ausdrücklich geregelt. Das Arbeitsrecht ist gekennzeichnet durch ein typischerweise bestehendes Ungleichgewicht zwischen dem Arbeitgeber, der über eine betriebliche Organisation eines Unternehmens verfügt und dem Arbeitnehmer, der ohne betriebliche Organisation und Recourcen einen Privathaushalt führt. Daher ist in materiell-

⁴⁰ Art. 110 BV und Art. 28 BV.

⁴¹ Vgl. dazu die SR-Systematik 822; die öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutzvorschriften werden durch die in Art. 342 Abs. 2 OR verankerte Rezeptionsklausel auch privatrechtlich wirksam, vgl. dazu anstatt vieler: BK-REHBINDER, Art. 342 OR N 9 ff.

⁴² Vgl. dazu u.a. die im Jahre 1971 einföhrten Sonderbestimmungen zum privaten Arbeitsrecht, Art. 319 ff. OR sowie weitere Sonderbestimmungen der Arbeitsvermittlung (AVG, SR 823.11); Art. 115/Art. 121 IPRG, etc.

³⁹ PETER JUNG, Gibt es in der Schweiz ein Handelsrecht? recht 2009, 43 ff. mit umfassenden Hinweisen.

rechtlicher Hinsicht festzuhalten: Arbeitsrecht ist definitiv nicht Handelsrecht.

Eine zweite rechtslogische Abgrenzung ergibt sich mit dem wirtschaftlichen Austauschverhältnis zwischen einem Unternehmen als betrieblichem Anbieter von Waren und Dienstleistungen (Produzent) und einem Privathaushalt als privatem Abnehmer (Konsument). Dieses Austauschverhältnis wird durch das öffentlich- und privatrechtliche *Konsumrecht* geregelt. Das Konsumrecht⁴³ wird durch die Wirtschaftsverfassung⁴⁴ begründet sowie durch öffentliches Schutzrecht⁴⁵ und Sonderprivatrecht im Obligationenrecht und ausserhalb des Obligationenrechts⁴⁶ ausdrücklich erfasst. Das Konsumrecht ist gekennzeichnet durch ein typischerweise bestehendes Ungleichgewicht zwischen dem Anbieter, der über eine betriebliche Organisation eines Unternehmens verfügt, und dem Konsumenten, der ohne betriebliche Organisation und Recourcen einen Privathaushalt führt. Daher ist in materiellrechtlicher Hinsicht festzuhalten: Konsumrecht ist definitiv nicht Handelsrecht.

Das typischerweise bestehende strukturelle Ungleichgewicht zwischen Personen, die in stark organisierten Unternehmen einerseits und in schwach organisierten Privathaushalten andererseits als Anbieter und Abnehmer am Markt auftreten, bestimmt das Wesen des Arbeitsrechts und des Konsumrechts. Das strukturelle Ungleichgewicht ist dabei eine Folge der beiden klassischen Kriterien von *Wissen und Macht*. Die Unterschiede der Personen mit Bezug auf ihr Wissen, d.h. ihren Kenntnis- und Informationsstand oder mit Bezug auf ihre Machtstellung, d.h. ihre wirtschaftlichen Möglichkeiten bzw. Verhandlungsmacht (bargaining power) sind eine Folge ihrer natur- und konventionsgemässen Ungleichheit.

Eine dritte rechtslogische Abgrenzung ergibt sich schliesslich mit dem Austauschverhältnis zwischen einem Privathaushalt als privatem Anbieter und einem Privathaushalt als privatem Abnehmer. Dieses Austauschverhältnis erfasst alle Rechtsbeziehungen, die traditionell dem allgemeinen Privatrecht bzw. dem klassischen bürgerlichen Recht in ZGB und OR zuzuordnen sind. – Typischerweise besteht ein strukturelles Gleichgewicht im Handelsrecht und im allge-

meinen Privatrecht. Mit Bezug auf Wissen und Macht stehen sich in beiden Fällen gleichwertige Parteien als Anbieter und Abnehmer gegenüber.

3. Materielles Handelsrecht und prozessuale Rechtsfolgen

3.1. Handelsrecht und «handelsrechtliche Streitigkeiten»

Die vorstehenden Begriffsklärungen zeigen, dass gestützt auf die Zwecktheorie, die auch als funktioneller Ansatz bezeichnet wird, eine eindeutige Zuordnung des materiellen Handelsrechts im Rahmen des Wirtschaftsrechts möglich ist. Solange der Gesetzgeber keine eindeutigen Legaldefinitionen zur Verfügung stellt, insbesondere durch ein modernes Unternehmensrecht⁴⁷, hat die Rechtsprechung unter Berücksichtigung der Lehre Sinn und Zweck der geltenden Regeln des Prozessrechts zu ermitteln. Dies betrifft vorliegend den prozessualen Rechtsbegriff der «*handelsrechtlichen Streitigkeiten*».

In systematischer Hinsicht kann diesbezüglich darauf hingewiesen werden, dass der Gesetzgeber einen Bezug zu Art. 5 ZPO hergestellt hat, der vorwiegend materielles Handelsrecht betrifft. Es ist Sache der kantonalen Organisationsgesetze (GOG), diese sachliche Zuständigkeit nach Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO zu klären. Es betrifft überwiegend Rechtsgebiete, die dem *Handelsrecht* zuzuordnen sind, so das Immaterialgüterrecht (mit Ausnahme des Patentrechts gemäss PatGG), das Firmenrecht, das Wettbewerbsrecht (UWG und KG) sowie das Kollektivanlagen- und Börsenrecht (KAG und BEHG). Nach Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO können die Kantone das Handelsgericht überdies für Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften zuständig erklären. Damit sind auch sämtliche Verantwortlichkeitsprozesse im Zusammenhang mit einer Handelsgesellschaft oder einer Genossenschaft der betreffenden Fachgerichtsbarkeit zu unterstellen. Neben der traditionellen Haftung von Verwaltungsräten (Art. 752 ff. OR) fällt auch die Prospekthaftung und die Revisionshaftung darunter (vgl. Art. 752, 755 OR). Dasselbe gilt für die entsprechenden Streitigkeiten bei der Kommanditaktiengesellschaft und der GmbH. Die primäre *sachliche Zuständigkeit* ergibt sich jedoch aus Art. 6 Abs. 2 ZPO, wonach das Handelsgericht ausschliesslich handelsrechtliche Streitigkeiten beurteilt,

⁴³ ALEXANDER BRUNNER, Was ist Konsumentenrecht?, JKR 1995, 33 ff.; DERS., Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, AJP 1992, 591 ff.; MANFRED REHBINDER, Zum Rechtsbegriff des Konsumenten, JKR 1995, 59 ff.; MARLIS KOLLER-TUMLER, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, Bern 1995; MIKAEL SCHMELZER, Der Konsumentenvertrag, Chur/Zürich 1995; URS M. WEBER-STECHER, Internationales Konsumvertragsrecht, Zürich 1997.

⁴⁴ Art. 97 BV.

⁴⁵ Bspw. durch die Preisbekanntgabeverordnung, PBV, SR 942.211; oder das neue Produktsicherheitsgesetz, PrSG, SR 930.11.

⁴⁶ Vgl. dazu u.a. Art. 40a ff. OR, PrHG, SR 221.112.944; Pauschalreisegesetz, SR 944.3; Konsumkreditgesetz (KKG), SR 221.214.1; Art. 114/Art. 120 IPRG, etc.

⁴⁷ Österreich hat diesen Schritt nach der grossen Reform des Handelsrechts bereits hinter sich; vgl. Unternehmensgesetzbuch (UGB); dementsprechend wurde auch die österreichische Handelsgerichtsbarkeit in der Zwischenzeit dem UGB angepasst; vgl. dazu ALEXANDER BRUNNER, Dokumentation der Gesetzgebung, in: ders. (Hrsg.), Europäische Handelsgerichtsbarkeit, Bern 2009, 300 ff.

wobei das Gesetz diesen Grundsatz gleich dreifach und kumulativ absichert. Fehlt eine dieser Voraussetzungen, sind nicht die Handelsgerichte, sondern die ordentlichen Gerichte mit Doppelinstanz sachlich zuständig. Die *drei kumulativen Voraussetzungen*⁴⁸ sind vorerst im Einzelnen darzulegen und hernach das strittige Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO zu untersuchen.

3.2. Regelzuständigkeit und Klägerwahlrecht

Die materielle Definition der handelsrechtlichen Streitigkeit wird durch das Gesetz subjektiv und objektiv umschrieben. Nach Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO gilt eine Streitigkeit nur dann als handelsrechtlich, wenn beide Parteien «im Schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind». Dies ist die altergebrachte, klassische *subjektive Definition* des Handelsgeschäfts, die an die Kaufmannseigenschaft der beteiligten Personen kraft Registereintrag⁴⁹ anknüpft⁵⁰. Heute hat sich diesbezüglich der wirtschaftsrechtliche *Begriff des Unternehmens* durchgesetzt, da nicht mehr an einen «Kaufmannsstand», sondern an die wirtschaftliche Funktion der Unternehmenstätigkeit angeknüpft wird. Eine Streitigkeit gilt mit dieser ersten kumulativen Voraussetzung demnach nur dann als handelsrechtlich, wenn sich im Streit *zwei Unternehmen* gegenüber stehen.

Nach Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO muss sodann die «geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen» sein, um als handelsrechtliche Streitigkeit zu gelten⁵¹. Dies führt zur *objektiven Definition* des Handelsgeschäfts, da hier an den Vertragsgegenstand des handelsrechtlichen Austauschverhältnisses angeknüpft wird. Diese zweite kumulative Voraussetzung des Gesetzes ist nicht etwa redundant, wie vermutet werden könnte, nachdem ohnehin zwei Unternehmen für das Vorliegen einer handelsrechtlichen Streitigkeit beteiligt sein müssen. Vielmehr betrifft diese Voraussetzung die charakteristische Leistung⁵² und die Geldleistung, die in einem Austauschverhältnis stehen. Wie im Umfeld der parlamentarischen Beratungen zutreffend festgestellt wurde, wäre sonst jeder Streit um eine Geldforderung stets eine handelsrechtliche Streitigkeit. Vorausgesetzt ist demnach, dass es sich beim Vertragsgegenstand um die charakteristische Leistung

im Rahmen der «geschäftlichen Tätigkeit» einer Streitpartei handelt. Die nicht vertragstypische Geldleistung spielt infolgedessen keine Rolle.

Die prozessuale dritte kumulative Voraussetzung betrifft die *formelle Definition* der handelsrechtlichen Streitigkeit im Sinne der ZPO und des BGG. Nach Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO gilt die Streitsache nur dann als handelsrechtlich, wenn gegen den Entscheid des Handelsgerichts die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht. Fehlt diese kumulative Voraussetzung, gilt die Beziehung zwischen den Prozessparteien formell nicht als Handelsgeschäft. Die ZPO ist damit eng mit dem BGG verschränkt. Nach Art. 75 Abs. 2 BGG setzen die Kantone «als letzte kantonale Instanzen obere Gerichte ein. Diese entscheiden als Rechtsmittelinstanzen; ausgenommen sind die Fälle, in denen (lit. b) ein Fachgericht für *handelsrechtliche Streitigkeiten* als einzige kantonale Instanz entscheidet». Die sachliche Zuständigkeit von Handelsgerichten als Fachgerichte ist daher nur dann gegeben, wenn eine Streitigkeit ausgetragen wird, die Tatbestände des *materiellen Handelsrechts* betrifft. Gemäss der vorstehend dargelegten Zwecktheorie ist ein Handelsgeschäft nur dann gegeben, wenn ein Anbieter (Unternehmen) im Rahmen seiner geschäftlichen, betrieblichen oder beruflichen Tätigkeit Waren oder Dienstleistungen anbietet, die für die geschäftlichen, betrieblichen oder beruflichen Zwecke des Abnehmers (Unternehmen) bestimmt sind. Die Handelsgerichtsbarkeit steht somit für Streitlagen zwischen Unternehmen zur Verfügung. Daraus folgt, dass das gesamte Rechtsgebiet des Handelsrechts betroffen ist. In diesem Sinne gehören zum Handelsrecht alle Rechtsbeziehungen, die sich zwischen Unternehmen ergeben können, vorab das gesamte allgemeine und besondere Vertragsrecht sowie Rechtslagen aus unerlaubten Handlungen.

Eine (scheinbare) Ausnahme begründet Art. 6 Abs. 3 ZPO mit dem *Klägerwahlrecht*. Allerdings stellt sich hier die Frage, was mit dem Wahlrecht des Klägers gemeint ist. Wer ist Kläger nach Art. 6 Abs. 3 ZPO? Sind das *Arbeitnehmer?* oder *Konsumenten?* – Solchen Klägern könnte an sich ein Wahlrecht zustehen, denn sie alle sind ohne Registereintrag und klagen gegen ein Unternehmen und dessen geschäftliche Tätigkeit. Darauf ist zurück zu kommen (nachfolgend Ziff. 3.3.). Oder ist das Klägerwahlrecht im Sinne des materiellen Handelsrechts *Einzelunternehmen* ohne Registereintrag vorbehalten?

Die vom Ständerat eingebrachte Ergänzung des Gesetzes ist im Rahmen von *handelsrechtlichen Streitigkeiten* sinnvoll und sehr hilfreich; denn wegen der drei kumulativen Voraussetzungen in Art. 6 Abs. 2 ZPO wären Tatbestände des Handelsrechts teilweise aus der sachlichen Zuständigkeit der Fachgerichte gefallen, die von Sinn und Zweck her in jedem Falle der Handelsgerichtsbarkeit unterliegen sollten. Angesprochen sind Tausende von Einzelunternehmen sowie Personengemeinschaften im Gründungsstadium von Handelsgesellschaften. *Einzelunternehmen* sind nicht zwingend im Handelsregister im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO ein-

⁴⁸ AB 2007 S 504.

⁴⁹ So schon im kantonalen Recht: WERNER DE CAPITANI, Der Eintrag der Parteien im Handelsregister als Voraussetzung der sachlichen Zuständigkeit des zürcherischen Handelsgerichts, SJZ 1960, 306 ff.

⁵⁰ ALEXANDER BRUNNER, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 6 N 130 (Online-Stand 4.12.2010, abrufbar unter www.lawfinder.ch).

⁵¹ ALEXANDER BRUNNER, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 6 N 131 (Online-Stand 4.12.2010, abrufbar unter www.lawfinder.ch).

⁵² Art. 31 ZPO; vgl. dazu Art. 117 Abs. 3 IPRG.

getragen. Nach Art. 934 Abs. 2 OR besteht zwar ein Recht dazu, eine Eintragungspflicht besteht nach Art. 36 Abs. 1 HRegV jedoch erst ab 100'000 Franken für natürliche Personen, die ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben (Unternehmen) und während eines Jahres Roheinnahmen von mindestens 100'000 Franken (Jahresumsatz) erzielen. Einzelkaufleute sind daher auch ohne Registereintrag zum Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO zugelassen, denn ihre Klagen sind handelsrechtliche Streitigkeiten nach Art. 75 BGG. Auch *Personengemeinschaften* und einzelne ihrer nicht im Register eingetragenen Privatpersonen⁵³ im Gründungsstadium von Handelsgesellschaften haben das Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO. Diese Konstellation darf indessen nicht mit der Option von Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO verwechselt werden, wo es um die Anwendung des Gesellschaftsrechts als solches geht. Bereits vor der deklaratorischen oder konstitutiven Eintragung ins Handelsregister⁵⁴ erfolgen viele Rechtshandlungen, aus denen sich Streitigkeiten ergeben können, die wegen des Zusammenhangs mit handelsrechtlichen Streitigkeiten in die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts fallen; es ist hinzuweisen auf die Kollektivgesellschaft⁵⁵, die Kommanditgesellschaft⁵⁶, die Aktionäre vor Eintragung der AG⁵⁷, die Gesellschafter vor Eintragung der GmbH⁵⁸ sowie die Genossenschaft in Gründung⁵⁹.

3.3. Notwendige Abgrenzungen (Ausschlüsse)

Um den Anwendungsbereich des Klägerwahlrechts abschliessend zu bestimmen, bedarf es der Auslegung des Gesetzes. Nach der vorliegend vertretenen Meinung ist das Klägerwahlrecht für natürliche Personen in Privathaushalten sowohl in ihrer wirtschaftlichen Funktion als *Arbeitnehmer* als auch in ihrer wirtschaftlichen Funktion als *Konsumenten* ausgeschlossen. Klagen gegen Unternehmen von Arbeitnehmern auf Lohnzahlungen, Arbeitszeugnisse usw. im Hinblick auf die finanziellen Zwecke von Privathaushalten sind materiell keine «handelsrechtlichen Streitigkeiten» und die Handelsgerichte sind dafür sachlich nicht zuständig. Das Gleiche gilt für das gesamte Konsumrecht. Klagen gegen Unternehmen von Konsumenten bzw. Privatpersonen auf Geldleistungen oder Sachleistungen wie Kauf-Garantien usw. im Hinblick auf die finanziellen Zwecke von Privathaushalten sind materiell keine «handelsrechtlichen Streitigkeiten» und die Handelsgerichte sind dafür sachlich nicht zuständig. Für sie gelten die ordentlichen Zuständigkeiten, insbesondere das

Prinzip der *kantonalen Doppelinstanz*. Dieser Befund ist gestützt auf die klassischen Auslegungsregeln zu untermauern.

Grammatikalische Auslegung: Nach dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 3 ZPO hat die klagende Partei die Wahl zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht, wenn nur die beklagte Partei im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen, jedoch auch die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind⁶⁰. Diese übrigen Voraussetzungen sind in Art. 6 Abs. 2 ZPO geregelt. Nach diesem Wortlaut wäre der Kreis möglicher Kläger umfassend; denn jede Privatperson (ohne Registereintrag) könnte vor Handelsgericht gegen ein Unternehmen klagen, dessen «geschäftliche Tätigkeit betroffen» ist. Die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte als einzige Instanz wäre nach einem solchen Verständnis gleich wie die sachliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte mit Doppelinstanz⁶¹.

Historische Auslegung: In den parlamentarischen Beratungen hatte der Ständerat wie vorstehend erwähnt eine Ergänzung zum Text der Botschaft als Art. 6 Abs. 2bis Bot-ZPO (heute Art. 6 Abs. 3 ZPO) vorgeschlagen⁶². Der ständerätliche Kommissionspräsident erläuterte diese Ergänzung wie folgt⁶³: «Zu Absatz 2bis schlägt Ihnen die Kommission vor, die Bestimmung zur Zuständigkeit des Gerichtes so zu erweitern, dass der Kläger ein Wahlrecht hat. Auch wenn der Kläger selber nicht im Handelsregister eingetragen ist, soll er vor dem Handelsgericht gegen einen Beklagten klagen können, wenn dieser im Handelsregister eingetragen ist. Das heisst, es müssen nicht beide Parteien eingetragen sein, sondern es reicht, wenn der Beklagte eingetragen ist. Der Kläger kann dann wahlweise vor einem ordentlichen Gericht oder vor einem Handelsgericht klagen.» – Im Umfeld der parlamentarischen Beratungen wurden jedoch Zweifel dahingehend geäussert, dass mit einem solchen Klägerwahlrecht das gesamte Konsumrecht in die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte fallen könnte; jedoch solle bspw. das Haftpflichtrecht ausserhalb des Handelsrechts dem ordentlichen Prinzip der Doppelinstanz unterliegen. Zudem wurde befürchtet, dass mit dem Klägerwahlrecht an sich jede Klage auf eine Geldforderung gegen ein Unternehmen unter die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts fallen könnte. Sodann wurde darauf hingewiesen, das Bundesgericht habe in der Vernehmlassung ein restriktives Abweichen vom Prinzip der Doppelinstanz angemahnt, insbesondere im Hinblick auf die Ziele der gesamten Schweizer Justizreform⁶⁴.

⁵³ Art. 530 ff. OR.

⁵⁴ Art. 936 OR.

⁵⁵ Art. 553 OR.

⁵⁶ Art. 595 i.V.m. Art. 606 OR.

⁵⁷ Art. 643 und Art. 645 OR.

⁵⁸ Art. 779a OR.

⁵⁹ Art. 830 OR.

⁶⁰ ALEXANDER BRUNNER, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 6 N 140 (Online-Stand 4.12.2010, abrufbar unter www.lawfinder.ch).

⁶¹ ALEXANDER BRUNNER, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 6 N 140 (Online-Stand 4.12.2010, abrufbar unter www.lawfinder.ch).

⁶² ALEXANDER BRUNNER, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 6 N 141 (Online-Stand 4.12.2010, abrufbar unter www.lawfinder.ch).

⁶³ AB 2007 S 504.

⁶⁴ ALEXANDER BRUNNER, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 6 N 142 (Online-Stand 4.12.2010, abrufbar unter www.lawfinder.ch).

Systematische Auslegung: Hier ist der Kontext des Klägerwahlrechts zu berücksichtigen. Art. 6 Abs. 3 ZPO verweist dafür auf die Erfüllung der «übrigen Voraussetzungen», womit die drei kumulativen Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 lit. a–c ZPO gemeint sind. Entscheidend ist hier daher lit. b, wonach die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts nur dann gegeben ist, wenn gegen dessen «Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht.» Die ZPO ist daher im systematischen Kontext mit dem BGG auszulegen. Vorstehend wurde bei Art. 6 Abs. 2 ZPO bereits darauf hingewiesen, dass eine zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht nur unter der formellen Schranke bzw. engen Voraussetzung einer handelsrechtlichen Streitigkeit zulässig ist⁶⁵. Behandelt somit ein Handelsgericht Sach- und Rechtsfragen, die nicht als *handelsrechtliche Streitigkeit* qualifiziert werden können, entfällt die Möglichkeit der zivilrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht gegen einen solchen Entscheid des Fachgerichts nach Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG. Nach der systematischen Auslegung von ZPO und BGG fällt das Klägerwahlrecht daher ausschliesslich in den Bereich des *materiellen Handelsrechts*, womit Klagen von Privatpersonen (Arbeitnehmer und von Konsumenten) nach Bundesrecht nicht möglich sind⁶⁶. Das bisher nach kantonalem Recht begründete Klägerwahlrecht gilt nach dem Inkrafttreten der ZPO nicht mehr.

Teleologische Auslegung: Das Ergebnis der systematischen Auslegung stimmt auch mit der Zweckbestimmung der Handelsgerichte als Fachgerichte für die Unternehmen überein. Klagen aus Konsumrecht (Art. 32 ZPO) oder aus Arbeitsrecht (Art. 34 ZPO) gehören wegen deren eigenen Besonderheiten nicht in die sachliche Zuständigkeit von Handelsgerichten, deren Zweck in der Anwendung von Sach- und Rechtsfragen des Handelsrechts besteht. Aus diesem Grund ist auch einsichtig, weshalb die Einlassung vor einem solchen Fachgericht nicht möglich ist. Hätte die ZPO tatsächlich eine solche Ausweitung erfahren sollen, so hätte auch das BGG angepasst und die Zweckbestimmung der Beschränkung auf handelsrechtliche Streitigkeiten formell abgeändert und ausdrücklich auch für arbeits- und konsumrechtliche Streitigkeiten geöffnet werden müssen. Eine solche Zweckänderung ist jedoch nicht erfolgt⁶⁷. Die Begriffsbestimmungen in Art. 34 ZPO (Arbeitsrecht) und Art. 32 (Konsumrecht) betreffen sodann nur die örtliche, nicht jedoch die sachliche Zuständigkeit.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte im *Mietrecht* ambivalent ist. Denn auch für Geschäftsmieter gelten ohne Rücksicht auf

den Streitwert für bestimmte Klagen zwingend paritätisch zusammen gesetzte Schlichtungsstellen, so insbesondere für den Kündigungsschutz oder die Erstreckung der Geschäftsmiete⁶⁸; für solche Klagen sind Handelsgerichte sachlich nicht zuständig. Für Nachzahlungen von Mietzinsen oder Leistungen aus Schadenersatz wegen Verletzung des Mietvertrags sind die Handelsgerichte jedoch bei Streitigkeiten zwischen Unternehmen über 30'000 Franken sachlich zuständig.

4. Notwendigkeit eines Grundsatzentscheids nach neuem Prozessrecht

4.1. Bemerkenswerte Beharrlichkeit einer schiefen Optik

Nach neuem Bundesrecht von ZPO und BGG entfällt das kaum sachgerechte Vorgehen von Konsumentenklägern nach altem kantonalen Recht, mit bemerkenswerter Beharrlichkeit stets aufs Neue ein Handelsgericht als sachlich zuständiges Fachgericht zu wählen, um es hernach – in Treu und Glauben verstossender Weise – als befangen wieder abzulehnen⁶⁹. Dies entspricht einer schiefen Optik. Denn sie widerspricht den naturgemäss gegebenen Austauschverhältnissen der Wirtschaftseinheiten von Unternehmen und Privathaushalten im Wirtschaftsrecht. Klagen von Arbeitnehmern und Konsumenten gegen Unternehmen sind keine handelsrechtlichen Streitigkeiten im Sinne von Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG. Die Handelsgerichte haben bereits nach geltendem kantonalem Recht entschieden, eine sachliche Zuständigkeit für arbeitsrechtliche Streitigkeiten sei nicht gegeben⁷⁰. Ein analoger Entscheid für konsumrechtliche Streitigkeiten ist überfällig.

4.2. Gegenstandslosigkeit einer inadäquaten Rechtsfrage

Die entgegen konstanter Rechtsprechung und herrschender Lehre vorgebrachte vereinzelte Kritik an der Institution der Handelsgerichte als *Fachgerichte* für handelsrechtliche Streitigkeiten – insbesondere mit der Begründung mangelnder Parität – ist nach der hier vertretenen Meinung durch das neue Bundesrecht gegenstandslos. Es fällt in diesem Zusammenhang ohnehin auf, dass im Zeitraum nach dem Inkrafttreten des BGG und noch unter kantonalem Prozessrecht

⁶⁵ ALEXANDER BRUNNER, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 6 N 143 (Online-Stand 4.12.2010, abrufbar unter www.lawfinder.ch).

⁶⁶ ALEXANDER BRUNNER, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 6 N 144 (Online-Stand 4.12.2010, abrufbar unter www.lawfinder.ch).

⁶⁷ ALEXANDER BRUNNER, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 6 N 145 (Online-Stand 4.12.2010, abrufbar unter www.lawfinder.ch).

⁶⁸ Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO.

⁶⁹ Vgl. dazu bspw. die folgenden Entscheide des Bundesgerichts im Zeitraum der letzten zehn Jahre: BGer, 1P.335/2000, Urteil vom 11. August 2000; BGer, 4A_118/2010, Urteil vom 19. April 2010 (BGE 136 I 207 ff., Erw. 3.5). Vgl. auch ALEXANDER BRUNNER, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 6 N 146 (Online-Stand 4.12.2010, abrufbar unter www.lawfinder.ch).

⁷⁰ SJZ 1978, 95 ff. = ZR 1977 Nr. 76.

nur gerade zwei Entscheide des Bundesgerichts⁷¹ eine konsumrechtliche Streitigkeit betraf. Im gleichen Zeitraum hatte das Bundesgericht jedoch zahlreiche Verfahren⁷² in handelsrechtlichen Streitigkeiten zu beurteilen, die von kantonalen Handelsgerichten an das höchste Gericht weitergezogen worden waren.

4.3. Grundsatzentscheid nach Inkrafttreten des neuen Rechts

Es wäre wünschenswert, wenn die vorliegend aufgeworfene Rechtsfrage «Was ist Handelsrecht?» durch einen Grundsatzentscheid einer Klärung zugeführt würde. Dies betrifft die sachliche Zuständigkeit der Schweizer Fachgerichte im Bereich des Klägerwahlrechts nach Art. 6 Abs. 3 ZPO. Da die ZPO das Klägerwahlrecht anders als das bisherige kantonale Prozessrecht neu ausdrücklich mit der Beschwerde in Zivilsachen für «handelsrechtliche Streitigkeiten» im Sinne von Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG definiert und verbindet, ist eine sachliche Zuständigkeit für Klagen von Privatpersonen (insbesondere Arbeitnehmer und Konsumenten) nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts nicht mehr möglich. Solche Klagen liegen ausserhalb des Handelsrechts. Auf entsprechende Klage können das Handelsgericht und auf entsprechende zivilrechtliche Beschwerde das Bundesgericht einen Nichteintretensentscheid fällen.

⁷¹ Es handelt sich um den bereits mehrfach zitierten BGE 136 I 207 sowie um BGer 5A_849/2009.

⁷² Reihenfolge nach Eingang der zivilrechtlichen Beschwerde am Bundesgericht: 2010: 4A_87/2010; 2009: 5A_567/2009; 5A_417/2009; 5A_386/2009; 5A_473/2009 i.V.m. 5A_358/2008; 5A_306/2009; 5A_333/2009; 5A_273/2009; 5A_116/2009; 2008: 5A_758/2008; 5A_750/2008; 5A_661/2008; 5A_515/2008; 5A_420/2008; 5A_386/2008; 5A_82/2008; 2007: 5A_608/2007.

Le code de procédure civile suisse (CPC) règlemente désormais sur le plan fédéral les tribunaux de commerce qui étaient jusqu'ici soumis au droit cantonal. Contrairement à l'ancien droit cantonal, les dispositions du CPC relatives à la compétence matérielle des tribunaux de commerce se fondent dorénavant expressément sur la loi sur le Tribunal fédéral (LTF). Après une analyse approfondie, l'auteur parvient à la conclusion que les exceptions au principe du double degré de juridiction doivent être déterminées restrictivement. La compétence matérielle des tribunaux de commerce en qualité d'instances cantonales uniques constitue une telle exception. Seuls les faits qui relèvent du droit commercial matériel sont donc considérés – positivement – comme des « litiges commerciaux » en droit de procédure. Les actions intentées par des particuliers (not. les travailleurs et consommateurs) ne font pas partie du droit commercial matériel et sont donc – négativement – exclues des « litiges commerciaux ». Ce sont les instances cantonales à double degré de juridiction qui sont compétentes à raison de la matière pour connaître de ces actions.

(trad. LT LAW-TANK, Berne)