

Sonderdruck aus

Innovatives Recht

Festschrift für Ivo Schwander

Herausgegeben von Franco Lorandi und Daniel Staehelin

Alexander Brunner

Geforderte Justiz

**Anmerkungen zu einer umfassenden
Strategie bei Zivilprozessen**

Geforderte Justiz

Anmerkungen zu einer umfassenden Strategie bei Zivilprozessen

ALEXANDER BRUNNER

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	835
II.	Problemstellung einer umfassenden Strategie	837
	A. Sieg oder Niederlage – tertium non datur?	837
	B. Streitbeilegung durch Rechtsfindung im Zivilprozess	838
	C. Sieg oder Niederlage – Tendenz zu einer umfassenden Strategie?	839
III.	Erscheinungsformen einer umfassenden Strategie	839
	A. Prozessmanagement der Parteien	839
	B. Publikationen	840
	C. Massenmedien	841
	D. Politik	842
IV.	Geforderte Justiz angesichts einer umfassenden Strategie	842
	A. Prozessmanagement der Gerichte	842
	B. Publikationen	844
	C. Massenmedien	845
	D. Politik	846
V.	Ausblick	847

I. Einleitung

Die vorliegende Thematik als Begleiterscheinung von Gerichtsverfahren wurde in der Schweiz erst in neuester Zeit zum Gegenstand juristischer Abhandlungen gemacht¹. Das ist verständlich, geht es doch bei der Frage nach einer umfassenden Strategie bei Zivilprozessen nicht in erster Linie um die Anwendung von Verfahrensrecht, sondern darüber hinaus (auch) um Erscheinungsformen des *menschlichen Verhaltens*,

¹ MANFRED REHBINDER, Litigation-PR als professionelle Dienstleistung. Zur Rechtskommunikation in der Mediengesellschaft, in: FS Rolf H. Weber, Bern 2011, 771 ff.; HANS PETER WALTER, Selbstbewusste Justiz, in: FS 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern 2010, 561 ff.

um unterschiedliche *Rollen von Personen* und um die Beleuchtung von *Interessenlagen* in der Zivilgesellschaft, in der Politik und im gewaltenteiligen Staat.

Den Gerichten werden stets aufs Neue Sach- und Rechtsfragen zum Entscheid unterbreitet, die ihren Ursprung naturgemäss in den Streitlagen von Personen und ihren Interessen haben. Deren Inhalte sind eine Folge von Kultur und Zeitgeist der Gesellschaft als Inbegriff und Gesamtheit von Vorstellungen über Erkenntnis oder Irrtum sowie über richtiges oder missbilligtes Handeln. Für Theorie und Praxis – für *Erkennen und Handeln* – gelten in der heute vorherrschenden wissenschaftlich-technischen Zivilisation allgemein anerkannte Methoden des Fragens, des Forschens, des Ermitteln von Wissen und dessen Anwendung. *Wahrheit als letzter Stand* von allgemein anerkannten Vorstellungen (die stets auch Inadäquates und Unzutreffendes repräsentieren) wird ermittelt und getragen von der Gemeinschaft in Forschung und Technik; *Gebote und Verbote und deren zeitliche Geltung* werden ermittelt und getragen von jeweiligen Mehrheits-Entscheiden in Zivilgesellschaft und Staat.

Die Gerichtsverfahren sind ein *Abbild* dieser Grundsätze der wissenschaftlich-technischen Zivilisation. Nach dem Verständnis der rechtsstaatlich verfassten Demokratie soll an den Gerichten vorerst der strittige Sachverhalt als Folge von Streitlagen der Personen und ihrer Interessen methodisch richtig ermittelt werden und anschliessend – gestützt auf die Wertentscheide des Gesetzgebers – der Entscheid zu konkreten Handlungsanweisungen führen. Es versteht sich von selbst, dass solche Entscheide von der Zivilgesellschaft immer wieder in Frage gestellt werden können und sollen. Allerdings sieht das Prozessrecht zutreffend vor, dass Entscheide der staatlichen Gerichte über individuell-konkrete Sachverhalte im wahrsten Sinn des Wortes «end-gültig» werden; zutreffend deshalb, weil auch das staatlich verfasste Prozessrecht die *Beschränktheit* allen menschlichen Erkennens und die *Endlichkeit* allen menschlichen Handelns anerkennen muss.

Damit wird die Legitimation einer Kritik von Gerichtsentscheiden keineswegs verneint; aber es hat mit dem Entscheid der letzten richterlichen Instanz und dessen gestaltenden Kraft für den individuell-konkreten Fall sein Bewenden. Dieser wohl unumstössliche Befund des Prozessrechts mag die Tendenz zu neuen Erscheinungsformen im Handeln von Prozessparteien begünstigen, die über das Gerichtsverfahren als solches weit hinausgehen. Die nachfolgenden punktuellen Hinweise beschränken sich dabei auf das Umfeld von Zivilprozessen, auch wenn prominente Strafprozesse ebenfalls ein interessantes Studienobjekt abgeben. Eine Ausweitung des Blicks auf nicht nur juristische Fragen lässt sich dabei nicht vermeiden. Die Betrachtung *ausserprozessualen Verhaltens* der im Streit liegenden Personen kann jedoch das Verständnis der Abläufe im Zivilprozess selbst fördern.

II. Problemstellung einer umfassenden Strategie

A. Sieg oder Niederlage – *tertium non datur*?

Der Mensch ist des Menschen Wolf². Das ist ein Teil unserer Kultur. Ohne weitere Begründung lässt sich der Erfahrungssatz aufstellen, dass alle danach streben, in erster Linie die eigenen Interessen zu sehen, zu verfolgen und gegen andere zu verteidigen. Dieser Rohstoff des Praxiswissens findet sich als Verfeinerung im Bereich des Wirtschaftslebens als theoretische Figur und Typus des *homo oeconomicus* wieder. Zumindest im Theoriemodell, das allerdings nicht unangefochten bleibt, trachtet jeder Mensch nach der Maximierung seines Eigennutzens. Jeder ist dabei sein eigener Strategie im ursprünglichen Wortsinn, sein eigener «Feldherr»³ im Kampf um Interessen und Gegeninteressen. Drei mögliche Strategien stehen im reinen Kampf zur Verfügung: Angriff, Verteidigung und Rückzug. Angestrebt ist naturgemäss der Sieg; möglich aber auch die Niederlage. Letzteres gilt es zu vermeiden, weshalb die Kunst des Prozessierens neuerdings auch als «Strategie und Technik des Zivilprozesses» bezeichnet wird⁴. Unter den Bedingungen des blossen Kampfes zeigt sich jedoch nur die Alternative: Sieg oder Niederlage.

Tertium non datur? Gibt es nichts anderes? Angesichts dieser schroffen Alternative, die allen ein unsicheres Leben beschert, stellt sich seit jeher auch die Frage, ob die Bedingungen der Auseinandersetzungen zwischen Gegnern geändert werden können. Es geht um die Möglichkeit, die *Spielregeln* so zu gestalten, dass ein Höchstmass an Sicherheit und Vorausssehbarkeit erreichbar wird. Gleichzeitig soll das Ausmass des Schadens für alle Beteiligten begrenzt werden. Als Grundregel gilt hier der Gewaltverzicht der Gegner. Die Gewalt im reinen Kampf weicht dem *Gespräch*. Diese andere Spielregel ist deshalb möglich, weil der Mensch nicht nur ein Gewaltwesen, sondern auch ein Vernunftwesen ist. Aus begründeter Einsicht wurde die Anwendung von Gewalt aus dem Katalog der Spielregeln gestrichen und das Gewaltmonopol des Staates eingeführt, dessen Machtausübung überdies mittels Teilung und Beschränkung der Staatsgewalt domestiziert wurde. Dieses zivilisatorische Projekt ist sehr erfolgreich. Es ermöglicht allen Beteiligten grösstmögliche Sicherheit in Freiheit. Als *Prinzip* ist der Gewaltverzicht heute allgemein anerkannt. Gewalt ist kriminalisiert und das Kerngeschäft des Strafrechts. Auf Normen der vormaligen Duellverbote als kultureller Ausdruck kann in den Strafgesetzbüchern seit über hundert Jahren verzichtet werden.

² *Homo homini lupus*. Dieses Diktum des römischen Dichters PLAUTUS wurde von Staatstheoretiker THOMAS HOBBS im «Leviathan» übernommen. Hauptaufgabe des Staates ist es, den Kampf aller gegen alle zu zähmen.

³ Strategos / στρατηγος (griech.).

⁴ PETER HAFTER, Strategie und Technik des Zivilprozesses, 2.A., Zürich 2011.

B. Streitbeilegung durch Rechtsfindung im Zivilprozess

In zivilisierten Gesellschaften erfolgen Auseinandersetzungen zwischen Personen ausschliesslich über das Gespräch. Das ist ein kultureller Fortschritt. Unter diesem Gesichtspunkt kann der Zivilprozess als Gesamtheit der Spielregeln begriffen werden, zwischen Streitparteien ein vernünftiges Gespräch zu ermöglichen und abzusichern. Der Zivilprozess ist im doppelten Sinne *rational* und daher von hoher Akzeptanz.

Einerseits sichert er die Anwendung des objektiven Rechts als Inbegriff von materiellen Normen des *gerechten Ausgleichs*. Angesichts der jedermann einleuchtenden ausgleichenden Gerechtigkeit treten bloss egoistische Verhaltensweisen in den Hintergrund. Gerechtigkeit ist ein Vernunftprinzip von universeller Geltung. Das materielle Zivilrecht ist nichts anderes als ein Ergebnis unzähliger Auseinandersetzungen unserer Vorfahren in Form von gefestigten Wertvorstellungen und Grundsätzen. Das Kerngeschäft des Zivilrechts ist der alte römische Grundsatz des Gebens und Nehmens und jedem das Seine zuzuteilen⁵. Egoismus und Aggression einzelner Personen finden im rechten Mass des Zivilrechts ihre Schranke. Der individuell-konkrete Streit zwischen Personen wird an den generell-abstrakten Werten von Gesellschaft und Staat gemessen.

Andererseits sichert das Zivilprozessrecht den *rationalen Dialog* durch nachvollziehbare Regeln von Rede und Gegenrede. Das Gespräch der Streitparteien wird in vernünftige Bahnen geleitet. Ein solcherart institutionalisierter rationaler Dialog ist jedoch nicht Selbstzweck. Er dient der Wahrheitsfindung in der Kommunikations-Gemeinschaft des Gerichtsverfahrens. Behauptungen und Bestreitungen bleiben nicht im Leeren. Es bleibt nicht beim Schlagabtausch der Beteiligten. Das wäre ein Rückfall in den reinen Kampf mit dem bekannten Gewaltpotential. Behauptungen und Bestreitungen werden auf die Probe gestellt; sie müssen sich im nachfolgenden Beweisverfahren bewähren. Eine solcherart ermittelte Wahrheit ist sowohl das Ergebnis des rationalen Dialogs im Prozess als auch der wissenschaftlich-technischen Methoden der Beweisführung.

⁵ DO UT DES, der Ausgleich der Interessen – das Geben und Nehmen – verbunden mit der Gleichbehandlung als gerechtes Zuteilen im Sinne von IUSTITIA SUUM CUIQUE DISTRIBUT (MARCUS TULLIUS CICERO).

C. Sieg oder Niederlage – Tendenz zu einer umfassenden Strategie?

Die durch den Staat erzwungene Rationalität des Gerichtsverfahrens bringt allerdings die Grundstruktur des Kampfes nicht zum Verschwinden. Das Gericht muss häufig zur Kenntnis nehmen, dass sich die Parteien auch im Prozess unversöhnlich gegenüberstehen. Zu viel steht für jede Seite auf dem Spiel. Was die Parteien am Gericht stört, ist der *Verlust der Autonomie*. Die Tagesroutine des freien Geschäftslebens wird unterbrochen. Wegen des Streites wird die eigene Entscheidungshoheit beschnitten und muss an das Gericht delegiert werden. Das ist ein Ärger und nicht jedermanns Sache. Angesichts der erzwungenen Delegation der eigenen Entscheidungshoheit über Sieg oder Niederlage an das staatliche Gerichtsverfahren sinnt manche Prozesspartei nach Auswegen und fragt sich: Muss die Kommunikation über den Streitfall im Gerichtsgebäude und privat bleiben?

Kann nicht der Verlust der Autonomie wettgemacht werden durch aktive Beeinflussung des Gerichts in Richtung der eigenen Meinung? Diese Frage dient als Ausgangslage für die neueste Entwicklung zu einer *umfassenden Strategie* im Umfeld von Zivilprozessen. Streitparteien, die eine solche umfassende Strategie verfolgen, verzichten teilweise auf das Private und den geschützten Rahmen des rationalen Dialogs, den der Staat mit dem Gerichtsverfahren zur Verfügung stellt. Die umfassende Strategie ist dabei ambivalent: Ist es ein Kampf ums Recht oder ist es ein Kampf ums Rechthaben? *Ersteres ist legitim – Letzteres fragwürdig*. Die umfassende Strategie kann als Fortsetzung des reinen Kampfes mit anderen Mitteln verstanden werden: Alle möglichen Kanäle der Kommunikation, der Wissensverschaffung und der Beeinflussung können hiezu Bedeutung erlangen. Bei der Darstellung der nachfolgenden Erscheinungsformen der umfassenden Strategie sind stets *Wertungen nach beiden Seiten* möglich.

III. Erscheinungsformen einer umfassenden Strategie

A. Prozessmanagement der Parteien

Vorerst soll ein Teilaspekt der umfassenden Strategie bei Zivilprozessen Erwähnung finden, der sich noch im Rahmen des traditionellen Gerichtsverfahrens bewegt. Es geht um die *Optimierung des rationalen Dialogs* durch bewusst eingesetzte Rhetorik und Hermeneutik. Gegenseitige Verständigung und damit auch Beeinflussung des richterlichen Denkens ist nur durch eine angemessene Sprache erreichbar, welche die Sprecher- und Hörer-Relation kritisch reflektiert. Es geht um Lesbarkeit, Schlüs-

sigkeit und Emotionalität der Behauptungen und Bestreitungen im Hauptverfahren. Mit Bezug auf das Beweisverfahren wird daran erinnert, dass ein Unterschied bestehen kann zwischen der privaten Überzeugung einerseits und der prozessual erreichbaren Wahrheit andererseits, die das Gericht festzustellen in der Lage ist. Die formelle Verfahrenswahrheit möglichst nahe an die zutreffenden Sachverhalte heranzuführen (Wahrheit), ist ein legitimes Anliegen der Parteien und eine heilige Pflicht der Anwälte und Richter, auch wenn dies – erkenntnistheoretisch – nie ganz gelingen kann und wird. Dem Prozessmanagement der Parteien und der Kunst der *taktischen Prozessführung* wird daher seit jeher grosse Bedeutung für Sieg oder Niederlage am Gericht beigemessen⁶ – auch dieser Ausdruck («Taktik») im Übrigen ein Relikt aus Kampf und Krieg⁷.

Parteien, die sich (noch) in Letzterem wähnen, meinen nur allzu oft, das Gerichtsverfahren und die *Prozessnormen als Kampfmittel* verwenden zu können⁸. Anstelle der prozessual vorgesehenen Rechtsschriften erfolgen zahllose Eingaben, die an Bombardements erinnern. Wächst die Einsicht, dass eine solche Taktik beim Gerichtskollegium ihr Ziel verfehlt, muss dieses ausgeschaltet werden; es folgen Begehren auf Ablehnung einzelner Mitglieder oder des gesamten zuständigen Gerichts. Sehr problematisch wird es, wenn Sachverhalte zur Abklärung gelangen müssen, die trotz der Erkenntnismethoden der Wissenschaften nicht schlüssig bewiesen werden können⁹. Zwecks Durchsetzung der privaten Überzeugung anstelle der prozessual (nicht) erreichbaren Wahrheit erfolgt die Ablehnung von Gerichtsexperten, womit wiederum nicht auf die Sache, sondern auf die Person gezielt wird.

B. Publikationen

Zeichnet sich in einem eskalierenden Streit ein Gerichtsverfahren ab, stehen der künftigen Prozesspartei zwei Möglichkeiten zur Verfügung: *Experten und Autoren*. Potentielle Experten der Gegenseite werden rechtzeitig mit einem Auftrag bedacht und damit auf effiziente Weise ausgeschaltet. Interessant ist auch die Einladung an Autoren im Umfeld der künftigen Prozesspartei, über strittige Rechtsfragen eine

⁶ CHRISTIAN BRÜCKNER, Die Kunst der taktischen Prozessführung, plädoyer 6/02, 26–35.

⁷ Taktik / τακτικά (griech.) ist die Kunst des Strategen, ein Heer in Schlachtordnung zu bringen.

⁸ Für die grosse Mehrheit der rational handelnden Parteien trifft die zu erwähnende Prozesstaktik in den Zivilprozessen nicht zu, was sehr positiv zu vermerken ist. In der Regel finden sich dadurch angemessene Lösungen im Gefolge von Instruktionsverhandlungen am Gericht.

⁹ In diesem Sinne bleiben gelegentlich hohe Forderungsklagen nach Verkehrsunfällen dann umstritten, wenn sich bei geringen Kollisionsgeschwindigkeiten mit wissenschaftlichen Methoden keine objektiven Befunde nachweisen lassen. Die private Überzeugung einer klagenden Person erreicht dann – auch nach eingehendem Beweisverfahren – im Ergebnis nicht immer den Stand der formellen Verfahrenswahrheit.

wissenschaftliche Publikation zu veröffentlichen. Zumindest mit den Folgerungen und Wertungen solcher Recherchen und Arbeiten können künftige Meinungen beeinflusst werden. Die rechtzeitige Bereitstellung eines solchen Argumentariums gehört ebenfalls zur umfassenden Strategie, wobei sich Experten und Autoren kombinieren lassen.

C. Massenmedien

Ein Teilaspekt der umfassenden Strategie bei Zivilprozessen ist die *Litigation-PR*¹⁰. Die Kommunikations-Gemeinschaft des Gerichtsverfahrens wird aufgegeben und um die *veröffentlichte Meinung der Medien* erweitert. Nun sind nicht nur die Prozessparteien und das Gericht im «Gespräch», vielmehr beteiligen sich – nach Alimentierung von Journalisten mit der privaten Überzeugung einer Prozesspartei – ganze Heerscharen des Publikums mit dem Prozessthema.

Problematisch ist die damit verbundene Einweg-Kommunikation, die Einseitigkeit der Information und der medienwirksame Fokus auf die Emotionalität. Es versteht sich von selbst, dass Ziel und Zweck dieses Mittels der umfassenden Strategie bei Zivilprozessen die Beeinflussung der Gerichtsentscheide in eine bestimmte Richtung ist. Eine sehr intensive Form zeigt sich dann, wenn ein Massenmedium die private Überzeugung einer Prozesspartei zu ihrer eigenen macht und immer dann die Fortsetzungsgeschichte publiziert, wenn beim Gericht *der nächste wichtige Entscheid ansteht* oder das *nächste Rechtsmittel anhängig gemacht* worden ist. Die Eigendynamik einer solchen *Selbstreferenz* (LUHMANN) der veröffentlichten Meinung von Medienberichten¹¹ hat System, ist aber kaum geeignet, eine möglichst neutrale, objektive und umfassende prozessuale Wahrheit zu fördern. Auch ist der Druck nur zu offensichtlich, der auf die Gerichtskollegien aller Instanzen aufgebaut werden soll.

¹⁰ MANFRED REHBINDER (Fn. 1), 772–774, der darauf hinweist, dass die Litigation-PR vor allem im Strafprozess praktiziert wird, da im Vergleich zum Strafrecht das Zivilrecht für die Medien tendenziell weniger interessant ist.

¹¹ Als Beispiel mag die Artikelfolge des Zürcher «Tages-Anzeigers» dienen, der in den Jahren 2009–2011 die private Überzeugung einer Prozesspartei in einem Verfahren des Zürcher Handelsgerichts übernommen hat. Im Gefolge von Ausstandsbegehren gegen einzelne Fachrichter zwecks nochmaliger Beurteilung der vorgebrachten Sachverhalte wurde auch deren *ausserkantonaler Wohnsitz* «entdeckt» und thematisiert, der allerdings schon in den Wahlunterlagen offengelegt worden war und daher dem *gesamten Parlament* beim *rechtskräftig* gewordenen Wahlakt bereits bekannt war (Amtsblatt Kanton Zürich 2007, S. 1547 ff. und KR-Nr. 231/2007).

D. Politik

Die Litigation-PR wird dann potenziert, wenn die das Gerichtsverfahren begleitenden Massenmedien die Politik erreichen. Mit oder ohne Massenmedien ist die *Beeinflussung von Parlamentariern* das wohl effizienteste Mittel einer umfassenden Strategie. Denn in der gewaltenteiligen Demokratie steht der Volksvertretung die Oberaufsicht über die Gerichte zu. Die private Überzeugung einer Prozesspartei kann dann etwa von einem oder mehreren Mitgliedern des Parlaments zu eigen gemacht und politisch verwendet werden. Es stehen die bekannten Behelfe des politischen Betriebs zur Verfügung: Die einfache Anfrage, die Interpellation und die parlamentarische Initiative. Kritisch wird es dann, wenn die Legislative (darunter als Anwälte tätige Parlamentarier¹²) von der Judikativen Informationen von individuell-konkreten Zivilprozessen erhältlich machen will¹³. Mit einem solch unzulässigen Übergriff¹⁴ des Parlaments in den Zuständigkeitsbereich der Justiz muss der Anschein entstehen, Ersteres sei der verlängerte Arm einer bei Letzterer klagenden Prozesspartei.

IV. Geforderte Justiz angesichts einer umfassenden Strategie

A. Prozessmanagement der Gerichte

Angesichts der in kurzen Umrissen geschilderten umfassenden Strategie von Prozessparteien in Verfolgung ihrer privaten Überzeugungen sind die Zivilgerichte heraus gefordert. Zutreffend wird bereits mit Bezug auf die Litigation-PR als Teilaspekt der skizzierten Erscheinungsformen darauf hingewiesen, dass das normale Mass der üblichen Kontrolle der Justiz durch die Öffentlichkeit überschritten werden, in kruden Druck umschlagen und die *Unabhängigkeit der Justiz* beeinträchtigen kann¹⁵. Dem Prozessmanagement der Prozessparteien ist daher das Prozessmanagement

¹² HANS PETER WALTER (Fn. 1), 564, Fn. 8 ff.

¹³ So geschehen (im Kontext der Artikelfolge des «Tages-Anzeigers», Fn. 11) am 14. Januar 2010 im Schreiben des Zürcher Kantonsrats an das Zürcher Handelsgericht: «Wir haben an unserer Sitzung vom 7. Januar 2010 beschlossen, die Prozessparteien aller Fälle, an denen die genannten Mitglieder des Handelsgerichts in der laufenden Amtsperiode des Handelsgerichts mitgewirkt haben, darüber zu informieren, dass an ihrem Fall eine Handelsrichterin bzw. ein Handelsrichter mit ausserkantonalem Wohnsitz beteiligt gewesen ist. Es soll sich nach den Angaben der Justizkommission um 80 erledigte und 34 pendente Fälle handeln. ... Wir ersuchen Sie, die Gerichtskanzlei zu veranlassen, uns beförderlich die Anschriften der berührten Prozessparteien mitzuteilen. ...»

¹⁴ HANS PETER WALTER (Fn. 1), 584, unter Hinweis auf BGE 134 I 322 E. 2.2.

¹⁵ MANFRED REHBINDER (Fn. 1), 779.

der Gerichte entgegenzusetzen. Nur auf diese Weise kann *allen* Rechtsuchenden im Sinne von Art. 30 Abs. 2 BV der «Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht» garantiert werden. Gefordert ist demnach eine «*selbstbewusste Justiz*», die unbeirrt gestützt auf wissenschaftliche Erkenntnismittel Sachverhalte feststellt und durch ihre Urteile das objektive Recht verwirklicht und zur Geltung bringt¹⁶.

Streitparteien, die Prozessnormen als Kampfmittel verwenden, ist vom Gericht Einhalt zu gebieten. Prozessual nicht vorgesehene zahllose Eingaben werden dadurch verunmöglicht, indem das Gericht das Verfahren rasch und straff führt, womit der Inhalt der Streitfragen und deren Kontext überblickbar und justiziabel bleibt. Jeder Tag Versäumnis bringt neue Ungewissheiten. Sie sind zu vermeiden¹⁷. Die Behandlung der Prozessthematik fordert Distanz und Gelassenheit gegenüber den Parteien, jedoch Interesse und Engagement in der Sache selbst.

Wenn immer möglich sind die Streitparteien zu *Vergleichsgesprächen* einzuladen (Art. 124 Abs. 3 ZPO-CH), die gestützt auf gut fundierte Analysen der Sach- und Rechtsfragen eingeleitet und kommunikativ geführt werden sollten¹⁸. Druck auf die Parteien steht dabei ausser Frage – in welchen Schattierungen auch immer. Vielmehr sind ihre Interessenlagen zu verstehen und Informationen zu vermitteln, die lösungsorientierte, autonome Entscheide ermöglichen. Auf diese Weise wird den Parteien trotz hängigem Gerichtsverfahren ein Teil ihrer *Autonomie zurückdelegiert*, was ihnen seitens des Gerichts als Alternative zum Kampf bewusst zu machen ist. Anstelle von Sieg und Niederlage im Prozess tritt der Zeit und Geld sparende rationale Dialog, der mehr ist als das Verharren im schematischen Schwarz-Weiss-Denken und die Grautöne der Realität wesentlich zutreffender erfasst und repräsentiert.

Lässt sich auf diese Weise eine Streitbeilegung nicht erreichen, ist ein notwendiges Beweisverfahren mit *Umsicht und Sorgfalt* durchzuführen, denn hier wird die Grundlage für den Gerichtsentscheid gelegt. An die zu erstellenden Sachverhalte ist ohne Vorurteil heranzugehen und das Ergebnis der Beweiserhebung unter Berücksichtigung der Stellungnahmen der Parteien umfassend zu interpretieren und zu würdigen. Nicht selten verlangt dies höchste Anforderungen und ernstes Bemühen, aber auch das kritische Bewusstsein, dass trotz wissenschaftlich-technischer Methoden die Wahrheit als solche nicht immer festgestellt werden kann. Es bleibt dann wie bereits ausgeführt nur bei der formellen Verfahrenswahrheit. Diese kann mit der privaten Überzeugung einer Prozesspartei, die eine Niederlage hinnehmen muss,

¹⁶ HANS PETER WALTER (Fn. 1), 571.

¹⁷ OSCAR VOGEL, Prozessuales Management am Handelsgericht, SJZ 1992, 18 ff.

¹⁸ ALEXANDER BRUNNER, Zur Strategie von Vergleichsverhandlungen, in: FS KassGer, Zürich 2000, 159 ff.; vgl. weiterführend auch die Vortragsdokumente «Verhandeln und Prozessieren» sowie «Conciliation and Mediation» unter: www.handelsrichter.ch / Dokumente (Stand 1. Juli 2011).

nicht immer deckungsgleich sein. Dieser Umstand ist eine naturgemässe Folge der gesetzlichen Beweislastverteilung (Art. 8 ZGB), die jedes Gericht in allen Fällen gleich anzuwenden hat. Das gilt auch für Behauptungen über Phänomene, die mit wissenschaftlichen Methoden nur schwierig nachzuweisen sind. Auch bei solchen Tatbeständen hat das Gericht mit Umsicht und Sorgfalt vorzugehen, was aber gleichzeitig ausschliesst, Prozessbehauptungen in gewissen Bereichen einem Automatismus gleich und ohne schlüssige Befunde einfach als gegeben zu betrachten¹⁹.

Angesichts einer umfassenden Strategie von Prozessparteien ist die Justiz schliesslich auch gegen innen gefordert. Das Gericht hat jeden Anschein der Befangenheit zu vermeiden, der Entscheid muss offen sein. Dadurch werden Begehren auf Ablehnung obsolet. Innerhalb des Beratungskollegiums sind Minderheitsmeinungen (dissenting opinion) zu achten²⁰. Sie erweitern den Problemhorizont, fördern dadurch die Urteilsqualität und legen den Parteien offen, dass Wahrheitsfindung im Gerichtsverfahren hinterfragbar und vielschichtig sein kann.

B. Publikationen

Das Gericht muss sich sodann die Erscheinungsformen einer umfassenden Strategie bei Zivilprozessen bewusst machen. Das juristische Fachwissen ist daher durch *Weiterbildung* auf der Höhe der Zeit zu halten²¹. Von einem kritischen Standpunkt aus betrachtet, steht neben dem Inhalt von Publikationen immer auch die Frage im Raum, wer was wo aus welchem Grund veröffentlicht hat²². Wahrheitsfindung im kulturellen, gesellschaftlichen und politischen Umfeld des Rechts ist ohne perspektivische Erkenntnistheorie²³ kaum denkbar. Das gilt selbstverständlich auch für den Text, den der geneigte Leser soeben vor sich hat. Intention der vorliegenden Publikation ist der Versuch darauf hinzuweisen, dass Rechtsanwendung nicht nur das Nachvollziehen von materiellen und formellen Normen ist und sich das rechte Erkennen und Handeln nicht nur zwischen den Deckeln der Prozessakten abspielt. Die

¹⁹ Als *Beispiel* mag auch hier (vgl. Fn. 9 ff.) das Phänomen des Schleudertraumas (HWS-Distorsion) nach Verkehrsunfällen dienen. Manch eifrige Vertreter von Klägern solcher Unfälle scheinen in den Gerichtsverfahren zu übersehen, dass die Richterschaft einer selbstbewussten Justiz (vgl. Fn. 1) nicht pawlowschen Effekten folgt. Aufgabe der Richterschaft ist es vielmehr, der *Autorität des Denkens und der Vernunft* zum Durchbruch zu verhelfen. Nur entsprechende Urteile finden *allgemeine Akzeptanz*.

²⁰ § 124 GOG-ZH (OS 211.1): «Entscheidet das Gericht nicht einstimmig, können die Minderheit sowie die Gerichtsschreiberin oder der Gerichtsschreiber ihre abweichende Meinung mit Begründung ins Protokoll aufnehmen lassen. Diese wird den Parteien mitgeteilt.»

²¹ Vgl. dazu bspw. die Angebote der Stiftung Juristische Weiterbildung Zürich: www.sjwz.ch.

²² Vgl. vorne III.B.

²³ ALEXANDER BRUNNER, Erkenntnistheoretische Grundlagen der Kritik im Bereich des Rechts, in: René Schuhmacher (Hrsg.), *Geschlossene Gesellschaft?*, Zürich 1993, 185 ff., insb. 198 ff.

Justiz ist zwar durch gewisse Publikationen gefordert, aber hinsichtlich ihrer Berücksichtigung souverän. Aus diesem Grund sollte denn auch die Formel «Lehre und Rechtsprechung» dem Gesetzestext von Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB entsprechen und *Rechtsprechung und Lehre* heissen.

Legitim – ja gefordert – ist auch die aktive Teilnahme am wissenschaftlichen Diskurs. Dadurch wird ein Gegengewicht geschaffen mit Bezug auf Publikationen aus der – meist an Interessen gebundenen – Anwaltschaft, die längst die Universitäten als alleinige Produktionsstätte geistigen Eigentums zwar nicht abgelöst, aber doch wesentlich ergänzt und bereichert. Eine Befangenheit des am *wissenschaftlichen Diskurs* teilnehmenden Richters²⁴ ist nicht auszumachen, zumal der Wahlakt nicht die Aufhebung der Meinungsfreiheit (Art. 16 BV) bedeutet²⁵. Die rechtsstaatlich verfasste offene Gesellschaft ist auf *Demokraten auf dem Richterstuhl* angewiesen²⁶.

C. Massenmedien

Wie verhält sich die Justiz zur Litigation-PR als Teilaspekt einer umfassenden Strategie bei Zivilprozessen? Schreibt sie Gegendarstellungen und Leserbriefe? Wohl kaum²⁷. Sie schreibt Urteile. Zu berücksichtigen ist denn auch der grundlegende Unterschied zwischen der Kommunikations-Gemeinschaft im Gerichtsverfahren und jener in den Massenmedien.

Im Zivilprozess ist ein *rationaler Dialog* zwischen den Parteien mit Rede und Gegengrede, mit individuell-konkreter Beweismöglichkeit, mit umfassenden Stellungnahmen verfassungs- und verfahrensrechtlich garantiert (Art. 29 BV und Art. 52 ff. ZPO-CH). Dies im Unterschied zur veröffentlichten Meinung der Massenmedien, die zur Hauptsache eingeleisig bleibt, nicht über umfassende Nachweise verfügen kann und in der Regel nur die private Überzeugung einer Seite mit eingeschränkter Gegendarstellung (Art. 28h ZGB) der anderen Seite vermittelt, soweit Letztere das Private überhaupt in die Öffentlichkeit entlassen will. Dieser *beschränkte Wissenszugang der Massenmedien*, die auf das *going public* von Privaten angewiesen sind, kann im Ergebnis zu unzutreffenden Medieninhalten führen, zumal die Gerichte an das Amtsgeheimnis gebunden bleiben (Art. 320 StGB). Die veröffentlichten Meinungen von

²⁴ Im Kontext der *Fussnoten-Beispiele* (Fn. 9 ff.) kann auf folgende Publikation eines Bundesrichters hingewiesen werden: ULRICH MEYER, Schleudertrauma, anders betrachtet, in: FS Erwin Murer, Bern 2010, 473 ff.

²⁵ Zu den Reaktionen dazu (Fn. 24) vgl. THOMAS GÄCHTER/DANIA TREMP, Praxisänderung zur Invalidenrente nach einem HWS-Trauma, HILL 2010 II Nr. 14, Fn. 1–10 mit Hinw. zur Auseinandersetzung in den Medien.

²⁶ HANS PETER WALTER, (Fn. 1), 585 mit Hinw.

²⁷ HANS PETER WALTER (Fn. 1), 570 Fn. 34–36.

Journalisten und Schreibern von Leserbriefen in den Medien erscheinen dann Insidern wie herumgeisternde Gestalten mit Phantomschmerzen ohne realen Bezug. Stossend an dieser Situation ist allemal das aufkeimende Gefühl der einen Seite, die zum *going public* entschlossene andere Prozesspartei verfüge über längere Spiesse.

Die Justiz ist hier gefordert. Einziges Mittel ist hier die rasche *Prozessförderung* und der gut begründete Gerichtsentscheid, der – anonymisiert – veröffentlicht werden kann. – Nie aber darf die Justiz irgendwelchem Druck nachgeben.

D. Politik

Im Gefolge einer umfassenden Strategie bei Zivilprozessen ist es nicht ausgeschlossen, dass es auch zu Übergriffen der Legislativen in den Kompetenzbereich der Judikativen kommen kann²⁸. Dies ist vor allem deshalb möglich, weil Massenmedien einen ungleich grösseren Einfluss auf Politiker ausüben als dies bei Richtern möglich wäre. Politische Reden im Parlament erfolgen bewusst bei geöffneten Fenstern, rechtliche Erwägungen am Gericht stets innerhalb der Schranken. Übergriffen des Parlaments ist daher entschieden entgegenzutreten und es kann zur *Bürgerpflicht der Richterschaft* werden, in allgemein anerkannten Medien die Meinungsfreiheit (Art. 16 BV) zu beanspruchen²⁹. Die Richterschaft hat naturgemäss besondere Kenntnisse der Gesetze und der Institutionen, die sie der Allgemeinheit zur Verfügung stellen kann und muss. So ist die Unabhängigkeit eines Gerichts in hohem Mass in Frage gestellt, wenn das Parlament auf einen *rechtskräftigen Wahlakt* im Kontext einer umfassenden Strategie zurückkommt, die Prozessmanagement, Publikationen, Massenmedien und Politik vereint. Die Unkenntnis der Mitglieder des Parlaments über solche Hintergründe spielt dabei keine Rolle. Entscheidend ist, dass sie den Anschein erwecken, als Instrument für Partikularinteressen zu dienen.

Mit Bezug auf das Zürcher Handelsgericht war bspw. insbesondere die Frage kontrovers, ob der ausserkantonale Wohnsitz von Fachrichtern deren Ausstand und die Nichtigkeit aller mit ihrer Beteiligung gefällten Urteile zur Folge haben könne. Als *einziges Partikularinteresse* im gesamten Zuständigkeitsbereich des Gerichts konnte in diesem Zusammenhang ausschliesslich das Interesse in Fällen von Forderungsklagen ausgemacht werden, die Verkehrsunfälle mit HWS-Traumata betrafen. Ziel war offenkundig die entsprechende Aufhebung aller bisher gefällten Gerichtsentscheide,

²⁸ Vgl. vorne Fn. 13.

²⁹ ALEXANDER BRUNNER, Unabdingbare Unabhängigkeit der Justiz. Zur Wahl der Handelsrichter für die Amtsdauer 2007–2013, NZZ, 26. Januar 2010, Nr. 20, 16; mit Hinw.: www.handelsrichter.ch (Stand 1. Juli 2011). Nach der hier vertretenen Meinung konnte sich das Parlament nicht darauf berufen, die *Aufsicht* über unzulässiges Verhalten der Fachrichter auszuüben, denn diese wurden in *Kenntnis* des ausserkantonalen Wohnsitzes rechtskräftig gewählt (vgl. vorne Fn. 11).

um sie zu einer Neuurteilung mit *ausgewechselter Richterschaft* bringen zu können³⁰. Das Bundesgericht stellte in der Folge klar³¹, dass der ausserkantonale Wohnsitz von Fachrichtern keineswegs Anlass gibt, solche Gerichtsmitglieder als nicht rechtsgültig bestellt zu betrachten, da der Zürcher Gesetzgeber die Möglichkeit der Bewilligung zur Weiterführung des Amtes trotz Verlusts der Wählbarkeit vorsieht. Unbestreitbar haben Handelsrichter nach Zürcher Recht Wohnsitz im Kanton zu nehmen. Es stellt sich aber die Rechtsfrage, ob im rechtskräftigen Wahlakt des Parlaments in *Kenntnis* des ausserkantonalen Wohnsitzes die im Gesetz vorgesehene *Genehmigung* bereits enthalten ist. Die Entlassung von Richtern während laufender sechsjähriger Amtszeit erscheint daher, vor allem vor dem geschilderten Hintergrund, mehr als problematisch. Diese Feststellung kann insbesondere deshalb gemacht werden, da die Entlassung³² kaum der bisherigen Praxis des Zürcher Kantonsrats³³ entsprach.

V. Ausblick

Die vorstehenden punktuellen Hinweise mögen zeigen, dass der gewaltenteilige Staat keineswegs nur eine theoretische Frage des akademischen Unterrichts ist. Vielmehr reiben sich die Institutionen im Gefolge von realen Auseinandersetzungen in der Zivilgesellschaft ständig aufs Neue. Die skizzierten Phänomene einer umfassenden Strategie von Parteien, die ihre private Überzeugung nicht auf den herkömmlichen Zivilprozess beschränken wollen, sondern weiter ausgreifen, sind Anlass für eine derart geforderte Justiz, solche neuen Entwicklungen wachsam zu verfolgen und gleichzeitig das Kerngeschäft qualitativ hochstehend zu betreuen. Für die *geforderte Justiz* stehen im Vordergrund: Garantie des *rationalen Dialogs* mit den Mitteln des Gerichtsverfahrens, Anwendung *wissenschaftlicher Methoden* der Beweisführung und *kritische Würdigung der Fakten* in den Urteilsbegründungen; dies stets mit dem Bewusstsein der Beschränktheit und Unvollkommenheit allen Strebens.

³⁰ Vgl. nochmals vorne Fn. 13.

³¹ BGer, 22. März 2011, 4A_97/2011, E. 5.5 unter Hinweis auf § 35 Abs. 1 des Gesetzes über die politischen Rechte, GPR-ZH sowie auf den Grundsatzentscheid BGE 136 I 207 E. 5.5.

³² Protokoll des Zürcher Kantonsrats, 153. Sitzung, vom 1. Februar 2010, Trakt. 4, S. 10002 ff.; Amtsblatt des Kantons Zürich 2010, S. 1512: Beschluss des Kantonsrats vom 5. Juli 2010 über die vorzeitige Entlassung von Handelsrichtern.

³³ Die bisherige Praxis des Zürcher Kantonsrats ergibt sich aus dessen Entscheid vom 11. Mai 1981; Amtsblatt des Kantons Zürich 1981, S. 6517 ff., insb. 6535 f., wo dem Gesuch eines Fachrichters auf Entlassung aus dem Amt nur *ausnahmsweise* entsprochen wurde, da er für die nächsten *fünf Jahre* die Filiale eines Schweizer Weltkonzerns im *Ausland (London)* zu übernehmen hatte. Mit diesem Argument wurde das Entlassungsgesuch hauptsächlich genehmigt.

In den Niederungen der Praxis kann dabei – zumindest anfangs – nicht immer klar erkennbar sein, ob sich ein Fall im Sinne von VICTOR HUGO («j'accuse»)³⁴ oder etwa im Sinne von HEINRICH VON KLEIST («Kohlhaas») entwickelt. Beide Richtungen sind stets angelegt im menschlichen Verhalten und im Rollenspiel der Personen.

³⁴ Hinweis bei MANFRED REHBINDER (Fn. 1), 772.