

Das Doppelinstanzprinzip und seine scheinbar unbegrenzten Umgehungsmöglichkeiten nach Art. 6 Abs. 3 ZPO

PD Dr. iur. Alexander Brunner, CEDR Accredited Mediator, London (Zollikon)¹

A. Fragestellung

«Ist das klägerische Wahlrecht bei *konsum- und arbeitsrechtlichen Streitigkeiten* toter Buchstabe?» – So wird in einer aktuellen Publikation die rhetorische Frage gestellt². Sie ist im Kontext der Rechtsfrage nach der sachlichen Zuständigkeit der Schweizer Handelsgerichte im Sinne von Art. 6 Abs. 3 ZPO zu verstehen und als Bereicherung der notwendigen Diskussion über eine der grundlegenden Fragen des Wirtschafts- und Verfahrensrechts sehr zu begrüssen. Der genannte Beitrag ist deshalb positiv zu werten, weil die bisherige Auseinandersetzung über die entscheidende

Rechtsfrage nur vereinzelt geführt worden ist, was denn *handelsrechtliche Streitigkeiten* seien, die an den Schweizer Handelsgerichten ausgetragen werden. Ohne eine vertiefte Analyse über die Bedeutung bzw. den rechtswissenschaftlichen Wortgebrauch des Terminus *handelsrechtliche Streitigkeit* (sprachliche Ebene) lässt sich der damit gemeinte Rechtsbegriff (logische Ebene der Legaldefinition) jedoch nicht eindeutig bestimmen und feststellen. Die Termini *Konsumrecht*, *Arbeitsrecht* und *Handelsrecht* bezeichnen klar definierte Rechtsbegriffe. Die vorstehend erwähnte Publikation kommt zum Ergebnis, dass an den Schweizer Handelsgerichten gestützt auf das Klägerwahlrecht nicht nur Sach- und Rechtsfragen des Handelsrechts, sondern umfassend auch solche des Konsumrechts und des Arbeitsrechts beurteilt werden müssen.

Nach der hier vertretenen Meinung ist jedoch an der gegenteiligen Rechtsauffassung³ festzuhalten, wonach die Handelsgerichte nur für Sach- und Rechtsfragen des materiellen Handelsrechts sachlich zuständig sind, mithin für Streitigkeiten über die geschäftliche Tätigkeit zwischen zwei Unternehmen (*Handelsgeschäfte*). Dies ergibt sich aufgrund des Gesetzgebungsverfahrens. Dabei ist festzuhalten, dass auch beim Erlass von Art. 6 ZPO i.V.m. Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG unterschiedliche Interessen zutage getreten sind. Ist das Gesetz jedoch einmal in Kraft, ist es aus der Gesetz-

Der Autor spricht sich gegen eine ausdehnende Auslegung des Klägerwahlrechts nach Art. 6 Abs. 3 ZPO aus und untermauert dies mit Gesprächsprotokollen aus der Rechtskommission des Ständerats. Daraus wird deutlich, dass der Gesetzgeber in der Schweizerischen ZPO nur ausnahmsweise vom Doppelinstanzprinzip abweichen wollte, namentlich für die Handelsgerichtsbarkeit. Das Handelsrecht befasst sich mit den Handelsgeschäften von Unternehmen und manifestiert sich typischerweise in einem bestimmten Gleichgewicht zwischen den Geschäftspartnern. Konsum- und arbeitsrechtliche Streitigkeiten sind aber keine handelsrechtlichen Streitigkeiten und sollen auch nicht vor einem Spezialgericht, wie es das Handelsgericht ist, ausgetragen werden.
Zi.

L'auteur se prononce contre une interprétation extensive de la faculté de choix accordée au demandeur par l'art. 6 al. 3 CPC; il fonde sa position sur le procès-verbal de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats. Il ressort de ce document que le législateur ne voulait s'écarter du principe de la double instance que de façon exceptionnelle, en particulier dans les litiges commerciaux. Le droit commercial traite des affaires commerciales entre entreprises et se caractérise par une certaine égalité des forces entre les partenaires contractuels. Les litiges du droit du travail ou portant sur le droit de la consommation ne sont pas des litiges commerciaux et ne doivent dès lors pas être traités par un tribunal spécial, comme le tribunal de commerce.
P.P.

¹ Privatdozent für Handels- und Konsumrecht sowie Verfahrensrecht an der Universität St. Gallen; Oberrichter am Handelsgericht Zürich. Der Autor vertritt seine persönliche Meinung.

² Julian Schwaller / Georg Naegeli, Die Zuständigkeit der Handelsgerichte gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO. Ist das klägerische Wahlrecht bei konsum- und arbeitsrechtlichen Streitigkeiten toter Buchstabe?, in: Jusletter 14. November 2011. Hervorhebung durch den Verfasser.

³ Alexander Brunner, Was ist Handelsrecht? Zur Frage der handelsrechtlichen Streitigkeiten nach ZPO/BGG, AJP 12 2010 1529 ff. mit umfassenden Hinweisen; ders., DIKE-Komm-ZPO, Art. 6 mit entsprechender Aktualisierung des online update; Dominik Vock, ZPO 6 - Die handelsrechtliche Streitigkeit; abrufbar auf www.handelsrichter.ch; download/ Dominik_Vock_ZPO_6_Handelsrechtliche_Streitigkeiten_IRP_unisg_2011-03-08.pdf.

gebung entlassen und der Rechtsprechung und Lehre nach Art. 1 ZGB anheim gestellt. Nachfolgend kann nur kurz auf die entscheidenden Fragen eingegangen werden. Immerhin soll und muss der *Kontext* des Klägerwahlrechts gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO hervor gehoben werden, der klar und deutlich eine *restriktive Anwendung der Ausnahme vom Doppelinstanzprinzip* gemäss BGG indiziert.

B. Bundesgerichtsgesetz und Doppelinstanzprinzip

Die neue ZPO ist nur ein Teil der umfassenden Schweizer Justizreform, die rund 20 Jahre in Anspruch genommen hat. Einer der Grundpfeiler der allgemein anerkannten Entlastung des Bundesgerichts und der Konzentration auf die wesentlichen Sach- und Rechtsfragen bei dessen Beurteilung wurde 1997 festgehalten: «Die Expertenkommission statuiert daher im Zivil- wie im Strafrecht den Grundsatz der doppelten Instanz («double instance»), wonach die Kantone obere Gerichte als Rechtsmittelinstanzen einzusetzen haben (Art. 71 und 74 E-BGG)⁴. Der Bundesrat übernahm im Jahre 2001 diesen Grundpfeiler: «Das Bundesgerichtsgesetz statuiert daher im Zivil- und im Strafrecht den Grundsatz der doppelten Instanz («double instance»), wonach die Kantone obere Gerichte als Rechtsmittelinstanzen einzusetzen haben (Art. 71 und 75 BGG). Es sind jedoch einige Ausnahmen vorgesehen, so etwa für die Handelsgerichte (Art. 71 Abs. 2 BGG)⁵. Und weiter: «Das Fehlen einer kantonalen Rechtsmittelinstanz hätte zur Folge, dass das kantonale Urteil allein vom Bundesgericht überprüft würde, was dem Ziel der Entlastung des höchsten Gerichts zuwiderliefe. Die Belastung des Bundesgerichts ist ge-

ringer, wenn es erst als zweite Rechtsmittelinstanz entscheiden muss, weil die Rügen der Parteien diesfalls bereits von einer unteren Rechtsmittelinstanz geprüft worden sind. Absatz 2 statuiert zwei Ausnahmen vom Prinzip des doppelten Instanzenzugs: Zunächst kann das *Bundesrecht* eine einzige kantonale Instanz vorschreiben, wie dies insbesondere auf dem Gebiet des Geistigen Eigentums der Fall ist. Sodann macht das Gesetz eine Ausnahme für die *Handelsgerichte*, wie sie in vier Kantonen vorkommen (ZH, BE, AG, SG). Diese Spezialgerichte sind für den Wirtschaftsstandort Schweiz von grosser Bedeutung. Wenn deren Entscheide vor dem Weiterzug an das Bundesgericht noch bei einer kantonalen Instanz angefochten werden müssten, würden die Handelsgerichte einen ihrer wichtigsten Vorteile, die Gewährleistung eines schnellen kantonalen Verfahrens, verlieren. Das gleiche würde gelten, wenn die Fälle der Handelsgerichtsbarkeit erstinstanzlich vor einem unteren Gericht auszutragen wären. Weil die Handelsgerichte das Bundesgericht durch ihre beachtliche Erledigungsquote (viele Vergleiche) erheblich entlasten, ist hier der Verzicht auf zwei kantonale Vorinstanzen gerechtfertigt⁶. – Diesen Ausführungen des Bundesrates ist nichts beizufügen mit der Ausnahme, dass auch heute nur ein *Bruchteil der Fälle* ans Bundesgericht gelangt, die jährlich bei den Handelsgerichten eingehen.

C. Zivilprozessordnung und Ausnahmen vom Doppelinstanzprinzip

Die Zivilprozessordnung von 2008 ist der letzte Mosaikstein der Schweizer Justizreform. Der Bundesrat führte dazu im Jahre 2006 aus: «*Artikel 3 VE*

hatte den Grundsatz der «double instance» verankert (vgl. Ziff. 3.2.1). Die ZPO verzichtet darauf, denn dieser Grundsatz ist bereits im Bundesgerichtsgesetz ausdrücklich festgehalten (Art. 75 Abs. 2 BGG). Ferner ergibt er sich unmittelbar aus dem System der Rechtsmittel (Art. 304 ff.). Eine Wiederholung in der ZPO wäre sogar irreführend, denn grundsätzlich unterliegen nur *untere* erstinstanzliche Gerichte einer innerkantonalen Rechtsmittelkontrolle, nicht jedes erstinstanzliche kantonale Gericht⁷. Der Bundesrat führt sodann weiter aus: «Das Handelsgericht wird als *einzige kantonale Instanz* entscheiden. Es gibt kein innerkantonales Rechtsmittel gegen sein Urteil, auch kein beschränktes, wie dies der Vorentwurf noch vorgesehen hatte. Vielmehr unterliegt der Entscheid des Handelsgerichts künftig unmittelbar der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Das BGG erlaubt diese Durchbrechung der «double instance» ausdrücklich (Art. 75 Abs. 2 Bst. b BGG). Der Entwurf setzt diese sachgerechte Option um und kommt damit den in der Vernehmlassung mit Nachdruck geäusserten Anliegen nach (*Abs. 1*). Die Abkürzung des Instanzenzugs kann nicht nur mit der Fachkompetenz des Spezialgerichtes gerechtfertigt werden. Sie dient vielmehr

⁴ Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege, Schlussbericht an das EJPD, Bern (Juni) 1997, insb. Ziff. 5.1.4, 19.

⁵ Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202, insb. 4228.

⁶ Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202, insb. 4310 f.

⁷ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221, insb. 7259.

auch der Beschleunigung der Prozesse, die bei der Handelsgerichtsbarkeit eine herausragende Rolle spielt. Die *sachliche Zuständigkeit* der Handelsgerichte orientiert sich an den geltenden kantonalen Regelungen. Sie wird durch drei Kriterien bestimmt: Erstens muss die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen sein (*Abs. 2 Bst. a*), zweitens muss die Streitigkeit mit der Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht überhaupt anfechtbar sein (*Abs. 2 Bst. b*), und drittens schliesslich bedarf es des Eintrages der Firma beider Parteien im Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register (*Abs. 2 Bst. c*). Im Gegensatz zum Vorentwurf müssen somit *beide* Parteien im Handelsregister eingetragen sein. Diesbezüglich ist der Entwurf strenger als das geltende Recht. Auch die *Einlassung* ist – anders als nach dem Vorentwurf – nicht mehr möglich. *Diese Abweichungen liegen darin begründet, dass sonst Konsumentenstreitigkeiten bei einem Streitwert von über 30 000 Franken – z.B. aus Kauf eines privaten Personewagens – plötzlich der Handels-*

gerichtsbarkeit unterstehen würden (statt des ordentlichen Verfahrens). Und bei Einlassung liefe eine Partei Gefahr, unwissentlich auf das ordentliche Verfahren zu verzichten und damit auch eine Instanz zu verlieren⁸. Damit ist festzuhalten: Das Doppelinstanzprinzip wurde auch beim Erlass der ZPO als wichtiger Grundpfeiler der Schweizer Justizreform beibehalten und nur ausnahmsweise durchbrochen: Für die Handelsgerichtsbarkeit (Art. 6 ZPO) und für wenige andere Konstellationen (Art. 5 ZPO und Art. 7/ Art. 8 ZPO).

D. Scheinbar unbegrenzte Umgehungsmöglichkeiten

Scheinbar unbegrenzte Umgehungsmöglichkeiten vom Doppelinstanzprinzip vermeint nun die vorstehend erwähnte Publikation zu erkennen. Danach sollen nicht nur die *handelsrechtlichen Streitigkeiten* nach Art. 6 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 75 Abs. 2 lit.b BGG, sondern auch *konsumrechtliche und arbeitsrechtliche Streitigkeiten* vor den Handelsgerichten ausgetragen werden können⁹. Damit wird die Ausnahme vom Doppelinstanzprinzip nicht restriktiv, sondern sehr ausdehnend qualifiziert. Begründet wird dies zur Hauptsache damit, dass das Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO in den Parlamentsberatungen nach Vorbildern des alten kantonalen Prozessrechts eingeführt worden sei, weshalb im Ergebnis die alte Praxis einfach fortgeführt werden könne.

Diese Rechtsauffassung ist jedoch nur auf den ersten Blick einleuchtend. Zutreffend daran ist, dass der isolierte Wortlaut von Art. 6 Abs. 3 ZPO eine solche *umfassende Ausdehnung* der sachlichen Zuständigkeit der Schweizer Handelsgerichte als möglich er-

scheinen liesse. Alle Privatkläger könnten in diesem Sinne gegen Unternehmen an einem Handelsgericht klagen. Nach der hier vertretenen Meinung ist die Ausnahme vom Doppelinstanzprinzip jedoch *einschränkend* auszulegen und es kann diesbezüglich auf die andernorts erfolgte ausführliche Begründung verwiesen werden¹⁰. Sie kann hier wie folgt ergänzt werden:

Zum Wortlaut: *Dominik Vock* hat zutreffend darauf hingewiesen, dass der Wortlaut «geschäftliche Tätigkeit» in Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO (als Voraussetzung von Art. 6 Abs. 3 ZPO) als «Handelsgeschäft» (Terminus) zu verstehen ist, weshalb das Gesetz nur Geschäfte zwischen Unternehmen (Rechtsbegriff) bezeichnet¹¹. Das deckt sich mit dem Wortlaut des Bundesgerichtsgesetzes. Art. 75 Abs. 2 lit.b BGG macht eine Ausnahme vom Doppelinstanzprinzip ausdrücklich nur für die «handelsrechtlichen Streitigkeiten». Unbestreitbar ist aber das «Handelsrecht» jenes Rechtsgebiet, das sich materiell mit den *Handelsgeschäften zwischen Unternehmen* befasst. Das Wesen des Handelsrechts ist das typische Gleichgewicht zwischen den Geschäftspartnern. Unbestrittenermassen besteht aber beim Arbeits- und Konsumrecht ein Ungleichgewicht¹² zwischen den Parteien, das vom Gesetzgeber zutreffend in unzähligen Erlassen konkretisiert und normativ erfasst wird. Damit nochmals: Arbeits- und konsumrechtliche Streitigkeiten sind keine handelsrechtlichen Streitigkeiten.

Zu den Materialien: Die abzulehnende ausdehnende Qualifikation des Klägerwahlrechts i.S.v. Art. 6 Abs. 3 ZPO nimmt Bezug auf das alte kantonale Prozessrecht¹³. Dies ist deshalb nicht zielführend, weil das bisherige kantonale Prozessrecht eigene Defini-

⁸ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221, insb. 7261. Hervorhebungen durch den Verfasser.

⁹ Vgl. vorstehend Fn. 2.

¹⁰ Brunner, Was ist Handelsrecht? (Fn. 3) 1529 ff.; Vock (Fn. 3) 1 ff.

¹¹ Vock (Fn. 3) Rz 9.

¹² Brunner, Was ist Handelsrecht? (Fn. 3) 1532: Diagramm, mit Hinweisen auf die Gesetzesnormen.

¹³ Schwaller / Nägeli (Fn. 2) 9.

tionen des Klägerwahlrechts¹⁴ kannte, jedoch – und das ist entscheidend – keinen Bezug auf Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG genommen hat und naturgemäss auch nicht nehmen konnte, der aber klar und deutlich als *Voraussetzung* für das Klägerwahlrecht an den *Rechtsbegriff der «handelsrechtlichen Streitigkeiten»* anknüpft. Abgesehen davon würde eine solch ausdehnende Qualifikation des Klägerwahlrechts – entgegen der bisherigen Rechtslage in den Kantonen – nunmehr plötzlich auch *arbeitsrechtliche Streitigkeiten* bei Handelsgerichten zulassen und möglich machen. Auch mit Bezug auf die *konsumrechtlichen Streitigkeiten* sprechen die Materialien zur Schweizer ZPO eine sehr deutliche Sprache. Bekanntlich wurde Art. 6 Abs. 3 ZPO auf Vorschlag des Ständerates in das Gesetz eingefügt¹⁵. Die votanten der Rechtskommission führten dazu aus:

«(Votant N.N1.): In der Eingabe der Zentralschweizer Obergerichtspräsidenten wird darauf hingewiesen, dass die Kantone das Handelsgericht zusätzlich auch für Haftpflichtprozesse zuständig erklären können sollten. Dies mit dem Hinweis, dass solche Prozesse immer wieder kompliziert seien und ein Fachwissen erfordern würden und deshalb sei ein Mitwirken von Fachrichtern wünschenswert. Können die Kantone beispielsweise ein Fachgericht für Haftpflichtprozesse oder weitere Fachgerichte einführen? – (Votant N.N2.): Ja, das können sie. Das ist Ausfluss der Organisationshoheit der Kantone. – (Votant N.N1.): Wenn ein Kanton ein Fachgericht für Haftpflichtprozesse einführt, dann kann er dies aber nicht als einzige Instanz im Sinne von Artikel 6, denn die Aufzählung von Absatz 3 ist meines Erachtens abschliessend. – (Votant N.N3.): Viele Haftpflichtprozesse sind schon heute beim Han-

delsgericht, wenn es sich um *handelsrechtliche Fälle* handelt. Die Handelsgerichte haben zum Teil Versicherungskammern, zum Beispiel in Zürich. Von daher ist das Anliegen der Zentralschweizer Obergerichtspräsidenten bereits teilweise erfüllt. Man kann sich fragen, ob auch der *Konsumentenprozess, wenn es um Haftpflicht geht, eine handelsgerichtliche Materie sein soll. Das würde ich eher verneinen*, denn das bürgerliche Niveau des Haftpflichtfalls soll zwei Instanzen haben, während das kommerzielle Niveau des Haftpflichtfalles schon jetzt die Möglichkeit hat, das Handelsgericht anzurufen. Damit ist das Problem meines Erachtens sachgerecht gelöst. – (Votant N.N4.): Dann würde das unter Artikel 6 Absatz 2 Buchstabe a (*geschäftliche Tätigkeit*) fallen. Das müsste man zuhanden der Materialien erklären. Kommerzielle Haftpflichtprozesse fallen unter Artikel 6 Absatz 2 und die so genannt bürgerlichen Haftpflichtstreitigkeiten sind auf dem *ordentlichen Gerichtsweg* zu verfolgen¹⁶. Und weiter: «(Votant N.N5.): ... Schlussendlich wird es zu diesen Fragen dann auch eine *Praxis des Bundesgerichtes* geben. – (Votant N.N1.): In Absatz 2 wird lediglich von einer «Streitigkeit» gesprochen und weiter ist es abhängig von den Personen und vom Streitwert. Ich halte fest, dass in Absatz 2 die Buchstaben a, b und c *kumulativ* gegeben sein müssen. – (Votant N.N4.): Da sich das Bundesgericht gegen die Ausweitung des Tätigkeitsbereiches einer einzigen Gerichtsinstanz auf kantonaler Ebene gestellt hat, müsste der Gesetzgeber diese Frage beantworten. In andern Bereichen bin ich durchaus bereit, die Sache dem Bundesgericht zu überlassen. Hier wäre meines Erachtens das Bundesgericht nicht ganz unvoreingenommen. – (Votant N.N5.):

Sie können beliebig ausweiten, aber dann stellen Sie den Grundsatz der Zweiinstanzenregelung in Frage. Wenn Sie die Extremlösung wählen und es offen lassen, *dann ist alles, was mit Geld zu tun hat, eine Handelsstreitigkeit* und kann vor Handelsgericht gebracht werden. Das würde bedeuten, dass man in all diesen Fällen nach einer Instanz direkt ans Bundesgericht gelangen könnte. Da müsste man sich fragen, ob es richtig ist, im Kanton

¹⁴ Das Klägerwahlrecht war ursprünglich für ausländische Kaufleute gedacht, die – vor dem Entstehen der globalen Informationsgesellschaft – den Nachweis des Eintrags in einem ausländischen Handelsregister nicht so leicht erbringen konnten. Das alte kantonale Prozessrecht sprach daher auch vom «ausländischen» und «schweizerischen» Handelsregister. Vgl. §79 ZPO-ZH vom 29. Januar 1911: «Sind zwar die Voraussetzungen des §78 Ziff.1 vorhanden (Anm.: ... «Zivilprozesse zwischen Personen, welche im Schweizerischen Handelsregister eingetragen sind, sofern der Streit sich auf das vom dem Beklagten betriebene Gewerbe oder auf *Handelsverhältnisse* überhaupt bezieht» ...), ist aber bloss der Beklagte im Schweizerischen Handelsregister eingetragen ...» (Hervorhebungen durch Verfasser). Vgl. dazu auch das Protokoll der Kommission für die Revision des Zürcher Gerichtsverfassungsgesetzes 1932, 12. Sitzung vom 23. November 1932, 1: Eventualantrag von Dr. Guhl: «Ferner hat in Handelssachen der Kläger zwischen Bezirksgericht und Handelsgericht die Wahl, wenn Kläger und Beklagter in einem dem schweizerischen Handelsregister entsprechenden *ausländischen Register* eingetragen sind oder an ihrem *ausländischen Wohnsitz* sonst nachweislich als *Kaufleute* gelten ...».

¹⁵ Ständerat: AB 2007 S 504 (ohne Definition der handelsrechtlichen Streitigkeit); Nationalrat: AB 2008 N 641 (Zustimmung zu Art. 6 Art. 2bis gemäss Ständerat).

¹⁶ Beratungen gemäss RK-SR, Protokoll vom 8. Januar 2007, 17. Hervorhebungen durch den Verfasser.

eine Zweinstanzenregelung zu haben, welche man eingeführt hat, weil sonst viel zu viele Prozesse ans Bundesgericht kommen. Ich möchte vor einer zu grossen Ausweitung warnen¹⁷». – Diesen Ausführungen ist hier nichts mehr beizufügen, sie sind eindeutig und klar und entsprechen der gesamten Stossrichtung der Schweizer Justizreform. In diesem Sinne ist das Bundesgericht auch keineswegs «befangen» bei der Auslegung von Art. 6 Abs. 3 ZPO. Denn eine restriktive Auslegung bewegt sich innerhalb der schweizweit anerkannten Ziele der Justizreform. Es gibt keine unbegrenzten Umgehungsmöglichkeiten vom Doppelinstanzprinzip.

E. Absehbare Entwicklungen

Sollte sich in Rechtsprechung und Lehre entgegen den vorstehenden Hinweisen eine ausdehnende Auslegung des Klägerwahlrechts nach Art. 6 Abs. 3 ZPO durchsetzen, ist auf folgende absehbare Entwicklungen und Zielkonflikte hinzuweisen. Trotz des noch nach altem kantonalem Prozessrecht ergangenen höchstrichterlichen Entscheids, wonach die Schweizer Handelsgerichte wegen ihres Sinns und

Zwecks *nicht paritätisch zu besetzen* sind¹⁸, häufen sich – zumindest am Handelsgericht Zürich – die stets gleich gelagerten Friktionen. Im Zeitpunkt der Redaktion des vorliegenden Beitrags wurde noch kein Entscheid nach neuem Recht über die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts für Privatkläger gefällt. In den meisten Fällen der nach altem Recht noch zulässigen und daher nach wie vor hängigen Konsumentenklagen, insb. gegen Versicherungsunternehmen, sind aber trotz des genannten Entscheids strukturbedingte Zielkonflikte unvermindert virulent. Ausstandsbegehren gegen Fachrichter verhindern bei *konsumrechtlichen Streitigkeiten* die Förderung der Prozesse am Handelsgericht, zitierte Urteilsberatungen müssen deswegen abgesetzt werden, die Bezeichnung von Fachrichtern für Einigungsverhandlungen wird angefochten und bringt Sand ins Getriebe der Verfahren. Diese erheblichen Friktionen sind eine Folge der Rechtsauffassung, Konsumrecht könne quasi «hybrid» ins Handelsrecht und dessen Eigenarten des Verfahrens «aufgepfropft» werden. Für die Schweizer Innovation der *Handelsgerichtsbarkeit*, die nun auch zum allseits begrüßten *Bundespatentgericht* geführt hat, und die sich auszeichnet durch das Zusammenwirken von Fachexperten und Juristen, kann eine solche hybride Rechtsauffassung gefährlich werden. Dann nämlich, wenn die bereits heute in den Prozessen von Privatkägern stets aufs Neue geltend gemachte Unvereinbarkeit dieser Schweizer Innovation mit Art. 6 EMRK am Gerichtshof in Strassburg auf Verständnis stossen sollte. Manche Eingaben sind diesbezüglich bereits derart formuliert, dass sie unschwer durch die Institutionen perpetuiert werden können. Privatkläger an den Handelsge-

richtern könnten auf diese Weise zu Totengräbern dieser Schweizer Innovation werden, die für den Wirtschaftsstandort anerkanntermassen von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist. Das Nachsehen hätten zahlreiche Unternehmen, die heute mit der Handelsgerichtsbarkeit und dem entsprechenden Zusammenwirken von Fachexperten und Juristen einfache, rasche und günstige Lösungen für ihre wirtschaftlichen Streitlagen erhalten. Handelsgerichte beurteilen Sach- und Rechtsfragen des Handelsrechts, und in den handelsrechtlichen Streitigkeiten sind – im Gegensatz zu den Privatklagen – die aufgezeigten Friktionen seit Jahrzehnten völlig unbekannt. Vielmehr lassen sich die meisten Fälle in der Wirtschaftsmediation am Handelsgericht zwischen den Unternehmen ohne Weiteres sachgerecht lösen.

F. Ausblick

Das Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO ist schliesslich nicht «toter Buchstabe». Das Gegenteil ist der Fall. Der Ständerat und damit das Parlament hat mit dieser Bestimmung eine Lücke gefüllt und vermieden, dass viele Einzelunternehmen ohne Handelsregistereintrag für ihre handelsrechtlichen Streitigkeiten bzw. ihre Handelsgeschäfte von der Handelsgerichtsbarkeit ausgeschlossen worden wären.

Konsumentenkläger und ihre Rechtsberater sollten sich denn auch nach der hier vertretenen Auffassung nicht auf *hybride Konstrukte* fixieren. Vielmehr sind die berechtigten Anliegen des Konsumentenprozesses neu zu definieren. Ein Ansatz¹⁹ dazu wurde schon vor Jahren vorgelegt, der damals kaum Resonanz fand²⁰. Für Privatklagen gegen Versicherungsunterneh-

¹⁷ Beratungen gemäss RK-SR, Protokoll vom 8. Januar 2007, 18. Hervorhebungen durch den Verfasser.

¹⁸ BGE 136 I 207–219.

¹⁹ Brunner/Rehbinder/Stauder (Hrsg.), Zugang zum Recht, Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts (JKR), Bern 1999; mit Beiträgen von Alexander Brunner, Jürgen Brönnimann, Isaak Meier, Anton K. Schnyder, Paul Richli, Lili Nabholz Haidegger, Misha Senn, Jolanta Kren Kostkiewicz, Urs M. Weber-Stecher, Bernd Stauder.

²⁰ Immerhin konnte der Klägergerichtsstand des Konsumenten an dessen Wohnsitz etabliert werden; vgl. Alexander Brunner, DIKE-Komm-ZPO, Art. 32 N 3 ff. und N 26 ff.

men könnte heute der Hinweis hilfreich sein, wonach ein (Sozial-)Versicherungsgericht (auch) für Haftpflichtprozesse zuständig werden könnte²¹; der gespaltene Zugang zum

Recht (Sozialversicherungs- und Haftpflichtprozess) könnte damit aufgehoben werden. Ein möglicher Entwicklungsweg ist bereits in Art. 7 ZPO vorgezeichnet. Hier ist mehr Kreativität

gefragt anstelle des wenig hilfreichen Denkens in gewohnten Bahnen.

²¹ Vgl. vorstehend Fn. 16 am Anfang.