

Alexander Brunner

Spezialisierung der Gerichte

Anmerkungen zur CCJE Opinion (2012) No. 15

Die aktuelle Auseinandersetzung um eine Spezialisierung der Justiz betrifft die uralte Frage einer Einbeziehung der betroffenen Rechtskreise, die sachgerechte Entscheide erwarten dürfen. Eine solche Akzeptanz der Zivilgesellschaft kann nur eine Justiz gewährleisten, die in objektiver Hinsicht die zu beurteilenden Sach- und Rechtsfragen versteht und in subjektiver Hinsicht die gleiche Sprache der Betroffenen spricht. Die vorliegenden Anmerkungen zur CCJE Opinion (2012) No. 15 stellt gewisse Widersprüche zu den CEPEJ Studies (2012) No. 18 fest und stellt das Dogma einer Justiz von oben in Frage.

Zitiervorschlag: Alexander Brunner, Spezialisierung der Gerichte, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2013/2

Inhaltsübersicht

1. Einleitung – zur Perspektive des vorliegenden Kurz-Essays
2. Nichts Neues unter der Sonne – Blick ins Guckloch der Rechtsgeschichte
3. Justiz von oben und Justiz von unten – das Schweizer Selbstverständnis
4. Unverständliche Justiz?
5. Privatisierte Justiz?
6. Staatliche Justiz in der wissenschaftlich-technischen Zivilisation
7. CCJE Opinion (2012) No. 15 versus CEPEJ Studies (2012) No. 18
8. Postulate und Perspektiven der Schweizer Handelsgerichtsbarkeit

1. Einleitung – zur Perspektive des vorliegenden Kurz-Essays

[Rz 1] Der folgende Kurzbeitrag zur aktuellen CCJE Opinion (2012) No. 15 über die Spezialisierung von Richtern soll vorliegend aus der Sichtweise der bewährten Handelsgerichte beleuchtet werden. Diese Fachgerichte sind im vorletzten Jahrhundert für die *Streitlagen zwischen Unternehmen* eingerichtet worden und leisten in dieser Funktion für den Wirtschaftsstandort Schweiz unschätzbare Dienste. Sie sind auf die Bedürfnisse von Produktion und Handel abgestimmt, weshalb Handelsgerichte als spezialisierte Gerichte für die Anwendung des *Handelsrechts* sachlich zuständig sind. Dazu sind in den letzten Jahren zwei Publikationen erschienen¹, auf die verwiesen werden kann und die es erlauben, den vorliegenden Beitrag für einmal essayistisch anzugehen.

[Rz 2] Von den nachfolgenden Überlegungen ausgeklammert werden daher die den Schweizer Handelsgerichten *systemwidrig aufgepfropften Klagen*² von Privatpersonen gegen Unternehmen, da diese Streitlagen nicht dem Han-

delsrecht, sondern dem *Konsumrecht* oder dem *Arbeitsrecht* zuzuordnen sind. Ausgeklammert werden daher auch die damit verbundenen *Folgeprobleme*, die alleiniger Grund für die unfruchtbaren Kontroversen³ der letzten Jahre sind. Vormalig wurde das Klägerwahlrecht für natürliche Personen eingeführt, um es ausländischen Kaufleuten ohne Eintrag in einem Schweizer Handelsregister zu ermöglichen, gegen Firmen mit Sitz in der Schweiz ein *Handelsgericht* anzurufen.

[Rz 3] Die Institution der Handelsgerichte als spezialisierte Fachgerichte für Kaufleute und Unternehmen ist eine *Justiz von unten*. Ausgangspunkt bilden immer die konkreten Streitlagen aus der Praxis, die primär aus der Perspektive *vernünftiger und korrekter Kaufleute* betrachtet werden. Gleichwertig ist dabei das anwendbare objektive Recht in seiner unverzichtbaren Hilfsfunktion für die Lösung der Streitlagen. Die Gleichwertigkeit beider Perspektiven bringt es mit sich, dass die Kollegialgerichte an den Handelsgerichten nicht nur mit Berufsjuristen, sondern auch mit fachkundigen Personen aus allen Wirtschaftsbereichen besetzt werden; es sind Akademiker und Fachleute aus dem Finanzsektor, der Bau- und Ingenieurkunst, des internationalen Waren- und Lebensmittelhandels, der Werbewirtschaft etc. Diese fachkundigen Personen gehören selbstredend nicht der «Juristenkaste» an, die leider oftmals meint, sie alleine trage die Weihen einer profunden Fachausbildung für die Lösung aller Probleme. Handelsrichter sind eine wertvolle Ergänzung des Justizsystems. Sie bringen die Sichtweisen der unmittelbar betroffenen Rechtskreise direkt in den Diskurs an den Gerichten mit ein.

2. Nichts Neues unter der Sonne – Blick ins Guckloch der Rechtsgeschichte

[Rz 4] In diesem Kontext lohnt sich ein Blick ins Guckloch der Rechtsgeschichte. Hinter den unüberwindbaren Schranken der Zeitabläufe erblicken wir die gleichen Gegensätze, die gleiche Unterscheidung zwischen einer Juristenwelt oben und einer Lebenswelt unten. Die notwendi-

¹ ALEXANDER BRUNNER (Hrsg.), Europäische Handelsgerichtsbarkeit, Bern 2009 (381 Seiten); DERS. (Hrsg.), Handelsgerichte im Rechtsvergleich (Projekt Best Practice), 2012 (266 Seiten mit umfangreichen Dokumentationen); beide Publikationen sind unter dem Patronat des Europarates herausgegeben worden. Die Autoren aus Rechtsprediktion und Lehre beleuchten die entsprechenden Systeme in Belgien, Deutschland, England, Frankreich, Österreich und der Schweiz.

² Vgl. zum Ganzen: Handelsgericht Zürich, Urteil des Handelsgerichts HG110192-O vom 30. März 2012 (Mehrheitsentscheid mit 3/2 dissenting opinion/ online). Das Bundesgericht (BGE 4A_210/2012 vom 29. Oktober 2012) hat den Mehrheitsentscheid des Zürcher Handelsgerichts bestätigt und ist nicht dem Minderheitsentscheid gefolgt, womit es ausschliesslich die historische Auslegung des vom Parlament ergänzten Art. 6 Abs. 3 ZPO und nicht die schlüssigere Begriffsbildung über die systematische Einordnung des materiellen Handelsrechts heranzieht, was in der Expertenkommission und der Botschaft des Bundesrates angelegt war.

³ ALEXANDER BRUNNER, Anmerkungen zur Handelsgerichtsbarkeit in der Richterzeitung 2012/2 in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2012/4, Rz 4.

ge Klammer eines einheitlichen Rechtssystems, die allen Rechtskreisen offen steht und die Gleichheit und Gerechtigkeit schaffen soll, ist Aufgabe jeder staatlichen Ordnung. Sie soll aber auch die *Akzeptanz des Rechts durch Nachvollziehbarkeit und Teilnahme* gewährleisten.

[Rz 5] Der europäische Kontinent hatte sich dieser Aufgabe bereits zu Beginn der Neuzeit zu stellen. Zu erinnern ist an die Beschlüsse des *Wormser Reichstags von 1495 unter dem Kaiser Maximilian I.*, womit unter anderem ein einheitlicher Rechtsraum mit der Einrichtung des *Reichskammergerichts* geschaffen werden sollte⁴. Anwendbares Recht war nach der Konzeption des «Heiligen Römischen Reiches deutscher Nation» (bis 1806) das *Corpus iuris civilis* in der Ausgestaltung des *usus modernus pandectarum*.

[Rz 6] Die Einrichtung eines zentralen Reichskammergerichts mit der Anwendung des römischen Rechts stand nun aber der Schweizer Rechtstradition entgegen. In den Schweizer Orten hatte sich seit langem eine eigene Justiz herausgebildet, in der die Richter im Land selbst bestimmt wurden und die nach überliefertem und anerkanntem Recht urteilten. Die Orte der alten Eidgenossenschaft widersetzten sich aus diesem Grund den Beschlüssen des Wormser Reichstags, was in der Folge zum Schwabenkrieg 1499 und zur de facto Unabhängigkeit der Schweiz vom Reichsverbund führte⁵.

[Rz 7] Interessant ist in diesem Zusammenhang gleichwohl der historische Hinweis, dass Maximilian I. einige Jahre später, am 17. März 1508, das erste Handelsgericht in Nürnberg ins Leben rief («Nürnberger Bankoamt»). Vor allem die Begründung für dieses Gericht lässt aufhorchen; sie lautet:⁶ «... dass überhaupt niemand geschickter ist, die oben gemeldeten Gebrechen der Kaufleut und Kaufmannshändel zu entscheiden als die verständigen Kaufleut». – Damit zeigt sich schon vor über 500 Jahren ein Gegensatz, der auch heute beachtet werden sollte. Es ist das spannende Verhältnis zwischen realer Lebenswelt und idealem Normensystem des Rechts. Die Frage deren

Vereinbarkeit ist stets von neuem zu stellen.

3. Justiz von oben und Justiz von unten – das Schweizer Selbstverständnis

[Rz 8] Es handelt sich dabei auch um die rechtssoziologische und staatspolitische Frage der Akzeptanz des Rechts. Das Schweizer Selbstverständnis ist eine Justiz von unten und nicht eine Justiz von oben, eine Justiz eben, die alle verstehen und nachvollziehen können und die allgemeine Anerkennung findet. Das musste auch ein Konstanzer Doktor des Rechts zur Kenntnis nehmen, der vor dem Landgericht Thurgau eine Partei vertrat und plädierte. Ihm beschied das Schweizer Gericht: «Wir Eidgenossen fragen nicht nach Bartele und Baldele», womit zum Ausdruck gebracht wurde, dass nicht das römische Recht, sondern das allgemein verständliche Landesrecht Grundlage für die Streitbeilegung war⁷.

[Rz 9] Ob eine Justiz von oben oder von unten konzipiert ist, zeigt sich im Übrigen bis heute in der Sprache und den überlieferten Usancen von Gerichten. Als Beispiele seien England und Österreich erwähnt. Die Konzeption einer Justiz von oben zeigt sich in England noch heute beim Ausdruck *QC* bzw. *KC* für verdiente Anwälte und Richter, was nichts anderes als «Queen's Counsel» bzw. «King's Counsel» – eben der Hofrat der Königin bzw. des Königs als oberster Richter – bedeutet. Bis in die Zeit der Republik hat sich der gleiche Ausdruck auch in Österreich erhalten, der auf die Habsburger zurückgeht. Hier werden verdiente Personen in der Justiz nach wie vor mit dem Ehrentitel zum «Hofrat» ernannt. Beide Staaten haben heute im Rahmen der europäischen Rechtsgemeinschaft von *EU* und *Europarat* sowie der *EMRK* längst Rechtsordnungen etabliert, die alle rechtstaatlichen und insbesondere auch (indirekt-) demokratischen Grundsätze repräsentieren.

[Rz 10] Gleichwohl bedeutet das Schweizer (*direkt-*) demokratische System auch heute noch eher eine *Justiz von unten*, zumal die Richterschaft zum überwiegenden Teil durch das Volk selbst oder durch die Parlamente *gewählt*

⁴ MARCEL SENN, Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss, 4.A., Zürich 2007, 96-98; vgl. auch MARTIN HEGGER, Recht im «Alten Reich» – Der *Usus modernus*, ZJS 1/2010, 29 ff.

⁵ Vgl. zum Ganzen für viele: PETER DÜRRENMATT, Schweizer Geschichte, Zürich 1963, 138-141.

⁶ RAINER SEDELMAYER, Daten und Fakten vom Mittelalter bis zur Gegenwart, in: Brunner (Hrsg.), Handelsgerichte im Rechtsvergleich, Bern 2012, 256 mit Hinw.

⁷ CLAUDIETER SCHOTT, Die Eidgenossen und das Reichskammergericht, in: Deutsches Recht zwischen Sachsenspiegel und Aufklärung, FS Rolf Lieberwirth, Frankfurt/M 1991, 79 ff.

werden, wobei auf die Repräsentation aller Bevölkerungskreise Rücksicht genommen wird. In allen europäischen Staaten jedoch wird die Richterschaft nach wie vor *ernannt*, sei es – nach Vorbereitung durch Kommissionen – durch einen König in den verbliebenen Königreichen (England, Spanien, Belgien, Niederlande etc.) oder durch einen Justizminister in den Republiken (Deutschland, Österreich, Italien etc.).

[Rz 11] In allen europäischen Staaten bis auf die Schweiz – so die vorliegende These – ist und bleibt die Justiz eine «königliche Disziplin». *Das Schweizer Selbstverständnis ist seit Jahrhunderten ein anderes*. Die Schweizer Richterschaft ist nicht ab- und herausgehoben. Schweizer Richter sind Gleiche unter Gleichen. Sie tragen daher mit wenigen Ausnahmen auch keine schwarzen oder roten Roben und auch keine Perücken. Erste Aufgabe der Schweizer Richter ist daher nicht das subtile und logisch-deduktive Urteilen, sondern das praktisch-induktive Schlichten der Rechtshändel. Die neue Schweizer Zivilprozessordnung folgt denn auch diesem Grundsatz. Das ist gut für die Bürger. Sie erhalten – sofern sie bereit zur Verständigung sind – rasche und günstige Lösungen und damit wertvolle Zeit für künftiges kreatives Arbeiten.

4. Unverständliche Justiz?

[Rz 12] In letzter Zeit wird indessen (auch) hierzulande eine «unverständliche Justiz» angemahnt⁸. Es ist die Rede von einem vom Gesetzgeber verursachten «wirren Paragraphenschwungel, den auch erfahrene Juristen nicht mehr überblicken», weshalb «formalistische Fallerledigung an Bedeutung» gewinne. Weiter wird ausgeführt, dass grosse Anwaltskanzleien eine «Litigation-Abteilung» unterhielten, die sich mit einem Team von mehreren Anwälten mit der Prozessführung beschäftigten. Dabei gehe es um eine *rituelle Darbietung des Konfliktes* mit Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislasten. Als Folge davon könnten die Gerichte dankbar die prozessualen Fehler auflisten und ein Formularurteil fällen. Sodann wird der Schluss gezogen: «Das Resultat: Die Rechtssuchenden können Gerichtsentscheide *nicht mehr verstehen*. Sie erwarten, dass sich die Gerichte materiell mit ihren Anliegen auseinandersetzen und haben kein Verständnis für

formalistische Lösungen.» Als Alternative wird Mediation statt Litigation vorgeschlagen, was bedeutet: *Schlichten statt Richten*. Der Bürger soll zur Selbsthilfe greifen, die staatlichen Gerichte aussen vor lassen und in die private Mediation gehen. Als weitere Alternative werden Schiedsgerichte vorgeschlagen, die «rasch und lösungsorientiert» arbeiten würden.

[Rz 13] Dazu kann nur angemerkt werden: *Diese Ermahnung ist nicht neu*. Wie vorstehend kurz erwähnt, war die Schweiz nicht bereit, das für das Land unverständliche römische Recht zu akzeptieren. Man wollte verständliches Recht und verständige Richter. Sind die Alternativen der Mediation und des Schiedsverfahrens die einzigen Lösungsmöglichkeiten für dieses uralte Problem?

5. Privatisierte Justiz?

[Rz 14] Peter Nobel hat zum Verhältnis der staatlichen Gerichte und der Schiedsgerichte folgendes festgehalten⁹: «*Angesichts verschiedener Vorteile scheint sich die Waage zugunsten der Schiedsgerichte geneigt zu haben. Das staatliche Gerichtssystem ist hier herausgefordert und sollte nicht stehen bleiben. Man darf aber auch den Staat als Dienstleistungserbringer betrachten. Will er jedoch der Nachfrage gerecht werden, so muss er sich spalten und verschiedene alte Zöpfe abschneiden. Der Staat sollte nämlich die Justiz zuletzt aus der Hand geben. Diese Möglichkeit steht ihm auch gar nicht offen, denn sonst wäre die Vollstreckung nicht mehr gesichert. Die Rule of Law würde leiden. Soll sie aber seiner Hand nicht entgleiten, so muss über die Faktoren der Konkurrenzfähigkeit nachgedacht werden und Reformen wären konsequent und rasch an die Hand zu nehmen.*»

[Rz 15] Das sind deutliche Worte, denen nichts beizufügen ist. Die Schweizer Rechtsordnung steht vor der folgenden Alternative: Effizienz-Steigerung der staatlichen Gerichte oder privatisierte Justiz.

⁸ So der Gastkommentar von Rechtsanwalt UELI VOGEL-ETIENNE, «Unverständliche Justiz», NZZ Nr. 44 vom 22. Februar 2013, S. 23.

⁹ PETER NOBEL, Handelsgerichte und Schiedsgerichte, in: Brunner (Hrsg.), Europäische Handelsgerichtsbarkeit, Bern 2009, 201 ff., 231.

6. Staatliche Justiz in der wissenschaftlich-technischen Zivilisation

[Rz 16] Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine weitere Tendenz zur privatisierten Justiz eine Gefahr für Gesellschaft und Staat. Die Begründung liegt auf der Hand. Wirtschaftlich starke Prozessparteien wählen nicht mehr die staatlichen Gerichte, sondern die Mediation und die Schiedsgerichte. Wirtschaftlich schwache Prozessparteien müssen mit den staatlichen Gerichten Vorlieb nehmen. Diese Tendenz ist absehbar. Für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) bedeutet dies einen gravierenden wirtschaftlichen Nachteil. Sie sind bei Streitlagen in langwierige und kostspielige Konflikte verwickelt, die Zeit und Ressourcen binden. Das ist für den Schweizer Wirtschaftsstandort schädlich, bilden die KMU doch den überwiegenden Teil der Volkswirtschaft und sie sind ein wichtiger Faktor für die dringend notwendigen Innovationen in Produktion und Handel.

[Rz 17] Verschärft wird die Lage in der heutigen wissenschaftlich-technischen Zivilisation, die sich als Folge der WTO-Liberalisierungen zum globalen Markt weiter entwickelt hat. Der Gesetzgeber hat dies erkannt und mit der neuen Zivilprozessordnung die Schweizer Handelsgerichtsbarkeit gestärkt. An den Handelsgerichten arbeiten daher Berufsjuristen und Expertenrichter (Fachrichter) zusammen. Juristen kennen nur – aber immerhin – die Normen der (materiellen) Gesetze und der (formellen) Verfahren. *Juristen sind* jedoch in der Lebenswelt der Technik und in der immer komplexer werdenden globalisierten Wirtschaft *Laien*. Die Fachrichter dagegen sind Experten mit Kenntnissen der komplexen Sachverhalte unserer Technik in den verschiedenen Branchen der Wirtschaft. Diese Zusammenarbeit in den Kollegialgerichten der Fachgerichte ist daher eine der dringend notwendigen Lösungen für die (Zitat vorstehend, aber für unsere Zeit aktualisiert) «... *oben gemeldeten Gebrechen der Unternehmen und der handelsrechtlichen Streitigkeiten* ...».

7. CCJE Opinion (2012) No. 15 versus CEPEJ Studies (2012) No. 18

[Rz 18] Im Vorwort zum Projekt Best Practice der europäischen Handelsgerichte (2012) konnte folgendes festgehalten werden¹⁰: «*Der vorliegende Rechtsvergleich ist ein Beitrag im Rahmen des umfassenden Projektes des Euro-Parates zur Effizienzsteigerung der Justiz in Europa: European Commission for the Efficiency of Justice, CEPEJ, European judicial systems, Strasbourg 2010. Der vorliegende Rechtsvergleich konkretisiert für die Europäische Handelsgerichtsbarkeit das fünfte Kapitel des CEPEJ-Reports (Courts), das siebte Kapitel (Professional and non professional Judges) und das neunte Kapitel (Fair trial and court activity in commercial litigious and non-litigious cases). An dieser Stelle sei dem Generalsekretär des Euro-Parates, Thorbjørn Jagland, für die Übernahme des Patronats der vorliegenden Publikation bestens gedankt.*»

[Rz 19] Der in jenem Vorwort zitierte Bericht ist inzwischen aktualisiert worden und unter CEPEJ Studies (2012) No. 18 neu publiziert. Seine Zielvorgaben werden nach der hier vertretenen Auffassung im neuen Bericht der CCJE Opinion (2012) No. 15 nicht hinreichend gewürdigt. Es entsteht vielmehr – bei allem Respekt und unter Berücksichtigung der umfassenden Vernehmlassung – der Eindruck, dass an diesem Bericht nur Juristen mitgewirkt hätten. Das wäre für die europäische Handelsgerichtsbarkeit fatal, denn analog zum Schweizer Wirtschaftsstandort steht der europäische Wirtschaftsstandort heute in einem scharfen globalen Wettbewerb. Die in der CCJE Opinion (2012) No. 15 namhaft gemachten Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit, die konkretisiert und detailliert mit Bezug auf die Frage der Spezialisierung der Richter dargestellt werden, sind ungeteilt zu unterstützen.

[Rz 20] Aufhorchen lässt jedoch die Erwägung Ziff. 26, wonach Berufsrichter in der Lage seien, *Rechtstatsachen in allen Materien* zu entscheiden. Das müssen sie ohne Zweifel tun, denn Richter (als Berufsjuristen) können nicht mit der Begründung der eigenen Ignoranz bei komplexen wissenschaftlich-technischen Sachverhalten in den Ausstand treten (umgekehrt ist Ignoranz nicht Voraussetzung für Neutralität und Objektivität). Der zu überwindende Berggrat zur Anmassung des Wissens als Grundlage für

¹⁰ Vgl. vorne Fussnote 1.

das Gerichtsurteil ist jedoch schmal.

[Rz 21] Innerhalb eines Fachgerichtes ist daher der Beratung zwischen Berufsjuristen und Fachrichtern grösste Bedeutung beizumessen. Durch den möglichen *rationalen Diskurs im Kollegialgericht*, durch Fragen und Antworten, durch konkrete Rückfragen und gegenseitige Aufklärung über Sachverhalt und Rechtsnorm sind Fachgerichte jedem ordentlichen Gericht, das in einem umständlichen Beweisverfahren externe Experten beiziehen muss, weit überlegen.

keiten mit der Stärkung der Fachgerichte nicht (nur) der privatisierten Justiz der Schiedsgerichte überlassen.

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

8. Postulate und Perspektiven der Schweizer Handelsgerichtsbarkeit

[Rz 22] Damit kommen wir zur Schlussfolgerung der vorliegenden Anmerkungen. Die Schweizer Handelsgerichte, wozu nun auch das Schweizer Patentgericht zählt, erfüllen die Anforderungen an staatliche Gerichte in der wissenschaftlich-technischen Zivilisation und im Umfeld der Globalisierung der Märkte. Mit den Ausstandregeln, die gleichermassen für Berufsjuristen und Fachrichter gelten, entsprechen sie rechtstaatlichen Prinzipien. Gleichzeitig sind sie in der Lage, die drohende Abwanderung der Unternehmen in die nichtstaatliche Mediation und in die privatisierte Justiz der Schiedsgerichte – die eine adäquate Ergänzung der staatlichen Gerichte bleiben soll und muss – aufzuhalten.

[Rz 23] Die Handelsgerichtsbarkeit in Form von spezialisierten Fachgerichten erfüllt die Postulate eines *raschen, einfachen und kostengünstigen Verfahrens*. Mit der Möglichkeit der Schlichtung in der Besetzung mit einem Berufsjuristen und einem Fachrichter wird eine sehr grosse Anzahl von komplexen Wirtschaftsfällen rasch gelöst und entlastet damit wesentlich die obere Instanz.

[Rz 24] In dieser Perspektive sind Handelsgerichte als Fachgerichte ein wesentlicher Teil einer Justiz von unten. Sie entsprechen daher einer langen Schweizer Tradition. Handelsgerichte als Fachgerichte sprechen die gleiche Sprache wie die Unternehmen, die ihre handelsrechtlichen Streitigkeiten vor das staatliche Gericht bringen. Die Vorschläge für gütliche Lösungen haben daher eine hohe Akzeptanz bei den Unternehmen als Streitparteien. *Der Schweizer Staat hat die handelsrechtlichen Streitig-*