ZPO

Schweizerische Zivilprozessordnung

Kommentar

3. Auflage

Herausgegeben von

Alexander Brunner
Ivo Schwander
Moritz Vischer

Art. 1–196

DIKE

Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)

Kommentar

3. aktualisierte und erweiterte Auflage, inkl. ZPO-Revision per 1. Januar 2025

Herausgegeben von

Alexander Brunner

Prof. Dr. iur., Titularprofessor em. für Handels- und Konsumrecht sowie Verfahrensrecht an der Universität St. Gallen, Lehrbeauftragter für Wirtschaftsrecht und Vertragsrecht an der Universität Zürich, CEDR Accredited Mediator (London), Richter Eidg. Schiedskommission ESchK (Bern), Oberrichter a.D. am Handelsgericht des Kantons Zürich und ehemals nebenamtlicher Bundesrichter an der Ersten zivilrechtlichen Abteilung (Lausanne)

Ivo Schwander †

Prof. Dr. iur., Dr. h.c. (Universität Zürich), Ordinarius em. für Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und schweizerisches Privatrecht an der Universität St. Gallen, Rechtskonsulent bei Pestalozzi Rechtsanwälte AG (Zürich)

Moritz Vischer

Dr. iur., Rechtsanwalt, Bezirksrichter, Arbeits- und Mietgerichtspräsident des Bezirkes Winterthur, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

DIKE

Zürich / St. Gallen 2025

Leseprobe

Geleitwort zur Drittauflage

Zur *Erstauflage (2011)* und zur *Zweitauflage (2016)* des DIKE-Kommentars finden sich noch Vorworte, aber kein Geleitwort, umso mehr ist dies für die Drittauflage nach mehreren Richtungen angezeigt. Es betrifft dies *erstens* die Aufnahme des DIKE-Kommentars zur ZPO bei der massgebenden Leserschaft (1), *zweitens* die Veränderungen unserer Autoren- und Herausgeberschaft (2) und *drittens* zwei Hinweise zum gegenwärtigen Stand der Schweizer Zivilprozessordnung mit ihren unbestreitbaren Vorzügen einerseits und dem Bedarf zur normativen Nachbesserung anderseits (3).

(1) Die Arbeiten zur *Drittauflage (2024)* begannen bereits 2019, da der Kommentar durch die *Leserschaft in Gerichten, Anwaltschaft und Lehre* gut aufgenommen worden war und in den Gerichtsentscheiden und in der neu erschienenen Literatur regelmässig als eine der ersten Referenzen angeführt wurde. Die Ausrichtung des Kommentars folgte dabei schon in der Erstauflage dem sinngemässen Diktum Immanuel Kants in seinen Logik-Vorlesungen, wonach Theorie ohne Praxis «leer» und Praxis ohne Theorie «blind» bleiben muss. Erst das Zusammenspiel zwischen Praxis und Theorie ermöglicht zutreffende Aussagen von Wert für die täglichen Entscheide. Die Drittauflage setzt diese Tradition fort. Der DIKE-Kommentar zur ZPO verarbeitet sorgfältig die seit der letzten Auflage ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Kantone und berücksichtigt auch die seither erfolgte Verfeinerung der Auslegung durch die Lehre.

Besonderes Gewicht wird dabei auf die aktuelle ZPO-Revision zur Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung gelegt, was den Entscheid zur Drittauflage im Jahr 2019 und die Arbeiten bis 2024 unter Einbezug der parlamentarischen Debatten (Inkrafttreten der ZPO-Revision per 1. Januar 2025) massgeblich motiviert und begleitet hat. Der Leserschaft werden daher auch in der Drittauflage eine *klare Gliederung der Kommentare und die Konzentration der Inhalte auf das Wesentliche* sowie Ausführungen geboten, die für die Anwendung des Gesetzes in der Praxis wichtig sind. Zudem finden sich weiterhin alternative Argumente und Lösungen für einen besseren Rechtsschutz, besonders bei problematischen Auslegungs- und Lückenfüllungsfragen.

(2) Die Fokussierung des Kommentars auf die Praxistauglichkeit findet ihre Konkretisierung auch in der *Autorenschaft.* Die Lektüre des über fünfzig Namen zählenden Autorenverzeichnisses zeigt eine *umfassende Repräsentanz* namhafter Kolleginnen und Kollegen innerhalb des Schweizer Justizsystems und der Schweizer Universitäten. Es ist ein Zusammenspiel erfahrener Anwältinnen und Anwälte, die ihr Bestes aus der Praxis ihrer Fachgebiete liefern, der Professoren, die profunde Analysen zum Verständnis des Gesetzes beitragen, und nicht zuletzt einer grossen Zahl von Richterinnen und Richtern, die in Amt und Würden stehen oder standen und die Bodenhaftung des Kommentars ausmachen. Diese eingehende Vertiefung der Fragen zum Zivilprozess ist auch der Grund für die Beibehaltung von zwei Bänden des Kommentars.

All jenen Autorinnen und Autoren, die ihre wertvolle Arbeit bis zur Zweitauflage geleistet haben, gebührt ein ganz grosser Dank. Dies ist auch deshalb von Bedeutung, zumal sie grosszügig bereit waren, rechtzeitig einer nachfolgenden Generation von motivierten und innovativen Kolleginnen und Kollegen Raum zu schaffen. Den nunmehr Emeritierten wünschen wir eine wohlverdiente geruhsame Zeit. Um die Konstanz des Kommentars zu gewährleisten, haben sich indessen nahezu alle bisherigen Autorinnen und Autoren zur Aktualisierung der umfangreichen Texte zusammengefunden, und die Herausgeberschaft der Drittauflage ist ihnen zu grösstem Dank verpflichtet.

Schliesslich musste die Drittauflage auf die Mitarbeit des vormaligen Herausgebers DOMINIK GASSER bereits in den Vorarbeiten ab 2019 verzichten. Unser Freund und Kollege GASSER war einer der Initianten des DIKE-Kommentars zur ZPO, zumal er in seiner damaligen Funktion im *Bundesamt für Justiz* massgeblich am Gesetzesprojekt der neuen Schweizer ZPO gearbeitet hatte und als Koordinator wertvollste Dienste leistete. Ohne ihn wäre die Erstauflage (2011) nicht aus dem Stand heraus das geworden, was die Leserschaft anschliessend in Händen hielt, und auch die Zweitauflage (2016) wurde durch ihn mitgefördert. Mit MORITZ VISCHER konnten wir einen würdigen Ersatz finden.

Ein grosser Verlust traf die Autoren- und Herausgeberschaft mit dem Hinschied unseres guten alten Freundes und Kollegen Prof. em. Dr. iur. Dr. h. c. IVO SCHWANDER † (23. Oktober 1946–12. Juli 2024). Für die langjährige und gute Zusammenarbeit als Mitherausgeber gebührt ihm unser herzlicher Dank. Auch in der Vorbereitungsphase der Drittauflage war er noch voll Feuer und Energie mit innovativen Vorschlägen, die Arbeiten an der vorliegenden Neuauflage mussten jedoch ohne ihn abgeschlossen werden. Kollege SCHWANDER war einer der Grossen der *Schweizer Zivilprozessrechtslehre* mit einer *auch internationalen Ausrichtung* und er hinterlässt eine grosse Lücke. Die Unterzeichneten führten seine Aufgaben als Herausgeber und teilweise in Mitautorschaft in seinem Sinne fort. Er lebt weiter in seinem umfassenden Lebenswerk und in unserer Erinnerung.

(3) Abschliessend bleiben Hinweise zum gegenwärtigen Stand der Schweizer Zivilprozessordnung nach ihrer Teilrevision mit Inkrafttreten per 1. Januar 2025. Einer der unbestreitbaren Vorzüge ist die Beibehaltung der aktiven Rolle der Schweizer Richterschaft bei der Streitbeilegung durch Dialog mit den Prozessparteien, womit im allseitigen Interesse Verfahren *einfach, rasch und kostengünstig* abgeschlossen werden können. Für den Schweizer Justizstandort ist dies von grosser wirtschaftlicher Bedeutung. *Die Vergleichskultur an den Gerichten ist eines der Alleinstellungsmerkmale des Schweizer Zivilprozessrechts.* Faktenbasierte Vergleichsvorschläge der Richterschaft begründen keinen Ausstand. Das in der Rechtstheorie diskutierte «allgemeine Vorverständnis» als «Vorurteil» bedeutet keinen Mangel an Urteilskraft der Richterschaft, denn durch Dialog mit Parteien und Anwälten gemeinsam ermittelte Ergebnisse und durch das Beweisrecht erfasste Sachverhalte führen *nicht* zu *Vorurteilen,* sondern zu *Vergleichsentscheiden mit allgemeiner Akzeptanz* oder zu *sachlich motivierten Urteilen* als materieller Grundlage möglicher Rechtsmittelverfahren.

Eine prozessrechtliche Lücke weist die ZPO trotz Revision nach wie vor beim *kollektiven Rechtsschutz* auf. Diese Lücke ist *gravierend.* Sie bedeutet nichts weniger als der weiter bestehende Mangel an Ausgleich bei Massenschäden einer grossen Zahl von Personen. Der Schweizer Gesetzgeber steht hier in der Pflicht.

Abschliessend ist es eine Freude, dem DIKE-Verlag und seinen Mitarbeitenden ein grosses Dankeschön zu entbieten, allen voran ELISABETH TRIBALDOS und DORIS SARCEVIC, die der Autorenschaft sowie den Herausgebern stets hilfreich zur Seite standen.

In Gedenken an IVO SCHWANDER, Juli 2024
ALEXANDER BRUNNER und MORITZ VISCHER

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren

DANIEL BÄHLER
Fürsprecher, alt Oberrichter, Thun
Art. 285–294

EVA BENGTSSON
Dr. iur., Rechtsanwältin, Oberrichterin, Schaffhausen
Vor Art. 274–294, Art. 274–279, 282–284

EVA BORLA-GEIER
Dr. iur., LL.M., Oberrichterin, Zürich
Art. 15, 70–72

ALEXANDER BRUNNER
Prof. Dr. iur., Oberrichter a. D. am Handelsgericht Zürich, ehemals nebenamtlicher Bundesrichter, Titularprofessor em. Universität St. Gallen
Art. 1, 3–6, 8, 32, 89, 243–247, 328–334, 372–380, 382–388

NICOLE CLEIS
Dr. iur, LL.M., Rechtsanwältin, Zürich
Art. 367–371

PETER DIGGELMANN
lic. iur., Rechtsanwalt, alt Oberrichter (Zürich), Aktuar ad hoc am Kantonsgericht Graubünden
Art. 47–51, 91–94, Art. 94a

ANNETTE DOLGE
Dr. iur., LL.M., Präsidentin des Obergerichts des Kantons Schaffhausen, Rechtsanwältin
Vor Art. 274–294, Art. 274–279, 282–284

URS EGLI
Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich
Art. 197–209

NADJA ERK
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Zürich
Art. 59, 60, 130–132

DANIEL FÜLLEMANN
Dr. iur., Rechtsanwalt, Vorsteher Rechts- und Beschwerdedienst des Kantons Schwyz
Art. 14, 17, 18, 29, 30, 35, 84–88, 90, 406

DOMINIK GASSER
MLaw, Rechtsanwalt, Bern
Art. 1

DANIEL GLASL
Dr. iur., H.E.E., Rechtsanwalt, Zürich
Art. 55–58

SIMON GLASL
MLaw, LL.M., Rechtsanwalt, Zürich
Art. 55–58

TARKAN GÖKSU
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Fribourg
Art. 16, 19, 52–54, 73–83, 257

MYRIAM GRÜTTER
lic. iur., Fürsprecherin, Oberrichterin, Bern
Art. 95–116

JAN HERRMANN
lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht
Art. 36–38

PETER HIGI
Prof. Dr. iur., alt Oberrichter Obergericht Zürich, Titularprofessor em. an der Universität Fribourg
Art. 33, 160–167

STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER
Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, Bern
Art. 20–22, 66–69

LUKAS HUBER
lic. iur. HSG, Rechtsanwalt, Stabschef der Oberstaatsanwaltschaft, Zürich
Art. 117–123, 133–141

IVO HUNGERBÜHLER
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich
Art. 311–314, 321–324

RETO M. JENNY
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich
Art. 340–343

LUZIUS KAUFMANN
Dr. iur., Gerichtsschreiber Kreisgericht See-Gaster, Ersatzrichter Militärgericht 2
Art. 124–129, 248–251, 252–256

MARTIN KAUFMANN
Prof. Dr. iur., Kantonsrichter, St. Gallen
Art. 124–129, 248–251, 252–256

MICHAEL KRAMER
lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich
Art. 130–132, 393–399

MARKUS KRIECH
Dr. iur., alt Oberrichter, Zürich
Art. 236–242

MICHAEL LAZOPOULOS
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich
Art. 391, 392

CHRISTIAN LEU
Rechtsanwalt, Zürich
Art. 150–157, 159

GORAN MAZZUCCHELLI
Dr. iur., Rechtsanwalt, Lugano, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern
Art. 39

MILIVOJE MITROVIC
Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich
Art. 397–399

CHRISTINE MÖHLER
Dr. iur., Rechtsanwältin, Zürich
Art. 348–352

HANS-JAKOB MOSIMANN
Dr. iur., M.A.
Art. 7, 280, 281

OLIVER MROSE
MLaw, Rechtsanwalt, Zürich
Art. 197–209

HEINRICH ANDREAS MÜLLER
Dr. iur., alt Obergerichtspräsident Zürich
Art. 141a, 141b, 160–193, 407a

MARKUS MÜLLER-CHEN
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Universität St. Gallen
Art. 62–65

SEBASTIAN MÜLLER
Dr. iur., Gerichtspräsident, Bern
Art. 302

ERIC PAHUD
Dr. iur., Oberrichter, Zürich
Art. 219–235

STEFANIE PFÄNDER BAUMANN
lic. iur., Rechtsanwältin, Gerichtspräsidentin Regionalgericht Oberland, Thun
Art. 271–273, 295–301, 301a, 303, 304

BRIGITTE RICKLI
lic. iur., Rechtsanwältin, Gerichtspräsidentin Regionalgericht Bern-Mittelland, Bern
Art. 210–212, 400, 401

RODRIGO RODRIGUEZ
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Universität Luzern
Art. 194–196, 327a

THOMAS ROHNER
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich
Art. 335–339, Art. 344–352, 389, 390

JÜRG G. SCHÜTZ
Dr. iur., LL.M., dipl. Arch. FH, Advokat, Basel
Vor Art. 213–218, Art. 213–218

MARKUS SCHMID
lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Basel
Art. 36–38

IVO SCHWANDER
Prof. Dr. iur., Dr. h. c., Ordinarius em. Universität St. Gallen, Rechtskonsulent, Zürich
Art. 1, 2, 9–12, 23–28, 31, 258–260, 305–307a, 328–334, 360–371, 381, 402–405, 407b–408

DANIELLE SCHWENDENER
MLaw, Rechtsanwältin, Oberrichterin, Präsidentin der 1. Strafkammer des Obergerichts, Bern
Vor Art. 308–334, 308–310, 319, 320

CHRISTOPH SENTI
Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Altstätten/SG
Art. 34

MARCO STACHER
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Titularprofessor Universität St. Gallen
Art. 61, 251a, 353–366, 381, 407

THOMAS ALEXANDER STEININGER
Dr. iur. et MTh, Rechtsanwalt
Art. 40–45, 243–247, 315–318, 325–327, 372–380, 382–388

MARTIN TANNER
Dr. iur., Gerichtsschreiber am Bundesgericht
Art. 46, 142–149

MORITZ VISCHER
Dr. iur., Rechtsanwalt, Bezirksrichter, Arbeits- und Mietgerichtspräsident des Bezirkes Winterthur, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich
Art. 1, 3–6, 8, 33, 38a, 66–69, 150–157, 159, 401a

REMO WAGNER
Dr. iur. HSG, LL.M., Rechtsanwalt, Zürich
Art. 34

MATTHIAS WIGET
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich
Art. 393–396

JOHANN ZÜRCHER
Dr. iur., Rechtsanwalt, Oberrichter a. D. am Handelsgericht Zürich, Stäfa
Art. 13, 158, Vor Art. 261–270, Art. 261–270

Art. 6 Handelsgericht

[1] Die Kantone können ein Fachgericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig ist (Handelsgericht).

[2] Eine Streitigkeit gilt als handelsrechtlich, wenn:

a. die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist;

b. der Streitwert mehr als 30 000 Franken beträgt oder es sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit handelt;

c. die Parteien als Rechtseinheiten im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind; und

d. es sich nicht um eine Streitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis, nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989, nach dem Gleichstellungsgesetz vom 24. März 1995, aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen oder aus landwirtschaftlicher Pacht handelt.

[3] Ist nur die beklagte Partei als Rechtseinheit im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen, sind aber die übrigen Voraussetzungen erfüllt, so kann die klagende Partei zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht wählen.

[4] Die Kantone können das Handelsgericht ausserdem zuständig erklären für:

a. Streitigkeiten nach Artikel 5 Absatz 1;

b. Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften;

c. Streitigkeiten, bei denen die folgenden Bedingungen erfüllt sind:

1. Die Streitigkeit betrifft die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei.

2. Der Streitwert beträgt mindestens 100 000 Franken.

3. Die Parteien stimmen der Zuständigkeit des Handelsgerichts zu.

4. Im Zeitpunkt dieser Zustimmung hat mindestens eine Partei ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort oder ihren Sitz im Ausland.

[5] Das Handelsgericht ist auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Eintritt der Rechtshängigkeit einer Klage zuständig.

[6] Betreffen Klagen Streitgenossen, die nicht alle als Rechtseinheiten im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind, so ist das Handelsgericht nur zuständig, wenn alle Klagen in seine Zuständigkeit fallen.

Art. 6 Tribunal de commerce

[1] Les cantons peuvent instituer un tribunal spécial qui statue en tant qu'instance cantonale unique sur les litiges commerciaux (tribunal de commerce).

[2] Un litige est considéré comme commercial aux conditions suivantes:

a. l'activité commerciale d'une partie au moins est concernée;

b. la valeur litigieuse dépasse 30 000 francs ou le litige est de nature non patrimoniale;

c. les parties sont inscrites comme entités juridiques au registre du commerce suisse ou dans un registre étranger équivalent;

d. le litige ne relève pas du droit du travail, de la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services, de la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité, du droit du bail à loyer ou à ferme portant sur des habitations et des locaux commerciaux ni du droit du bail à ferme agricole.

[3] Si toutes les conditions sont remplies mais que seul le défendeur est inscrit comme entité juridique au registre du commerce suisse ou dans un registre étranger équivalent, le demandeur peut agir soit devant le tribunal de commerce soit devant le tribunal ordinaire.

[4] Les cantons peuvent également attribuer au tribunal de commerce:

a. les litiges mentionnés à l'art. 5, al. 1;

b. les litiges relevant du droit des sociétés commerciales et coopératives;

c. les litiges satisfaisant aux conditions suivantes:

1. le litige concerne l'activité commerciale d'une partie au moins,

2. la valeur litigieuse est de 100 000 francs au moins,
3. les parties ont donné leur accord,
4. au moment où l'accord est conclu, une partie au moins a son domicile, sa résidence habituelle ou son siège à l'étranger.

[5] Le tribunal de commerce est également compétent pour statuer sur les mesures provisionnelles requises avant litispendance.

[6] Lorsque les actions concernent des consorts qui ne sont pas tous inscrits comme entité juridique au registre du commerce suisse ou dans un registre étranger équivalent, le tribunal de commerce est compétent uniquement s'il l'est pour toutes les actions.

Art. 6 Tribunale commerciale

[1] I Cantoni possono attribuire a un tribunale specializzato il giudizio, in istanza cantonale unica, sul contenzioso commerciale (tribunale commerciale).

[2] Vi è contenzioso commerciale se:

a. la controversia si riferisce all'attività commerciale di una parte almeno;
b. il valore litigioso eccede 30 000 franchi o si tratta di una controversia non patrimoniale;
c. le parti risultano iscritte come enti giuridici nel registro svizzero di commercio o in un analogo registro estero; e
d. non si tratta di una controversia derivante da un rapporto di lavoro, di una controversia secondo la legge del 6 ottobre 1989 sul collocamento o la legge del 24 marzo 1995 sulla parità dei sessi, né di una controversia in materia di locazione e affitto di abitazioni e locali commerciali o di affitto agricolo.

[3] Se soltanto il convenuto è iscritto come ente giuridico nel registro svizzero di commercio o in un analogo registro estero, ma le altre condizioni risultano adempiute, l'attore può scegliere tra il tribunale commerciale e il giudice ordinario.

[4] I Cantoni possono altresì attribuire al tribunale commerciale il giudizio su:

a. le controversie di cui all'articolo 5 capoverso 1;
b. le controversie in materia di società commerciali e cooperative;
c. le controversie che adempiono le seguenti condizioni:
   1. la controversia si riferisce all'attività commerciale di una parte almeno,
   2. il valore litigioso raggiunge almeno 100 000 franchi,
   3. le parti acconsentono all'attribuzione del giudizio della controversia al tribunale commerciale, e
   4. al momento del consenso almeno una parte ha domicilio, dimora abituale o sede all'estero.

[5] Il tribunale commerciale è parimenti competente per l'emanazione di provvedimenti cautelari prima della pendenza della causa.

[6] Qualora, in caso di litisconsorzio, non tutti i litisconsorti siano iscritti come enti giuridici nel registro svizzero di commercio o in un analogo registro estero, il tribunale commerciale è competente soltanto se lo è per tutte le azioni.

1. Übersicht

1.1. Handelsgericht als Fachgericht (Abs. 1)

Nach Art. 6 **Abs. 1** ZPO können die Kantone ein Fachgericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig ist (Handelsgericht). Der grosse Vorteil der Handelsgerichtsbarkeit[1] liegt im *Zusammenwirken* von höheren *Berufsrichtern* und sachkundigen Handelsrichtern *(Expertenrichter)* aus den verschiedenen Wirtschaftsbranchen **(Fachgericht)**. Hinzu kommt, dass die Handelsgerichte auf der oberen kantonalen Gerichtshierarchie angesiedelt sind, was die Akzeptanz ihrer Urteile erhöht. 1

[1] MEIER/RÜEGG; HAUSER/SCHWERI GVG/ZH, Vor § 57–65 N 1–5; LEUENBERGER, Überblick; RÜETSCHI, Handelsgericht; SUTTER-SOMM, Vorentwurf, 550 f., insb. zum doppelten Instanzenzug bzw. zur Handelsgerichtsbarkeit.

1.2. Bundesrechtliche Vorgaben an Fachgerichte (Art. 49 BV)

2 Der Terminus «Fachgericht» bezeichnet mit dem Inkrafttreten der ZPO einen **bundesrechtlichen Rechtsbegriff**. Per Legaldefinition in Art. 6 **Abs. 1** ZPO 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, gemäss **Art. 49 BV (Derogationsnorm)** verpflichtet, sich an das Bundesrecht zu halten.

3 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 beimessen.[2] Diese Vorgaben sind im Rahmen der *grammatikalischen* (Gesetzeswortlaut) und der *historischen Auslegung* von Art. 6 ZPO zu berücksichtigen. Die auf kantonaler Ebene vereinzelt vorgetragene Kritik[3] gegen diese allgemein anerkannte Ausgestaltung der Handelsgerichte als Fachgerichte ist durch das Bundesrecht gegenstandslos geworden und wurde zudem durch einen **Grundsatzentscheid des Bundesgerichts** zutreffend widerlegt.[4]

4 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 **Bundespatentgericht**, das analog zu den kantonalen Handelsgerichten als Fachgericht ausgestaltet worden ist.[5] 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.

5 Auch Sinn und Zweck der Handelsgerichte *(teleologisches Auslegungselement)* ergeben sich ohne weiteres aus den Absichten des Bundesgesetzgebers, *die bestehenden kantonalen Handelsgerichte als Fachgerichte weiterzuführen*. Nach Art. 6 Abs. 1 ZPO muss ein Handelsgericht über **notwendiges Fachwissen** verfügen. Die Kantone können somit handelsrechtliche Streitigkeiten nicht ohne weiteres dem Obergericht als einziger Instanz zuweisen, das nur aus Berufsrichtern (Juristen) besteht. Das Bundesrecht verlangt von den Kantonen mit Option Handelsgericht, dass die Mehrzahl der Richter über die Sachkunde[6] verfügt **(Expertenrichter)**, die solche Streitsachen erfordern.

---

2 BRUNNER, Auswahl, m.w.H.

3 BRUNNER, Auswahl, Fn. 4 m.H. auf SCHWANDER, Zürcher Handelsgericht.

4 BGE 136 I 207 = BGer, 4A_118/2010, 19.4.2010 (vollständig).

5 Art. 8 und 21 PatGG.

6 Vgl. dazu die zutreffenden Voten der Kantonsräte LOSS und BADERTSCHER in der Zürcher Parlamentsdebatte vom 22. August 2011 zur Einzelinitiative KR-Nr. 50/2011 betreffend die bundesrechtskonforme Umsetzung der Handelsgerichtsbarkeit im Kanton Zürich. Die gemäss Protokoll des Zürcher Kantonsrats dagegen erhobenen Einwände der Kantonsräte BISCHOFF und STIEFEL im Gefolge des BGer, 1C_415/2010, 2.2.2011, vermögen nicht zu überzeugen. So ist auf Bundesebene die *Wählbarkeitsvoraussetzung* der *Sachkunde* für das Bundespatentgericht als Fachgericht gesetzlich geregelt worden. Das Gleiche muss für ein kantonales Handelsgericht als Fachgericht gelten. Der kantonale

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 handelsrechtliche Streitigkeiten als einzige kantonale Instanz entscheiden darf.* Die ZPO und das BGG beziehen sich in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf die bestehenden Handelsgerichte.[7] 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 der zu behandelnden Materie vertraut sind.[8] 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 einziger Instanz zuweisen. Der Terminus «Handelsgericht» ist nunmehr ein Begriff des Bundesrechts, der beim Bundesgericht wegen Verletzung von Bundesrecht gerügt werden kann, wenn das kantonale Gericht den **bundesrechtlichen Anforderungen an ein Fachgericht** nicht genügt (Art. 6 ZPO sowie Art. 75 und 95 BGG).[9] 6

1.3. Funktion der Handelsgerichte

Die **Funktion der Handelsgerichte** entspricht den Postulaten der Handelsgerichtsbarkeit, die für den Wirtschaftsstandort Schweiz von herausragender Bedeutung ist. Die Tätigkeit von Unternehmen in Industrie und Handel mit Bezug auf Waren und Dienstleistungen erfordert im Falle von Streitlagen Gerichtsverfahren, die **einfach, rasch und kostengünstig** sind.[10] 7

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 ergibt. Die überwiegende Arbeit in Fachgerichten besteht nicht in der rechtlichen Subsumption von Sachverhalten unter Rechtsnormen, sondern in der Ermittlung und **Feststellung komplexer Sachverhalte**. 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 sicherzustellen. Die Handelsgerichte 8

Gesetzgeber steht hier in der Verantwortung (vgl. dazu auch die Hinweise zu Art. 3 ZPO im vorliegenden Kommentar).

7 Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202 ff. (zit. Botschaft BGG), 4310.

8 Botschaft BGG, 4310 f.

9 Dies ergibt sich unzweifelhaft aus den Beratungen des Parlaments. Das entsprechende Kurzgutachten des Bundesamtes für Justiz vom 5. Februar 2007 an die Rechtskommission des Ständerates blieb dort unbestritten, vgl. dazu: BRUNNER, Rechtsdokumentation, 206 ff.

10 BRUNNER, Handelsrichter; VOGEL, Management; BRÄNDLI, Prozessökonomie, 246 ff.

als Fachgerichte sind daher mit drei Fachrichtern und zwei Berufsrichtern besetzt, wobei auch ein Verhältnis von zwei zu eins denkbar ist.

9 Für alle Richter des Fachgerichts gilt die **richterliche Unabhängigkeit** nach Art. 191c BV und sie sind nur dem Recht verpflichtet. Wie Gerichtsgutachter (Art. 183 Abs. 2 ZPO) können aber auch Fachrichter zu den Prozessparteien in bestimmten Fällen besondere Beziehungen aufweisen; in beiden Fällen gelten nunmehr die bundesrechtlichen Regeln über den **Ausstand** (Art. 47 ff. ZPO). 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 Gutachter (Art. 184 ZPO) oder als Fachrichter (Art. 6 ZPO i.V.m. Art. 191c BV) unmöglich. Ignoranz als Voraussetzung von Neutralität und Objektivität verlangt das Gesetz nicht. Aus diesem sachlichen Grund verletzt das Schweizer Prozessrecht auch nicht die **Verfahrensgarantien** in Art. 30 BV und in Art. 6 EMRK.[11]

10 Entsprechend den in Frage stehenden Rechtsmaterien ist bei Art. 6 ZPO das **Schlichtungsverfahren** nach Art. 199 Abs. 3 ZPO *optional und entfällt grundsätzlich*. Die klagende Partei kann demnach ihre Klage direkt beim Handelsgericht einreichen.

2. Entstehungsgeschichte

2.1. Innovative Entwicklung der Schweizer Handelsgerichte

11 Die Handelsgerichtsbarkeit spielt in den vier grossen schweizerischen Mittellandkantonen **Zürich, Bern, Aargau** und **St. Gallen** eine sehr wichtige Rolle und hat sich in der Praxis ausserordentlich bewährt. Diese vier Kantone,[12] 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 Schweizer Handelsgerichtsbarkeit sichtbar gestärkt hat. Auch aus internationaler Sicht ist die Handelsgerichtsbarkeit aus den genannten vier Kantonen nicht mehr wegzudenken.

12 Die **Innovation**[13] des Schweizer Prozessrechts besteht darin, dass die Handelsgerichte, die vormals als *Standesgerichte* (Gerichte für den Kaufmannsstand) gedacht waren, von allen kantonalen Gesetzgebern zu *Fachgerichten* weiterentwickelt worden waren, was dem Sinn für Praxisnähe entspricht und die Gerichtsorganisation der wissenschaftlich-technischen Entwicklung angepasst hat. In den Handelsgerichten nach Schweizer Prägung arbeiten daher nicht Juristen und «Laien» zusammen, sondern **Berufs- und Fachrichter** gemein-

---

11 So auch: BGE 136 I 207 E. 3.5.5. Die von BSK ZPO-VOCK/NATER, Art. 6 N 6, zutreffend referierte Kontroverse wurde damit höchstrichterlich entschieden. Die Kontroverse hatte ihren Ursprung in der überdehnten Auslegung des Klägerwahlrechts, vgl. dazu N 28 ff.

12 BRUNNER, Handelsrichter, Fn. 3–7 m.w. H

13 Fachgericht als Expertengericht, BRUNNER, FS HGer ZH, 29 ff.; BRÄNDLI, Prozessökonomie, 248 Fn. 1234; MARKUS/EICHEL/RODRIGUEZ; VETTER/STICH, 665 ff. Teilweise kritisch: RÜEFLI, 122 ff., 300 ff.; vgl. jedoch die Entwicklung in Europa: BRUNNER, Spezialisierung der Gerichte, und Deutschland: JACOB; so bereits REHBINDER, Fortschritte, 45 (Postulat Wissenschaftsgerichtshöfe).

sam, Letztere mit Bezug auf Theorie und Praxis alles andere als Laien ihres Faches, vielmehr Experten in anderen Bereichen von Wissenschaft und Praxis.

2.2. Fortführung der Schweizer Handelsgerichte

In der Vernehmlassung zum Vorentwurf wurde die Beibehaltung des Instituts der Handelsgerichte im Sinne von Fachgerichten nahezu einhellig unterstützt, wobei teilweise bedauert wurde, dass dies nur **als Option für die Kantone** ausgestaltet wurde. Die ZPO lässt es den Kantonen frei, solche Fachgerichte einzusetzen **(Abs. 1)**. Nach Bedarf kann jedoch jeder Kanton über die traditionellen vier Kantone hinaus ein Handelsgericht als Fachgericht vorsehen. Sinnvoll wären aber auch Fachgerichte für mehrere Kantone nach **Art. 191b Abs. 2 BV**, wobei für die Wählbarkeit der Richter in Fachgerichte ohnehin eine solche in eidgenössischen Angelegenheiten genügen sollte, denn die Sach- und Rechtsfragen vor den Handelsgerichten enden nicht vor den Kantonsgrenzen.[14] 13

Art. 6 **Abs. 2** ZPO folgt der Botschaft des Bundesrates. Diese orientierte sich auch für die *sachliche Zuständigkeit* der Handelsgerichte an den geltenden kantonalen Regelungen mit folgenden *drei Kriterien:* erstens **geschäftliche Tätigkeit** mindestens einer Partei (Art. 6 Abs. 2 lit. a E-ZPO), zweitens Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht zulässig (lit. b), und drittens **Eintrag der Firma beider Parteien** im Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register (lit. c). Der *Vorentwurf* liess es noch genügen, dass bloss die beklagte Partei als Firma in einem Handelsregister eingetragen zu sein brauchte (Art. 5 Abs. 1 lit. c Ziff. 1–2 VE-ZPO), vorgesehen war im Vorentwurf auch eine Einlassung (Art. 5 Abs. 1 lit. c Ziff. 3 VE-ZPO). 14

Im Gegensatz zum Vorentwurf, der eine *innerkantonale Beschwerde* gegen Entscheide des Fachgerichts vorsah (Art. 5 Abs. 3 VE-ZPO), verzichtete die Botschaft darauf, nachdem gegen eine solche **kantonale Doppelinstanz** *nahezu einhellige Kritik* in der Vernehmlassung[15] angebracht worden war.[16] Unter anderem wurde moniert, dass einer anstelle des Handelsgerichts urteilenden oder dessen Urteile überprüfenden Instanz nicht dieselben Fachkenntnisse zukommen würden wie dem Handelsgericht. Auch wurde eine Verlängerung der Prozessdauer befürchtet. In Bestätigung dieser mit Nachdruck geäusserten Anliegen nahm Art. 6 Abs. 3 lit. b E-ZPO daher *ausdrücklich Bezug* auf die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht, was schliesslich unverändert im Gesetz Aufnahme fand, entspricht dies doch bereits Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG. 15

Das Handelsgericht entscheidet daher funktional als **einzige kantonale Instanz** und es gibt kein innerkantonales Rechtsmittel gegen sein Urteil, auch kein beschränktes, wie dies 16

---

[14] Anders das Zürcher Parlament, das eine Ausnahmeregelung betreffend Wohnsitzpflicht für Handelsrichter unter KR-Nr. 421/2020 am 4. September 2023 mit 95 zu 76 Stimmen klar ablehnte. Zur rechtsstaatlich problematischen Absetzung von rechtskräftig gewählten Handelsrichtern durch dasselbe Parlament während laufender Legislatur 2007–2013 wegen ihres ausserkantonalen Wohnsitzes, der dem Parlament bei ihrer Wahl bekannt gewesen war, vgl. bereits BRUNNER, Geforderte Justiz, 847. Die entsprechende Wählbarkeitsvoraussetzung für Handelsrichter im deutschen Recht ist vorbildlich: objektive Qualitätsanforderungen anstelle von zwingenden Wohnsitzregeln, vgl. BRUNNER, Rechtsvergleich, 44.

[15] Vernehmlassungen ZPO, 22.

[16] Botschaft ZPO, 7261.

der Vorentwurf noch vorgesehen hatte. Die Abkürzung des Instanzenzugs kann nicht nur mit der Fachkompetenz des Spezialgerichtes gerechtfertigt werden. Sie dient vielmehr auch der Beschleunigung der Prozesse **(«fast track»-Prinzip)**, die bei der Handelsgerichtsbarkeit eine herausragende Rolle spielt. In den Beratungen des Parlaments wurde denn auch der Antrag der nationalrätlichen Rechtskommission, der zur Lösung des Vorentwurfs zurückkehren wollte, nach intensiv geführter Debatte im Verhältnis von zehn zu eins sehr deutlich verworfen.[17]

17 Eine weitere Aufwertung der Handelsgerichte als Fachgerichte begründete die Botschaft (Art. 6 Abs. 3 lit. a E-ZPO) mit der Möglichkeit der Kantone, **Streitigkeiten nach Art. 5 Abs. 1 ZPO** ebenfalls der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts als einziger kantonaler Instanz zu überbinden, was schliesslich Gesetz wurde (Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO). Völlig neu wurde sodann Art. 6 Abs. 3 ZPO direkt durch das Parlament eingeführt; der Antrag des Ständerates wurde vom Nationalrat diskussionslos genehmigt (**Klägerwahlrecht** ohne Eintrag in einem Handelsregister). Im Verfahren der Gesetzgebung blieb sodann die sachliche Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen bereits vor Rechtshängigkeit unbestritten (Art. 6 Abs. 5 ZPO; Art. 6 Abs. 4 E-ZPO).

2.3. Weiterentwicklung der Schweizer Handelsgerichte

17a Diese bewährten Grundsätze der Schweizer Handelsgerichtsbarkeit wurden im Zuge der **ZPO-Revision 2023 beibehalten und punktuell ergänzt**. So wurde im Sinne des «fast track»-Prinzips eine Anregung des Bundesgerichts aus dem Jahr 2011 verworfen, mit der ein innerkantonales Rechtsmittel gegen Handelsgerichtsentscheide gefordert wurde.[18] Präzisiert wurde namentlich die Definition der handelsrechtlichen Streitigkeit in Art. 6 Abs. 2 lit. b, c und d ZPO. Diese Präzisierungen stellen weitgehend eine *Verschriftlichung der handelsgerichtlichen Praxis* dar. Mit einem durch das Parlament eingefügten Zusatz in lit. b wurde klargestellt, dass auch **Klagen ohne Streitwert** – bei gegebenen weiteren Voraussetzungen – durch das Handelsgericht behandelt werden können.[19]

17b Klarheit schuf die Revision auch betreffend **Miet-, Pacht- und Arbeitsrecht**. Für diese Materien besteht keine Zuständigkeit des Handelsgerichts (mehr). Das steht weitgehend im Einklang mit der bereits in der Vorauflage gemachten Schlussfolgerung, wonach insbesondere Klagen von Arbeitnehmern gegen Unternehmen nicht unter ein Klägerwahlrecht fallen können, denn Lohn ist Geldleistung des Unternehmens und nicht dessen charakteristische Leistung.[20]

---

17 AB 2008 N 641 ff.

18 Botschaft ZPO-Revision 2023, 2724 f.

19 AB 2022 N 686; AB 2022 S 641; noch anders dazu die Vorauflage: Art. 6 N 26.

20 Vorauflage, Art. 6 N 42; vgl. grundsätzlich zu den rechtstheoretischen und praktischen Abgrenzungen: BRUNNER, Was ist Handelsrecht?, 1532 (Diagramm) und 1543 f.

2.4. (Swiss) International Commercial Courts

17c Einen der wesentlichsten Punkte der ZPO-Revision 2023 stellt die schweizweite Einführung einer gesetzlichen Grundlage für die **internationale Handelsgerichtsbarkeit**[21] dar. Mit Art. 6 Abs. 4 ZPO erhalten die Kantone die Kompetenz, bestimmte internationale Handelsstreitigkeiten mit Zustimmung der Parteien dem Handelsgericht zuzuweisen. Eine solche Gesetzesnorm wurde bspw. im Kanton Zürich als Abteilung des Handelsgerichts gefordert (zürcherisches Postulat K-Nr. 296/2018 zur Errichtung eines «Zurich International Commercial Court» am Handelsgericht des Kantons Zürich). Dieser Vorstoss konnte auf detaillierte Vorarbeiten[22] zurückgreifen, denn in der internationalen Handelsgerichtsbarkeit war nicht einzusehen, dass sie zusehends ausschliesslich in die Schiedsgerichtsbarkeit abgewandert ist. Es braucht für die Rechtsuchenden beide Wege, die der staatlichen Justiz der Handelsgerichte und jene der privatisierten Justiz der Schiedsgerichte. Sie ergänzen[23] sich auf sinnvolle Weise.

17d Mit dem gleichzeitig revidierten Art. 129 Abs. 2 lit. b ZPO, der es den Kantonen ermöglicht, bei übereinstimmenden Anträgen der Parteien **Englisch als Verfahrenssprache** zuzulassen, wird die Schweizer Handelsgerichtsbarkeit damit sinnvoll weiterentwickelt und international gestärkt. Ein Standortvorteil solcherart innovierter Handelsgerichte ist die Mitwirkung von Expertenrichtern in den Kollegien der (Swiss) International Commercial Courts, die nunmehr die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz ergänzen werden. Es obliegt inskünftig den kantonalen Gerichtsorganisationsgesetzen, auch über die Art und Weise der Urteilsredaktion (Englisch/Deutsch) zu bestimmen, was auch das Rechtsmittelverfahren zum Bundesgericht betreffen wird.

3. Regelungsgehalt

3.1. Grundsatz (handelsrechtliche Streitigkeit nach Abs. 2)

18 Nach Art. 6 Abs. 2 ZPO ist das Handelsgericht für **handelsrechtliche Streitigkeiten** *sachlich zuständig*, wobei das Gesetz diesen Grundsatz gleich vierfach und kumulativ absichert. Fehlt eine dieser Voraussetzungen (bzw. liegt im Fall von lit. d eine solche vor), sind nicht die Handelsgerichte, sondern die ordentlichen Gerichte mit Doppelinstanz sachlich zuständig. Die **vier kumulativen Voraussetzungen**[24] sind die folgenden:

---

21 BRUNNER/NOBEL, Internationaler Justizwettbewerb; BERNET/CHANDRASEKHARAN/GIROUD, 474 ff.; WEBER, Revisionsvorlage, 390 ff. (internationale Handelsgerichtsbarkeit).

22 NOBEL, Handelsgerichte und Schiedsgerichte, 201 ff.

23 NOBEL, Praxisvorschläge, 33 ff.; GIRSBERGER, 327 ff.

24 AB 2007 S 504; SCHMID, Das Verfahren vor Handelsgericht, 129 ff., 149 ff. (Zuständigkeit); CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 6 N 21 ff.; zur Kasuistik: BOHNET/DROESE, Präjudizienbuch ZPO, Art. 6 N 5 ff.

3.1.1. Materielle Definition der handelsrechtlichen Streitigkeit (lit. a und c)

19 **Doppeleintrag im Handelsregister:** 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 als Rechtseinheiten* «im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind». Dies ist die althergebrachte, klassische **subjektive Definition** des Handelsgeschäfts, die an die Kaufmannseigenschaft der beteiligten Personen kraft Registereintrags anknüpft. Mittlerweile existiert auch zum «vergleichbaren ausländischen Registereintrag» eine reichhaltige Praxis.[25] Der im Rahmen der ZPO-Revision 2023 eingeführte Begriff der **Rechtseinheit** knüpft an diese Grundsätze an. Eine Änderung der bisherigen Rechtspraxis ist nicht beabsichtigt.[26] Die Botschaft verweist zur Definition des «etwas gewöhnungsbedürftigen Begriffs» der Rechtseinheit auf Art. 927 Abs. 2 OR.[27] Sinnvoller erscheint diesbezüglich der wirtschaftsrechtliche Begriff des Unternehmens, der nicht mehr an einen *«Kaufmannsstand»*, sondern an die *wirtschaftliche Funktion* der Unternehmenstätigkeit anknüpft. Gemäss Gesetzeswortlaut gilt demnach eine Streitigkeit mit dieser *ersten kumulativen Voraussetzung* nur dann als handelsrechtlich, wenn sich im Streit **zwei registerrechtliche eingetragene Rechtseinheiten (hauptsächlich Unternehmen)** gegenüberstehen.

20 **Kasuistik zum Doppeleintrag:** Ist die beklagte Partei ein *Verein*, spielt es für die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts keine Rolle, ob sich dieser freiwillig oder aufgrund der Eintragungspflicht gemäss Art. 61 Abs. 2 ZGB in das Handelsregister hat eintragen lassen.[28] Ist die beklagte Partei eine *Einrichtung des öffentlichen Rechts*, besteht die handelsrechtliche Zuständigkeit nach Art. 6 Abs. 2–3 ZPO nur dann, wenn sie im schweizerischen Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen ist.[29] Ist die beklagte Partei eine *natürliche Person* und nur *als Organ* eingetragen, besteht keine sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts nach Art. 6 Abs. 2 ZPO.[30] Ein besonderes Problem ergibt sich bei der *Streitgenossenschaft mit eingetragenen und nicht eingetragenen Streitgenossen*. Sowohl im Fall der passiven notwendigen als auch in jenem der passiven einfachen Streitgenossenschaft ist die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts für sämtliche eingeklagten Streitgenossen abzulehnen, wenn die Voraussetzungen der sachlichen Zuständigkeit nicht für jeden einzelnen Streitgenossen erfüllt sind.[31] Das hält Art. 6 Abs. 6 ZPO nun explizit fest, womit für abweichendes kantonales Recht kein Raum

---

25 Nach SCHNEUWLY, Diss., Rz. 687 m.w.H. auf die Rechtsprechung: *Anguilla, Bermuda, Dänemark, Deutschland, Griechenland, Grossbritannien, Italien, Lettland, Liechtenstein, die Niederlande, Österreich, Singapur*, die *California Secretary of State database* sowie das *amerikanische Korporationsregister*.

26 Botschaft ZPO-Revision 2023, 2727; dazu auch: BGE 142 III 96 E. 3.3.2.

27 Vgl. Botschaft ZPO-Revision 2023, 2727.

28 HGer SG, HG.2014.115, 30.7.2014, E. II.2; HGer ZH, HE230036, 6.6.2023, E. 3.6, in: ZR 2023, 161 f.

29 HGer ZH, 1.11.2011, E. 3.3 f.; in: ZR 2011, 307 f.

30 BGE 140 III 409 E. 2.

31 HGer BE, HG 12 127, 9.12.2012, E. 8, in: CAN 2013, 145 ff.

mehr bleibt.[32] Dies entspricht bereits heute der geltenden Gesetzeslage in den Handelsgerichtskantonen.[33]

Entfällt. 21

Geschäftliche Tätigkeit: Nach Art. 6 Abs. 2 **lit. a** ZPO muss sodann die «geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen» sein, um als handelsrechtliche Streitigkeit zu gelten. 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, da ohnehin zwei Unternehmen für das Vorliegen einer handelsrechtlichen Streitigkeit beteiligt sein müssen. Vielmehr betrifft diese Voraussetzung die charakteristische Leistung (Art. 31 ZPO; vgl. dazu Art. 117 Abs. 3 IPRG) und die Geldleistung, die in einem Austauschverhältnis stehen. Wie im Umfeld der parlamentarischen Beratungen 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 sachliche Zuständigkeit von Handelsgerichten als Fachgerichten ist daher nur dann gegeben, wenn eine Streitigkeit ausgetragen wird, die Tatbestände aus dem **Handelsrecht** betrifft (Handelsgeschäfte). Sachverhalte und Konstellationen (Privatgeschäfte sowie Konsum- und Arbeitsverträge), die nicht unter das Handelsrecht subsumiert werden können, fallen grundsätzlich nicht in die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte; für sie gelten die ordentlichen Zuständigkeiten, insb. das Prinzip der kantonalen Doppelinstanz.[34] 22

Kasuistik zur «geschäftlichen Tätigkeit»: Zur geschäftlichen Tätigkeit gehören insb. die vermögensrechtlichen Streitigkeiten zwischen zwei Unternehmen; so ein Unterlassungsanspruch der *Herausgabe von Kundendaten im Rahmen einer Vertragsbeziehung*, die zu einem Vermögensschaden der klagenden Partei führen kann.[35] Auch Sicherungsmassnahmen von Bauunternehmen gehören zur geschäftlichen Tätigkeit, insb. Begehren um die *provisorische Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten* für ausstehende Forderungen aus Werkverträgen.[36] *Grundbuchsachen in Konnex mit geschäftlicher Tätigkeit* können ebenso die Zuständigkeit des Handelsgerichts begründen.[37] Anknüpfungspunkt ist dabei nicht die Natur des Anspruches (bspw. Sachenrecht), sondern der *geschäftliche Bezug des* 23

---

32 Botschaft ZPO-Revision 2023, 2731; vgl. noch zur alten aargauischen Regelung, die die Zuständigkeit sowohl des Handelsgerichts als auch des ordentlichen Gerichts vorsah: BGer, 4A_239/2013, 9.9.2013, E. 3.3–3.4.

33 *Kanton Aargau:* § 12 Abs. 2 EG ZGB/AG; *Kanton Bern:* HGer BE, HG 12 127, 9.12.2012, E. 8; in: CAN 2013, 145 ff. (stillschweigende kantonale Regelung); *Kanton St. Gallen:* § 10 Abs. 2 EG ZPO/SG; *Kanton Zürich:* HGer ZH, HG110187, 11.12.2011, E. 5.6 (stillschweigende kantonale Regelung, bestätigt in BGE 138 III 471 E. 5.2).

34 Vgl. BGE 142 III 96 E. 3.3.2.

35 BGer, 4A_191/2014 und 4A_239/2014, 2.7.2014. Damit Bestätigung des Entscheids auf Nichteintreten durch die ordentlichen Gerichte, OGer ZH, LF140013 und LF130077, 7.3.2014.

36 BGE 137 III 563 E. 2–3; BGE 138 III 471 E. 4–5.

37 BGer, 5A_592/2013, 29.10.2013 (Grundbuchberichtigung).

Streitgegenstandes. Ist dieser Bezug bei einer handelsrechtlichen Streitigkeit gegeben, sind die ordentlichen Gerichte für die Klage nicht zuständig.[38]

24 **Betreibungs-, Konkurs- und Nachlass-Streitigkeiten** betreffen hingegen nicht die geschäftliche Tätigkeit, sondern das Umfeld von Massnahmen der Zwangsvollstreckung. Aus diesem Grund sind die Handelsgerichte *nicht zuständig für paulianische Anfechtungsklagen* (Art. 285 ff. SchKG), d.h. für die Beurteilung betreibungsrechtlicher Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht.[39] Das Gleiche gilt daher auch für die *Widerspruchs- und Aussonderungsklagen*, bei denen auch eine Einlassung nicht möglich ist.[40]

24a Keine handelsgerichtliche Zuständigkeit besteht ferner für **selbständige Vollstreckungsverfahren nach Art. 338 f. ZPO** (sog. indirekte Realvollstreckung).[41]

3.1.2. Formelle Definition der handelsrechtlichen Streitigkeit (lit. b)

25 Die prozessuale *dritte kumulative Voraussetzung* betrifft die **formelle Definition** der handelsrechtlichen Streitigkeit. Nach Art. 6 Abs. 2 **lit. b** ZPO gilt die Streitsache nur dann als handelsrechtlich, wenn der Streitwert[42] mehr als CHF 30'000 beträgt oder es sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit handelt.

25a Die letztere Erweiterung um **«nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten»** wurde im Rahmen der ZPO-Revision 2023 eingeführt.[43] Eine Definition in der ZPO findet sich indes weiterhin nicht. Das Bundesgericht erachtet eine Streitigkeit als dann nicht vermögensrechtlich, wenn über ideelle Inhalte oder Rechte entschieden wird, die ihrer Natur nach nicht in Geld geschätzt werden können. Ein enger Bezug zum Vermögen oder zu einem vermögensrechtlichen Rechtsverhältnis darf nicht vorliegen. Es ist für die Qualifikation als nicht vermögensrechtlich ohne Belang, wenn eine genaue Berechnung des Streitwerts nur schwierig oder unmöglich zu bewerkstelligen ist.[44] Als Beispiele sind etwa Klagen wegen Verletzung von Namens- oder Persönlichkeitsrechten zu nennen, sofern sie sich auf etwas anderes als Vermögensleistungen, wie etwa eine reine Genugtuungsforderung, beziehen.[45] Nicht vermögensrechtlicher Natur ist ebenfalls eine Klage auf Nichtherausgabe von Daten an ausländische Justizbehörden.[46] Derartige Klagen können demnach – bei Vorliegen der weiteren (materiellen) Voraussetzungen nach Art. 6 ZPO – vor Handelsgericht eingereicht werden. Zu beachten sind die in Art. 243 Abs. 2 ZPO geregelten Materien, die aufgrund der

---

38 OGer ZH, LB130024, 19.6.2013. Nach BGer, 4A_405/2015, 26.1.2016, E. 3.3.5, gilt dies selbst bei Privatgeschäften von im Handelsregister eingetragenen Personen.

39 BGE 141 III 527 E. 2.3; HGer AG, HOR.2013.22, 15.9.2014, E. 2.4; in: CAN 2015, 30 ff.; SCHUMACHER, Handelsgericht, sachliche Zuständigkeit im Konkurs, 117 ff.

40 BGE 140 III 355 E. 2, Bestätigung von HGer ZH, HG120037, 21.11.2013, E. III.6, in: ZR 2013, 286 ff.; BRUNNER/REUTTER/SCHÖNMANN/TALBOT, 31 ff.; **a.M.** BK ZPO-BERGER, Art. 6 N 27, zweiter Abschnitt.

41 HGer ZH, HG210146, 16.5.2023, E. 4.5, in: ZR 2023, 170 ff.

42 SCHMID, Das Verfahren vor Handelsgericht, 129 ff., 145 ff. (zur Streitwertproblematik).

43 AB 2022 N 686; anders dazu noch die Vorauflage, Art. 6 N 26, sowie HGer ZH, HE120048, 1.2.2012, E. 7, in: ZR 2012, 184 ff.

44 BGE 139 II 404 E. 12.1; BGE 142 III 145 E. 6.1.

45 BGE 102 II 161 E. 1; BGE 110 II 411 E. 1; BGE 127 III 481 E. 1a.

46 BGE 142 III 145 E. 6.5.

Anwendbarkeit des vereinfachten Verfahrens zwingend in die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts fallen.[47] So bleiben auch weiterhin die ordentlichen Gerichte für die Behandlung einer Auskunftsklage nach Art. 25 DSG zuständig, obschon diese Klage altrechtlich als nicht vermögensrechtlich qualifiziert wurde (Art. 243 Abs. 2 lit. d ZPO).[48]

Der **Streitwert** ist eine andere Voraussetzung der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO. Mit der ZPO-Revision 2023 wurde die Verknüpfung mit Art. 74 Abs. 1 BGG aufgegeben und einheitlich **ein Streitwerterfordernis von CHF 30'000** eingeführt.[49] Damit sollen die handelsgerichtliche Zuständigkeit (ab CHF 30'000.01) und die Anwendbarkeit des vereinfachten Verfahrens (bis und mit CHF 30'000)[50] besser aufeinander abgestimmt werden.[51] Das steht im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach die Regelung der Verfahrensart derjenigen über die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts vorgeht und das vereinfachte Verfahren vor Handelsgericht keine Anwendung finden kann.[52] Damit stellt sich die Frage des Streitwerts und damit der *Zuständigkeit bei objektiver Klagenhäufung* nach Art. 90 ZPO und Art. 93 ZPO. Darauf gibt der neu eingeführte Art. 90 Abs. 2 ZPO im Sinne der bundesgerichtlichen und handelsgerichtlichen Praxis eine Antwort.[53] Die Klagenhäufung ist auch zulässig, wenn eine unterschiedliche sachliche Zuständigkeit oder Verfahrensart lediglich auf dem Streitwert beruht. Sind für die einzelnen Ansprüche unterschiedliche Verfahrensarten anwendbar, so werden sie zusammen im ordentlichen Verfahren beurteilt. Dies war gesamthaft der Fall bei 36 separaten Verträgen und *Kaufpreisforderungen von jeweils unter CHF 30'000*.[54] 26

Entfällt. 27

3.1.3. Negative Abgrenzung der handelsrechtlichen Streitigkeit (lit. d)

Nach dem per 1. Januar 2025 in Kraft gesetzten Art. 6 Abs. 2 **lit. d** ZPO wird die handelsgerichtliche Zuständigkeit auch negativ abgegrenzt: Das Handelsgericht behandelt keine Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis, nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz, nach dem Gleichstellungsgesetz, aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen oder aus landwirtschaftlicher Pacht. In diesen Materien gewährt das Handelsgericht auch keinen summarischen Rechtsschutz in klaren Fällen (mehr), etwa die Ausweisung von Geschäftsmieterinnen.[55] Diese Regelung soll gemäss bundesrätlicher Botschaft generelle Klarheit schaffen und Unstimmigkeiten verhindern.[56] Das blieb im Parlament unbestritten.[57] 27a

---

47 Vgl. BGE 143 III 137 E. 2; SCHNEUWLY, Zuständigkeit/vereinfachtes Verfahren, 361 ff.

48 BGer, 4A_688/2011, 17.4.2012, E. 1 (nicht in BGE 138 III 425 publ. E.); BGer, 4A_125/2020, 10.12.2020, E. 1.2.

49 Botschaft ZPO-Revision 2023, 2726; vgl. die Vorauflage: Art. 6 N 25 f.

50 BGE 143 III 137 E. 2.2.

51 Botschaft ZPO-Revision 2023, 2726.

52 BGE 139 III 457 E. 4.4.3.3; BGE 143 III 137 E. 2.2.

53 Botschaft ZPO-Revision 2023, 2737 f.; BGE 142 III 788 E. 4.2.3; DÄTWYLER/STALDER, FS HGer ZH, 189 f. m.w.H.; SCHWANDER, ZZZ 2017, 194.

54 HGer BE, HG 13 98, 23.6.2014.

55 Vgl. BGE 142 III 515 E. 2.2.4.

56 Botschaft ZPO-Revision 2023, 2728.

57 AB 2022 N 686; AB 2022 S 641.

27b Während die Gesetzesnovelle für das **Arbeitsrecht** eine Verschriftlichung der Praxis bedeutet,[58] sind die Konsequenzen für das **Mietrecht** gewichtiger. Hier wurde die bisherige, in zahlreichen Entscheiden herausgearbeitete Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit der Handels- und Mietgerichte aufgrund der Verfahrensart aufgegeben. Der Gesetzgeber befürwortet stattdessen eine einheitliche Regelung mit **umfassender Kompetenzattraktion des ordentlichen (Miet-)Gerichts**. Demgegenüber war das Mietgericht unter altem Recht nur *punktuell* sachlich zuständig, wenn der Rechtsanspruch im Rahmen des vereinfachten Verfahrens zu beurteilen war, insbesondere wenn es eine Mietzinshinterlegung,[59] den Schutz vor missbräuchlichen Miet- und Pachtzinsen, den Kündigungsschutz[60] und eine Erstreckung zu prüfen galt (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO). Derartige Abgrenzungsfragen sind unter dem aktuellen und neuen Recht nicht mehr anzustellen: Das Mietgericht (nicht das Handelsgericht) ist für sämtliche Ansprüche aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen einschliesslich landwirtschaftlicher Pacht zuständig.

27c Als Gegenausnahme soll das Handelsgericht in Fällen von **Anspruchsgrundlagenkonkurrenz** zuständig bleiben, «wenn auf der Grundlage eines einheitlichen Lebenssachverhalts ein Rechtsbegehren gestellt wird, das neben anderen Anspruchsgrundlagen auch mit arbeits- oder mietrechtlichen Anspruchsgrundlagen begründet wird».[61] Das überzeugt vor dem expliziten Wortlaut von Art. 6 Abs. 2 lit. d ZPO mit der beabsichtigten Vereinfachung der Zuständigkeiten nicht. Des Weiteren hat der Bundesgesetzgeber auch mit der letzten Revision an den bewährten Grundsätzen der objektiven Klagenhäufung festgehalten und auf eine grosszügige Ausdehnung verzichtet.[62]

3.2. Ausnahme (Klägerwahlrecht; erweiterte handelsrechtliche Streitigkeit nach Abs. 3)

28 Eine Ausnahme begründet Art. 6 **Abs. 3** ZPO mit dem Klägerwahlrecht.[63] Allerdings stellt sich hier die Frage, was mit dem Wahlrecht des Klägers gemeint ist, v.a. im Hinblick auf Sinn und Zweck eines Fachgerichtes für handelsrechtliche Streitigkeiten (Art. 6 Abs. 1–2 ZPO). Wer ist Kläger nach Art. 6 Abs. 3 ZPO? Sind das **Einzelunternehmen** ohne Registereintrag? **Konsumenten**? Können solche Kläger das Wahlrecht beanspruchen? Sie alle sind ohne Registereintrag und klagen gegen ein Unternehmen und dessen geschäftliche Tätigkeit.

---

58 Z.B. HGer ZH, HG120101, 16.7.2012, in: ZR 2012, 169 f.

59 BGE 146 III 63 E. 4.4.5.

60 BGE 139 III 457 E. 5; BGE 142 III 402 E. 2.5.4; BGE 142 III 515 E. 2.2.4; BGE 142 III 690 E. 3.1; BGE 144 III 346 E. 1.2.2.1; BGE 148 III 415 E. 3.5; BGE 149 III 469 E. 2.5; BGE 150 III 103 E. 8.3.1 f.; HGer ZH, HG230009, 12.6.2023, E. 3.2.2, in: ZR 2023, 162 ff.

61 Botschaft ZPO-Revision 2023, 2729 mit Hinweis auf VETTER/BRUNNER, 161 f.

62 Botschaft ZPO-Revision 2023, 2738.

63 Dieses aktive Klägerwahlrecht ist völlig freiwillig. Privatkläger können auch nicht passiv durch AGB-Gerichtsstandsklauseln in die Zuständigkeit des Handelsgerichts gezwungen werden, vgl. BRUNNER, FS HGer ZH, 39 ff., 45 f. m.w.H.; BRUNNER, Richterzeitung 2012/4; HAAS/HUG, 476 f.

3.2.1. Allgemeines

Diese *grundlegende Rechtsfrage* des Klägerwahlrechts bedarf einer Klärung. Die Gerichtsinstanzen der Handelsgerichtskantone haben aufgrund der **Triage-Funktion der Zuständigkeitsnormen** die Frage zu entscheiden, welche Streitigkeiten welchen Sachinstanzen zugewiesen werden müssen. Dabei hat ein Kommentar wie der vorliegende die Aufgabe, Gesetzgebung und Rechtsprechung kritisch zu begleiten. Aus diesem Grund wird die in der *Erstauflage* vertretene Analyse aufrechterhalten und der davon abweichenden aktuellen Praxis gegenübergestellt. Dieses Vorgehen ist auch deshalb angezeigt, weil das Klägerwahlrecht von Privatpersonen vor und nach dem Inkrafttreten der ZPO zu erheblichen Problemen und Verwirrungen geführt hat. Um das Klägerwahlrecht und seinen Anwendungsbereich zu bestimmen, bedarf es der *Auslegung* des Gesetzes: 29

- **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* als Rechtseinheit im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen, jedoch auch die *übrigen Voraussetzungen* erfüllt sind. Diese übrigen Voraussetzungen sind in Art. 6 Abs. 2 ZPO geregelt. Nach diesem Wortlaut ist der Kreis möglicher Kläger umfassend; denn jede Privatperson (ohne Registereintrag) kann vor Handelsgericht gegen ein Unternehmen klagen, dessen «geschäftliche Tätigkeit betroffen» ist. Die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte als einzige Instanz ist nach einem solchen Verständnis *gleich* wie die sachliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte mit Doppelinstanz.[64] 30
- **Historische Auslegung:** In den parlamentarischen Beratungen hatte der Ständerat eine Ergänzung zum Entwurf als Art. 6 Abs. 2bis E-ZPO (heute Art. 6 Abs. 3 ZPO) vorgeschlagen. Der ständerätliche Kommissionspräsident erläuterte diese Ergänzung wie folgt:[65] «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.» 31

Im Umfeld der parlamentarischen Beratungen zu dieser durch den Ständerat in letzter Minute eingeführten Bestimmung Art. 6 Abs. 3 ZPO[66] wurden *Zweifel* dahingehend geäussert, dass mit dem Klägerwahlrecht das gesamte *Konsumrecht* in die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte fallen könnte; jedoch solle beispielsweise 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 32

---

64 Vgl. aber zur einschränkenden Auslegung von Ausnahmen des Doppelinstanzprinzips: BRUNNER, Doppelinstanzprinzip.

65 AB 2007 S 504.

66 Vormals Art. 6 Abs. 2bis E-ZPO.

fallen könnte. Sodann wurde darauf hingewiesen, das Bundesgericht habe in der Vernehmlassung ein restriktives Abweichen vom Prinzip der Doppelinstanz angemahnt, insb. im Hinblick auf die Ziele der gesamten Schweizer Justizreform. Alle diese Bedenken fanden indessen keinen Niederschlag in den Protokollen des Parlamentes, weshalb die Bedeutung des Klägerwahlrechts auch unter Berücksichtigung der historischen Auslegung unverändert umfassend zu verstehen wäre. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die vorbereitenden Beratungen in der ständerätlichen Rechtskommission klare Einschränkungen vorgenommen haben, die insb. auch das vorstehend erwähnte Haftpflichtrecht betrafen.

33 – **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 *vier kumulativen* Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 lit. a–d ZPO gemeint sind. Entscheidend ist hier daher lit. b, wonach die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts nur dann gegeben ist, wenn «der Streitwert mehr als 30'000 Franken beträgt». Zwar verzichtet die revidierte ZPO auf die explizite Nennung des Zulässigkeitserfordernisses einer Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht, es ist lit. b aber nach wie vor inhärent.[67] Die ZPO ist daher im systematischen Kontext mit dem BGG auszulegen.

34 Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG spricht ausdrücklich von **handelsrechtlichen Streitigkeiten**. Der Bundesgesetzgeber hat daher bereits vor dem Erlass der ZPO Bezug auf das materielle Handelsrecht genommen. Nach der systematischen Auslegung von ZPO und BGG fällt das Klägerwahlrecht daher ausschliesslich in den Bereich des **Handelsrechts** (französisch: **droit commercial**; italienisch: **diritto commerciale**). Klagen von *Konsumenten* (d.h. Kunden von Unternehmen aller Wirtschaftsbranchen wie private Bankkunden, private Versicherungsnehmer, private Käufer) oder von *Arbeitnehmern* (ohne und mit Registereintrag wie Direktoren oder Prokuristen) sind keine «handelsrechtlichen Streitigkeiten». Handelsrecht ist weder Konsumrecht noch Arbeitsrecht (vgl. nunmehr auch Art. 6 Abs. 2 lit. d ZPO). Konsumenten und Arbeitnehmer sind an die *ordentlichen Gerichte mit Doppelinstanz* zu verweisen, da für sie eine wesentliche kumulative Voraussetzung für das Klägerwahlrecht an ein Handelsgericht fehlt (keine handelsrechtliche Streitigkeit). Der mögliche Einwand, die ZPO gehe als lex posterior dem BGG als lex anterior vor, führt zu keinem anderen Ergebnis, denn das spätere Gesetz (ZPO) nimmt inhaltlich *ausdrücklich Bezug* auf die Regelung des früheren Gesetzes (BGG) und bestätigt dieses. Daran änderte auch die ZPO-Revision 2023 nichts.

35 – **Teleologische Auslegung:** Das Ergebnis der systematischen Auslegung stimmt auch mit der *Zweckbestimmung* der Handelsgerichte als Fachgerichte für wirtschaftsrechtliche Streitlagen zwischen Unternehmen überein. Klagen aus *Konsumrecht* (Art. 32 ZPO) oder aus *Arbeitsrecht* (Art. 34 ZPO) gehören wegen deren eigener Besonderheiten nicht in die sachliche Zuständigkeit von Handelsgerichten,[68] deren Zweck in der Anwendung von Sach- und Rechtsfragen des *materiellen 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

[67] Botschaft ZPO-Revision 2023, 2726.

[68] Ebenso: SHK ZPO-HÄRTSCH, Art. 6 N 11 f. Vgl. zu den entsprechenden Abgrenzungen im Wirtschaftsrecht auch: BRUNNER, Was ist Handelsrecht?.

sollen, so hätte auch das BGG angepasst und die Zweckbestimmung der *Beschränkung* auf *handelsrechtliche Streitigkeiten* formell abgeändert und ausdrücklich auch für konsum- und arbeitsrechtliche Streitigkeiten geöffnet werden müssen. Eine solche Zweckänderung von Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG ist jedoch nicht erfolgt.

Zusammenfassend ist ein **Handelsgeschäft** gemäss **Zwecktheorie**[69] 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, deren Inhalt auch wertmässig ins Gewicht fallen.* Daraus folgt, dass das gesamte Rechtsgebiet des Handelsrechts betroffen ist. In diesem Sinne gehören zum Handelsrecht alle Rechtsbeziehungen, die sich zwischen Unternehmen ergeben können (Handelsrecht), vorab das gesamte allgemeine und besondere Vertragsrecht sowie Rechtslagen aus unerlaubten Handlungen. Damit ergibt sich auch unschwer der Konnex zu den Rechtsmaterien von Art. 5 Abs. 1 ZPO wie Firmenrecht, Wettbewerbsrecht (UWG und KG) und Immaterialgüterrecht, die vorwiegend das Verhältnis zwischen Unternehmen betreffen. Diese Rechtsmaterien werden die Kantone mit Handelsgerichten daher in aller Regel der sachlichen Zuständigkeit dieser Fachgerichte zuordnen. Der rechtslogische Begriff der *handelsrechtlichen* Streitigkeit ist daher in Art. 6 Abs. 2 ZPO *abschliessend definiert* worden. Der Hinweis in Art. 6 Abs. 3 ZPO auf die «übrigen Voraussetzungen» bleibt insofern unklar. Diese Unklarheit ist aufgrund der naturgemässen Vorgaben des materiellen Handelsrechts zu lösen und nicht im Sinne einer wesens- und begriffsfremden Ausdehnung, die das grundlegende Doppelinstanzprinzip verletzt und mit Bezug auf die Zuständigkeit zu einer unbegrenzten Ausweitung führt.[70] 36

Bei einer solchen Auslegung des Terminus «handelsrechtliche Streitigkeit» in ZPO und BGG im Sinne des materiellen Handelsrechts entfällt das Vorgehen von Konsumentenklägern nach *überholtem kantonalem Recht*, ein Handelsgericht als sachlich zuständiges Fachgericht zu wählen, um es hernach – in Treu und Glauben verstossender Weise – als befangen wieder abzulehnen.[71] Die entgegen konstanter Rechtsprechung und herrschender 37

---

[69] BSK IPRG-BRUNNER/VISCHER, Art. 120 N 4 ff.; vgl. auch Art. 32 ZPO; BK ZPO-BERGER, Art. 6 N 21, weist zu Recht darauf hin, dass der Begriff des Handelsrechts überdehnt wird («[...] Streitigkeit auch dann als handelsrechtliche angenommen [...], wenn ihr diese Eigenschaft eigentlich nicht zukommt»).

[70] HGer ZH, HG110192, 30.3.2012, Dissenting opinion (2:3). Die vorwiegend historische Argumentation von SCHWALLER/NAEGELI und von VETTER/BRUNNER, 254 ff., vermag nach der hier vertretenen Meinung nicht zu überzeugen. Gleichwohl hat die Mehrheit des Zürcher Handelsgerichts (3:2) entschieden, das Wahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO sei *umfassend* auszulegen, was vom Bundesgericht bestätigt worden ist (BGE 138 III 694; und auch: BGE 142 III 96 E. 3.3.5; BGE 142 III 623 E. 2.4). Diese Gerichtspraxis erklärt damit die Handelsgerichte sachlich zuständig auch für *konsumrechtliche* Streitigkeiten und folgt damit einer vorwiegend historischen Auslegung des vom Parlament ergänzten Art. 6 Abs. 3 ZPO und nicht der schlüssigeren Begriffsbildung der Expertenkommission und der Botschaft des Bundesrates, vgl. zu Letzterem auch: SENEL, 95 Rz. 259 Fn. 584; BSK ZPO-VOCK/NATER, Art. 6 N 8, mit einer Zusammenfassung der h.L. sowie durchaus kritisch und differenzierend: N 15 und N 15b.

[71] Vgl. für viele: BGE 136 I 207.

Lehre vorgebrachte vereinzelte Kritik (vgl. N 3) an der Institution der Handelsgerichte als *Fachgerichte* (vgl. N 1–17d) ist bei diesem Ergebnis der Gesetzesauslegung gegenstandslos. Die nach hier vertretener Meinung nicht schlüssig entwickelte Gerichtspraxis zu Art. 6 Abs. 3 ZPO hat denn auch zu weiteren *Irrungen und Wirrungen* geführt.[72]

3.2.2. Anwendungsbereich des Klägerwahlrechts

38 Die vom Ständerat in der Parlamentsberatung eingebrachte Ergänzung des Gesetzes ist im Rahmen von **handelsrechtlichen Streitigkeiten** sehr sinnvoll und hilfreich für einen wesentlichen **Teil der KMU-Problematik**;[73] denn wegen der *vier 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.[74] Betroffen sind die zahlreichen Einzelunternehmen ohne Registereintrag sowie Personengemeinschaften im Gründungsstadium von Handelsgesellschaften.

39 **Einzelunternehmen** sind nicht zwingend im Handelsregister als Rechtseinheit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO eingetragen. Nach Art. 931 Abs. 1 OR besteht eine Eintragungspflicht erst ab CHF 100'000 für natürliche Personen, die ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben (Unternehmen) und während eines Jahres Roheinnahmen von mindestens CHF 100'000 (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 Abs. 2 lit. b BGG.

40 **Personengemeinschaften** und einzelne ihrer nicht im Register eingetragene Privatpersonen (Art. 530 ff. OR) im Gründungsstadium von **Handelsgesellschaften** haben ebenfalls 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 Handelsregister erfolgen viele Rechtshandlungen,[75] aus denen sich Streitlagen ergeben können, die wegen des klaren Bezugs zum *Handelsrecht* in die *sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts* fallen; es ist hinzuweisen auf die *Kollektivgesellschaft* (Art. 553 OR), die *Kommanditgesellschaft* (Art. 595 i.V.m. Art. 606 OR), die *Aktionäre vor Eintragung der AG* (Art. 643 und 645 OR), die *Gesellschafter vor Eintragung der*

---

[72] So hatte sich der Zürcher Kantonsrat mit einer Parlamentarischen Initiative zu befassen, die entgegen den bundesrechtlichen Vorgaben – vgl. dazu ZPO Komm. Sutter-Somm, RÜETSCHI, Art. 6 N 13 – in Fällen von Art. 6 Abs. 3 ZPO aus dem Handelsgericht für «*handelsrechtliche* Streitigkeiten» ein paritätisch zusammengesetztes Gericht für *konsumrechtliche* Streitigkeiten machen wollte; vgl. KR-Nr. 102a/2013, Protokoll des Zürcher Kantonsrates 2014, 11794–11803. Vgl. dazu auch die Kritik von LEUENBERGER, Rechtsprechung 2014, 1 ff., insb. 7. Andernorts wurde behauptet, Konsumentenkläger würden durch AGB-Gerichtsstandklauseln in die Handelsgerichte gezwungen, was bereits nach Art. 35 Abs. 1 lit. a ZPO unmöglich ist, vgl. Richtigstellung: BRUNNER, Richterzeitung 2012/4, sowie Vorauflage, Art. 32 N 22.

[73] SUTTER-SOMM, KMU; sowie: KAUFMANN/VON ESCHER/FURRER/GIRSBERGER, 131 ff.

[74] BRUNNER, Rechtsvergleich, 35 ff., insb. 39.

[75] So zutreffend BGer, 4A_234/2013, 20.1.2014, wo aber interpretierend über Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO argumentiert werden musste (einfache Gesellschaft).

GmbH (Art. 779a OR) sowie die *Genossenschaft* in Gründung (Art. 838 OR). Ohne die erweiterte handelsrechtliche Streitigkeit nach Art. 6 Abs. 3 ZPO müssten *solche Kläger* vor den ordentlichen Gerichten mit Doppelinstanz klagen und es wäre ihnen damit auch die direkte zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht nach Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG *trotz Vorliegens einer handelsrechtlichen Streitigkeit* wegen Fehlens eines der vier kumulativen Kriterien von Art. 6 Abs. 2 ZPO verwehrt.

Ausweitung des prozessualen Klägerwahlrechts durch die Gerichtspraxis: Der vorstehend (s. N 19–23, N 29–37 und N 38) dargelegte stringente Anwendungsbereich des Klägerwahlrechts auf das *materielle Handelsrecht* wurde durch die erwähnte Gerichtspraxis wesentlich ausgeweitet (BGE 138 III 694). Damit werden grundsätzlich alle Streitlagen, die sich gegen ein *Unternehmen* richten, zu einer *«handelsrechtlichen Streitigkeit»*, auch wenn sie materiell keine solchen sind. Eine überzeugende Abgrenzung des materiellen Wirtschaftsrechts mit Bezug auf das Handelsrecht und das Konsumrecht wird damit verunmöglicht, was aber die Expertenkommission zur ZPO und die Botschaft zur ZPO noch angestrebt hatten. Die zitierte Gerichtspraxis hält sich eng an den im Parlament eingefügten *Wortlaut*, dessen Konsequenzen das *Parlament* aber wohl nicht zu Ende gedacht hat. Handelsgerichte sind Fachgerichte für Streitlagen zwischen Unternehmen, was nie zu besonderen prozessualen Problemen geführt hatte; dies im Gegensatz zu den Klagen von Privatpersonen gegen Unternehmen (vgl. N 36). Bei dieser Konstellation sind erhebliche Friktionen zu verzeichnen.[76] 41

Entfällt. 42

Weitere Sonderfragen beim Klägerwahlrecht: Erhebt eine nicht im Handelsregister eingetragene natürliche Person eine Klage am Handelsgericht, ist trotz grundsätzlich fehlender sachlicher (und gegebenenfalls fehlender örtlicher) Zuständigkeit für eine **Widerklage** auf eine solche dann einzutreten, wenn zwischen Haupt- und Widerklage Konnexität besteht.[77] Die Widerklage ist vor Handelsgericht auch zulässig, wenn sie für sich alleine betrachtet aufgrund ihres Streitwerts ins vereinfachte Verfahren fiele. Art. 224 Abs. 1bis lit. a ZPO hält dies neu explizit fest und erklärt in diesem Fall das ordentliche Verfahren für insgesamt anwendbar. Keine handelsgerichtliche Zuständigkeit besteht für eine **Aberkennungsklage** gegen eine nicht im Handelsregister eingetragene beklagte Partei. Massgeblich ist einzig, wer formell als klagende und als beklagte Partei auftritt. Die Vertauschung der Parteirollen im Aberkennungsprozess spielt dabei keine Rolle.[78] 43

3.3. Optionale Zuständigkeit des Handelsgerichts (Abs. 4)

3.3.1. Handelsgericht als einzige kantonale Instanz (lit. a)

Nach Art. 6 **Abs. 4 lit. a** ZPO können die Kantone das Handelsgericht ausserdem zuständig erklären für Streitigkeiten nach Art. 5 Abs. 1 ZPO. Es ist Sache der kantonalen Gesetzgeber, diese sachliche Zuständigkeit zu klären. Es betrifft *überwiegend Sach- und Rechtsfragen*, 44

---

[76] Vgl. dazu beispielsweise: BGE 136 I 207.

[77] BGE 143 III 495 E. 2.2.2 mit Anm. LEUENBERGER, ZBJV 2019, 165 ff., 169; vgl. auch HGer ZH, HG130105, 17.4.2014, in: ZR 2014, 149 ff.

[78] BGE 149 III 355 E. 3.4.1 mit Anm. ERK, AJP 2023, 1223 ff.

die im Rahmen des **Handelsrechts** zu beurteilen sind, so das Immaterialgüterrecht (mit Ausnahme des Patentrechts gemäss PatGG), das Firmenrecht, das Wettbewerbsrecht (UWG und KG) sowie das Kollektivanlagen- und Börsenrecht (KAG, FinfraG und FINIG).[79]

45 Überbindet ein Kanton die Rechtsmaterien von Art. 5 Abs. 1 ZPO im Sinne von Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO dem Handelsgericht, ist jedoch *folgende Rechtslage entscheidend:* Das angerufene Handelsgericht ist für die genannten materiellen Rechtsgebiete auch dann sachlich zuständig, wenn es Sach- und Rechtsfragen beurteilen muss, die über die eigentlichen handelsrechtlichen Streitigkeiten im Sinne von Art. 6 Abs. 2–4 ZPO hinausgehen. Das Handelsgericht ist bei Art. 6 Abs. 2–4 ZPO nur für handelsrechtliche Streitigkeiten i.S.v. Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG sachlich zuständig, d.h. für Sach- und Rechtsfragen des **Handelsrechts**, das nur *Rechtsbeziehungen zwischen zwei* **Unternehmen** betrifft. Das Handelsgericht ist bei Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO i.V.m. Art. 5 Abs. 1 ZPO jedoch umfassend für das genannte materielle Recht zuständig (vgl. Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG), unabhängig davon, ob eine handelsrechtliche Streitigkeit vorliegt oder nicht. So können Organisationen von **Arbeitnehmern** gegen Unternehmen Lohndumping nach Art. 7 UWG einklagen oder Organisationen von **Konsumenten** die Verletzung der Vertragsfreiheit durch Kartellabsprachen von Unternehmen oder Täuschung und Irreführung im Marken-, Design- und Lauterkeitsrecht geltend machen. Diese Instanz ist dann nicht als Handelsgericht als solches, sondern als einzige kantonale Instanz sachlich zuständig. Dabei gibt es richtigerweise auch **keine Streitwertgrenze** zu beachten.[80]

3.3.2. Zuständigkeit für Handelsgesellschaften (lit. b)

46 Nach Art. 6 **Abs. 4 lit. b** ZPO können die Kantone das Handelsgericht ausserdem zuständig erklären für Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften, womit primär Art. 552–926 OR gemeint sind.[81] 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. 753 ff. OR) fällt auch die Revisionshaftung und die Prospekthaftung darunter (vgl. Art. 755 OR und Art. 69 FIDLEG). Dasselbe gilt für die entsprechenden Streitigkeiten bei der Kommanditaktiengesellschaft und der GmbH.

47 Auch wenn **Registersachen** in den erweiterten Bereich des *Handelsrechts* gehören, sind die Schweizer Handelsgerichte hierfür nicht zuständig. Gerichtliche Angelegenheiten der **freiwilligen Gerichtsbarkeit** fallen nicht unter den bundesrechtlichen Begriff der *Streitigkeiten* aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften. Das Handelsgericht ist für ein Verfahren der Wiedereintragung nach Art. 164 HRegV sachlich nicht zuständig.[82] Gleiches gilt für die vom Handelsregisteramt überwiesenen Verfahren betreffend Organisationsmängel.[83] Fehlt sodann der Handelsregistereintrag der beklagten Partei

---

79 HGer ZH, HG150011, 3.5.2015, E. 2.2 zu aBEHG.

80 Z.B. BGer, 4A_41/2020, 17.4.2020, E. 1.1; anders aber Botschaft ZPO-Revision 2023, 2726.

81 BGE 140 III 409 E. 3.1.

82 BGE 140 III 550 E. 2.8; vgl. auch den analogen Entscheid: HGer BE, HG 14 9, 14.2.2014, in: CAN 2015, 32 f.

83 SCHNEUWLY, Diss., Rz. 355.

(bspw. Aktionär bzw. Aktienverkäufer), so ist das Handelsgericht bzw. sein Einzelgericht für **Klagen aus einem Aktienkaufvertrag** nicht zuständig, da insbesondere keine Streitigkeit aus dem Recht der Handelsgesellschaften vorliegt.[84] Analoges gilt für Streitlagen aus **Aktionärbindungsverträgen**, sofern nicht eine allgemeine Zuständigkeit des Handelsgerichts nach Art. 6 Abs. 2 ZPO besteht.[85]

3.3.3. Zuständigkeit für internationale Streitigkeiten (lit. c)

47a Art. 6 **Abs. 4 lit. c** ZPO gibt den Kantonen die Möglichkeit, das Handelsgericht oder eine Kammer des ordentlichen Gerichts für bestimmte internationale Streitfälle als sachlich zuständig zu erklären.[86] Die Bestimmung wurde im Rahmen der ZPO-Revision 2023 auf Wunsch der Handelsgerichtskantone eingefügt (vgl. N 17c f.). Sie steht im Kontext der ebenfalls neuen Bestimmungen von *Art. 98 Abs. 2 lit. a ZPO* (Kostenvorschuss für die gesamten mutmasslichen Gerichtskosten), *Art. 129 Abs. 2 lit. b ZPO* (Englisch als optionale Verfahrenssprache nach kantonalem Recht) und *Art. 5 Abs. 3 lit. c IPRG* (keine Ablehnungsmöglichkeit des Handelsgerichts bei seiner Prorogation).

47b Art. 6 Abs. 4 lit. c ZPO beschlägt weder die internationale noch die örtliche Zuständigkeit des betreffenden Handelsgerichtskantons.[87] Ist diese zu bejahen, wird das Handelsgericht zumeist aufgrund des allgemeinen Art. 6 Abs. 2 ZPO sachlich zuständig sein.[88] Der verbleibende Anwendungsbereich des neuen Art. 6 Abs. 4 lit. c ZPO ist damit eher klein. Zu denken sind primär an registerrechtlich überhaupt nicht eingetragene Parteien.[89] Ist nur die Beklagte eingetragen, können die Parteien das Klägerwahlrecht zugunsten des Handelsgerichts nach Art. 6 Abs. 3 ZPO *neu bereits vorgängig* fixieren und die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts vereinbaren. Auch eine Einlassung ist möglich.[90]

47c Die internationale Zuständigkeit des Handelsgerichts steht nach Art. 6 Abs. 4 lit. c ZPO unter **vier kumulativen Voraussetzungen:**

- Die Streitigkeit betrifft die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei (Ziff. 1).
- Der Streitwert beträgt mindestens CHF 100'000 (Ziff. 2).
- Die Parteien stimmen der Zuständigkeit des Handelsgerichts zu (Ziff. 3).
- Im Zeitpunkt dieser Zustimmung hat mindestens eine Partei ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort oder ihren Sitz im Ausland (Ziff. 4).

47d Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist separat und unabhängig des allgemeinen Art. 6 Abs. 2 ZPO zu prüfen (vgl. auch N 45).[91] Im direkten Vergleich der Bestimmungen fehlt insbesondere eine Nennung *nicht vermögensrechtlicher Streitigkeiten* und ein expliziter Ausschluss *von miet- und arbeitsrechtlichen Streitigkeiten*.

---

84 HGer ZH, HE120001, 3.1.2012, E. 4, in: ZR 2012, 171 f.
85 HGer ZH, HE110745, 6.10.2011, E. 6, in: ZR 2012, 22 f.; HGer ZH, HG160214, 7.6.2019, E. I.
86 HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, AJP 2023, 1161; WEBER, Revisionsvorlage, 391.
87 Botschaft ZPO-Revision 2023, 2729.
88 HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, AJP 2023, 1160.
89 Botschaft ZPO-Revision 2023, 2730.
90 Botschaft ZPO-Revision 2023, 2730.
91 Vgl. Botschaft ZPO-Revision 2023, 2730.

47e Die fehlende Nennung von nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten muss als gesetzgeberisch gewollt erachtet werden (vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO).[92] Nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten fallen demnach nicht unter Art. 6 Abs. 4 lit. c ZPO. Fraglich erscheint, was hinsichtlich miet- und arbeitsrechtlicher Streitigkeiten gelten soll. In der Lehre wird diskutiert, dass diesbezügliche internationale Streitigkeiten sachlich der Handelsgerichtsbarkeit unterworfen werden können (anders: Art. 6 Abs. 2 lit. d ZPO).[93] Art. 6 Abs. 4 lit. c Ziff. 1 ZPO nimmt jedoch auf die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei Bezug. Damit rechtfertigt es sich, wenigstens analog auf die bisherige Praxis zu Art. 6 Abs. 2 ZPO abzustellen. Die Botschaft formuliert das wie folgt: «Auch in diesen spezifisch internationalen Streitfällen sollen grundsätzlich nur Streitigkeiten, die kaufmännischer, technischer oder ähnlicher Natur sind, vor ein Handelsgericht kommen, wobei dieser Begriff stets weit zu fassen ist.»[94] Bereits in der Vorauflage wurde hierzu festgehalten, dass insbesondere Lohnklagen von Arbeitnehmern gegen Unternehmen nicht dessen charakteristische Leistung betreffen und umgekehrt mietrechtliche Forderungen aus Geschäftsmieten vor Handelsgericht eingeklagt werden könnten.[95] Demnach dürften arbeitsrechtliche Streitigkeiten nicht unter Art. 6 Abs. 4 lit. c ZPO fallen; mietrechtliche Forderungsstreitigkeiten aus Geschäftsmietverträgen hingegen, analog der bisherigen Praxis, schon.[96]

4. Einzelfragen

4.1. Vorsorgliche Massnahmen (Abs. 5)

48 Sinnvoll ist schliesslich Art. 6 **Abs. 5** ZPO, wonach das Handelsgericht auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen (Art. 13 ZPO) vor Eintritt der Rechtshängigkeit einer Klage zuständig ist, geht es doch um Sach- und Rechtsfragen, für welche die Handelsgerichte als Fachgerichte auch nach Prozesseinleitung sachlich zuständig sind.[97] Die Zuständigkeit nach Art. 6 Abs. 5 ZPO richtet sich nach den übrigen Voraussetzungen (Art. 6 Abs. 2 ZPO).

4.2. Grundsätzlich kein Schlichtungsverfahren (Art. 199 Abs. 3 ZPO)

49 Nach Art. 199 Abs. 3 ZPO kann die klagende Partei die Klage direkt beim Handelsgericht einreichen. Das Schlichtungsverfahren entfällt damit grundsätzlich. Wird eine Klagebewilligung ausgestellt, gilt eine dreimonatige Frist für die Einreichung der Klage beim Handelsgericht (Art. 209 Abs. 3 ZPO).

---

92 Botschaft ZPO-Revision 2023, 2730.
93 HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, AJP 2023, 1161.
94 So wohl auch: Botschaft ZPO-Revision 2023, 2730.
95 Vorauflage, Art. 6 N 21, 42; vgl. BGE 140 III 355 E. 2.3.1.
96 Gl.M. betreffend Mietrecht: HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, AJP 2023, 1161.
97 HGer AG, HSU.2013.93, 29.4.2014, E. 1.2, in: CAN 2015, 89 ff.: Sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts für die Anordnung einer vorsorglichen Beweisführung nach Art. 6 Abs. 5 ZPO.

Leseprobe

5. Titel: Das Schiedsverfahren

Art. 372 Rechtshängigkeit

[1] **Das Schiedsverfahren ist rechtshängig:**

a. sobald eine Partei das in der Schiedsvereinbarung bezeichnete Schiedsgericht anruft; oder

b. wenn die Vereinbarung kein Schiedsgericht bezeichnet: sobald eine Partei das Verfahren zur Bestellung des Schiedsgerichts oder das von den Parteien vereinbarte vorausgehende Schlichtungsverfahren einleitet.

[2] ...

Titre 5: Procédure arbitrale

Art. 372 Litispendance

[1] L'instance arbitrale est pendante:

a. dès qu'une partie saisit le tribunal arbitral désigné dans la convention d'arbitrage;

b. si la convention d'arbitrage ne désigne aucun tribunal arbitral, dès qu'une partie engage la procédure de constitution du tribunal arbitral ou la procédure de conciliation préalable convenue entre les parties.

[2] ...

Titolo quinto: Procedimento arbitrale

Art. 372 Pendenza

[1] Il procedimento arbitrale è pendente:

a. appena una parte adisce il tribunale arbitrale designato nel patto d'arbitrato; oppure

b. in mancanza di tale designazione, appena una parte avvia la procedura di costituzione del tribunale arbitrale oppure la preventiva procedura di conciliazione pattuita dalle parti.

[2] ...

1. Übersicht

1 Art. 372 *Abs. 1* ZPO regelt die **Rechtshängigkeit des Schiedsverfahrens**. Vor der ZPO-Revision *2023* betraf der *aufgehobene Abs. 2* auch das *Verhältnis zwischen staatlichem Gericht und Schiedsgericht*, wobei das zweitangerufene Gericht (ob staatliches Gericht oder Schiedsgericht) das Verfahren zu sistieren hatte bis zum Eintretens- oder Nichteintretens-Entscheid des erstangerufenen Gerichts. Je nach Konstellation führte dies zur Rechtshängigkeit der Klage entweder beim staatlichen Gericht oder beim Schiedsgericht nach der *zeitlichen* Priorität. Diese Regelung widersprach *sachlich* teilweise **Art. 61 ZPO**, wonach das (zuerst oder hernach) angerufene staatliche Gericht (unter Vorbehalt der Ausnahmen unter lit. a–c) seine *Zuständigkeit abzulehnen* hat, wenn die Parteien über eine schiedsfähige Streitsache eine **Schiedsvereinbarung** getroffen haben. Der Gesetzgeber hat diesen Wertungswiderspruch[1] erkannt und aus diesem Grund die Regelung von Abs. 2 richtigerweise aufgehoben. Mit Bezug auf das Verhältnis zwischen Schieds- und staatlicher Gerichtsbarkeit haben sich seit dem Erlass der ZPO *2008* jedoch weitere systematische Anpassungen ergeben. Es ist auf die Revisionen des IPRG und des Obligationenrechts sowie auf

[1] Botschaft ZPO-Revision 2023, 2775; HABEGGER, ZZZ 2021, 373; HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, AJP 2023, 1208; STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, SJZ 2023, 832.

wesentliche Kontexte hinzuweisen, *die auch nach der Aufhebung von Abs. 2 mit seiner Koordinationsfunktion zwischen staatlicher und privatisierter Justiz zu beachten sind* (s. N 9 ff.).

Der **Rechtsbegriff der Rechtshängigkeit** wird für die staatlichen und die schiedsgerichtlichen Instanzen *gleich definiert*. Trotz dieser begrifflichen Identität hat die Rechtshängigkeit im Schiedsgerichtsverfahren jedoch *nicht die gleichen Wirkungen* wie im Zivilprozess vor den staatlichen Gerichten.[2] So begründet sie beispielsweise weder eine Widerklagezuständigkeit noch eine Fortführungslast.[3] Art. 372 ZPO ist insofern zwingend, als die Parteien den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit nicht abweichend von Abs. 1 vereinbaren können. Sie können jedoch bestimmen, in welcher Form die in Abs. 1 aufgezählten Rechtshandlungen vorzunehmen sind.[4] 2

2. Entstehungsgeschichte

Art. 372 ZPO entspricht mit wenigen Ausnahmen der Norm für die **internationale Schiedsgerichtsbarkeit** gemäss Art. 181 IPRG. Die Ausnahmen sind indessen nur formaler Natur und betreffen ihren Kerngehalt nicht.[5] Die Norm musste im Parlament nicht besonders beraten werden, vielmehr wurde ihr mit den entsprechenden Begründungen der Botschaft global zugestimmt, was im Übrigen nahezu für alle Gesetzesartikel der Binnenschiedsgerichtsbarkeit gilt, die von der Expertenkommission entworfen worden waren. Für den Vorentwurf hatte sich die Expertenkommission vorwiegend am **Schiedsgerichtskonkordat** einerseits und am IPRG anderseits orientiert. 3

Das Schiedsverfahren hat in der Schweiz eine lange Tradition. Im Gegensatz zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit wird es als **Binnenschiedsgerichtsbarkeit** bezeichnet. Es stehen dafür *zahlreiche Verfahrensordnungen* zur Verfügung, einerseits von den Handelskammern, anderseits von den verschiedenen Wirtschaftsbranchen. Die ZPO löst in diesem Zusammenhang für das gesamte *Schiedsverfahren* und für die *Abgrenzungsfragen* das bisherige Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit[6] ab. 4

---

2 BSK ZPO-HABEGGER, Art. 372 N 3; ZPO Komm. Sutter-Somm, MÜLLER, Art. 372 N 6; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 372 N 2.

3 Botschaft ZPO, 7398.

4 BSK ZPO-HABEGGER, Art. 372 N 3a; ZPO Komm. Sutter-Somm, MÜLLER, Art. 372 N 5a; BK ZPO-STACHER, Art. 372 N 4 ff.; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 372 N 1.

5 Expertenbericht ZPO, 172 f.

6 Hierzu vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, ZPO/ZH-Ergänzungsband, Schiedsgerichte und Schiedsgutachten von NIKLAUS UND GEORG WIGET (3. A., Zürich 1997, Supplement von RICHARD FRANK, Zürich 2000); JOLIDON; RÜEDE/HADENFELDT; RÜEDE/HADENFELDT, Supplement; WALTER, Alternativentwurf; WENGER, Schiedsgerichtsbarkeit.

3. Regelungsgehalt

3.1. Begründung der Rechtshängigkeit (Abs. 1)

5 Nach Art. 372 Abs. 1 ZPO wird Rechtshängigkeit[7] begründet durch (lit. a) *Anrufung* des bezeichneten Schiedsgerichts oder durch (lit. b) dessen *Bestellung* bzw. Einleitung eines besonders vereinbarten, vorangehenden *Schlichtungsverfahrens*. Art. 372 Abs. 1 ZPO schreibt dabei nicht vor, in welcher Form dies zu geschehen hat. Damit wäre grundsätzlich auch eine mündliche Anhängigmachung denkbar, sofern dies von einer allfällig vereinbarten Schiedsordnung nicht ausgeschlossen wird.[8]

6 Die **Anrufung** des bezeichneten Schiedsgerichts verursacht grundsätzlich keine Probleme. Es handelt sich um die einfache Klageeinleitung bei einer bereits bestehenden Schiedsorganisation für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit, insb. jener der Schweizer Handelskammern in den Kantonen. Wurde ein *Kollegialgericht* vereinbart, so genügt die *Anrufung eines einzelnen Mitglieds des Schiedsgerichts*.[9] Für die Anrufung bedarf es keiner eigentlichen Schiedsklage mit ausformuliertem Rechtsbegehren, wie dies die deutsche Fassung von Art. 181 IPRG verlangt. Eine Einleitungsanzeige genügt. Der Streitgegenstand muss jedoch genügend identifizierbar sein, wenn die Anrufung des Schiedsgerichts eine prozessuale Sperrwirkung und die materiellrechtliche Fristenunterbrechung bewirken soll.[10] Die Klägerin muss darin die zu beurteilenden Ansprüche mindestens summarisch darlegen und die Gegenpartei benennen.[11] Massgebender Zeitpunkt für den Eintritt der Rechtshängigkeit bei schriftlicher Anrufung des Schiedsgerichts ist das Datum der Postaufgabe.[12]

7 Die **Bestellung** des Schiedsgerichts erfolgt durch Anwendung der vertraglichen Schiedsklausel in den Vereinbarungen der Parteien. Die Rechtshängigkeit tritt dabei nicht erst dann ein, wenn ein solches Schiedsgericht konstituiert ist, da die Gegenseite diese durch Obstruktion verhindern oder verzögern könnte. Das Gesetz geht vielmehr davon aus, dass die Rechtshängigkeit durch die Einleitung des Verfahrens für die Bestellung des Schiedsgerichts seitens nur einer der Vertragsparteien eintritt. Dafür genügt die Erklärung der klagenden Partei an die Gegenpartei. Haben die Parteien bspw. vereinbart, die Ernennung solle durch eine Drittperson erfolgen, so wird das Verfahren mit dem Zugang der an diese

---

7 Einige Lehrmeinungen bevorzugen den Begriff der «Schiedshängigkeit». Damit würde dem Umstand Rechnung getragen, dass ihre Wirkungen nicht exakt jener der Rechtshängigkeit im Verfahren vor einem staatlichen Gericht entsprächen; so BSK ZPO-HABEGGER, Art. 372 N 3 m.w.H.; ebenso ZPO Komm. Sutter-Somm, MÜLLER, Art. 372 N 6; **a.M.** KUKO ZPO-DASSER, Art. 372 N 2a.

8 BSK ZPO-HABEGGER, Art. 372 N 4a m.H. auf Art. 3 Abs. 1 Swiss Rules sowie Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 ICC Rules; ebenso KUKO ZPO-DASSER, Art. 372 N 7.

9 BSK ZPO-HABEGGER, Art. 372 N 5; ZPO Komm. Sutter-Somm, MÜLLER, Art. 372 N 9; BK ZPO-STACHER, Art. 372 N 34; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 372 N 5; **a.M.** RÜEDE/HADENFELDT, 221.

10 BSK ZPO-HABEGGER, Art. 372 N 6a; ähnlich KUKO ZPO-DASSER, Art. 372 N 7. Das gilt auch für Aberkennungsklagen, wenn für die in Betreibung gesetzte Forderung ein Schiedsgericht vereinbart worden ist: BGer, 5A_496/2021, 10.2.2022, E. 2.3.1.

11 ZPO Komm. Sutter-Somm, MÜLLER, Art. 372 N 11.

12 KUKO ZPO-DASSER, Art. 372 N 8; BSK ZPO-HABEGGER, Art. 372 N 6; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 372 N 5.

Person gerichteten Aufforderung, die Ernennung vorzunehmen, eingeleitet.[13] Ein *Ad-hoc*-Schiedsgericht wird demgegenüber regelmässig dadurch eingeleitet, indem der Gegenpartei das Klagebegehren sowie die Benennung des Parteischiedsrichters bzw. ein Vorschlag eines Einzelschiedsrichters mitgeteilt wird.[14] Wurde die Schiedsvereinbarung erst *nach dem Entstehen* des Streits abgeschlossen, so tritt die Schiedshängigkeit *mit Unterzeichnung der Vereinbarung* ein, sofern diese das Schiedsgericht bezeichnet und den Streitgegenstand nennt.[15] Art. 372 Abs. 1 ZPO setzt Minimalstandards und geht daher anderslautenden Bestimmungen in den einzelnen Schiedsordnungen vor.[16]

Auch ein **Schlichtungsverfahren** begründet die Rechtshängigkeit, sofern es in der Schieds- 8
vereinbarung oder der gewählten Schiedsordnung vorgesehen ist.[17] Dies ist nicht selbstverständlich, denn es handelt sich dabei noch nicht um eine Klageeinleitung im engeren Sinn. Die gesetzliche Klarstellung ist daher willkommen. Eine mögliche Verzögerung des Schiedsverfahrens ist vertretbar, denn diese wird aufgrund der Schiedsstelle durch deren besondere Fachkenntnisse und Verfahrensordnung vermieden; zusätzlich besteht die Möglichkeit einer frühzeitigen Streitbeilegung bereits vor einer solchen besonderen Schlichtungsstelle. Aufgrund der fehlenden Regelung können Zweifel darüber entstehen, was als Schlichtungsverfahren zu verstehen ist und wann ein solches als eingeleitet gilt. Es ist mit MÜLLER hierfür als Minimum zu verlangen, dass die Parteien einen Dritten beauftragen, sie aufgrund von vorformulierten Begehren und im Rahmen eines geordneten Ablaufs zu einem Vergleich zu führen. Kommt dieser nicht zustande, so hat die Drittperson das Scheitern formell festzuhalten.[18] Ein gewöhnliches Gespräch der Parteien über ihre Differenzen genügt dazu nicht. Eine klassische Mediation oder auch «Med-Arb», bei welcher der Mediator nach gescheiterter Mediation ohne weiteres zum Schiedsrichter mutiert, dürften diesen Anforderungen dagegen in aller Regel genügen.[19] Unklar ist, wie lange die Rechtshängigkeit nach Beendigung des Schlichtungsverfahrens erhalten bleibt, ohne dass ein Schiedsverfahren eingeleitet wird. Eine analoge Anwendung der Frist von drei Monaten von Art. 209 Abs. 3 ZPO erscheint hier als sinnvoll.[20]

Nach dem Wortlaut von lit. b bewirkt die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens nur dann 8a
die Rechtshängigkeit, wenn die Schiedsvereinbarung kein Schiedsgericht bezeichnet.[21] Die systematische Unterscheidung wird von der Lehre zu Recht kritisiert. Die Einleitung

---

13 BSK ZPO-HABEGGER, Art. 372 N 8.

14 BSK ZPO-HABEGGER, Art. 372 N 10; ZPO Komm. Sutter-Somm, MÜLLER, Art. 372 N 12.

15 BSK ZPO-HABEGGER, Art. 372 N 15; ZPO Komm. Sutter-Somm, MÜLLER, Art. 372 N 12a; OFK ZPO-PLANINIC/ERK-KUBAT, Art. 372 N 2.

16 BSK ZPO-HABEGGER, Art. 372 N 9; ZPO Komm. Sutter-Somm, MÜLLER, Art. 372 N 12; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 372 N 6.

17 BSK ZPO-HABEGGER, Art. 372 N 13.

18 ZPO Komm. Sutter-Somm, MÜLLER, Art. 372 N 14.

19 KUKO ZPO-DASSER, Art. 372 N 11; BSK ZPO-HABEGGER, Art. 372 N 14; BK ZPO-STACHER, Art. 372 N 24.

20 BSK ZPO-HABEGGER, Art. 372 N 14b; ähnlich KUKO ZPO-DASSER, Art. 372 N 11, der von einer den Umständen angemessenen Frist ausgeht, die sich jedoch an der Dreimonatsfrist von Art. 209 Abs. 3 orientiere; vgl. auch BK ZPO-STACHER, Art. 372 N 28, 44.

21 BGer, 4A_386/2020, 17.8.2020, E. 3.

eines Schlichtungsverfahrens muss auch dann eine Rechtshängigkeit bewirken, wenn das Schiedsgericht in der Schiedsvereinbarung bereits bezeichnet wurde.[22]

3.2. Systematischer Kontext zur IPRG-Revision

9 Mit der Aufhebung von Art. 372 Abs. 2 ZPO erfolgte eine moderate **Angleichung der Binnenschiedsgerichtsbarkeit** an die internationale Schiedsgerichtsbarkeit entsprechend der IPRG-Revision von 2020.[23] Nach **Art. 181 IPRG** ist die Rechtshängigkeit des Schiedsverfahrens gegeben, sobald eine Partei mit einem Rechtsbegehren das in der Schiedsvereinbarung bezeichnete Mitglied oder die darin bezeichneten Mitglieder des Schiedsgerichts anruft oder, wenn die Vereinbarung kein Mitglied des Schiedsgerichts bezeichnet, sobald eine Partei das Verfahren zur Bestellung des Schiedsgerichts einleitet. Dabei entscheidet das Schiedsgericht nach **Art. 186 Abs. 1bis IPRG** über seine Zuständigkeit ungeachtet einer bereits vor einem staatlichen Gericht oder einem anderen Schiedsgericht hängigen Klage über denselben Gegenstand zwischen denselben Parteien, es sei denn, dass beachtenswerte Gründe ein Aussetzen des Verfahrens erfordern. Mit der Aufhebung von Art. 372 *Abs. 2* ZPO gelten diese Prinzipien nun partiell auch für das Binnenschiedsverfahren.[24]

3.3. Systematischer Kontext zur OR-Revision (Aktienrecht)

10 Die Aktienrechtsreform sieht neu die Möglichkeit eines statuarischen **Schiedsgerichts nach Art. 697n OR** vor. Dabei ist zu beachten, dass für Schiedsverfahren bei Streitlagen in Schweizer Aktiengesellschaften (und GmbH)[25] ausschliesslich die Binnenschiedsgerichtsbarkeit nach Art. 372 ff. ZPO anwendbar ist unter ausdrücklichem Ausschluss der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nach dem 12. Kapitel des IPRG.[26] Der Wortlaut des Gesetzes ist hier eindeutig, denn **Abs. 2** von Art. 697n OR bestimmt, dass für das Verfahren vor dem Schiedsgericht die Bestimmungen des 3. Teils der Zivilprozessordnung[27] gelten; *«das zwölfte Kapitel des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht ist nicht anwendbar»*. Nach der hier vertretenen Meinung kann dieser klare Wortlaut auch nicht dadurch umgedeutet werden, dass der *«3. Teil der Zivilprozessordnung»* auch *Art. 353 Abs. 2 ZPO* enthält, wonach die Parteien schriftlich «die Anwendung der Bestimmungen des zwölften Kapitels des IPRG vereinbaren» können. Diese Möglichkeit ist hier ausdrücklich ausgeschlossen, da die Sonderregel des OR als eine *Lex specialis* zu den allgemeinen Regeln nach ZPO, BGG und IPRG zu qualifizieren ist.[28]

---

22 KUKO ZPO-DASSER, Art. 372 N 10; BSK ZPO-HABEGGER, Art. 372 N 12; ZPO Komm. Sutter-Somm, MÜLLER, Art. 372 N 13; BK ZPO-STACHER, Art. 372 N 22.

23 Bundesgesetz vom 19.6.2020, in Kraft seit 1.1.2021 (AS 2020 4179; BBl 2018 7163).

24 HABEGGER, ZZZ 2021, 373.

25 Vgl. MEIER, Schiedsklauseln, 228 f.

26 STACHER/PÜSCHEL-ARNOLD, 519; OFK ZPO-PLANINIC/ERK, Art. 358 N 7a.

27 FORSTMOSER/KÜCHLER, 346 Rz. 16; BK OR-NOBEL, Art. 697n N 10.

28 CHK OR-ALLEMANN, Art. 697n N 8 f.

Das Lex-specialis-Argument wird zudem durch die beiden folgenden Überlegungen gestützt. Ein aktienrechtliches Schiedsgericht nach neuem Recht und seine Privilegierung gegenüber den staatlichen Gerichten erfolgt *einerseits* häufig als (1) **Zwangswahl** für potenzielle Betroffene. *Anderseits* ist in IPRG-Schiedsverfahren für das Schweizer Bundesgericht die (2) **Kognition sehr stark beschränkt** nach Art. 77 Abs. 1 lit. a BGG i.V.m. Art. 190–192 IPRG. Beide Überlegungen zeigen, dass die *Umgehung* der Vorgabe von Art. 697n OR durch Heranziehen von Art. 353 Abs. 2 ZPO der Zweckbestimmung des Gesetzes zuwiderlaufen würde.[29] 11

Von der Rechtsfrage der Zuständigkeit und der Rechtshängigkeit beim zuständigen Schiedsgericht (oder staatlichen Gericht) ist die Frage zu unterscheiden, nach welchen Verfahrensregeln das Gericht entscheiden wird. Diese Unterscheidung gilt auch bei der Anwendung von Art. 697n OR. Das bedeutet, dass neben der Verfahrensordnung des 3. Teils der Zivilprozessordnung auch eine *andere Verfahrensordnung* gewählt werden kann. Das Swiss Arbitration Centre stellt dafür die **Swiss Rules** zur Verfügung.[30] 12

3.4. Schiedsfähigkeitsprüfung durch die staatlichen Gerichte

Trotz *Aufhebung* von Art. 372 *Abs. 2* ZPO besteht dessen *vormalige Zweckbestimmung als indirekte Wirkung von Art. 354* ZPO fort, denn Voraussetzung eines Schiedsverfahrens ist die Schiedsfähigkeit einer Streitsache. Bisher konnte eine Partei das staatliche Gericht anrufen und die Vorfrage der Schiedsfähigkeit überprüfen lassen, da Art. 372 *Abs. 2* ZPO **zwingenden Charakter**[31] hatte. *Faktisch* besteht diese Möglichkeit auch nach der Aufhebung von Abs. 2 weiter, wenn eine Partei behauptet, sie werde i.S.v. Art. 61 lit. b ZPO *zu Unrecht in ein Schiedsverfahren gezwungen* und sie wolle die Streitsache von einem staatlichen Gericht beurteilt wissen. Der allgemeine Rechtsgrundsatz der Wahrung der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit im materiellen Recht gilt hier als **verfahrensrechtlicher Ordre public** sowohl in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit als auch – ausdrücklich vom Gesetz erfasst – für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit.[32] 13

Das staatliche Gericht wird die Beurteilung einer solchen prozessualen Vorfrage oder auch einer direkten Klageeinleitung **nicht einfach mit Nichteintreten** von der Hand weisen können unter Hinweis auf die Schiedsvereinbarung (s. N 1) nach Art. 61 ZPO. Anders entscheiden hiesse, einer rechtsuchenden Partei den Rechtsschutz zu verweigern. 14

Es handelt sich bei den möglichen Fällen vor allem um Macht- und Informations-Asymmetrien im **sozialen Privatrecht**, dessen materiellrechtlicher Gehalt durch die Normen des sozialen Zivilprozesses an den staatlichen Gerichten verwirklicht wird. Der Rechtsschutz durch die staatlichen Gerichte kann diesfalls nicht durch die Vereinbarung eines Schiedsverfahrens ausgehebelt werden. Das führt mit Bezug auf die Frage der *Rechtshän-* 15

---

29 Ebenso: BK OR-NOBEL, Art. 697n N 11.

30 S. Art. 373 N 1 Fn. 3. Vgl. auch SCHMID, SJZ 2023, 85 f.

31 Vgl. STACHER in der *Zweitauflage*, Art. 353 N 23: «Bestimmungen zur Rechtshängigkeit, mit welchen staatliche Verfahren und Schiedsverfahren koordiniert werden (Art. 372 Abs. 2 ZPO).»

32 BSK IPRG-PFISTERER, Art. 190 N 92 ff. (fundamentale Rechtsgrundsätze) und N 98 ff. (fundamentale Verfahrensgrundsätze).

gigkeit nicht mehr wie beim aufgehobenen Abs. 2 zur formal zeitlichen, sondern zur materiell sachlichen Koordination zwischen staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten. Hintergrund dieser Koordinationspflicht ist die Verwirklichung der *Vertragsfreiheit aller Rechtsuchenden*.

16 Vorfrageweise stellt sich dieses Rechtsproblem (s. Art. 354 N 15–19) jeweils bei Konstellationen im **Arbeitsrecht**,[33] im **Konsumrecht**[34] sowie im **Miet- und Pachtrecht**, wobei auch das Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung (mit ihren Auswirkungen) in **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** zum Prüfkatalog gehört.

17 Vorfrageweise kann sich das Rechtsproblem auch einem staatlichen Gericht bei der Abgrenzung der Zuständigkeit der **internationalen Verbandschiedsgerichtsbarkeit** stellen, nachdem die Schweiz vom EGMR[35] in einem Fall verurteilt worden ist, der die Persönlichkeitsrechte einer Klägerin betraf; im vorliegenden Kontext steht nicht die Anwendung des dort entschiedenen materiellen Rechts in Frage, sondern vielmehr die *prozessuale Möglichkeit erzwungener Schiedsverfahren (**«arbitrage forcé»**) im Schweizer Rechtsraum*. Einem staatlichen Gericht steht in solch gelagerten Fällen nicht leichthin das einfache Nichteintreten (s. N 14) zur Verfügung, das trotz einer Schiedsklausel von einer rechtsuchenden Partei angerufen wird, um einem erzwungenen Schiedsverfahren zu entgehen.

18 Mit Bezug auf das Verhältnis zwischen staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten ist in den Gebieten des Persönlichkeitsrechts und des sozialen Vertragsrechts **institutionell**[36] eine echte *Wahlmöglichkeit der Rechtsuchenden sicherzustellen*. Der Schweizer Gesetzgeber und die Gerichte stehen hier in der Pflicht. Wenn für Rechtsuchende nur die Möglichkeit eines Schiedsverfahrens vorgegeben ist, wird beim Abschluss einer Schiedsvereinbarung die Vertragsfreiheit verletzt. Eine solche Schiedsklausel ist offensichtlich ungültig nach Art. 61 lit. b ZPO. Das ist der Schluss, der aus der in N 17 zitierten Verurteilung der Schweiz zu ziehen ist (s. auch Art. 380 N 4).

---

[33] Zur Schiedsfähigkeit: BGE 144 III 235; 145 III 266; BGE 136 III 467 (mit Anm. LEUENBERGER, ZBJV 2012, 128 f.); BURKHART, 40 ff. und 161 ff.; FISCHER/SCHNEUWLY, 466 ff. (insb. zur begrenzten Schiedsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht); vgl. zur Schutznorm der loi d'application immédiate beim anwendbaren Recht auch im arbeitsrechtlichen Schiedsverfahren: ZK IPRG-VISCHER/WIDMER LÜCHINGER, Art. 18 N 19 ff.

[34] MÖHLER, 28 ff. (Schiedsgerichtsbarkeit im Konsumrecht); vgl. zur Schutznorm der loi d'application immédiate beim anwendbaren Recht auch im Konsumrecht: BSK IPRG-BRUNNER/VISCHER, Art. 120 N 54.

[35] EGMR, Semenya, Requête no 10934/21, 11.7.2023; die Schweiz wurde analog bereits früher wegen erzwungenen Schiedsverfahrens in Strassburg eingeklagt, aber nicht verurteilt, vgl. EGMR, Mutu und Pechstein, Requêtes nos 40575/10 et 67474/10, 2.10.2018.

[36] Vgl. vor der Änderung der institutionellen Regeln des Schiedsgerichtsverfahrens im Fussballsport die Rechtsprechung des Zürcher Handelsgerichts als staatliches Gericht: HGer ZH, 21.6.2004, in: ZR 2005, 97, vgl. zum Kontext: BRUNNER, SZW 2022, insb. 340 Fn. 50.

3.5. Schiedsgerichte und Swiss International Commercial Courts

Die Abgrenzung zwischen staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten betrifft sodann eine weitere entscheidende Rechtsfrage. Die *Streichung des Abs. 2* von Art. 372 ZPO wurde in den Beratungen des Parlaments[37] auch mit der besonderen Frage der internationalen Handelsgerichtsbarkeit in Verbindung gebracht bzw. der Schaffung von Swiss International Commercial Courts (s. Art. 6 N 17c). Es geht um nichts weniger als um die *Ergänzung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit durch die staatliche Handelsgerichtsbarkeit in internationalen Streitigkeiten* mit einer echten Wahlmöglichkeit der Rechtsuchenden. Es wäre für die Einfachheit und Raschheit dieser Verfahren wenig hilfreich gewesen, wenn innerhalb der Schweizer Justiz die *zeitliche Regel* der Rechtshängigkeit weiter bestanden hätte (s. N 1) mit jeweiligem Sistieren des einen oder anderen anhängig gemachten Verfahrens. Schweizer Handelsgerichte sind staatliche Gerichte (s. Art. 6 ZPO), deren Verfahren nunmehr auch in englischer Sprache geführt werden können, wie es in den internationalen Schiedsgerichten nach den Regeln der Swiss Rules of International Arbitration der Fall ist. 19

Um keine Verwechslungen stehen zu lassen, ist darauf hinzuweisen, dass unter «internationaler Schiedsgerichtbarkeit» zwar das *12. Kapitel des IPRG* im Vordergrund steht, dass indessen **internationale Handelssachen zwischen Unternehmen** auch nach den Regeln der «Binnenschiedsgerichtsbarkeit» nach dem *3. Teil der ZPO* oder nach Art. 6 ZPO von den Schweizer Handelsgerichten bzw. nach Art. 8 ZPO von den oberen kantonalen Letztinstanzen als *staatlichen Gerichten* beurteilt werden. Bei den letztgenannten drei Möglichkeiten ist für die Frage der Zuständigkeitsabgrenzung und Rechtshängigkeit auf die vorstehenden Ausführungen zu verweisen (s. N 1–2, N 9–13). Für das anwendbare Recht in internationalen Handelssachen gilt bei der Binnenschiedsgerichtsbarkeit Art. 381 ZPO und bei den staatlichen Gerichten Art. 57 ZPO unter Berücksichtigung des Kollisionsrechts (insb. IPRG und LugÜ). 20

[37] Votum Bauer, AB 2021 S 671: «L'article 372 vise à régler la problématique des demandes qui sont déposées devant une autorité judiciaire et un tribunal arbitral. Il y a là aujourd'hui une problématique puisque les instances sont saisies et que le tribunal saisi en second doit suspendre l'instruction du dossier. C'est susceptible de poser certains problèmes dans le cadre du tribunal de commerce international que nous vous proposons d'adopter et de créer. Pour cette raison, nous vous proposons d'abroger l'article 372 alinéa 2 du code de procédure civile.»

ISBN 978-3-03891-418-1

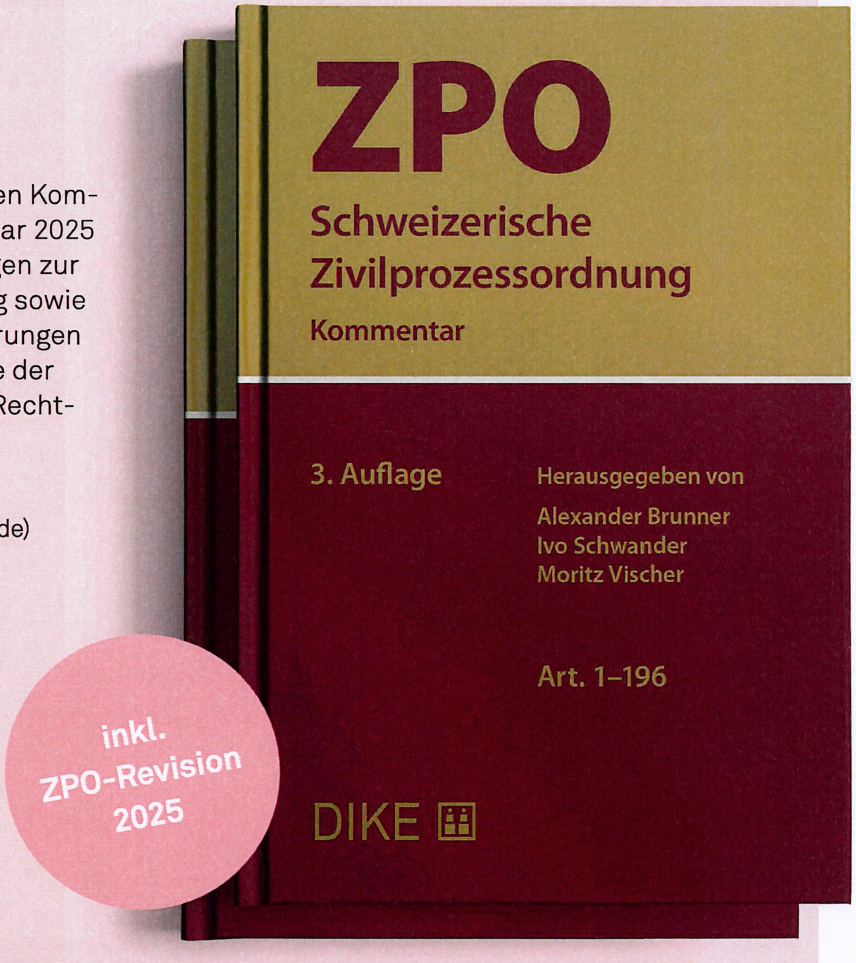
Alexander Brunner | Ivo Schwander † | Moritz Vischer (Hrsg.)

Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO

Kommentar
3. Auflage

Die dritte Auflage des bewährten Kommentars enthält die per 1. Januar 2025 in Kraft tretenden Bestimmungen zur revidierten Zivilprozessordnung sowie die seit 2016 ergangenen Änderungen in Bund und Kantonen inklusive der sorgfältigen Aufarbeitung von Rechtsprechung und Lehre.

2024, 3342 Seiten, gebunden (2 Bände)
ISBN 978-3-03891-418-1
CHF 528.–
erscheint im Dezember 2024



inkl. ZPO-Revision 2025

www.dike.ch/4181

www.dike.ch

DIKE