



Geschäfts-Nr.: HG110192-Z06Minderheit

Minderheit des Gerichts:

_____ und _____

Minderheitsantrag und –Begründung vom 30. März 2012
gemäss § 124 GOG und Art. 45 EMRK

Minderheitsantrag:

Auf die Klage ist nicht einzutreten

Begründung:

1. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 36 ZPO.

2. Sachliche Zuständigkeit

2.1. Die Frage der sachlichen Zuständigkeit hat das Handelsgericht von Amtes wegen zu prüfen.

2.1.1. Die klagende Partei stützt sich für die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts auf das Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO. Diese Bestimmung räumt der klagenden Partei ein Wahlrecht zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht ein, wenn nur die beklagte Partei im Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen ist und "die übrigen Voraussetzungen erfüllt" sind. Nach altem kantonalen Verfahrensrecht war eine solche Klageeinleitung rechtlich zulässig. Es stellt sich indessen nach dem Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung ab 1. Januar 2011 die Rechtsfrage, ob eine solche Klageeinleitung von Privatpersonen unverändert zulässig ist.

2.1.2. Im Mehrheitsentscheid wird davon ausgegangen, dass die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts gestützt auf Art. 6 Abs. 3 ZPO gegeben ist, da die "die übrigen Voraussetzungen" gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a und b erfüllt sind

und nicht verlangt werde, dass es sich materiell um eine handelsrechtliche Streitigkeit handle.

2.2. Der Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 3 ZPO ist in der Lehre umstritten.

2.2.1. Der Mehrheitsentscheid kommt zum Ergebnis, dass von einem weiten Anwendungsbereich auszugehen sei, und das Wahlrecht von Art. 6 Abs. 3 ZPO wie im alten Zürcher Prozessrecht grundsätzlich auch Privatpersonen ohne Unternehmereigenschaft zustehe. Der Verweis in Art. 6 Abs. 3 ZPO auf die "übrigen Voraussetzungen" beziehe sich nur auf diejenigen von Art. 6 Abs. 2 lit. a und b ZPO. Eine (materiell-rechtliche) Anforderung, dass es sich beim Streitgegenstand um materielles Handelsrecht handeln müsste fehle. Insbesondere knüpfe die gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO vorausgesetzte Möglichkeit einer Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht einzig daran an, dass "ein Fachgericht für handelsrechtliche Streitigkeiten als einzige kantonale Instanz" entschieden habe. Ein "Fachgericht für handelsrechtliche Streitigkeiten" sei das Handelsgericht auch dann, wenn es nicht über Tatbestände des materiellen Handelsrechts entscheide, sondern über eine Streitigkeit für die es gestützt auf das Wahlrecht von Art. 6 Abs. 3 ZPO oder auf Art. 6 Abs. 4 ZPO i.V.m. § 44 lit. a GOG zuständig sei.

2.2.2. Dass mit "übrigen Voraussetzungen" nur auf diejenigen von Art. 6 Abs. 2 lit. a und b ZPO verwiesen wird, ergibt sich indessen weder aus dem Wortlaut noch aus der Systematik von Art. 6 ZPO. Vielmehr wird nirgends präzisiert, was mit den "übrigen Voraussetzungen" gemeint ist. Ebenso gut könnte damit auch Art. 6 Abs. 1 gemeint sein.

Es ist daher durch Auslegung zu ermitteln, unter welchen Voraussetzungen ein Klägerwahlrecht Art. 6 Abs. 3 ZPO gegeben ist.

3.

3.1. Die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) regelt das Klägerwahlrecht in Verbindung mit dem Bundesgerichtsgesetz (BGG) neu wie folgt:

Art. 6 ZPO - 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. gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht; und
- c. die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind.

³ Ist nur die beklagte Partei im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen, sind aber die übrigen Voraussetzungen erfüllt, so hat die klagende Partei die Wahl zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht.

3.2. Das bisherige kantonale Klägerwahlrecht war bis zum 31. Dezember 2010 wie folgt geregelt:

§ 62 GVG-ZH

¹ Das Handelsgericht entscheidet alle Zivilprozesse zwischen Parteien, die als Firmen im Handelsregister eingetragen sind, sofern sich der Streit auf das von einer Partei betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse überhaupt bezieht und wenn der Streitwert für die Berufung an das Bundesgericht erreicht wird.

² Jedes Rechtsgeschäft einer im Handelsregister eingetragenen Person gilt im Zweifel als Handelsgeschäft.

§ 63 GVG-ZH

Entspricht der Streitgegenstand im Übrigen den Anforderungen von § 62, kann der Kläger zwischen dem Bezirksgericht oder dem Arbeitsgericht und dem Mietgericht einerseits und dem Handelsgericht anderseits wählen,

- 1. wenn nicht er, wohl aber der Beklagte im Handelsregister als Firma eingetragen ist;
- 2. (nicht relevant).

3.3. Ein Vergleich des alten und des neuen Verfahrensrechts zeigt folgenden entscheidenden Unterschied. Nach altem kantonalem Recht galt "jedes Rechtsgeschäft einer im Handelsregister eingetragenen Person" nach § 62 Abs. 2 GVG-ZH "im Zweifel als Handelsgeschäft". Jedes Rechtsgeschäft eines Unternehmens

mit einer anderen Partei wurde demnach als "*handelsrechtlich*" *vermutet*, selbst dann, wenn die Gegenpartei des Unternehmens nicht ebenso als Unternehmen, sondern als Privatperson in ein Rechtsverhältnis einbezogen war.

3.4. Nach dem Wortlaut des neuen Verfahrensrechts fehlt eine solch umfassende Rechtsvermutung. Das Bundesrecht vermutet nicht mehr jedes Rechtsgeschäft eines Unternehmens als "handelsrechtlich", sondern statuiert in Art. 6 Abs. 2 ZPO vielmehr eine einschränkende und abschliessende Legaldefinition, wonach eine Streitigkeit nur dann als "handelsrechtlich" gilt, wenn wenn die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist (lit. a), die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht (lit. b und beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind (lit. c). Mit diesen drei kumulativen Voraussetzungen definiert das Gesetz den Begriff der handelsrechtlichen Tätigkeit klar und explizit. Eine generelle Rechtsvermutung, wonach jedwelche "geschäftliche Tätigkeit" eines Unternehmens als "handelsrechtlich" zu qualifizieren wäre, fehlt dagegen. Dieses Erfordernis bildet gemäss Art. 6 Abs.2 lit. a ZPO nurmehr eine - für sich allein ungenügende - Teilkomponente der gesetzlichen Begriffsbestimmung von "handelsrechtliche Streitigkeit".

3.5. Es stellt sich die Frage, ob die Annahme gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO, welche für den Fall gilt, dass *beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind*, auch dann gilt, wenn nur die beklagte Partei im Handelsregister eingetragen ist oder ob vielmehr in diesen Fällen erforderlich ist, dass sich die Klage auf eine handelsrechtliche Streitigkeit bezieht, wie dies in Art. 6 Abs. 1 ZPO verlangt wird.

Der Wortlaut von Art. 6 Abs. 3 ZPO präzisiert nicht, worauf sich der Passus "*die übrigen Voraussetzungen*" bezieht. Wie erwähnt kann sich dieser Passus auch auf Art. 6 Abs. 1 ZPO beziehen, allenfalls kumulativ mit Abs. 2 lit. a und b dieser Bestimmung. Der Passus am Anfang von Absatz 2 "*Eine Streitigkeit gilt als handelsrechtlich*" ist keine "*übrige Voraussetzung*"; die Voraussetzungen werden erst in lit. a bis c formuliert. Ein Verweis auf diese Voraussetzungen bedeutet nicht, dass auch in Fällen von Privatklägern ohne Weiteres angenommen wird, dass es sich um eine handelsrechtliche Streitigkeit handelt.

In Art. 6 ZPO wird auch nirgends statuiert, dass die Annahme, welche für zwei im Handelsregister eingetragene Parteien gilt, auch für Fälle gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO gelten solle. Wenn beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind, leuchtet auch ein, dass im Zusammenhang mit deren geschäftlichen Tätigkeit die Annahme getroffen wird, es handle sich um eine handelsrechtliche Angelegenheit, da es sich hier in den meisten Fällen effektiv um Rechtsfragen des materiellen Handelsrechts handeln dürfte und in der Regel ein typisches *Gleichgewicht zwischen den Parteien* besteht. Im Gegensatz dazu geht es bei Geschäften von Privaten mit einem Unternehmen selten um eine handelsrechtliche Angelegenheit.

3.6. Eine Auslegung des Wortlauts von Art. 6 ZPO führt somit nicht zu einer abschliessenden Klärung, worauf sich der Passus "wenn die *übrigen Voraussetzungen erfüllt*" sind bezieht. Wortlaut und die Systematik sprechen dafür, dass auch auf Art. 6 Abs. 1 verwiesen wird und es zu den Voraussetzungen gehört, dass es sich um eine handelsrechtliche Streitigkeit handelt, ohne dass eine solche zu vermuten ist.

3.7. Wie nachfolgend darzulegen sein wird, ist eine Ausdehnung der handelsgerichtlichen Zuständigkeit auf Privatkläger nicht leichthin anzunehmen. So lässt sich kaum rechtfertigen, dass durch eine *prozessuale* Rechtsvermutung Sach- und Rechtsfragen des *materiellen* Arbeitsrechts oder des *materiellen* Konsumrechts plötzlich zu Sach- und Rechtsfragen des *materiellen Handelsrechts umqualifiziert* werden. Es erscheint denn auch nicht gerechtfertigt, jedes Rechtsgeschäft einer im Handelsregister eingetragenen Person "im Zweifel" zu einem "Handelsgeschäft" umzudeuten und anders zu definieren, selbst dann noch, wenn die *Normen des sozialen Privat- und Prozessrechts* auf materielles Konsumrecht (prozessuale Schutznorm: Art. 32 ZPO), materielles Arbeitsrecht (prozessuale Schutznorm: Art. 34 ZPO) oder materielles Mietrecht (prozessuale Schutznorm: Art. 33 ZPO) verweisen. Art. 35 ZPO (wie schon das vormalige Gerichtsstandsgesetz) schützt überdies im sozialen Privat- und Prozessrecht die schwächere Prozesspartei, weshalb Gerichtsstandsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingun-

gen (AGB) der Unternehmen unzulässig sind, was für die Frage der sachlichen Zuständigkeit ohnehin gilt.

3.8. Das Klägerwahlrecht in Art. 6 Abs. 3 ZPO kann sich - im Gegensatz zum alten kantonalen Prozessrecht - nicht auf eine umfassende Rechtsvermutung stützen, wonach jede Rechtsbeziehung zu einem Unternehmen aufgrund dessen geschäftliche Tätigkeit grundsätzlich als "*handelsrechtlich*" gelten könnte und müsste. Die geschäftliche Tätigkeit eines Unternehmens als Arbeitgeber bleibt im Verhältnis zu einem Arbeitnehmer stets eine Rechtsfrage des materiellen Arbeitsrechts und diesbezügliche Schutznormen und Verfahren sind "*arbeitsrechtliche Streitigkeiten*". Die geschäftliche Tätigkeit eines Unternehmens als Anbieter von Waren und Dienstleistungen am Markt bleibt im Verhältnis zu einem Konsumenten stets eine Rechtsfrage des materiellen Konsumrechts, und diesbezügliche Schutznormen und Verfahren sind "*konsumrechtliche Streitigkeiten*". Nur die geschäftliche Tätigkeit eines Unternehmens als Anbieter von Waren und Dienstleistungen im Verhältnis zu einem anderen Unternehmen ist eine Rechtsfrage des materiellen Handelsrechts und nur diesbezügliche Verfahren, für die der Gesetzgeber wegen des *typischen Gleichgewichts der Parteien* keine Schutznormen erlassen muss, sind "*handelsrechtliche Streitigkeiten*". Der Terminus "geschäftliche Tätigkeit" in Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO bezeichnet daher den Rechtsbegriff des Handelsgeschäfts zwischen *zwei Unternehmen* im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO. Das Klägerwahlrecht von Art. 6 Abs. 3 ZPO ist damit keineswegs toter Buchstabe, denn die Einzelunternehmen von Kaufleuten ohne Registereintrag sind naturgemäss ebenfalls Unternehmen, weshalb die sachliche Zuständigkeit für diese Tatbestände gegeben ist.

4. Doppelinstanzprinzip

4.1. Entscheidend für das Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO ist - wie erwähnt -, dass "die übrigen Voraussetzungen" gegeben sein müssen. Diese Voraussetzungen sind *sowohl* in Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO *als auch* in Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG umschrieben. Nur für "*handelsrechtliche Streitigkeiten*" ist nach Art. 6 Abs. 1 ZPO eine *einzigste kantonale Instanz* zuständig und diese Ausnahme

vom Doppelinstanzprinzip gilt auch nach Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG nur für handelsrechtliche Streitigkeiten. Die beiden Bundesgesetze ZPO und BGG sind mit Bezug auf die Möglichkeit der Direkt-Beschwerde untrennbar verbunden (conditio sine qua non).

4.2. Art. 75 BGG statuiert den *Grundsatz des kantonalen Doppelinstanzprinzips* in dem Sinne, dass eine zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht nur dann möglich ist, wenn diese gegen den Entscheid eines "oberen Gerichts" eingereicht wird, das als kantonale Rechtsmittelinstanz eines unteren Gerichts amtiert:

Art. 75 BGG - Vorinstanzen

¹ *Die Beschwerde ist zulässig gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen, des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundespatentgerichts.*

² *Die Kantone setzen als letzte kantonale Instanzen obere Gerichte ein. Diese entscheiden als Rechtsmittelinstanzen; ausgenommen sind die Fälle, in denen:*

a. ein Bundesgesetz eine einzige kantonale Instanz vorsieht;

b. ein Fachgericht für handelsrechtliche Streitigkeiten als einzige kantonale Instanz entscheidet;

Dieses Doppelinstanzprinzip wird nur in *Ausnahmefällen* durchbrochen, so insbesondere beim Bundespatentgericht als Spezialgericht nach Art. 75 Abs. 1 BGG, das von den Handelsgerichten die einschlägigen *handelsrechtlichen* Materien übernimmt. Das Doppelinstanzprinzip ist ein grundlegendes Prinzip der Schweizer Justizreform zur Entlastung des Bundesgerichts. Es versteht sich daher von selbst, dass die *Ausnahmen* von diesem Grundsatz nicht ausdehnend, sondern eng auszulegen sind, andernfalls der Grundsatz hinfällig würde.

4.3. Aus diesem Grund sieht Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG den weiteren Ausnahmefall vom Doppelinstanzprinzip ausdrücklich nur für "*handelsrechtliche Streitigkeiten*" vor, nämlich wenn "*ein Fachgericht für handelsrechtliche Streitigkeiten als einzige kantonale Instanz entscheidet*". Übereinstimmend damit statuiert auch Art. 6 Abs. 1 ZPO nur für "*handelsrechtliche Streitigkeiten*" die Zuständigkeit eines kantonalen Fachgerichts "*als einzige kantonale Instanz*". Als prozessuale Voraussetzung

des Klägerwahlrechts nach Art. 6 Abs. 3 ZPO muss mithin gemäss Bundesrecht materiell eine handelsrechtliche Streitigkeit gegeben sein, ohne deren Vorliegen eine Direkt-Beschwerde in Zivilsachen nach Bundesgerichtsgesetz nicht zulässig ist.

4.4.

4.5. Wollte man mit der Mehrheitsmeinung annehmen, dass im Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 3 ZPO die Betroffenheit der geschäftlichen Tätigkeit auch nur einer Partei für die Zuständigkeit des Handelsgerichts genüge, käme dies einer Ausdehnung der Zuständigkeit des Handelsgerichts für Streitigkeiten gleich, die nicht handelsrechtlich im Sinne der Legaldefinition von Art. 6 Abs. 2 ZPO sind. Dies im Widerspruch zu Art. 6 Abs. 1 ZPO und zu Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG, welche Bestimmungen die Einzelinstanzlichkeit ausdrücklich nur für handelsrechtliche Streitigkeiten zulassen. Die Tatsache, dass in Art. 6 Abs. 3 ZPO mit dem Verweis auf die "übrigen Voraussetzungen" die Beschwerdemöglichkeit ans Bundesgericht vorbehalten bleibt, unterstreicht, dass das Doppelinstanzprinzip möglichst unangetastet bleiben sollte. Handelt es sich bei der gemäss Art. 6 Abs.3 ZPO in Ausübung des Wahlrechts klagenden Partei nicht um ein Unternehmen ohne Registereintrag (Kaufleute), dürfte bei solcher Betrachtungsweise das Wahlrecht gemäss Art. 6 Abs.3 ZPO jedenfalls nur unter der Voraussetzung gelten, dass insoweit eine kantonale Zweitinstanz die Entscheide des Handelsgerichts überprüfen könnte. Dies ist indes im Kanton Zürich seit der Abschaffung des Kassationsgerichts in keiner Weise mehr möglich.

Die Kantone dürfen –optional und ausnahmsweise - ausschliesslich für *handelsrechtliche* Streitigkeiten ein Fachgericht als einzigste Instanz vorsehen. Die Kantone müssen jedoch für arbeitsrechtliche Streitigkeiten, für mietrechtliche Streitigkeiten und für konsumrechtliche Streitigkeiten, bei denen Privatpersonen gegen Unternehmen klagen, und für die der Bundesgesetzgeber *Schutznormen* erlassen hat, *zwingend eine Doppelinstanz* vorsehen. Aufgrund der in Art. 3 ZPO gewährleisteten Kompetenz der Kantone zur Organisation der Gerichte, wäre es den Kantonen wohl freigestellt, den Handelsgerichten auch weitere Geschäfte zuzuweisen. Für diese Streitigkeiten müsste aber zwingend eine 2. kantonale Instanz

vorgesehen werden. Falls Kantone den Handelsgerichten Geschäfte ausserhalb des Handelsrechts zuweisen wollen, so müssen sie gegen solche Urteile eines Handelsgerichts eine *zweite Instanz* vorzusehen. Das Parlament hat es denn auch nur für die handelsrechtlichen Streitigkeiten im Sinne von Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG ausdrücklich abgelehnt, gegen Urteile des Fachgerichts eine kantonale Zweitinstanz vorzusehen (ABull 2008 Nationalrat, S. 641 ff.). Eine Änderung des Wortlauts dieser Bestimmung hat das Parlament bei der Einführung des Klägerwahlrechts in Art. 6 Abs. 3 ZPO nicht vorgenommen. Im Gegensatz zum alten kantonalen Prozessrecht wird das Klägerwahlrecht daher ausdrücklich auf "handelsrechtliche Streitigkeiten" im engeren Sinne beschränkt. Eine Ausweitung dieser engen Auslegung auf unbegrenzte weitere Rechtsgebiete erscheint zufolge des Doppelinstanzprinzips nicht möglich.

4.6. Rechtsanwendung (Art. 1 ZGB)

Das neue Bundesrecht von ZPO und BGG statuiert - jedenfalls in Fällen des Klägerwahlrechts gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO - wie erwähnt - im Gegensatz zum alten kantonalen Verfahrensrecht keine prozessuale Rechtsvermutung, wonach arbeits-, miet- und konsumrechtliche Streitigkeiten in Gerichtsprozessen "*im Zweifel*" ohne weitere Begründung als "handelsrechtlich" *undefiniert* werden könnten. Rechtsprechung und Lehre haben daher wegen des Wegfalls dieser prozessualen Rechtsvermutung für das Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO den *Rechtsbegriff zu definieren*, was unter "handelsrechtlichen Streitigkeiten" im Sinne von Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG zu verstehen ist, wobei es kaum angehen könnte, eine systematische Unvereinbarkeit dieser beiden Prozessgesetze mit der Bundesverfassung und gestützt auf diese erlassene Bundesgesetze in Kauf zu nehmen. Nach Art. 1 ZGB hat das Gericht gestützt auf das Gesetz zu entscheiden und berücksichtigt dabei Rechtsprechung und Lehre (vgl. zu Art. 6 ZPO: ALEXANDER BRUNNER, Das Doppelinstanzprinzip und seine scheinbar unbegrenzten Umgehungsmöglichkeiten nach Art. 6 Abs. 3 ZPO, SJZ 2012, 25 ff.; DERS., DIKE-Komm-ZPO, Art. 6 ZPO N 23 ff. mit online update; DERS., Was ist Handelsrecht? Zur Frage der handelsrechtlichen Streitigkeiten nach ZPO/BGG, AJP 2010, 1529 ff.; DOMINIK GASSER ET AL., Ein Jahr Schweizerische ZPO - Ein Erfahrungsbericht, AnwaltsRe-

vue 2012, 8 ff., insb. 12; DOMINIK GASSER/ BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Zürich 2010, Art. 6 ZPO N 4; ULRICH HAAS/ MICHAEL SCHLUMPF, Art. 6 ZPO N 7, in: Oberhammer (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Zürich 2010; THEODOR HÄRTSCH, Art. 6 N 26, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010; ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 61; DAVID RÜETSCHI, Art. 6 ZPO N 29 ff, in: Sutter-Somm/ Hasenböhler/ Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010; JULIAN SCHWALLER/ GEORG NAEGELI, Die Zuständigkeit der Handelsgerichte gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO - Ist das klägerische Wahlrecht bei konsum- und arbeitsrechtlichen Streitigkeiten toter Buchstabe?, in: Jusletter 14. November 2011; DOMINIK VOCK, Die handelsrechtliche Streitigkeit, IRP-Weiterbildungsseminar Universität St. Gallen, 8. März 2011, mit download unter www.handelsrichter.ch; BSK-DOMINIK VOCK, Art. 6 ZPO N 15).

4.7. Gesetzgebung und Materialien zu Art. 6 Abs. 3 ZPO

Der Entwurf des Bundesrates enthielt kein Klägerwahlrecht. Er war diesbezüglich strenger als die damals in den Handelsgerichtskantonen geltenden Regelungen; auf diesen Umstand wurde in der Botschaft auch explizit hingewiesen. Zur Begründung für die Verschärfung wurde in der Botschaft ausgeführt, dass "sonst Konsumentenstreitigkeiten bei einem Streitwert von über 30'000 Franken – z.B. aus Kauf eines privaten Personenwagens – plötzlich der Handelsgerichtsbarkeit unterstehen würden (statt dem ordentlichen Verfahren)" (SCHWALLER/NAEGELI, a.a.O., S. 8, mit Hinweisen). Erst im Laufe der parlamentarischen Beratungen wurde dann – auf Antrag der Rechtskommission des Ständerates – der heutige Art. 6 Abs. 3 ZPO eingefügt.

4.8.

4.8.1. Das Klägerwahlrecht in Art. 6 Abs. 3 ZPO wurde somit im Verlauf der *Gesetzgebung* im Sinne einer Übernahme des kantonalen Klägerwahlrechts in die

ZPO aufgenommen. Das Klägerwahlrecht war in den Kantonen jedoch *unterschiedlich oder gar nicht geregelt*. Bei der Auslegung des neuen Bundesrechts kann daher nicht einfach auf diese unterschiedlichen Regelungen Bezug genommen werden. Aus diesem Grund ist die Frage zu erörtern, wie das Klägerwahlrecht nach neuem Bundesrecht im Rahmen der *handelsrechtlichen Streitigkeiten* zu verstehen ist, und welches Verhältnis es zum *Doppelinstanzprinzip* haben soll. Der Gesetzgeber hat nach der Einfügung der Ergänzung gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO nicht näher präzisiert, welches "die übrigen Voraussetzungen sind", unter denen ein Klägerwahlrecht besteht. Auch eine Anpassung oder Erweiterung von Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG ist nach der Ergänzung von Art. 6 ZPO nicht erfolgt. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Gesetzgeber diese Rechtsfragen der Rechtsprechung überlassen wollte.

4.8.2. So wurde unter anderem die entscheidende und treffende Rechtsfrage aufgeworfen, ob die *Haftpflichtprozesse von Konsumenten* mit dem Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO an einem Handelsgericht anhängig gemacht werden könnten. Die Materialien geben diesbezüglich eine eindeutige Antwort: "*Man kann sich fragen, ob auch der Konsumentenprozess, wenn es um Haftpflicht geht, eine handelsgerichtliche Materie sein soll. Das würde ich eher verneinen, denn das bürgerliche Niveau des Haftpflichtfalls soll zwei Instanzen haben, während das kommerzielle Niveau des Haftpflichtfalles schon jetzt die Möglichkeit hat, das Handelsgericht anzurufen. Damit ist das Problem meines Erachtens sachgerecht gelöst*". ... "*Dann würde das unter Artikel 6 Absatz 2 Buchstabe a (geschäftliche Tätigkeit) fallen. Das müsste man zuhanden der Materialien erklären. Kommerzielle Haftpflichtprozesse fallen unter Artikel 6 Absatz 2 und die so genannt bürgerlichen Haftpflichtstreitigkeiten sind auf dem ordentlichen Gerichtsweg zu verfolgen*" (vgl. BRUNNER, *Doppelinstanzprinzip*, a.a.O., 28), Feststellungen, die unbestritten blieben. Das "bürgerliche Niveau des Haftpflichtfalls" ist somit klar *keine* "handelsrechtliche Streitigkeit" im Sinne von Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG und es unterliegt nach Art. 75 Abs. 2 BGG dem Doppelinstanzprinzip, was auch ausdrücklich zu den *Materialien* erklärt wurde. Auf zivilrechtliche Direktbeschwerden in Haftpflichtstreitigkeiten, die unbegründet das Doppelinstanzprinzip durchbrechen, kann das Bundesgericht nicht eintreten und aus dem gleichen Grund ist das Handelsgericht von vorne herein sachlich nicht zuständig.

4.8.3. Die Materialien der Gesetzgebung zum Klägerwahlrecht zeigen sodann auf, dass eine *materiellrechtliche Definition der "handelsrechtlichen Streitigkeit"* für die Rechtsanwendung unabdingbar ist. Zugespitzt und treffend wurde fest gehalten, dass sonst alles, was mit Geld zu tun hat, als "handelsrechtliche Streitigkeit" qualifiziert werden könnte und solcherart die notwendige materiellrechtliche Definition offensichtlich nicht möglich wäre. So wurde ausgeführt: "*Sie können beliebig ausweiten, aber dann stellen Sie den Grundsatz der Zweiinstanzenregelung in Frage. Wenn Sie die Extremlösung wählen und es offen lassen, dann ist alles, was mit Geld zu tun hat, eine Handelsstreitigkeit und kann vor Handelsgericht gebracht werden. Das würde bedeuten, dass man in all diesen Fällen nach einer Instanz direkt ans Bundesgericht gelangen könnte. Da müsste man sich fragen, ob es richtig ist, im Kanton eine Zweiinstanzenregelung zu haben, welche man eingeführt hat, weil sonst viel zu viele Prozesse ans Bundesgericht kommen. Ich möchte vor einer zu grossen Ausweitung warnen*" (vgl. BRUNNER, *Doppelinstanzprinzip*, a.a.O., 29). Ausnahmen von der zweifachen Instanz sind daher eng zu halten.

In diesem Zusammenhang ist erneut darauf hinzuweisen, dass das *Doppelinstanzprinzip* für *handelsrechtliche Streitigkeiten* im Gesetzgebungsverfahren nach eingehenden Auseinandersetzungen im Nationalrat *ausdrücklich verworfen* worden ist (vgl. ABull 2008 NR 641 ff.). Ein solch deutlicher Parlamentsentscheid zwecks Aufwertung der Handelsgerichte ('fast-track') wäre nicht denkbar gewesen unter der Annahme, dass Handelsgerichte i.S.v. Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 ZPO als *einzig kantonale Instanz für alle möglichen prozessualen Konstellationen zulässig wären*, mit denen das Doppelinstanzprinzip ohne weiteres unterlaufen werden könnte. Unbeantwortet bliebe in diesem Zusammenhang überdies das Problem einer *Ungleichbehandlung möglicher Kläger* in Kantonen mit Handelsgericht und Kantonen ohne Handelsgericht. So hätten Privatpersonen (Konsumenten und Arbeitnehmer) in wenigen Kantonen das Privileg einer Direktklage an das Bundesgericht und in anderen Kantonen nicht, obwohl *bundesrechtlich* eine einheitliche Anwendung des sozialen Privat- und Prozessrechts im Arbeits- und Konsumrecht in Frage steht.

4.9. Zusammengefasst verlangt daher die Bundesgesetzgebung eine *restriktive* Qualifikation des Rechtsbegriffs der "handelsrechtlichen Streitigkeit" (BRUNNER,

Doppelinanzprinzip, a.a.O., 25 ff.). Dieser Rechtsbegriff kann nach neuem Verfahrensrecht nicht mehr auf jedwelche geschäftliche Tätigkeit eines Unternehmens ausgedehnt werden, die ohnehin naturgemäss stets mit Geld zu tun hat. Die Definition des *Handelsrechts*, der *geschäftlichen Tätigkeit* und der *handelsrechtlichen Streitigkeiten* ist bei der Anwendung von ZPO und BGG eng zu bestimmen und betrifft das Rechtsverhältnis zwischen Unternehmen wobei im Handelsrecht sowohl das Vertragsrecht als auch ausservertragliche Ansprüche darunter fallen. Der *Gesetzgeber* hat im Rahmen des Handelsrechts mit dem Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO zutreffend eine *Lücke gefüllt*, die für Einzelunternehmen (KMU) ohne Registereintrag entstanden wäre, da diese von Art. 6 Abs. 2 ZPO nicht erfasst werden. Falls die Kantone aufgrund ihrer Organisationshoheit auch für arbeits-, miet- und konsumrechtlichen Streitigkeiten eine handelsgerichtliche Zuständigkeit vorsehen möchten, so hätten sie wie erwähnt die Möglichkeit, gegen Urteile der Handelsgerichte in arbeits-, miet- und konsumrechtlichen Streitigkeiten (nicht jedoch für handelsrechtliche Streitigkeiten, vgl. ABull 2008 Nationalrat, S. 641 ff.) eine *kantonale Rechtsmittelinstanz* vorzusehen, womit die prozessuale Rechtsgleichheit für die gesamte bundesrechtliche Rechtsprechung garantiert würde. Ob dies angesichts der bereits bestehenden Doppelinstanzen für diese Streitigkeiten des sozialen Zivilprozesses indiziert ist, kann hier offen gelassen werden.

4.10. Berücksichtigung der Rechtsprechung

4.10.1. Auch aufgrund der *Rechtsprechung* ergibt sich, dass arbeits- und konsumrechtliche Streitigkeiten keine handelsrechtlichen Streitigkeiten gemäss Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG sind und auch nicht als handelsrechtlich im Sinne von Art. 6 Abs. 1, 2 und 3 ZPO "gelten" können. Die alte kantonale Regelung in § 63 Abs. 3 GVG-ZH mit der expliziten Ausscheidung der sachlichen Zuständigkeiten "zwischen dem Bezirksgericht oder dem Arbeitsgericht und dem Mietgericht einerseits und dem Handelsgericht andererseits" gilt für das Klägerwahlrecht nicht mehr. Zum neuen Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO findet sich bisher kein Entscheid des Bundesgerichts. Die bisherigen Beschwerden (vgl. *bspw.* 4A_255/2011) betrafen Verfahren, die nach *altem* kantonalen Prozessrecht eingeleitet worden wa-

ren. Die höchstrichterliche Rechtsprechung gibt indessen *indirekte Hinweise* zu den notwendigen Definitionen und Abgrenzungen nach neuem Verfahrensrecht.

4.10.2. Der Gesetzeswortlaut "*arbeitsrechtliche Streitigkeiten*" (vgl. zur örtlichen Zuständigkeit: Art. 34 ZPO) findet sich in Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG, der bestimmt, dass eine zivilrechtliche Beschwerde für Sach- und Rechtsfragen des materiellen Arbeitsrechts (unter Vorbehalt von Art. 74 Abs. 2 BGG) ab einem Mindest-Streitwert von 15'000 Franken zulässig ist (vgl. dazu bspw. die Entscheide: 4A_507/2011, Erw. 1 und 4A_338/2011, Erw. 1.1). Eine arbeitsrechtliche Streitigkeit ist nach der Rechtsprechung dann gegeben, wenn der Arbeitnehmer sich verpflichtet, im Unternehmen des Arbeitgebers zu arbeiten und sich gegen eine Lohnzahlung (Geldleistung) im Rahmen des Subordinationsverhältnisses in den Betrieb des Arbeitgebers einzuordnen (BGE (franz.) 134 III 102. Erw. 7). Der Arbeitnehmer stellt seine private Arbeitskraft dem Unternehmen des Arbeitgebers zur Verfügung. Eine strittige Geldleistung aus Arbeit ist stets eine "arbeitsrechtliche Streitigkeit" und kann rechtslogisch nicht in eine "handelsrechtliche Streitigkeit" *umqualifiziert* werden. Damit gilt auch für solche Streitlagen des sozialen Zivilrechts das Doppelinstanzprinzip und eine Direkt-Beschwerde nach Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG ist nicht möglich. Auf arbeitsrechtliche Streitigkeiten (vgl. 4A_507/2011, Erw. 1 und 4A_338/2011, Erw. 1.1) kann daher das Handelsgericht wegen fehlender sachlicher Zuständigkeit nicht eintreten.

4.10.3. Zu diesem Ergebnis ist die Rechtsprechung zum kantonalen Klägerwahlrecht im übrigen mit zutreffender Begründung schon bisher gelangt (vgl. ZR 1977 Nr. 76 und insb. ZR 2004 Nr. 16). Eine auf den *blossen Wortlaut* von Art. 6 Abs. 3 ZPO beschränkte Auslegung ohne Bezug auf das Bundesgerichtsgesetz würde daher *weiter gehen als die bisherige Rechtslage*. Eine solch umfassende Ausdehnung der Ausnahme vom Doppelinstanzprinzip widerspricht den Materialien und entspricht auch nicht Sinn und Zweck der Handelsgerichtsbarkeit nach neuem Bundesrecht. Es wird nun geltend gemacht, der Gesetzeswortlaut "geschäftliche Tätigkeit" beziehe sich ohnehin nicht auf Tatbestände des *Arbeitsrechts*. Dieser Schluss wird indessen in der Lehre bereits gezogen (JULIAN SCHWALLER/ GEORG NAEGELI, Die Zuständigkeit der Handelsgerichte gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO,

a.a.O.), wobei diese Auffassung insofern nachvollziehbar ist, als ein *Unternehmen als Nachfrager am Arbeitsmarkt* auftritt und die Einstellung und Beschäftigung von Privatpersonen als Arbeitskräfte zwanglos als geschäftliche, betriebliche und berufliche Tätigkeit bezeichnet werden könnte. Dies war denn auch der sachliche Grund für die ältere kantonale Praxis. Mit dieser Auslegung wird jedoch das Doppelinstanzprinzip nicht eng, sondern sehr ausdehnend ausgelegt. Die "geschäftliche Tätigkeit" als Rechtsbegriff ist daher auf *Rechtsbeziehungen des Handelsrechts* zu beschränken (zutreffend: DOMINIK VOCK, Die handelsrechtliche Streitigkeit, a.a.O., Rz 9). Das Gleiche muss gelten für das Spiegelbild des Arbeitsrechts, d.h., für das Konsumrecht.

4.11. Für die "konsumrechtlichen Streitigkeiten" (vgl. zur örtlichen Zuständigkeit: Art. 32 ZPO) ist nach der Rechtsprechung entscheidend, dass der Vertrag zwischen einem gewerbsmässigen Anbieter (Unternehmen) und einem Abnehmer (Konsumenten) geschlossen wird und die Ware oder Dienstleistung für die privaten Zwecke des Konsumenten bestimmt ist (vgl. BGE 132 III 268). Konsument ist daher eine Privatperson, die Waren oder Dienstleistungen für den privaten, persönlichen Verbrauch empfängt oder beansprucht. Massgebend ist, ob der Zweck, zu dem die betreffende Person den Vertrag geschlossen hat, als privat einzustufen ist (BGE 121 III 336 und BGE 133 III 295). Beide Formen, die positive Definition (Leistung *für private Zwecke* des Abnehmers) und die negative Definition (Leistung *nicht für betriebliche Zwecke* des Abnehmers) sind Inhalt des Konsumrechts und fallen begriffsnotwendig aus der Definition des Handelsrechts. "Konsumrechtliche Streitigkeiten" können nach der zitierten Rechtsprechung nicht unter "handelsrechtliche Streitigkeiten" nach Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG und Art. 6 Abs. 1 ZPO subsumiert werden, die allein ein Abweichen vom Doppelinstanzprinzip erlauben. Handelsgerichte sind somit sachlich nicht zuständig. Erwägungen zu allfälligen Abgrenzungsfragen *innerhalb des Konsumrechts* können im übrigen *unterbleiben*, da dieses ohnehin nicht Teil des Handelsrechts ist.

4.12. Schliesslich ist im Rahmen der Rechtsprechung zum Klägerwahlrecht auf den Entscheid in BGE 136 I 207-219 hinzuweisen. Diesem Entscheid lag die Beschwerde eines Konsumentenklägers in einer Haftpflichtsache - einer "*so genannt*

bürgerlichen Haftpflichtstreitigkeit" zugrunde, welche die verfassungs- und konventionwidrige Zusammensetzung der Schweizer Handelsgerichte bei konsumrechtlichen Streitigkeiten rügte. Die nach (*altem*) kantonalem Klägerwahlrecht beim Handelsgericht Zürich eingereichte Klage der Privatperson müsse von einem paritätisch besetzten Gericht beurteilt werden. Das Bundesgericht wies die auf Art. 6 EMRK gestützte Beschwerde ab mit dem *zutreffenden Hinweis, Handelsgerichte seien wegen ihrer Funktion naturgemäss nicht paritätisch besetzt.*

4.12.1. Dieser für das Klägerwahlrecht wesentliche höchstrichterliche Entscheidung entspricht der Rechtstatsache, dass Handelsgerichte grundsätzlich für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig sind, für deren Beurteilung Fachexperten und Juristen im Gerichtshof zusammen wirken. Trotz dieser Bundesgerichtsentscheidung ist jedoch gerichtsnotorisch, dass in den zur Zeit noch nach *altem kantonalem Prozessrecht* hängigen Verfahren von Privatpersonen unvermindert Ausstandbegehren gegen Fachrichter gestützt auf Art. 29 und Art. 30 BV sowie Art. 6 EMRK gestellt werden und Konsumentenkläger in den Haftpflichtstreitigkeiten das Fachgericht als unabhängiges und unparteiisches Gericht anfechten. Diesbezüglich sei eines der zahlreichen solcher Rechtsbegehren zitiert: "*Es sei ... festzustellen, dass das Handelsgericht des Kantons Zürich ... bei Klagen von nicht im Handelsregister eingetragenen Personen kein unabhängiges und unparteiliches Gericht im Sinne von Art. 30 Abs. 1 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK ist.*" - Unter anderem mit der folgenden Begründung: "*Treuwidrig wäre die Klageeinleitung und die nachfolgende Berufung auf den institutionellen Mangel also nur dann, wenn durch das Handelsgericht selber oder die Rechtsmittelsinstanzen irgendeinmal festgestellt worden wäre, dass sich das Handelsgericht nicht verfassungs- und konventionskonform zusammensetzt. Alles andere würde nämlich bedeuten, dass wegen des stillschweigenden Akzeptes kein Rechtsuchender überhaupt je die Möglichkeit hätte, die Verfassungsmässigkeit des Handelsgerichtes zu überprüfen, was somit einem faktischen Entzug seines Individualrechtes auf ein gesetzmässiges Gericht gleichkommen würde. Das Gleiche gilt für das in der früheren Rechtsprechung des Kassationsgerichts vorgebrachte Argument, wenn man Zweifel an der Verfassungsmässigkeit habe, könne man ja auf die Wahlmöglichkeit verzichten und die ordentliche zweistufige Gerichtsbarkeit in Anspruch nehmen. Wenn der frühere zürcherische Gesetzgeber und nun auch der eidgenössische Gesetzgeber eine derartige Wahlmöglichkeit einräumt, hat er dafür zu sorgen, dass*

für beide Wahlmöglichkeiten ein gesetzmässiges Gericht als Entscheidungsinstanz zur Verfügung gestellt wird."

4.12.2. *Das neue Verfahrensrecht des Bundes hat dieses grundsätzliche Problem Ziel führend und zutreffend behoben.* Davon kann vernünftigerweise ausgegangen werden. Es ist denn auch nicht anzunehmen, der Bundesgesetzgeber habe mit dem Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO eine Normenlage gewollt und *bezweckt*, die nach altem kantonalen Prozessrecht *notorischen Friktionen* mit Bezug auf Ablehnung und Ausstand unvermindert fort dauern zu lassen. Die in BGE 136 I 207-219 und neuestens - zum wiederholten Male - durch das Zürcher Kassationsgericht (KassG Entscheid vom 27. Dezember 2011, Erw. II.1, online: AA100120) behandelten Rechtsfragen nach altem kantonalen Prozessrecht (Privatpersonen gegen Unternehmen) löst das neue Verfahrensrecht des Bundes zutreffend damit, dass die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte auf "*handelsrechtliche Streitigkeiten*" beschränkt wird. Die nach Art. 6 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG zulässigen Klagen gelten nur noch für die im Register nicht eingetragenen *Einzelunternehmen (Kaufleute / KMU)*, die in Sach- und Rechtsfragen des Handelsrechts gegen andere Unternehmen vorgehen. Usanzgemäss werden diese Klagen von allen Verfahrensbeteiligten sach- und fachgerecht behandelt und sie geben zu Begehren um Ausstand einzelner Handelsrichter oder des ganzen Kollegiums des Fachgerichts keinen Anlass.

4.12.3. Die Richtigkeit dieser Feststellung kann auch durch den folgenden Umkehrschluss belegt werden: Bundesgesetze sind grundsätzlich verfassungskonform auszulegen (Art. 35 Abs. 3 BV), weshalb das Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO im Lichte von Art. 30 BV (gerichtliche Verfahren) und von Art. 110 (Arbeitnehmerschutz) und Art. 97 (Konsumentenschutz) zu qualifizieren ist. Nach der *fassungskonformen Auslegung* von Bundesgesetzen ist stets jenes Ergebnis zu bevorzugen, das der Verfassung am ehesten entspricht, was selbst zu einer Änderung der Rechtsprechung führen kann (vgl. Urteil 9C_310/2011 vom 18. Juli 2011 = SJZ 2011 S. 472). Diese Auslegung führt dazu, dass das Klägerwahlrecht nach neuem Bundesrecht nicht für Privatpersonen (Konsumenten und Arbeitnehmer) gelten kann, da sie bei Fachgerichten nach Art. 6 Abs. 1 ZPO naturgemäss

immer auf ein Gericht treffen werden, das *nicht paritätisch* konstituiert ist. Aus diesem Grunde ist auch voraussehbar, dass - würde das Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO umfassend ausgelegt - solche Beschwerden auch nach neuem Bundesrecht unvermindert erhoben werden könnten, was einer einfachen und raschen Streitbeilegung zuwider laufen würde. Fachgerichte wie das *Bundespatentgericht* und die Schweizer *Handelsgerichte* folgen anderen Grundsätzen, d.h. den Usanzen und der Expertise in Verhältnissen des Handelsrechts.

4.13. Abschliessend ist anzumerken, dass bei einem solchen Ergebnis der Auslegung des Klägerwahlrechts nach Art. 6 Abs. 3 ZPO die *notorische Ausstandsproblematik* betreffend Mitwirkung von Fachrichtern an den Handelsgerichten (vgl. Obergericht des Kantons Zürich, Entscheid vom 20. Januar 2012, in Sachen Ablehnungsbegehren gegen Handelsrichter C.; online abrufbar unter: VV110018) *weitgehend gegenstandslos* wird. Im Rahmen einer systematischen Auslegung ist daher auch die Ausstandsproblematik nach Art. 47 ZPO zu berücksichtigen (vgl. dazu insb. PETER DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, Art. 47 N 23 ff.). Das Klägerwahlrecht ist auch aus diesem Grund eng auszulegen.

4.14. Berücksichtigung der Lehre

Im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut und das Ergebnis der Auslegung von Art. 6 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG unter Berücksichtigung der massgeblichen Rechtsprechung könnte das Gericht auf Weiterungen verzichten (Art. 1 Abs. 1 ZGB). Angesichts der Fülle der seit dem Inkrafttreten der ZPO erschienenen Lehre sind jedoch einige nicht abschliessende Hinweise anzubringen.

4.14.1. Mit Bezug auf die notwendige Qualifikation des Rechtsbegriffs der "handelsrechtlichen Streitigkeit" bezieht sich die bisher veröffentlichte Literatur zum *Klägerwahlrecht* vorwiegend auf den *blossen Wortlaut von Art. 6 Abs. 3 ZPO* in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 ZPO und auf das *alte uneinheitliche kantonale Prozessrecht* (vgl. u.a.: DAVID RÜETSCHI, Art. 6 ZPO N 29 ff, in: Sutter-Somm/ Hasenböhler/ Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010; THEODOR HÄRTSCH, Art. 6 N 26, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010; DOMINIK GASSER/ BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Zürich 2010, Art. 6 ZPO N

4; ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 61; JULIAN SCHWALLER/ GEORG NAEGELI, Die Zuständigkeit der Handelsgerichte gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO - Ist das klägerische Wahlrecht bei konsum- und arbeitsrechtlichen Streitigkeiten toter Buchstabe?, in: Jusletter 14. November 2011). Nach dieser Rechtsmeinung sind die Handelsgerichte nicht nur für "handelsrechtliche Streitigkeiten", sondern auch für "konsumrechtliche Streitigkeiten" und - wie erwähnt entgegen der bisherigen Rechtslage nach kantonalem Prozessrecht - auch für "arbeitsrechtliche Streitigkeiten" sachlich zuständig.

4.14.2. Ein anderer Teil der Lehre versucht, das Klägerwahlrecht gestützt auf das neu geltende Bundesrecht direkt zu bestimmen und entsprechende begriffliche Abgrenzungen zur "handelsrechtlichen Streitigkeit" vorzunehmen (vgl. u.a. ULRICH HAAS/ MICHAEL SCHLUMPF, Art. 6 ZPO N 7, in: Oberhammer (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Zürich 2010; BSK-DOMINIK VOCK, Art. 6 ZPO N 15; DOMINIK VOCK, Die handelsrechtliche Streitigkeit, IRP-Weiterbildungsseminar Universität St. Gallen, 8. März 2011, mit download unter www.handelsrichter.ch; ALEXANDER BRUNNER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 6 ZPO N 23 ff. mit online update; ALEXANDER BRUNNER, Was ist Handelsrecht? Zur Frage der handelsrechtlichen Streitigkeiten nach ZPO/BGG, AJP 2011, 1529 ff.; DOMINIK GASSER ET AL., Ein Jahr Schweizerische ZPO - Ein Erfahrungsbericht, AnwaltsRevue 2012, 8 ff., insb. 12). Nach dieser Rechtsauffassung sind die Handelsgerichte beim Klägerwahlrecht für "handelsrechtliche Streitigkeiten" sachlich zuständig, nicht jedoch für Klagen von Privatpersonen in "konsumrechtlichen Streitigkeiten" oder "arbeitsrechtlichen Streitigkeiten".

4.14.3. Die unterschiedlichen Lehrmeinungen lassen sich dadurch lösen, dass das Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO - gestützt auf die *Materialien* der Gesetzgebung - in den Kontext mit Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG gestellt und auf diese Weise aus dem neuen Bundesrecht - gestützt auf das Doppelinstanzprinzip und seine *restriktiven Ausnahmen* - direkt ausgelegt wird. Das Klägerwahlrecht entfällt daher für Arbeitnehmer gegen Arbeitgeber (Art. 34 ZPO), für Mieter gegen gewerbmässige Vermieter (Art. 33 ZPO) und für Konsumenten gegen Anbieter (Art. 32 ZPO); *auch "die so genannt bürgerlichen Haftpflichtstreitigkeiten sind auf dem*

ordentlichen Gerichtsweg zu verfolgen", da sie keine "kommerziellen Haftpflichtprozesse" sind.

4.14.4. Abschliessend ist mit Bezug auf die Legaldefinition der "handelsrechtlichen Streitigkeit" in Art. 6 ZPO und Art. 75 Abs. 2 BGG auf die von der Lehre entwickelte *Zwecktheorie* hinzuweisen (MANFRED REHBINDER, JKR 1995, 59 ff. insb. 71 f.; PFISTER/ VON DER CRONE, Konsens über Obliegenheiten im Reisecheckvertrag, Anm. zu BGE 130 III 417, SZW 2005, 276 FN 3; BRUNNER, Handelsrecht, a.a.O., 1532 ff.). Da das Prozessrecht (ZPO und BGG) keine Rechtsvermutung mehr enthält, die es erlauben würde, *alle* Rechtsbeziehungen eines *Unternehmens* undifferenziert als "handelsrechtlich" gelten zu lassen, ermöglicht die Zwecktheorie als Entscheidkriterium einsichtliche und nachvollziehbare begriffliche Einordnungen und Abgrenzungen.

5. Zusammenfassung

Die Analyse und Qualifikation des Klägerwahlrechts hat ergeben, dass Art. 6 Abs. 3 ZPO *verfassungs- und konventionskonform* auszulegen ist (Art. 29 und Art. 30 BV sowie Art. 6 EMRK i.V.m. Art. 35 Abs. 3 BV), was bedeutet, dass die *Ungleichgewichtslagen* des sozialen Privatrechts in den arbeitsrechtlichen Streitigkeiten (Art. 110 BV) und konsumrechtlichen Streitigkeiten (Art. 97 BV) nicht von den Handelsgerichten zu beurteilen sind. Handelsgerichte sind nur für handelsrechtliche Streitigkeiten sachlich zuständig.

Die Analyse und Qualifikation des Klägerwahlrechts hat gestützt auf die *Materiellen der Gesetzgebung* weiter ergeben, dass Art. 6 Abs. 3 ZPO im Sinne des materiellen Handelsrechts zu verstehen ist, denn nicht "alles, was mit Geld zu tun hat", ist begrifflich eine "handelsrechtliche Streitigkeit". Nach neuem Bundesrecht *entfällt* sodann die kaum zu rechtfertigende *Rechtsvermutung* des alten kantonalen Prozessrechts, wonach *jede* geschäftliche Tätigkeit eines Unternehmens "im Zweifel" als Handelsgeschäft gelten soll, selbst dann, wenn es sich dabei materiell um eine Frage des Arbeits- oder Konsumrechts handelt. Aus diesem Grunde ist der von der Lehre entwickelten *Zwecktheorie* zu folgen.

Die Analyse und Qualifikation des Klägerwahlrechts hat schliesslich ergeben, dass Art. 6 Abs. 3 ZPO in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 ZPO und Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG auszulegen ist, was bedeutet, dass das *grundlegende Doppelinstanzprinzip* der Schweizer Justizreform und seine Ausnahmen *restriktiv* zu handhaben sind. Arbeitsrechtliche und konsumrechtliche Streitigkeiten unterliegen der Zweinstanzenregelung. Eine Ausnahme davon ist nur für die handelsrechtlichen Streitigkeiten gegeben.

6. Fazit

Die gestützt auf Art. 6 Abs. 3 ZPO eingereichte Klage kann nicht als handelsrechtliche Streitigkeit qualifiziert werden. Die klagende Partei ist auch keine Einzelunternehmung (Einzelkaufmann / KMU), die zur Klage nach Art. 6 Abs. 3 ZPO berechtigt wäre. Das Handelsgericht ist daher sachlich nicht zuständig und auf die Klage ist damit nicht einzutreten.

Die Minderheit des Handelsgerichts des Kantons Zürich