

Handelsrichter als Vermittler zwischen Wirtschaft und Recht

Dr. iur. Alexander Brunner, Oberrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich und nebenamtlicher Bundesrichter (Zollikon)

Der Autor stellt die Vorzüge von Handelsgerichten dar, wie sie gegenwärtig in den Kantonen Zürich, Bern, Aarau und St. Gallen bestehen und im Entwurf der Schweizerischen Zivilprozessordnung vorgesehen sind. Er beschreibt die Rechtsstellung der Fachrichter im Verfahren sowie ihre effiziente und lösungsorientierte Arbeitsweise im Zusammenwirken mit den Referenten.

Zi.

L'auteur présente les avantages des tribunaux de commerce, tels qu'ils existent actuellement dans les cantons de Zurich, Berne, Argovie et Saint-Gall et tels qu'ils sont prévus dans le projet de Code de procédure civile suisse. Il décrit la position juridique des juges spécialisés dans la procédure, ainsi que leur manière de travailler, marquée par la recherche de l'efficacité économique et de solutions pragmatiques en collaboration avec les rapporteurs.

P.P.

I. Einleitung

Handelsrichter¹ sind *Fachrichter*; sie sind keine Laien oder untergeordnete Hilfsberater, sondern gleichwertige Fachexperten innerhalb des Gerichts. Handelsgerichte legitimieren sich ausschliesslich aufgrund ihrer arbeitsteiligen Kompetenz in Rechts- und Sachfragen. Nach Meinung der Expertenkommission für die Einführung einer einheitlichen Schweizer Zivilprozessordnung haben sich die bestehenden Handelsgerichte in der Praxis ausserordentlich bewährt². Diese – einheitliche – Feststellung findet sich auch in der Vernehmlassung, weshalb die in der Zwischenzeit veröffentlichte Botschaft des Bundesrates vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) die Handelsgerichte in § 6 ausdrücklich vorsieht. Diese Norm ermöglicht es den Kantonen, auch neue Handelsgerichte einzurichten. Gegenwärtig bestehen in der Schweiz vier Handelsgerichte³ in den Wirtschaftszentren des Mittellandes: Zürich⁴, Bern⁵, Aargau⁶ und St. Gallen⁷.

¹ Der vorliegende Beitrag basiert auf dem Referat an der Tagung des Schweizer Verbandes der Richter in Handelssachen (SVRH) vom 21. Oktober 2004. Dabei konnte u.a. auf frühere unveröffentlichte Tagungsreferate zurück gegriffen werden, was an dieser Stelle verdankt wird: *Franz Nyffeler*, Überblick über die Handelsgerichtsbarkeit in der Schweiz (3. Mai 1991); *Urs Peter Frey/Rolf Germann*, Arbeitsmethoden und Zusammenarbeit zwischen juristischen und Fachrichtern in den Handelsgerichten (24. Oktober 1996); *Oscar Vogel*, Fachwissen und Richterwissen (22. Oktober 1998).

² Expertenkommission für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Bericht zum Vorentwurf, Juni 2003, 22 f.; *Christoph Leuenberger*, Der Vorentwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung – ein Überblick, *AJP* 2003 1421 ff.; *Thomas Sutter-Somm*, Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, *ZSR* 2002 I 545 ff.

³ *Peter Nobel*, Zur Institution der Handelsgerichte, *ZSR* 1983 I 137–160; *David Rüetschi*, Die Zukunft der Handelsgerichte, Auswirkungen der Entwürfe zu einer Bundeszivilprozessordnung und einem Bundesgerichtsgesetz auf die kantonale Handelsgerichtsbarkeit, *SJZ* 101 2005 29 ff. Das auf den 1. Januar 2007 in Kraft tretende Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005 sieht bei den letzten kantonalen Instanzen in Art. 75 Abs. 2 lit. c BGG ausdrücklich *Handelsgerichte* als Vorinstanz vor; *BBl* 2005 4045; Botschaft: *BBl* 2001 4202. Der Bestand der Schweizer Handelsgerichte ist damit gewahrt.

⁴ *Urs Bosshard*, Die Sondergerichte des Kantons Zürich, Diss. Zürich 1981; *Hauser/Schweri*, Kommentar zum Zürcher GVG, Zürich 2002, Vorbemerkungen §§ 57–65 GVG: Einführung und Vorteile der Handelsgerichte; *Oscar Vogel*, 125 Jahre Zürcher Handelsgericht, *SJZ* 88 1992 17 ff.; *ders.*, Prozessuales Management am Handelsgericht, *SJZ* 88 1992 18 ff.

⁵ *H.U. Siegenthaler*, Aus der Praxis des Handelsgerichts des Kantons Bern, *ZBJV* 1978 282–292; *Rolf P. Steinegger*, Zu den Kompetenzkonflikten zwischen dem Appellationshof und dem Handelsgericht des Kantons Bern, ein Diskussionsbeitrag, *ZBJV* 1977 509 ff.

⁶ *Max Brändli*, Die sachliche Zuständigkeit der aargauischen Zivilgerichte, Basel 1984; *Albert Killer*, Die Zuständigkeit des Handelsgerichts, in: *FS* 50 Jahre Aargauischer Juristenverein, Aarau 1986, 123 ff.

⁷ *Hans Rudolf Alther*, Das Handelsgericht des Kantons St. Gallen, Diss. Zürich 1979; *Remigius Kaufmann*, Gedanken über das sanktgallische Handelsgericht, *SJZ* 77 1981 294 ff.

Auch wenn Privatpersonen⁸ Klagen gegen Unternehmen an Handelsgerichte prorogieren können, überwiegen Streitfälle zwischen Unternehmen und damit die *Sach- und Rechtsfragen des Handelsrechts*⁹. Am Zürcher Handelsgericht bilden dabei die drei Handelsrichter (Referent und zwei weitere Fachrichter) gegenüber den zwei Oberrichtern (Präsident und Instruktionsrichter) im Urteils-Kollegium die Mehrheit, womit der Gesetzgeber¹⁰ jede Diskussion um eine Vor-

rangstellung der Juristen im Gericht zutreffend als obsolet erscheinen lässt. Entscheidend ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise¹¹, die *besonderes Wissen* mit Bezug auf die konkreten *Sachverhalte* voraussetzt. Aus diesem Grund ist das Zürcher Handelsgericht in zehn Kammern aufgeteilt, die folgende Branchen umfassen: 1. Banken und Versicherungen; 2. Revisions- und Treuhandwesen; 3. Baugewerbe und Architektur; 4. Chemie, Pharmazie, Drogerie; 5. Lebensmittel- und Genussmittelindustrie und -handel; 6. Maschinen- und Elektroindustrie; 7. Erfindungspatente¹²; 8. Übersee- und Grosshandel und Spedition; 9. Textil-Industrie und -Handel; und 10. Verschiedene Branchen.

Die in den ordentlichen Zivilgerichten naturgemäss gegebene – an sich künstliche – Aufspaltung zwischen Richterwissen und Fachwissen (externe Experten) wird an den Handelsgerichten von Gesetzes wegen zusammengeführt. In den überwiegenden Fällen enden die Streitigkeiten daher nicht nach Durchführung des Haupt-, Beweis-, Erkenntnis- und Rechtsmittelverfahrens in mehreren Jahren, sondern in der Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung nach rund sechs Monaten. Die Verfahren an den Handelsgerichten sind daher in der Regel rasch, kostengünstig und sachgerecht¹³. Um dies zu ermöglichen ist entscheidend, dass Oberrichter und Handelsrichter zusammenarbeiten. *Lösungsvorschläge* der Gerichtsdelegationen zur Streitbeilegung gewinnen dadurch erhöhte *Plausibilität* und finden *Akzeptanz* bei den Unternehmen und ihren Vertretern. Im Folgenden wird versucht, den Zivilprozess aus Sicht des Fachrichters darzulegen und aufzuzeigen, dass er als Vermittler zwischen Wirtschaft und Recht tätig werden kann.

II. Rechtstellung der Handelsrichter

A. Handelsrichter als Richter

Handelsrichter sind *Richter*. In Zürich werden sie daher wie die Oberrichter vom Parlament gewählt. In den Materialien zum Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)¹⁴ wird festgehalten: «Beim Richter ist es wichtig, dass er im Gebiet lebt, dessen Gesetz er anwendet. Diese Verpflichtung dauert für die ganze Zeit der Amtsausübung. Sie gilt auch für Handelsrichter.» Wichtig ist aber nicht nur die lokale Verankerung, sondern auch die berufliche Einbindung in eine Wirtschaftsbranche, weshalb nur wählbar¹⁵ ist, wer in einer Firma als Inhaber oder in leitender Stellung tätig ist oder während mindestens zehn Jahren eine solche Stellung bekleidet hat. Die Amtsdauer beträgt wie bei den Oberrichtern sechs Jahre¹⁶. Damit nehmen die *Handelsrichter* im Handelsgericht die *gleiche Stellung ein wie die Berufsrichter*.

B. Richterliche Unabhängigkeit des Handelsrichters

Die richterliche Unabhängigkeit¹⁷ gilt auch für Handelsrichter, womit sowohl die (subjektive) Unvoreingenommenheit als auch die (objektive) Neutralität erfasst wird. Vor geraumer Zeit brachte in diesem Zusammenhang die unterlegene Partei eines Bankenprozesses im Rechtsmittelverfahren die prozessuale Rüge vor, das Handelsgericht könne nicht als «unabhängiges Gericht» im Sinne von *Art. 6 Abs. 1 EMRK* bezeichnet werden. Zur Begründung wurde angeführt, die «Wählbarkeit» der Handelsrichter gemäss § 59 Abs. 2 GVG-ZH sei mit der Pflicht, organisatorisch unabhängige Gerichte für Zivilprozesse zur Verfügung zu stellen, nicht vereinbar. Vor

⁸ Vgl. bspw. § 63 Ziff. 1 GVG-ZH; es handelt sich vor allem um Klagen von Versicherten und/oder Geschädigten gegen Versicherungsgesellschaften oder um Klagen von privaten Anlegern gegen Banken.

⁹ § 62 GVG-ZH.

¹⁰ § 60 GVG-ZH.

¹¹ Peter Breitschmid, Über Schwierigkeiten wirtschaftlicher Betrachtungsweise im Privatrecht, in FS Jean Nicolas Druey, Zürich 2002, 61 ff., insb. 76 f.

¹² Christian Hilti, Ein Eidgenössisches Patentgericht (EPG) 1. Instanz in greifbarer Nähe?, in: sic 2002 283 ff.

¹³ Carl Baudenbacher, Rechtsverwirklichung als ökonomisches Problem? Zur Überlastung der Zivilgerichte, Zürich 1985; Lukas Briner, Sondergerichte gegen Prozessverschleppung? Eine Stellungnahme aufgrund zürcherischer Erfahrungen, NZZ 23.5.1977, 15; neuerdings: Peter Meier, Vorschläge zur Justizreform im Kanton Basel-Landschaft, in: BJM 1998 57 ff., 64 f.

¹⁴ Weisung des Zürcher Regierungsrates vom 19.08.1971, 198.

¹⁵ § 59 GVG-ZH.

¹⁶ § 31 lit. b i.V.m. § 32 des Zürcher Gesetzes über die politischen Rechte, vormals: § 47 WG-ZH.

¹⁷ Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001.

Zürcher Handelsgericht hätten die drei «Bankvertreter» das «Sagen» gehabt. Das Kassationsgericht¹⁸ hielt indessen zutreffend fest: «Das Zürcher Handelsgericht ist kein Ausnahmegesetz, sondern ein unabhängiges, auf Gesetz beruhendes Sondergericht (Fachgericht) und als solches konventions- und verfassungsrechtlich zulässig». Es bestehe daher kein Anschein von Voreingenommenheit allein deshalb, weil die drei mitwirkenden Handelsrichter hauptberuflich in leitender Stellung bei Bankinstituten tätig seien und gleichzeitig die Beklagte – im Gegensatz zur Klägerin – ebenfalls eine Bank sei; und weiter: «Auch wenn die drei Handelsrichter sich aus dem «Bankensektor» rekrutieren – was für den vorliegend zu behandelnden Fall die notwendigen Sachkenntnisse verspricht – ist damit allein noch nicht dargetan, sie würden jeweils zugunsten der Banken entscheiden. Schliesslich ist weder eine Verbindung zwischen den Bankinstituten, in denen die drei Handelsrichter tätig sind und der beklagten Bank behauptet noch ersichtlich. Damit kann das Verfahren objektiv als fair bezeichnet werden.»

C. Auszustand des Handelsrichters

Es versteht sich von selbst, dass Handelsrichter von sich aus in den Auszustand zu treten haben, wenn sie besondere Beziehungen zu Prozessbeteiligten haben. Desgleichen steht den Parteien das Recht zu, den Auszustand von Handelsrichtern zu verlangen. An den Handelsgerichten Deutschlands und Österreichs wird die Rechtsauffassung¹⁹ vertreten, dass die Handelsrichter einer starren Kehrordnung gemäss den jeweiligen Gerichtsällen zugeteilt werden müssen. Dies hat zur Folge, dass sie nach dem Zufallsprinzip auf Sach- und Rechtsfragen tref-

fen, die nicht ihrem Berufsumfeld²⁰ entsprechen, womit die Legitimationsgrundlage der Handelsgerichte im Kern getroffen wird. Zu dieser problematischen Rechtspraxis besteht kein Grund, wenn die *prozessualen Grundsätze*²¹ von *Auszustand und Ablehnung* strikt und korrekt gehandhabt werden. Das bedeutet, dass die Spruchkörper den Prozessbeteiligten rechtzeitig bekannt gegeben werden müssen. Bei einer solchen Praxis muss nicht von einer unverrückbaren Kehrordnung ausgegangen, vielmehr können die Handelsrichter ihrer fachlichen Eignung (Sachkunde) gemäss eingesetzt²² werden.

D. Honorierung des Handelsrichters

Die Kostengünstigkeit des Handelsgerichtsprozesses ist vor allem darin begründet, dass in der Regel teure Beweisverfahren mit Expertisen unterbleiben können. Experten erhalten ansehnliche Honorare für ihre Gutachten. An den meisten europäischen Handelsgerichten arbeiten die Handelsrichter ehrenamtlich und erhalten keine Entschädigung. Dies erscheint angesichts ihres wesentlichen Beitrags zur raschen, kostengünstigen und fachgerechten Entscheidungsfindung als verfehlt. In Zürich erhalten Handelsrichter als nebenamtliche Richter Sitzungsgelder und Vergütungen für Reiseauslagen. Im Vergleich zu Experten honoraren ist dies eine «honoris causa» entgeltete Tätigkeit.

III. Prozessbeteiligung des Handelsrichters

A. Hauptverfahren und Prozessleitung

Die Besetzung des Gerichts muss den Prozessbeteiligten rechtzeitig be-

kannt gegeben werden. Es liegt aber keine Verletzung des Anspruchs auf den verfassungsmässigen Richter vor, wenn ein Richter mitwirkt, der nicht an sämtlichen vorangegangenen Verhandlungen und Zwischenentscheidungen mitgewirkt hat²³. Das bedeutet, dass während des Verfahrens so genannte Zwischenentscheidungen von verschiedenen Handelsrichtern mitentschieden werden können. Bei vorsorglichen Massnahmen in der Anfangsphase des Prozesses genügt Glaubhaftmachung und die Beweisintensität ist eingeschränkt; der Beizug von sachkundigen Handelsrichtern ist daher ausreichend²⁴.

Am Zürcher Handelsgericht wird die Prozessleitung nach Eingang der ersten Rechtsschriften (Klage und Klageantwort) dem Oberrichter als Instruktionsrichter delegiert und ihm ein Handelsrichter als Referent sowie ein juristischer Sekretär zugeteilt. Diese *Gerichtsdelegation* bleibt während des Verfahrens konstant. In dieser *frühen Prozessphase* lädt die Delegation die beteiligten Unternehmen und ihre Vertreter zu einer *Mediationsver-*

¹⁸ KassG ZH, 05.02.1996, ZR 1997 56 ff.

¹⁹ Der Autor kennt als Vizepräsident des Europäischen Verbandes der Richter in Handelsachen (UEMC; vgl.: http://www.strasbourg.cci.fr/uemc/deutsch/home1_d.htm) die entsprechende Gerichtspraxis aufgrund eines vielfältigen Gedankenaustausches mit europäischen Kollegen.

²⁰ Welchen Beitrag bei der Feststellung des Sachverhalts leistet ein Architekt in einem internationalen Bankenfall? Was ein Bankfachmann in einem komplexen Bauprozess?

²¹ KassG ZH, 10.12.2002, ZR 2003 157 ff.

²² Nobel (Fn. 3) 146.

²³ KassG ZH, 03.05.1993, SJZ 90 1994 313.

²⁴ KassG SG, 09.04.1997, sic 1997 309 ff.

²⁵ Zur Mediation als solchen, vgl.: *Isaak Meier/Christian Duve*, Vom Friedenrichter zum Mediator, SJZ 95 1999 157 ff.; das Zürcher Vorgehen ist keine eigentliche Mediation, nimmt indessen deren wesentlichen Elemente wenn immer möglich auf.

²⁶ § 118 ZPO-ZH.

²⁷ § 55 ZPO-ZH.

²⁸ ZR 2003 67 ff.; ZR 2001 98 ff.

²⁹ § 62 ZPO-ZH.

³⁰ *Meier/Duve* (Fn. 25) 160 f.

³¹ *Viktor Lieber*, Zur richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 der zürcherischen Zivilprozessordnung, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Kassationsgerichts, in FS Guido von Castelberg, Zürich 1997, 161 ff.

³² Die Prozessrelevanz festzustellen ist die Kernaufgabe der Entscheidungsfindung im Rahmen des bekannten Dreischritts: *Interpretation* des Sachverhalts – *Qualifikation* der Tatbestandsnormen – *Subsumption* des interpretierten Sachverhalts unter die qualifizierte Norm; ein Vorgang, der nur theoretisch, nicht aber praktisch getrennt betrachtet werden kann.

³³ *Eugène Brunner*, Die Verwertung von Fachwissen im handelsgerichtlichen Prozess, SJZ 88 1992 22 ff.; *Karl Spühler*, Prozessuale Probleme bei Prozessen mit wissenschaftlich und technisch komplexen Fragestellungen, in FS N. Schmid, Zürich 2001, 713 ff.; *Oscar Vogel*, Fachrichter und Jurist, Festschrift Blum, Zürich 1989, 183 ff.

³⁴ *Urs Egli*, Vergleichsdruck im Zivilprozess. Eine rechtstatsächliche Untersuchung, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, hrsg. von Manfred Rehbinder, Bd. 78, Diss. Zürich, Berlin 1996.

³⁵ Alexander Brunner, Zur Strategie von Vergleichsverhandlungen, FS Zürcher Kassationsgericht, Zürich 2000, 159 ff.; Christoph Leuenberger, Streiterledigung zwischen Vergleich und Urteil: Modell eines einfachen und raschen Verfahrens, in: Ivo Schwander/Walter Stoffel (Hrsg.), FS Oscar Vogel, Fribourg 1991, 51 ff.

³⁶ a.M.: *Vogel* (Fn. 4), Prozessuales Management, 19 f.

³⁷ a.M.: *Peter Hafter*, Strategie und Technik des Zivilprozesses, Zürich 2004, 13 Rz. 52. *Hafter* nimmt hier den Gegenpol zu *Vogel* (Fn. 36) ein. *Hafter* scheint jedoch die konstante Rechtsprechung des Zürcher Kassationsgerichts zu übersehen (vgl. *Lieber*, Fn. 31).

*handlung*²⁵ ein, wo im Rahmen der Referentenaudienz²⁶ vorerst die richterliche Fragepflicht²⁷ zwecks Substantiierung²⁸ unklarer Standpunkte erfolgt und hernach – ausser Protokoll – die Vergleichsverhandlung²⁹ durchgeführt wird. Über *sechzig Prozent der Streitfälle* werden in der Mediation beendet, ein Ergebnis, das ohne Mitwirkung der fachkundigen Handelsrichter undenkbar wäre. Handelsgerichte sind daher nicht nur Gerichte, sondern wichtige Schlichtungsstellen in Handelssachen³⁰.

B. Richterliche Fragepflicht

Die Mitwirkung der Handelsrichter ist vor allem bei der Ausübung der richterlichen Fragepflicht³¹ von Bedeutung. Selbstverständlich wird der Instruktionsrichter die *prozessrelevanten*³² *Sachfragen* vorbereiten und die Befragung durchführen, dies aber umgehend dem Fachrichter delegieren, sobald *besondere Sachkunde* erforderlich ist. Damit können Unklarheiten beseitigt und der Weg frei gelegt werden für eine unvoreingenommene Betrachtung der Sachlage.

³⁸ Werden unklare Sachverhalte (die gibt es wegen der Komplexität der Lebenswelt immer) so gut wie möglich in den Vergleichsverhandlungen unter Beizug des Handelsrichters geklärt, dann werden auch die Hinweise auf die Fortsetzung des Verfahrens gegenstandslos; vgl. dazu *Hafter* (Fn. 37) 369 ff., insb. Rz. 2115.

³⁹ Wahrheitsfindung im Sinne des *kritischen Rationalismus*, vgl. dazu *Alexander Brunner*, Erkenntnistheoretische Grundlagen der Kritik im Bereich des Rechts, in: Schuhmacher (Hrsg.), Geschlossene Gesellschaft? – Macht und Ohnmacht der Justizkritik, Zürich 1993, 187 ff., insb. 196 f.

C. Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung

Dies führt zwanglos zu Verhandlungen der Parteien über einen Vergleich, weil die Lösungsvorschläge des Gerichts *sachlich*³³ *einleuchten und überzeugen*. Voraussetzung ist aber die Pflicht der Parteien, ihre sämtlichen Angriffs- und Verteidigungsmittel vorläufig bekannt zu geben. Ein sinnloses prozessuales Versteckspiel zu Lasten der Gegenseite ist damit nicht möglich.

Nach zutreffend vorgebrachter Kritik³⁴ sollte damit der verpönte *Vergleichsdruck* an Schärfe verlieren: *Freiheit statt Zwang*. Auch die vor Gericht geschlossenen Vergleiche³⁵ sind Verträge gemäss Art. 1 OR. Prozessrechtlicher Zwang (Ordnungsbusse)³⁶ ist daher nur zurückhaltend anzuwenden. Es ist daran zu erinnern, dass Parteien im eigenen Interesse Vergleiche abschliessen und sie werden dies umso eher tun, wenn sie erkennen, dass *Rechts- und Sachfragen eingehend*³⁷ geklärt werden. Dass dies teilweise einer rigorosen Eventualmaxime im Prozessrecht widerspricht, ist bekannt, aber in der *notwendigen Konkretisierung gleichwertiger Prinzipien* begründet. Vor diesem Hintergrund erscheint es mehr als legitim, im Interesse der Parteien in den Vergleichsverhandlungen³⁸ der *Wahrheitsfindung*³⁹ und der *Risiko-Analyse (Wahrscheinlichkeit)* den Vorrang einzuräumen.

D. Beweisverfahren

Genügt den Parteien die Wahrscheinlichkeits- und Risiko-Analyse der Gerichtsdelegation nicht, findet der Prozess seine Fortsetzung im Beweisverfahren. Auch hier ist die Mitwirkung des Handelsrichters von unschätzbarem Wert. Bei der Befragung

von Zeugen über Sachverhalte einer Wirtschaftsbranche wird zwar der Instruktionsrichter die Verhandlung führen, dem Handelsrichter jedoch bei besonderen Fachzeugen das Feld klärender Rückfragen überlassen.

Ein Sonderproblem ist das so genannte *Fachrichtervotum*. Nach der *einen Meinung* gehört es zur Urteilsberatung (nachfolgend E.). Nach *anderer Meinung* ist es dem Beweisverfahren⁴⁰ zuzuordnen, insb. dann, wenn die protokollierten Aussagen eines Richters mit besonderen Fachkenntnissen⁴¹ an die Stelle der förmlichen Expertise tritt.

E. Fachrichtervotum und Urteil

Vormals galt der Grundsatz, dass die Meinungsäusserungen der Fachrichter Bestandteil der Urteilsberatung⁴² sei. Begründet wurde dies mit der Entstehungsgeschichte der Fachgerichte, die rasch, wohlfeil und sachkundig entscheiden sollten. Nach dieser Praxis urteilte das Zürcher Kassationsgericht letztmals 1974 und hielt dabei fest⁴³: «Da das Votum Teil der Urteilsberatung bildet, kann es auch nicht Gegenstand einer Schlussverhandlung sein. Der Verzicht auf eine Schlussver-

handlung bildet keine Verweigerung des rechtlichen Gehörs, wenn die Parteien zu allen im Hauptverfahren eingereichten Urkunden Stellung nehmen konnten und wenn keine weiteren Beweise abgenommen werden». Die Änderung der Rechtsprechung erfolgte 1981. Das Zürcher Kassationsgericht entschied⁴⁴, dass den Parteien vor der Urteilsfällung Gelegenheit geboten werden muss, sich zu den sachverständigen Voten von Handelsrichtern zu äussern, wenn entscheidend darauf abgestellt werde. *Der Handelsgerichtsprozess wird damit ein Stück weit auf den gewöhnlichen Zivilprozess zurück gebunden*. Für beide Auffassungen lassen sich gute Gründe anführen. Für die Rechtsmeinung des Kassationsgerichts spricht der Umstand, dass mit dem Fachrichtervotum der Sachverhalt festgestellt wird und die Parteien zu Gutachten von *Experten* Stellung nehmen können. Für die andere Rechtsmeinung spricht, dass Handelsrichter von Gesetzes wegen *Richter* sind (vorstehend II.) und niemand das Postulat aufstellen würde, vor der endgültigen Urteilsfällung zu den Beratungsvoten von Berufsrichtern Stellung nehmen zu können. Dass die

Handelsrichter auch sonst vollwertige Richter sind, zeigt der Umstand, dass sie nach Zürcher Recht auch ein *Minderheitsvotum*⁴⁵ abgeben können.

⁴⁰ KassG ZH, 03.10.2003, ZR 2003 153 ff.; BGE 125 III 29; Praxis 2003 Nr. 130. Kritisch dazu: *Eugène Brunner* (Fn. 33) 23 f.

⁴¹ Vgl. § 145 Abs. 2 ZPO-ZH sowie Art. 51 Abs. 1 lit. c OG (in Geltung bis 31.12.2006). Eine solche Norm existiert im neuen Bundesgerichtsgesetz (BGG) nicht mehr; vgl. aber Art. 18 Abs. 2 BGG (in Kraft ab 01.01.2007).

⁴² BGE 93 II 373, E.2; BGE 100 II 145, E.3c; BGE 128 III 390; HGer ZH, 14.02.1974, SJZ 71 1975 95 ff., insb. 98; HGer AG, 14.09.1994, AGVE 1995 19 ff.

⁴³ KassG ZH, 21.03.1974, SJZ 70 1974 318.

⁴⁴ KassG ZH, 01.06.1981, SJZ 78 1982 237 ff. = ZR 1984 Nr. 46.

⁴⁵ So geschehen im bekannten *Kodak-Entscheid* des Zürcher Handelsgerichts vom 23.11.1998, sic 1999 138 ff.; das Minderheitsvotum führte schliesslich zum ebenso bekannten Entscheid des Bundesgerichts: BGE 126 III 129 ff. Die Möglichkeit der dissenting opinion fehlt gemäss OG im Bundesgericht, dies auch im 2007 in Kraft tretenden BGG, was im Hinblick auf die Rechtsfortbildung bei Gelegenheit überdacht werden könnte.