



## **Jahrestagung 2006**

**Dr.iur. Alexander Brunner**

**„Handelsgerichtsurteile: Qualität durch Praxisnähe“**

**Freitag, den 13. Oktober 2006**

**Spiegelsaal des Palais Prinz Carl, Kornmarkt 1, 69117 Heidelberg**

Der Fachreferent des Nachmittags, *Dr.iur. Alexander Brunner*, Richter am Handelsgericht des Kantons Zürich/ Schweiz, stellt dem deutschen Bundesverband der Richter in Handelssachen e.V. die veröffentlichte Version seines Beitrags zur Verfügung. Der Vortrag stützte sich im Wesentlichen auf diese Publikation. Darin werden die Vorzüge von Handelsgerichten dargestellt, wie sie gegenwärtig in den Schweizer 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. In der anschliessenden Heidelberger Diskussion wurde insb. die Frage kontrovers diskutiert, ob Handelsrichter den einzelnen Prozessen gemäss ihrem Fachwissen zugeteilt werden sollen, oder ob auch die Handelsrichter gemäss einer vorbestimmten Kehrordnung tätig werden sollen. Aus deutscher Sicht wurden dabei Bedenken dahin gehend geäussert, die Unabhängigkeit und Unbefangenheit von Richtern könnten in Frage gestellt werden.

### **Handelsrichter als Vermittler zwischen Wirtschaft und Recht**

Dr. iur. Alexander Brunner, Oberrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich und benamtlicher Bundesrichter (Zollikon-Zürich) SJZ 102 (2006) S. 428-432 / SJZ = Schweizerische Juristenzeitung

\*\* Digitale Version \*\* ↔ \*\* Seitenzahlen gemäss Druck \*\*

\*\* SJZ 102 (2006) Seite 428 \*\*

## I. Einleitung

Handelsrichter <sup>1</sup> 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 bewährt <sup>2</sup>. Diese - einhellige - 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 Handelsgerichte <sup>3</sup> in den Wirtschaftszentren des Mittellandes: Zürich <sup>4</sup>, Bern <sup>5</sup>, Aargau <sup>6</sup> und St.Gallen <sup>7</sup>.

\*\* SJZ 102 (2006) Seite 429 \*\*

Auch wenn Privatpersonen <sup>8</sup> Klagen gegen Unternehmen an Handelsgerichte prorogieren können, überwiegen Streitfälle zwischen Unternehmen und damit die Sach- und Rechtsfragen des Handelsrechts <sup>9</sup>. 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 Gesetzgeber <sup>10</sup> jede Diskussion um eine Vorrangstellung der Juristen im Gericht zutreffend als obsolet erscheinen lässt. Entscheidend ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise <sup>11</sup>, 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. Lebens- und Genussmittelindustrie und -handel; 6. Maschinen- und Elektroindustrie; 7. Erfindungspatente <sup>12</sup>; 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 sachgerecht <sup>13</sup>. 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 ) <sup>14</sup> 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 wählbar <sup>15</sup> 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 Jahre <sup>16</sup>. Damit nehmen die Handelsrichter im Handelsgericht die gleiche Stellung ein wie die Berufsrichter.

### B. Richterliche Unabhängigkeit des Handelsrichters

Die richterliche Unabhängigkeit <sup>17</sup> 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 Bankprozesses 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

\*\* SJZ 102 (2006) Seite 430 \*\*

Zürcher Handelsgericht hätten die drei "Bankvertreter" das "Sagen" gehabt. Das Kassationsgericht <sup>18</sup> hielt indessen zutreffend fest: "Das Zürcher Handelsgericht ist kein Ausnahmegericht, 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. Ausstand des Handelsrichters

Es versteht sich von selbst, dass Handelsrichter von sich aus in den Ausstand zu treten haben, wenn sie besondere Beziehungen zu Prozessbeteiligten haben. Desgleichen steht den Parteien das Recht zu, den Ausstand von Handelsrichtern zu verlangen. An den Handelsgerichten Deutschlands und Österreichs wird die Rechtsauffassung <sup>19</sup> vertreten, dass die Handelsrichter einer starren Kehrordnung gemäss den jeweiligen Gerichtsfällen zugeteilt werden müssen.

Dies hat zur Folge, dass sie nach dem Zufallsprinzip auf Sach- und Rechtsfragen treffen, die nicht ihrem Berufsumfeld <sup>20</sup> entsprechen, womit die Legitimationsgrundlage der Handelsgerichte im Kern getroffen wird. Zu dieser problematischen Rechtspraxis besteht kein Grund, wenn die prozessualen Grundsätze <sup>21</sup> von Ausstand 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 eingesetzt <sup>22</sup> 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 Expertenonoraren ist dies eine "honoris causa" entgeltete Tätigkeit.

## III. Prozessbeteiligung des Handelsrichters

### A. Hauptverfahren und Prozessleitung

Die Besetzung des Gerichts muss den Prozessbeteiligten rechtzeitig bekannt 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 hat <sup>23</sup>. Das bedeutet, dass während des Verfahrens so genannte Zwischenentscheidungen von verschiedenen Handelsrichtern mitentschieden werden können. Bei vorsorglichen Massnahmen in der Anfangsphase des Prozesses genügt Glaubhaftmachen und die Beweisintensität ist eingeschränkt;

der Beizug von sachkundigen Handelsrichtern ist daher ausreichend <sup>24</sup>.

Am Zürcher Handelsgericht wird die Prozessleitung nach Eingang der ersten Rechtschriften (Klage und Klageantwort) dem Obergerichter 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

\*\* SJZ 102 (2006) Seite 431 \*\*

Mediationsverhandlung <sup>25</sup> ein, wo im Rahmen der Referentenaudienz <sup>26</sup> vorerst die richterliche Fragepflicht <sup>27</sup> zwecks Substantiierung <sup>28</sup> unklarer Standpunkte erfolgt und hernach - ausser Protokoll - die Vergleichsverhandlung <sup>29</sup> 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 Handelssachen <sup>30</sup>.

## B. Richterliche Fragepflicht

Die Mitwirkung der Handelsrichter ist vor allem bei der Ausübung der richterlichen Fragepflicht <sup>31</sup> von Bedeutung. Selbstverständlich wird der Instruktionsrichter die prozessrelevanten <sup>32</sup> 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.

## C. Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung

Dies führt zwanglos zu Verhandlungen der Parteien über einen Vergleich, weil die Lösungsvorschläge des Gerichts sachlich <sup>33</sup> 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 Kritik <sup>34</sup> sollte damit der verpönte Vergleichsdruck an Schärfe verlieren: Freiheit statt Zwang. Auch die vor Gericht geschlossenen Vergleiche <sup>35</sup> sind Verträge gemäss Art. 1 OR. Prozessrechtlicher Zwang (Ordnungsbusse) <sup>36</sup> 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 <sup>37</sup> 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 Vergleichsverhandlungen <sup>38</sup> der Wahrheitsfindung <sup>39</sup> 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

\*\* SJZ 102 (2006) Seite 432 \*\*

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 Beweisverfahren <sup>40</sup> zuzuordnen, insb. dann, wenn die protokollierten Aussagen eines Richters mit besonderen Fachkenntnissen <sup>41</sup> an die Stelle der förmlichen Expertise tritt.

## E. Fachrichtervotum und Urteil

Vormals galt der Grundsatz, dass die Meinungsäusserungen der Fachrichter Bestandteil der Urteilsberatung <sup>42</sup> 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 fest <sup>43</sup>: "Da das Votum Teil der Urteilsberatung bildet, kann es auch nicht Gegenstand einer Schlussverhandlung sein. Der Verzicht auf eine Schlussverhandlung 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 entschied <sup>44</sup>, 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 <sup>45</sup> abgeben können

#### Fussnoten:

<sup>1</sup> 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 zurückgegriffen 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).

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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; BBI 2005 4045; Botschaft: BBI 2001 4202. Der Bestand der Schweizer Handelsgerichte ist damit gewahrt.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> Hans Rudolf Altherr, Das Handelsgericht des Kantons St.Gallen, Diss. Zürich 1979; Remigius Kaufmann, Gedanken über das sanktgallische Handelsgericht, SJZ 77 1981 294 ff.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> § 62 GVG-ZH.

<sup>10</sup> § 60 GVG-ZH.

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

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

<sup>13</sup> 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.](#)

<sup>14</sup> Weisung des Zürcher Regierungsrates vom 19.08.1971, 198.

<sup>15</sup> § 59 GVG-ZH.

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

<sup>17</sup> Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001.

<sup>18</sup> KassG ZH, 05.02.1996, [ZR 1997 56](#) ff.

<sup>19</sup> Der Autor kennt als Vizepräsident des Europäischen Verbandes der Richter in Handelssachen (UEMC; vgl.: [http://www.strasbourg.cci.fr/uemc/deutsch/home1\\_d.htm](http://www.strasbourg.cci.fr/uemc/deutsch/home1_d.htm)) die entsprechende Gerichtspraxis aufgrund eines vielfältigen Gedankenaustausches mit europäischen Kollegen.

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

<sup>21</sup> KassG ZH, 10.12.2002, [ZR 2003 157](#) ff.

<sup>22</sup> Nobel (Fn. 3) 146.

<sup>23</sup> KassG ZH, 03.05.1993, [SJZ 90 1994 313](#).

<sup>24</sup> KassG SG, 09.04.1997, sic 1997 309 ff.

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> § 118 ZPO-ZH.

<sup>27</sup> § 55 ZPO-ZH.

<sup>28</sup> [ZR 2003 67](#) ff.; [ZR 2001 98](#) ff.

<sup>29</sup> § 62 ZPO-ZH.

<sup>30</sup> Meier/Duve (Fn. 25) 160 f.

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> 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.

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

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> a.M.: Vogel (Fn. 4), Prozessuales Management, 19 f.

<sup>37</sup> 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).

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> 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).

<sup>42</sup> [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.

<sup>43</sup> KassG ZH, 21.03.1974, [SJZ 70 1974 318](#).

<sup>44</sup> KassG ZH, 01.06.1981, [SJZ 78 1982 237](#) ff. = [ZR 1984 Nr. 46](#).

<sup>45</sup> 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.

---

