

Das Handelsgericht des Kantons Zürich von 1867 bis 1900.

Ein Beitrag zur Kenntnis von Geschichte, Wesen und Wirken der Handelsgerichte.

Von Dr. Werner Utzinger von Zürich.

Einleitung.

Wohl kaum ein anderes gerichtsorganisatorisches Institut hat so verschiedene Beurteilung erfahren, wie dasjenige der Handelsgerichte. Während viele Theoretiker demselben warmes Interesse entgegenbringen, ja dasselbe als ein notwendiges Glied einer rationellen Gerichtsorganisation empfehlen, bestreiten andere dessen Notwendigkeit und verneinen dessen Zweckmässigkeit mit aller Schärfe. Auch die Gesetzgebung hat mit ihrer Gunstbezeugung für das Institut vielfach geschwankt.

Das Institut von Spezialgerichten für die Beurteilung von Handelsstreitigkeiten ist sehr alt¹⁾. Schon die alten Griechen scheinen für die Behandlung von Handelsprozessen besondere Magistrate gehabt zu haben (Thesmotheten und Nautodiken²⁾, während bei den Römern eine besondere Rechtsprechung in Handels-sachen fehlte³⁾. Die Anfänge der heutigen Handelsgerichte gehen auf das frühere Mittelalter zurück. Die ersten Spuren derselben zeigen sich in Italien, wo sie im Schosse der kaufmännischen Korporationen seit dem 12. Jahrhundert entstanden und durch den Aufschwung der Städterepubliken, an deren Spitze oft Kaufleute standen, begünstigt wurden. Allmählich verloren sie dann ihren Sondercharakter und wurden in die Zahl der übrigen staatlichen Institute der Gerichtsorganisation aufgenommen, wobei aber die Kaufleute ihr Übergewicht behaupteten. Unter ihrem Einfluss entstand ein summarischer Prozess von grosser Formfreiheit, vermöge dessen die Handelsstreitigkeiten schnell erledigt werden konnten⁴⁾. Im Jahre 1888 wurden die italienischen Handelsgerichte ganz aufgehoben⁵⁾.

¹⁾ Zur Geschichte der Handelsgerichte vgl. namentlich *J. D. Meyer*, a. a. O., Bd. II, S. 588 ff.; *Endemann*, Beiträge zur Kenntnis des Handelsrechts im Mittelalter in *Goldschmidts Zeitschrift*, Bd. V, S. 365 ff.; *Creizenach*, a. a. O., S. 12 ff.; *Morel*, Les juridictions commerciales au moyen-âge, Paris 1897.

²⁾ *Morel*, a. a. O., S. 7.

³⁾ *Morel*, a. a. O., S. 12.

⁴⁾ *Morel*, a. a. O., S. 79 und 80.

⁵⁾ Vgl. *Goldschmidt*, Zeitschrift, Bd. 37, S. 174.

Von Italien kam das Institut nach Südfrankreich¹⁾. Für die Ausbildung der heutigen Handelsgerichte Frankreichs waren in der Folge drei Elemente massgebend²⁾: einmal die „juge et consuls“, eine Art Schiedsgericht der Kaufmanns- und Krämergilden, ähnlich denjenigen Italiens; sodann die mittelalterlichen Messgerichte und endlich die Admiralitäten, Polizeibehörde für die Interessen der Seeschifffahrt mit einigen Jurisdiktionsbefugnissen. Das älteste Element sind die Messgerichte, welche teils Konsulate, d. h. privilegierte Schiedsgerichte der Angehörigen eines Landes unter den Messbesuchern waren, teils von den französischen Königen eingesetzte Messgerichte (conservateurs de foire), von welchen namentlich die schnelle Entscheidung und die rücksichtslose Vollstreckung (Personal-arrest) herrührt. Die „juge et consuls“, bestehend aus einem Vorsitzenden (juge) und Beisitzern (consuls), sind zum Teil aus den Messgerichten hervorgegangen, zum Teil auch selbständige Schöpfungen der Handelsinnungen, der städtischen Behörden und der Könige. Die Zunft verpflichtete ihre Angehörigen, unter sich in Handelssachen vor den „juge et consuls“ Recht zu nehmen. An einen Ausschluss der staatlichen Gerichte dachte man vorerst noch nicht; erst später entwickelten sich diese Schiedsgerichte zu staatlichen Gerichten. Sie wurden, weil für die königliche Autorität oft sehr bequem, von den Königen begünstigt.

Die französischen Handelsgerichte waren ihrer Natur nach ursprünglich Ortsgerichte; aber als forum contractus erstreckten sie ihre Gerichtsbarkeit tatsächlich doch über das ganze Königreich. Mit der Aufhebung der Zünfte wurde dann das ganze Land unter Beibehaltung der Handelsgerichte in Handelsgerichtsressorts eingeteilt, so dass jene den Charakter von Ortsgerichten gänzlich verloren und zu Bezirksbehörden wurden. Die heutige Grundlage der französischen Handelsgerichte bildete der Code de procédure civile

¹⁾ *Morel*, a. a. O., S. 209.

²⁾ *Creizenach*, a. a. O., S. 12 ff.

von 1806 (Buch II, Titel 25) und der Code de commerce von 1807 (Buch IV).

Von Frankreich aus kamen die Handelsgerichte mit der französischen Invasion zu Anfang des vorigen Jahrhunderts auch in die Niederlande. Mit der Los-trennung Belgiens und dem Verschwinden des fran-zösischen Einflusses wurden jedoch die letzten Spuren derselben verwischt.

Auch Deutschland weist im Mittelalter die Anfänge einer besondern Handelsgerichtsbarkeit auf, indem gewisse Zweige der Rechtsprechung, welche sich all-mählich von den Befugnissen der Staatsgerichte los-lösten, alle die charakteristischen Merkmale besaßen, welche heute die Handelsgerichtsbarkeit von der ordent-lichen unterscheiden. Im Jahr 1869 wurde sodann für den norddeutschen Bund ein Bundesoberhandels-gericht errichtet, welches im Jahre 1871 sich zum Reichsoberhandelsgericht umgestaltete. Eine Reihe der deutschen Staaten hatten ferner die Handelsgerichte als staatliche Gerichte eingeführt, als durch das Gerichtsverfassungsgesetz von 1877 Kammern für Han-delssachen bei den Landgerichten für das ganze Deutsche Reich fakultativ eingeführt wurden. Freilich waren auch diese nicht ohne harte Anfechtung geblie-ben. Die Justizkommission des Reichstages beschloss in erster Lesung des Entwurfes, die Handelssachen den ordentlichen Gerichten zu überweisen, während der Bundesrat für die Erhaltung der Handelsgerichte als ordentlicher deutscher Gerichte eintrat. Das Re-sultat war, dass man zwar von der Schaffung selb-ständiger Handelsgerichte Umgang nahm, jedoch der Landesjustizverwaltung anheimstellte, bei den Land-gerichten für deren Bezirke nach Bedürfnis Kammern für Handelssachen zu bilden mit einem zum Richter-amt befähigten Vorsitzenden und zwei Handelsrichtern¹⁾.

In der *Schweiz*²⁾ bestand zuerst ein Handelsgericht im Kanton Genf, wo es im Jahre 1808 mit dem Code de commerce als selbständiges Gericht eingeführt wurde. Heute ist es nur noch eine Kammer des Tribunal de première instance (vgl. Gerichtsorganisa-tionsgesetz von 1891), bestehend aus einem rechts-gelehrten Richter als Präsidenten und zwei kaufmännischen Richtern. Ein Handelsgericht besaßen sodann früher auch der Kanton Freiburg und der Berner Jura. Das erstere wurde durch Gesetz vom 14. Dezember 1882 in ein Konkursgericht umgewandelt, welches dann, wie das Handelsgericht des Berner Jura, durch das kantonale Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs abgeschafft wurde.

¹⁾ Vgl. Bericht der Justizkommission über das Gerichtsver-fassungsgesetz, S. 9—13; 45.

²⁾ Vgl. *Schollenberger*, Grundriss des Staats- und Verwal-tungsrechtes der schweizerischen Kantone, Bd. I, S. 286, Zürich 1900.

Der Kanton Zürich schuf ein selbständiges Handels-gericht durch das Gesetz betreffend das Gerichtswesen im allgemeinen vom 30. Oktober 1866; und zuletzt noch, nach zürcherischem Muster, der Kanton Aargau durch Gesetz vom 12. Juli 1887.

Zu untersuchen, wie das Handelsgericht eines Kantons des schweizerischen Bundesstaates sich in dessen Gerichtsorganisation eingelebt hat, welchen Einfluss es auf dessen Rechtspflege ausgeübt und welche Erfolge es in 34jährigem Bestande errungen hat, dürfte angesichts der mannigfachen Schicksale, welche den Handelsgerichten in verschiedenen Staaten zu teil wurden, nicht ohne Interesse sein. Und wenn einmal der Zeitpunkt gekommen sein wird — und er muss über kurz oder lang kommen — da die Verein-heitlichung der Prozessgesetzgebung und mit ihr der Gerichtsorganisation auch in der Schweiz verwirklicht werden soll, wie dies beim deutschen Nachbarreiche bereits der Fall ist, so wird die Frage der Errichtung von Handelsgerichten in dieser oder jener Form auch an den schweizerischen Gesetzgeber herantreten. Und dann vermag die vorliegende Arbeit, so eng auch der Rahmen ist, in dem sie sich bewegt, vielleicht doch einige wenige Anhaltspunkte für die Lösung dieser Aufgabe zu geben.

I. Abschnitt.

Die Vorgeschichte des zürcherischen Handelsgerichtes.

§ 1. Jurisdiktion des kaufmännischen Direk-toriums. Einfluss der Handelskammer auf die Handelsrechtsprechung.

Das zürcherische Handelsgericht ist eine Schöpfung der heutigen Zeit; man hat indessen auch im Kanton Zürich frühzeitig erkannt, dass der Handel seiner selbständigen, ungehinderten Entwicklung bedürfe. Dies zeigt sich namentlich darin, dass die zürcherische Kauf-mannschaft schon seit dem Jahre 1662 in dem *kauf-männischen Direktorium*, das auf ein Gesuch der Kaufleute hin vom Staate geschaffen wurde¹⁾, ein

¹⁾ Vgl. hierzu: „Erkandtnus über der Herren Kaufleute neuw-gemachte Ordnung, die Fabric und anderes betreffend“ vom 30. Oktober 1662; zu finden im Staatsarchiv im „Archiv des kauf-männischen Direktoriums als Nr. 1 der Mandate und Ordnungen der Kaufleute in Zürich unter D. 190 und 191; teilweise abge-druckt in Schaubergs Beiträgen zur Kunde und Fortbildung der zürcherischen Rechtspflege, Bd. XII, S. 235—238, Zürich 1851.

Weitere Mitteilungen über das kaufmännische Direktorium sind zu finden bei: *Schinz*, Versuch einer Geschichte der Handel-schaft der Stadt und Landschaft Zürich, Z. 1763, S. 159; *Vogel*, Chronik der Denkwürdigkeiten der Stadt und Landschaft Zürich,

besonderes Organ zur Leitung, Beaufsichtigung und Förderung des Handels besass. Nach der Urkunde, welche diese Behörde einführte, wurde aus der Mitte der gesamten Handelschaft durch geheimes Mehr eine Deputation von 7 Kaufleuten erwählt, von denen einer den Vorsitz führte. Von den übrigen sechs Mitgliedern schied jedes Jahr eines aus und wurde durch Wahl der Kaufmannschaft aus einem Dreivorschlag des Direktoriums ersetzt. Diese Direktoren hatten monatlich wenigstens eine Zusammenkunft, in welcher sie die Förderung und das Wohl des Handels zu beraten hatten, wo aber auch jeder einzelne Kaufmann seine Anliegen und Wünsche vorbringen konnte. Dem Direktorium stand namentlich die Pflege des Transport- und Speditionswesens zu; auch hatte es insbesondere Treu und Glauben im Handel und Verkehr zu schützen. Um ihm die nötige Macht zu verleihen, sollten die Kaufleute sich vereinigen und alle in ihren Verband Aufgenommenen zum Gehorsam gegenüber dieser Behörde verpflichten. Um den Direktoren ihre Aufgabe zu erleichtern, wurde ihnen eine Jurisdiktionsbefugnis unter den Kaufleuten eingeräumt. Es heisst nämlich in der genannten Urkunde weiter: „Zu dem end sollend alle *Streitigkeiten*, welche sich unter gemeinen Handelsleüthen in Wexlen, Käuffen, Verkäuffen und in anderweg erheben möchtend, bemeldten Herren Direktoren fürgetragen, und so womöglich von ihnen entschieden werden.“⁴ Diese Forderung der Kaufleute wurde mit den andern in der Urkunde aufgestellten im wesentlichen vom Rate gutgeheissen; bezüglich der Gerichtsbarkeit des Direktoriums machte er allerdings den Vorbehalt: „Jedoch soll jeder Parthey so dessen sich beschweren möchte, ohnabgeschlagen sein, ihr Sach an unss (den Rat) zu bringen.“

Dieses Direktorium, dessen Mitgliederzahl später auf 12 erhöht wurde, bestand bis zum Jahre 1835, wo es durch das Gesetz über Errichtung einer Handelskammer vom 27. Januar 1835 aufgelöst wurde. In späterer Zeit, jedenfalls seit Bestehen der Wechselordnung vom 16. Mai 1805¹⁾, welche selber ein Produkt dieses Direktoriums ist, sank dessen Tätigkeit auf dem Gebiete der Handelsrechtspflege zu einer rein konsultativen herab. Die genannte Wechselordnung enthält am Schlusse einen kurzen Abschnitt, betitelt:

Z. 1841, S. 100; *Derselbe*, Die alten Chroniken der Stadt und Landschaft Zürich, Z. 1830, S. 321; *Fick*, Mitteilungen aus der Praxis der Handelskammer in Zürich; Goldschmidts Zeitschrift, Bd. II, S. 621 und 622; *Escher*, Gutachten des zürcherischen kaufmännischen Direktoriums, Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F., Bd. II, S. 1—67.

¹⁾ Siehe Offizielle Sammlung der von dem Grossen Rate des Kantons Zürich gegebenen Gesetze und gemachten Verordnungen und der von dem Kleinen Rate emanirten allgemeinen Landes- und Polizeiverordnungen, Zürich 1804—1814, Bd. III, S. 32—54.

Allgemeine Bestimmungen über die gerichtliche Behandlung von kaufmännischen Streitigkeiten mit folgendem Wortlaut: Die Gerichtsbehörden sind, wenn die eine oder andere Partei es wünscht, verpflichtet, über die vorschwebende kaufmännische Streitigkeit das Befinden der kaufmännischen Vorsteherschaft einzuholen.“ In welchem Masse von dieser Befugnis Gebrauch gemacht wurde, ist nirgends aufgezeichnet, doch berichtet *Fick*, a. a. O., S. 622, vom Hörensagen wisse man, dass es nicht selten geschah.

Im Jahre 1835 trat die Handelskammer an Stelle des kaufmännischen Direktoriums¹⁾. Diese neue, unter der Aufsicht des Regierungsrates stehende Behörde wurde nicht mehr vom Handelsstande gewählt, sondern vom Regierungsrat, und bestand anfänglich aus 15 Mitgliedern, wovon mindestens zwei dem Regierungsrate angehören mussten, während die übrigen aus der Zahl der zürcherischen Kaufleute und Fabrikanten gewählt wurden. Die Handelskammer hatte sich nur viermal im Jahr zu versammeln. Neben der Förderung von Handel und Gewerbe und der Führung des Rationenbuches stand ihr insbesondere, ähnlich wie früher dem Direktorium gemäss der Wechselordnung von 1805, die Aufgabe zu, bei Streitigkeiten über Handelsangelegenheiten auf Verlangen der Gerichte oder der Parteien ihr Parere zu erteilen²⁾. Die Handelskammer erteilte von 1835—1859 zirka 40 Gutachten³⁾. Ihr Einfluss auf die Handelsrechtspflege konnte demnach, so wertvoll auch die einzelnen Gutachten sein mochten, kein grosser sein. Übrigens war auch das Vorgehen bei Einholung der Gutachten kein geeignetes, um der Handelskammer einen wirklichen Einfluss auf die Handelsrechtsprechung zu verschaffen. In dem Gutachten der Handelskammer über Einführung eines Handelsgerichtes vom 1. Juni 1860⁴⁾ sind die Gründe angegeben, weshalb die Einwirkung der Handelskammer auf den Ausgang des einzelnen Falles nur ein beschränkter sein konnte und ihre Gutachten den Erfolg, den der Gesetzgeber wünschte, nicht haben konnten. Es wird dort gesagt: „In denjenigen Fällen, welche an die Handelskammer zur Begutachtung gelangten, geschah dies erst, nachdem schon lange die Sache vor den Gerichten schwebte, somit der Übelstand der Verschleppung bereits eingetreten war. Das Gericht teilte zwar die Akten mit, verlangte aber in der Regel nicht ein wirkliches Parere, d. h. ein kaufmännisches Gutachten über den konkreten Fall, sondern nur die Beantwortung einzelner, zwar allerdings auf den Fall

¹⁾ Siehe Gesetz über Errichtung einer Handelskammer vom 27. Januar 1835, O. S. III, S. 376.

²⁾ § 5, lit. b, des zit. Gesetzes.

³⁾ *Fick*, a. a. O., S. 623.

⁴⁾ A. 1860, S. 772.

bezüglicher, allein denselben oft nichts weniger als richtig auffassender Fragen, in der Meinung, eine auch für andere Fälle massgebende Antwort zu erhalten. Nun aber streifen in dem kaufmännischen Verkehre Streitigkeiten, die bei richtiger Beurteilung zu ganz verschiedenen Resultaten führen, oft sehr nahe aneinander, so dass das Gutachten, mochten die Fragen noch so allgemein lauten, meistens nur auf den konkreten Fall sich basieren musste, und hieraus erklärt sich, dass der Richter oft glaubte, das eine Gutachten widerspreche dem andern, früher in einem ähnlichen Falle abgegebenen, weil eben der Unterschied beider Fälle dem Juristen nicht klar war und in den allgemeinen Sätzen, in welchen die Gutachten angesichts der gestellten Fragen sich halten mussten, nicht genug hervortreten konnte. Die Fragen selbst mussten oft vorerst erläutert und ergänzt werden, um ein auf den Fall anwendbares Gutachten abgeben zu können.“

Die Handelskammer schlug deshalb an Stelle des bisherigen Verfahrens folgenden Modus vor, um der Kaufmannschaft eine Mitwirkung bei der Handelsrechtspflege zu sichern:

1. Die Gerichte haben in allen bedeutendern Handelsprozessen das Gutachten der Handelskammer, oder auch einer andern aus der Mitte des Handelsstandes zu erwählenden Expertenkommission, unmittelbar nach dem ersten Gerichtsvorstande einzuholen.
2. Für Abgabe des Gutachtens sind der Begutachtungsbehörde einfach sämtliche auf den Prozess bezüglichen Akten zuzustellen, ohne irgend welche spezielle Weisung von seiten der Gerichte über die im Gutachten zu behandelnden Punkte, so dass die Begutachtungsbehörde sich in der Abgabe ihres Parere ganz frei bewegen kann.
3. Der in dem betreffenden Prozesse bezeichnete Referent des Gerichtes hat an den Verhandlungen der Begutachtungsbehörde mit beratender Stimme teilzunehmen.

So, hoffte die Handelskammer, würde die Begutachtungsbehörde eine Art Jury bilden, deren Wahrspruch, „wenn auch nur begutachtend, doch die Grundlage des gerichtlichen Urteils wäre, indem das Gericht durch seinen Referenten auch noch Kenntnis von der dem Gutachten vorausgehenden Diskussion mit ihren Beispielen aus der Handelspraxis erhielte, so dass die Handelsanschauung dem Gericht zum klaren Verständnis kommen müsste, während anderseits das Gericht durch seinen Referenten bis zu einem gewissen Grade auf die Richtung des Gutachtens einwirken könnte, so dass eine gegenseitige Verständigung und Belehrung zwischen Richter und Fachmann eintreten könnte, deren wohlthätige Folgen sich mehr und mehr zeigen würden“.

Es leuchtet ein, dass der damals bestehende Zustand kein erfreulicher war. Man glaubte, dem Handelsstand eine Beteiligung an der Handelsrechtspflege eingeräumt zu haben, während im Effekte dieselbe auf ein Nichts zusammenschrumpfte. Ein erfreuliches Mitarbeiten der Handelskammer war bei dem bestehenden Modus nicht möglich. Es ist deshalb leicht erklärlich, wenn die Stimmen, welche die Einführung eines Handelsgerichtes in dieser oder jener Form wünschten, mehr und mehr zunahmen.

§ 2. Die Einführung eines besondern Handelsgerichtes¹⁾.

Im Dezember des Jahres 1853 reichte Herr Hüni-Stettler in Horgen dem Grossen Rate namens einer grossen Anzahl zürcherischer Kaufleute und Industrieller eine Petition²⁾ für Einführung besonderer Handelsgerichte ein, welche nach seinem Vorschlag so gebildet werden sollten, dass unter der Leitung eines rechtsgelehrten Vorstandes und Sekretärs Kaufleute die Richter wären, bei schnellem Gang des Verfahrens und freier, den Verhältnissen angemessener Würdigung des Einzelfalles. Die Begründung der Petition war folgende³⁾: „Es unterliegt keinem Zweifel, dass die richtige Beurteilung streitiger Rechtsverhältnisse wesentlich mitbedingt ist durch eine richtige Erfassung und Fixierung des entscheidenden Sachverhältnisses durch den Richter. Wohl darf jedem Gebildeten, namentlich dem Rechtsgelehrten, diese Befähigung zugetraut werden mit Rücksicht auf die Verhältnisse des allgemeinen Verkehrslebens und damit des allgemeinen Obligationenrechtes. Aber nicht dasselbe darf mit bezug auf die eigentümlichen Verhältnisse des Handels und des Handelsrechts angenommen werden. Der Handelsverkehr, je mannigfaltiger und vielseitiger er sich gestaltet, erzeugt nicht nur in den dem allgemeinen Verkehrsleben ebenfalls bekannten Verhältnissen eigentümliche Modifikationen, Aus- und Umbildungen, die rechtlich wirksam sind, sondern er erzeugt Verkehrsverhältnisse ganz neuer Art, die nicht ohne weiteres unter die schon vorhandenen Rechtsinstitute eingereiht und nach den hierfür geltenden Rechtsnormen beurteilt werden können, sondern die um ihrer sachlichen und juristischen Eigentümlichkeit willen selbst zu neuen Rechtsverhältnissen und damit zu Entstehungs-

¹⁾ Vgl. namentlich: *Treichler*, Bericht der Direktion der Justiz an den hohen Regierungsrat zu dem Gesetzesentwurf betreffend Abänderung der auf das Gerichtswesen bezüglichen Artikel der zürcherischen Staatsverfassung. Beilage zu Nr. 53 des Amtsblattes von 1863, S. 74—82.

²⁾ Protokolle der Petitionskommission des Grossen Rates 1843—1855, Nr. 990 (im Staatsarchiv).

³⁾ *Treichler*, a. a. O., S. 75 ff.

gründen neuer Rechtssätze werden. Der Wechsel, die Aktien-, die neuen Handels- und Assekuranzgesellschaften, die bis ins Eigentümlichste ausgebildeten Verhältnisse im Gebiete des Transportes der Waren, die reiche und eigentümliche Ausbildung der Lehre vom Kauf sind sprechende Beispiele dieser Erscheinung. Die Bestimmungen der Gesetze sind oft unzulänglich, und kein Teil des Rechtes wohl muss die Entscheidungsquelle so sehr im eigentümlichen Leben der Verhältnisse und der Übung suchen, wie das Handelsrecht.

„Dass nun dem Fachmanne die richtige Erfassung gerade dieser eigentümlichen Erscheinung viel leichter sei, als dem Nichtfachmanne, darf wohl, ohne jemand unrecht zu tun, behauptet werden.

„Ein zweites Bedürfnis, mit dem ersten Hand in Hand gehend, ist das einer freieren Würdigung der konkreten Streitigkeiten je nach ihrer Individualität, der herrschenden Ansicht und nach Anwendung der Grundsätze von Treue und Glauben, als den Grundsäulen des Handelsverkehrs.

„Ein ferneres Bedürfnis ist schnellere Erledigung der Handelsprozesse, als sie bei der gegenwärtigen Organisation, teils um des Verfahrens, teils um der Konkurrenz der übrigen Zivil- und Strafrechtsstreite willen, möglich ist. Nirgends wie im Handelsrecht hängt von der Schnelligkeit des Entscheides so oft das ganze Interesse des Prozesses ab; denn bei dem launenhaften Wechsel in den Verhältnissen der Handelswelt kann während einer längeren Dauer eines Prozesses aus vielfachen Gründen jedes Interesse an dem Streite untergehen.“

Am 29. Dezember 1853 wurde diese Petition vom Grossen Rate in der Meinung an den Regierungsrat gewiesen, dass er den angeregten Gegenstand bei Anlass der Behandlung anderer, das Gerichtswesen betreffender Fragen berücksichtige¹⁾. Im Frühjahr 1855 legte der damalige Justizdirektor, Regierungsrat Rüttimann, dem Regierungsrate einen Entwurf zu einem Verfassungsgesetze vor, welcher die Einführung von Handelsgerichten dem Gesetz anheimstellte. Der Regierungsrat bestellte hierauf eine Kommission von 13 Mitgliedern, welche die Frage einer Abänderung der Staatsverfassung mit bezug auf die Gerichtsverfassung prüfen sollte, welche aber niemals einberufen wurde. Inzwischen aber war die Handelsgerichtsfrage nicht begraben. Im Jahre 1860 erschien von Kantonsprokurator Goll eine Schrift: „Über Einführung eines Handelsgerichtes im Kanton Zürich“. Die Hauptvorteile, welche die Schaffung gemischter, aus Juristen und Kaufleuten zusammengesetzter Handelsgerichte mit

sich brächte, sah jener Verfasser in der Möglichkeit der Herstellung eines einfachen, raschen und billigen Verfahrens; in der Besetzung des Gerichtes durch diejenigen Personen, welche die Quellen des Handelsrechts eröffnen und die Träger der Hilfswissenschaften zum Handelsrecht sind; in der Erhaltung von Treue und Glauben im Handelsverkehr und in der gütlichen Schlichtung verwickelter und ruinöser Prozesse. Er schlug für den Kanton Zürich ein Handelsgericht vor, das aus wenigstens 7 Mitgliedern und ebensovielen Ersatzmännern bestehen, dessen Präsident und Vizepräsident rechtskundige Männer sein sollten, während die übrigen Mitglieder aus dem Handelsstande genommen würden. Die kaufmännischen Richter sollten aus einer Liste von Delegierten des Handelsstandes für die Dauer eines Jahres ausgelost werden; ihr Amt sollte ein unbesoldetes Ehrenamt sein. Als zweite Instanz schlug er ein Handelsappellationsgericht vor, welches eine besondere Abteilung des Obergerichtes bilden und das wiederum aus Juristen und Kaufleuten zusammengesetzt sein sollte.

Im gleichen Jahre sprach sich das Obergericht in einem Gutachten an den Regierungsrat¹⁾ gegen die Einführung eines Handelsgerichtes aus. Es stellte zwar nicht in Abrede, dass in der Behandlung der Handelsprozesse sich oft Übelstände zeigten, wie namentlich die lange Dauer und die Art der Erhebung von Expertisen. Eine Minderheit der Behörde wollte deshalb auf Einführung eines Handelsgerichtes beantragen, die grosse Mehrheit aber sprach sich dagegen aus, weil die Zahl der Geschäfte, welche in die Kompetenz eines Handelsgerichtes fallen würden, sehr gering wäre und den Übelständen des bisherigen Verfahrens leicht durch die Prozessordnung abgeholfen werden könne.

In ähnlichem Sinne sprach sich sonderbarerweise auch die Handelskammer in dem oben schon erwähnten Gutachten aus. Sie hielt die Schaffung eines Handelsgerichtes mit Appellation nicht für zweckmässig und schlug an Stelle dessen das oben (S. 512) schon besprochene Prozedere vor. Zur Begründung ihrer Ansicht führte sie unter anderm aus: „Der eigentliche Handelsstand hat sehr wenig Prozesse; allein diese wenigen werden in der Regel bei den Gerichten ungemein und oft zum grossen Nachteil der recht habenden Partei verschleppt; der Fehler liegt hier nicht an dem Richter; die Verschleppung rührt daher, dass eine für den in Handelssachen Erfahrenen sehr einfache Frage durch die Anwälte auf eine ganz unrichtige Bahn geführt wird, ohne dass der Richter, weil mit der Praxis in all den verschiedenen Nuancen des Handels nicht vertraut, dies zu verhindern im stande ist.....“

¹⁾ A. 1854, S. 5.

¹⁾ A. 1860, S. 629.

„Die bei einer Nachforschung unzweifelhaft sich herausstellende, verhältnismässig ganz geringe Zahl von $\frac{1}{2}$ Handelsprozessen wird für die entscheidenden Behörden Grund genug sein, auf das, was wir für das Richtigste halten, nämlich eine *Spezialjury mit inappellabelm Entscheid*, nicht einzutreten. Ein solches Institut hätte notwendig eine Verfassungsänderung zur Folge, und das Bedürfnis hierfür dürfte zurzeit nicht als dringend genug angesehen werden. Wir verzichten daher darauf, einen Gedanken weiter auszuführen, der nach unserer Überzeugung keinerlei Chancen des Erfolges für sich hätte.“

Damit war die Sache noch nicht erledigt. Eine Minderheit des Obergerichtes hatte sich für ein Handelsgericht ausgesprochen; und auch die Handelskammer war ja nicht gegen, sondern für dieses Institut eingenommen. Nur für ein Handelsgericht mit Appellation konnte sie sich nicht begeistern; und aus Opportunitätsgründen wollte und konnte sie auch nicht für die Schaffung einer inappellabeln Handelsjury eintreten, weil es eben hierzu einer Verfassungsrevision bedurfte, deren Annahme sie von vornherein als aussichtslos ansah. Als im Jahr 1862 im Schosse des Kantonsrates eine Motion auf Einführung von Handelsgerichten gestellt wurde, erklärte er dieselbe einstimmig als erheblich und überwies sie zum zweitenmal dem Regierungsrat in der Meinung, dass derselbe die Frage der Einführung von Handelsgerichten im Zusammenhang mit den übrigen, die Gerichtsverfassung betreffenden Fragen behandle und eingeladen sei, über dieselbe dem Grossen Rate mit tunlicher Beförderung Bericht und Antrag zu hinterbringen. Im Dezember 1862 legte sodann Justizdirektor Treichler dem Regierungsrat ausser zwei Gesetzesentwürfen über Gerichtsorganisation und Zivilprozess einen Antrag auf Abänderung der auf das Gerichtswesen bezüglichen Artikel der Staatsverfassung vor. Danach sollte in Art. 10 derselben der Zusatz aufgenommen werden: „Die Aufstellung und die Einrichtung von Handelsgerichten bleibt dem Gesetze überlassen.“

Die Frage, ob nach dem Inkrafttreten dieses Verfassungsartikels von der darin enthaltenen Befugnis Gebrauch gemacht werden solle, wurde vom Regierungsrat weiterer Prüfung unterzogen. Zunächst besuchte Justizdirektor Treichler die Handelsgerichte in Genf und Mülhausen; im Dezember 1863 wurde er sodann auf seinen Wunsch hin ermächtigt, auch von einigen deutschen Handelsgerichten Einsicht zu nehmen und zu diesem Zwecke Obergerichtspräsident Ullmer, einen Gegner der Handelsgerichte, zuzuziehen. Die Beauftragten besuchten hierauf die Handelsgerichte

in Freiburg, Heidelberg, Frankfurt a./M., Köln, Hannover, Bremen, Hamburg, Braunschweig, Leipzig und Nürnberg, wo sie teils bei Juristen und Kaufleuten über Wert und Einrichtung dieser Gerichte Erkundigungen einzogen, teils auch Sitzungen beiwohnten, sich Protokolle und Akten vorlegen liessen und endlich die auf die Handelsgerichte bezüglichen Gesetze und Verordnungen sammelten. Das Ergebnis legten sie in einem ausführlichen Berichte nieder¹⁾. Die beiden Berichtersteller kamen, obwohl der eine anfänglich grosse Bedenken gegen das Institut eines Handelsgerichtes gehegt hatte, übereinstimmend zu dem Resultate, dass die Einführung eines Handelsgerichtes im Kanton Zürich eine Wohltat und ein wirkliches Bedürfnis sei und dass damit eine Garantie für die materielle Rechtsprechung, für ein schnelleres, weniger kostspieliges Verfahren und eine erhebliche Erleichterung der bestehenden Zivilgerichte verbunden sein werde.

Im gleichen Jahre noch trat eine 20köpfige Kommission zur Prüfung und Begutachtung der von der Justizdirektion ausgearbeiteten Gesetzesentwürfe betreffend Abänderung der auf das Gerichtswesen bezüglichen Artikel der Staatsverfassung zusammen²⁾.

Schon bei Beratung der Verfassungsrevision musste man sich über die Grundzüge des neu einzuführenden Institutes der Handelsgerichte einige Klarheit verschaffen, wobei ein Entwurf der Justizdirektion über Organisation der Handelsgerichte im Kanton Zürich als Grundlage diente³⁾. Die Hauptfrage, welche hier entstand, war die, ob man die Einführung von Handelsgerichten durch die Staatsverfassung direkt aussprechen oder in derselben die Einführung dem Gesetze anheimstellen wolle. Ein weiterer wichtiger Punkt war der, ob für den ganzen Kanton ein Handelsgericht zu errichten sei oder aber in jedem Bezirk ein solches, und ob die letztern als selbständige Gerichte oder als blosse Abteilungen der Bezirksgerichte zu schaffen seien. Der Entwurf der Justizdirektion sah die Einführung besonderer Abteilungen für die Beurteilung der Handelsrechtsstreitigkeiten bei den Bezirksgerichten Zürich und Winterthur vor; in den übrigen Bezirken sollten solche besondere Abteilungen

¹⁾ Vgl. Bericht von Treichler und Ullmer an den Regierungsrat. Zürich, 6. November 1863.

²⁾ Vgl. Protokolle dieser Kommissionsberatungen im Staatsarchiv unter P. 6 (Justiz und Polizei). Die Beratungen über den Zusatz zu Art. 10 der Verfassung (Handelsgerichte) sind zu finden auf S. 152 ff.; ebenso im „Protokoll über die Beratung der Zivilprozessordnung 1863—1865“, Staatsarchiv, P. P. 10, S. 113 ff. Unsere Zitate beziehen sich ausschliesslich auf das letztere.

³⁾ Vgl. „Vorläufige Ideen der Direktion der Justiz über Organisation von Handelsgerichten im Kanton Zürich“, Staatsarchiv, P. 7.

¹⁾ A. 1862, S. 1652/1653.

geschaffen werden, wenn die absolute Mehrheit der in das Regionenbuch eingetragenen stimmfähigen Bürger nach Einholung eines Gutachtens der Handelskammer es beschliessen würde. Es waren namentlich politische Bedenken, welche gegen ein kantonales Handelsgericht sprachen, indem man darauf rechnen musste, dass von Winterthur aus gegen ein solches Projekt Opposition gemacht würde. Es wurde deshalb auch der Gedanke geäussert, aus dem ganzen Kanton zwei Handelsgerichtsbezirke zu machen und als Amtssitz der beiden Handelsgerichte Zürich und Winterthur zu wählen. Hiergegen aber sprachen ökonomische Erwägungen und auch die Schwierigkeit einer zweckmässigen Einteilung des Kantons. Hätte man eine auch nur annähernd gleichmässige Verteilung der Geschäfte auf die beiden Gerichtshöfe erzielen wollen, so wäre man genötigt gewesen, zu Winterthur fast den ganzen Kanton zu schlagen. Für die Einführung eines kantonalen Handelsgerichtes wurde namentlich geltend gemacht, dass es sich nicht rechtfertigen lasse, nur den Bezirken Zürich und Winterthur ein Handelsgericht zu geben, und den Seebezirken Horgen und Meilen, welche in der Firmenzahl von Winterthur nur um weniges übertroffen wurden, solche zu versagen. Sodann befürchtete man auch, dass blosser Abteilungen für Handelssachen bei den Bezirksgerichten zu sehr unter den Einfluss der letztern kämen, wodurch ein erspriessliches Wirken sehr in Frage gestellt werden könnte.

Auch die Frage der Einrichtung der Appellationsinstanz gab viel zu diskutieren. Der Entwurf der Justizdirektion bezeichnete als solche das Obergericht; doch von anderer Seite wurde die Schaffung eines besondern Handelsappellationsgerichtes befürwortet, unterstützt durch das sehr naheliegende Argument, dass ein Handelsgericht den Kaufleuten nichts nütze, wenn dessen Urteile durch ein Juristengericht wieder aufgehoben werden könnten. Dem wurde dann entgegengehalten, dass man anderwärts mit einer aus rechtsgelehrten Richtern bestehenden Appellationsinstanz diese Erfahrung nicht gemacht habe.

Das Resultat der Beratungen war, dass sich die Kommission, wohl nicht zum geringeren Teil aus blossen Opportunitätsgründen, für blosser Sektionen für Handelssachen bei den Bezirksgerichten entschied: im übrigen beschloss sie mit grosser Mehrheit, die Erlassung eines Verfassungsartikels, der die Einführung der Handelsgerichte dem Gesetze anheimstellte, zu befürworten.

In einer spätern Beratung wurde sodann der Entwurf der Justizdirektion einer artikelweisen Beratung unterzogen¹⁾ und mit Ausnahme der Bestimmungen

über die Kompetenz, welche eine Umgestaltung im Sinne einer Einschränkung derselben erfuhren, ohne erhebliche Änderungen mit 8 gegen 6 Stimmen als Ganzes angenommen. Auf die Details dieses ersten Kommissionalentwurfes¹⁾ werden wir hie und da gelegentlich zurückkommen.

Mag nun diese geringe Mehrheit, mit welcher die Kommission diesen ersten Entwurf annahm, mögen die vielen Bedenken, welche gegen blosser Bezirks-handelsgerichte laut wurden, die Ursache gewesen sein; kurzum, die Justizdirektion arbeitete einen zweiten Entwurf aus, welcher nunmehr ein kantonales, inappellables Handelsgericht vorsah. Diese beiden Entwürfe, der Kommissionalentwurf und der zweite Entwurf der Justizdirektion, wurden alsdann der Handelskammer zur Begutachtung unterbreitet. In ihrem Gutachten vom 6. Mai 1864²⁾ sprach sie sich mit Entschiedenheit für das zweite Projekt aus, indem sie erklärte, ein inappellables Handelsgericht sei ja gerade das, was die Kaufmannschaft wünsche und welchem Wunsch sie auch in ihrem Gutachten von 1860 Ausdruck gegeben, dessen Erfüllung sie aber der Notwendigkeit einer Verfassungsrevision wegen für aussichtslos gehalten habe. Nun die Revision da sei, könne sie mit Freude für das zweite Projekt eintreten, denn die Aufstellung einer einzigen Instanz sei nebst dem Wunsche, dass Kaufleute an der Handelsjudikatur mitwirken könnten, das Ziel aller bisher laut gewordenen Bestrebungen. Ein Handelsgericht mit Appellation und dem damit verbundenen schriftlichen Verfahren würde den Kaufleuten wenig helfen; die Prozesse würden ja geradeso lange dauern, wie bei der bestehenden Einrichtung, und es würde auch immer appelliert werden in der stillen Hoffnung, dass die Juristen der zweiten Instanz die Frage anders entscheiden würden, als die kaufmännischen Richter der ersten; jedenfalls würde in allen den Fällen appelliert, in denen die Ansicht des rechtskundigen Präsidenten eine von derjenigen der kaufmännischen Richter abweichende wäre. Schliesslich sei ein kantonales Handelsgericht viel eher in der Lage, den Kredit der zürcherischen Kaufmannschaft zu heben, während es andererseits auf auswärtige Kaufleute einen sonderbaren Eindruck machen müsste, wenn sie in den einen Bezirken Handelsgerichte vorfänden, in den andern aber nicht.

Auf Grund dieses Gutachtens unterzog die Kommission den zweiten Entwurf unverzüglich einer artikelweisen Beratung und nahm denselben mit untergeordneten Abänderungen *einstimmig* an³⁾. Im Januar

¹⁾ Im Staatsarchiv, Mappe III, C. b. 1, 14.

²⁾ Staatsarchiv, P. 7.

³⁾ Protokolle, P. P. 10, S. 548 ff.

¹⁾ Protokolle, P. P. 10, S. 525 ff.

1865 wurde vom Grossen Rate das Verfassungsgesetz, lautend: „Die Aufstellung und Einrichtung von Handels- und Gewerbegerichten mit oder ohne Instanzenzug bleibt dem Gesetze überlassen“, in erster Lesung diskussionslos angenommen¹⁾. In der zweiten Lesung im Monat August desselben Jahres entwickelte sich unerwarteterweise eine lebhaftere Diskussion und auch Opposition²⁾. Man warf dem Handelsgerichte vor, es involviere die Bevorzugung eines Standes und sei daher unrepublikanisch; es wurde den Handelsleuten die Fähigkeit zum Richteramt abgesprochen; das neue Institut fand Anfechtung, weil durch dasselbe der Instanzenzug, dieses „Palladium der Freiheit“, abgeschafft werden sollte und weil durch die Schaffung eines Handelsgerichtes in Zürich der verderblichen Zentralisation wieder Vorschub geleistet würde. Diese in der Hauptsache politischen Bedenken vermochten die sachlichen Argumente, welche für das Handelsgericht vorgebracht wurden, nicht zu besiegen, und so nahm der Rat das Verfassungsgesetz mit 157 gegen 18 Stimmen an³⁾. Die Volksabstimmung ergab 10,570 annehmende gegen 10,015 ablehnende Stimmen. Der von der Kommission angenommene Entwurf betreffend Organisation, Kompetenz und Verfahren des Handelsgerichtes wurde sodann teils dem Gesetzesentwurfe über das Gerichtswesen im allgemeinen, teils dem Entwurfe über den Zivilprozess einverleibt, mit diesen im Oktober 1866 vom Grossen Rate angenommen und zum Gesetze erhoben⁴⁾, welches vom 1. Januar 1867 an wenigstens provisorisch in Kraft trat. Durch die nach einer Totalrevision im Jahre 1869 angenommene Verfassung wurde auch eine Revision der Rechtspflegegesetze herbeigeführt. Ausser der Wiedereinführung des Amtszwanges, der Verstärkung des Handelsgerichtes und einigen Modifikationen im Verfahren desselben, auf die wir gelegentlich zu sprechen kommen, erlitten die auf das Handelsgericht bezüglichen Bestimmungen bei dieser Revision keine Veränderungen. Die neuen Rechtspflegegesetze traten am 1. Januar 1875 in Kraft.

Heute stehen wir wieder vor einer Totalrevision der Rechtspflegegesetzgebung, so dass auch die auf das Handelsgericht bezüglichen Bestimmungen einer Revision unterzogen werden. Die in Aussicht genommenen Änderungen sind bereits niedergelegt in einer Vorlage des Regierungsrates an den Kantonsrat vom 21. November 1901, enthaltend 4 Gesetzesentwürfe

¹⁾ Vgl. „Neue Zürcher Zeitung“, 1865, Nr. 25, und A. 1865, S. 113.

²⁾ Vgl. „Neue Zürcher Zeitung“, 1865, Nr. 243.

³⁾ A. 1865, S. 1249.

⁴⁾ A. 1866, S. 2222.

betreffend die Rechtspflege, welche wir in den folgenden Ausführungen hie und da zur Vergleichung heranziehen werden¹⁾.

II. Abschnitt.

Die Organisation.

§ 3. Der Bestand des Gerichtes.

I. Allgemeines.

Die Bestellung von Handelsgerichten ist in verschiedener Weise denkbar; sie ist auch zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten in verschiedener Weise geregelt worden. Die Ansichten über die Zweckmässigkeit der einzelnen Organisationsarten gehen sehr auseinander. Es lassen sich zwei Hauptwege einschlagen. Entweder wird das Handelsgericht aus lauter kaufmännischen Richtern zusammengesetzt, wie es ursprünglich überall der Fall war und heute noch in Frankreich zutrifft; oder man gesellt den Kaufleuten als Richtern auch noch juristisch gebildete Richter bei. Bei gemischter Zusammensetzung lassen sich wiederum verschiedene Spielarten denken. Man kann dem kaufmännischen Element das Übergewicht geben, indem man die Juristen nur zur Beratung zuzieht oder ihnen die Prozessleitung überträgt, während das Stimmrecht nur den Kaufleuten zusteht; man kann dem juristischen Element grössere Bedeutung verschaffen, indem man Kaufleute nur als beratende Beisitzer zuzieht oder sie nur über die Tatfrage urteilen lässt. Eine Abwägung der Gründe, welche für die verschiedenen Systeme sprechen, führt wohl dazu, sich für das gemischte System zu erklären, wo das stete Zusammenwirken des juristischen und kaufmännischen Elementes eine sachgemässe, sichere Beurteilung der Streitigkeiten ermöglicht, indem dieselben sowohl nach der merkantilen, als auch nach der juristischen Seite voll gewürdigt werden können. Wenn man auf der einen Seite von der Ansicht ausgeht, zu einer richtigen Beurteilung von Handelsstreitigkeiten sei eine gründliche Kenntnis der Gebräuche und Sitten im Geschäftsverkehr nötig, sowie auch Fachbildung in den einzelnen Zweigen der Handelswissenschaft, so darf man auf der andern Seite nicht verkennen, dass die richtige Erkenntnis der rechtlichen Seite der Handelsstreitigkeiten die Kenntnis der allgemeinen Rechtsprinzipien und des ganzen Zivilrechts voraussetzt; denn, mag nun das Handelsrecht mit diesem verschmolzen sein wie in der Schweiz, oder eine besondere Kodifikation erfahren haben, wie in

¹⁾ Im Text kurzweg unter der Bezeichnung „Entwurf“.

den uns umgebenden Staaten, so sind doch Zivil- und Handelsrecht durch tausend Fäden miteinander verwoben, so dass praktisch wohl nicht ein Fall vorkommt, bei dem nur handelsrechtliche Fragen zu beantworten sind. Für die Prozessleitung und die Beurteilung formeller Einreden ist das juristische Element durchaus nötig; ebenso werden Juristen, soweit geschriebenes Handelsrecht zur Anwendung kommt, besser Auskunft wissen, als Kaufleute.

Es ist diesem Systeme entgegengehalten worden, eine wirklich kollegiale Entscheidung sei bei demselben unmöglich; durch die Beiziehung von Kaufleuten zu den gewöhnlichen Gerichten zur Beurteilung von Handelsachen oder von rechtsgelehrten Richtern zu Handelsgerichten gebe man zu, dass immer nur ein Teil die volle Befähigung zum Richteramt besitze, so dass es nur ein Zufall sei, wenn aus dem Beschlusse der Mehrheit ein richtiges Erkenntnis hervorgehe¹⁾. Aber durch die Kombination der beiden Elemente will man ja gerade jedem Teil durch den andern ersetzen, was ihm fehlt. Und sollte es wirklich nicht möglich sein, auf diese Art und Weise die einen und andern zu vollbefähigten Richtern zu machen, welche in jedem Einzelfalle mit Verständnis und Überzeugung für oder gegen einen Antrag stimmen? Die Erfahrung scheint mir doch die Frage bejaht zu haben. Dem rechtsgelehrten Richter aber, der sich beleidigt fühlen möchte, wenn seine volle Befähigung zum Richteramt überhaupt in Frage gestellt wird, sei hier gesagt, dass auch der schärfste Verstand und die grösste Gelehrsamkeit den glücklichen Inhaber dieser Eigenschaften nicht zu einem gerechten und guten Richter machen können, wenn er sich dem Einflusse des Lebens, der Beobachtung anderer Berufskreise entzieht und sich hinter seine Bücher verschanzt. Und wenn weiter gesagt worden ist, die Nebeneinanderstellung zweier verschiedener Elemente in einem Gerichte werde zu beständigem Zwiespalt führen, so hat sich auch dieser Einwand gegen das gemischte System als unbegründet erwiesen. Wenigstens ist nirgends eine Aufzeichnung zu finden, und man hat auch nie etwas verlauten lassen, dass beim zürcherischen Handelsgerichte irgend einmal diese missliche Folge zu Tage getreten sei. Auch der Verfasser konnte in seinem 14monatlichen Auditorate nicht die leiseste Spur einer prinzipiellen Opposition zwischen Kaufleuten und Juristen entdecken, sondern musste sich vielmehr vom Vorhandensein eines gegenseitigen, wohlwollenden Entgegenkommens überzeugen. Es ist auch nicht einzusehen, warum ein friedliches, segensreiches Zusammenarbeiten der beiden Elemente unter taktvoller, richterlicher Leitung ein

Ding der Unmöglichkeit sein sollte. Soweit es sich um Beurteilung des Willens der Parteien handelt oder wo Verkehrssitten und Rechtsgewohnheiten in Frage kommen, werden von den juristischen Mitgliedern die fachmännischen Kenntnisse und Erfahrungen der Kaufleute gerne verwertet; soweit aber die rechtliche Würdigung gewonnener Tatsachen, die auf Grund von Gesetzesrecht erfolgen kann, vor sich zu gehen hat und andere rein juristische Fragen auftreten, sind umgekehrt die Kaufleute leicht belehrbar und leihen den juristischen Deduktionen gerne geneigtes Gehör.

II. Die juristischen Mitglieder und die Kanzlei¹⁾.

Dem zürcherischen Handelsgerichte sind als juristische Mitglieder zwei Oberrichter zugeteilt, welche vom Obergerichte selbst gewählt werden, das auch zugleich aus denselben den Präsidenten bezeichnet und ebenfalls aus seiner Mitte zwei Ersatzmänner ernannt. Die aus dem Obergerichte gewählten Mitglieder und Ersatzmänner werden alljährlich bei Bestellung der einzelnen Abteilungen dieser Behörde erneuert. Eine Wiederwahl ist zulässig und bildet auch, gewiss nur im Interesse der Handelsrechtspflege, die Regel, so dass die gleichen Mitglieder des Obergerichts für mehrere Jahre dem Handelsgericht zugeteilt bleiben. Dass die juristischen Mitglieder gerade aus dem Kreise der Oberrichter genommen werden, hat verschiedene Gründe. Einmal bezweckt man damit eine tüchtige Besetzung dieser gar nicht leichten Stellen; andererseits trägt der Umstand, dass bei der Rechtsprechung des Handelsgerichts, das ja erst- und wenigstens nach kantonaler Gesetzgebung letztinstanzlich urteilt, auch Mitglieder des Obergerichtes mitwirken, dazu bei, die Fühlung zwischen Zivil- und Handelsrechtspflege zu wahren und eine Zersplitterung der Rechtsprechung zu vermeiden. Das einzige Bedenken, das sich gegen die Betätigung von Oberrichtern beim Handelsgerichte einwenden liesse, wäre, dass diese Richter hierdurch ihren regulären Obliegenheiten beim Obergerichte allzu sehr entzogen würden. Doch scheinen mir die hierdurch allfällig entstehenden Nachteile reichlich aufgewogen zu werden durch den vorhin schon erwähnten Vorteil. Es wäre übrigens äusserst schwierig, diese Stellen anderweitig passend zu besetzen, da sie bei weitem nicht die Arbeitskraft eines Mannes in Anspruch nehmen und daher auch nicht in einer für eine Lebensstellung genügenden Weise besoldet werden könnten.

Diese äussere Verbindung des Handelsgerichtes mit dem Obergerichte ist also nach dem Gesagten eine durch rein äussere Umstände herbeigeführte. Man

¹⁾ Marschner, a. a. O., S. 444 ff.

¹⁾ G. W. 1866, §§ 53, 54, 61; R., §§ 50, 51, 54; G. W., Entwurf 1901, §§ 71, 72, 75.

möchte sie als eine Art Personalunion bezeichnen, da sie jedenfalls nicht den Sinn hat, dass das Handelsgericht eine Abteilung des Obergerichtes sein soll. Es ist ein selbständiges Gericht und steht als Ganzes mit dem Obergerichte nur insoweit in Verbindung, als dieses dessen Aufsichtsbehörde ist, welcher es jährlich über seine Verrichtungen Bericht zu erstatten hat.

Der Entwurf von 1901 regelt das Verhältnis zwischen Obergericht und Handelsgericht in etwas freierer Weise, indem er die Möglichkeit vorsieht, mehr als zwei Mitglieder des erstern in das letztere zu delegieren.

Die Kanzlei des Handelsgerichtes wird vom Obergerichte aus seinen Kanzleibeamten auf eine ganze Amtsdauer von 6 Jahren gewählt.

Etwas anders hätte sich die Lösung der eben berührten Fragen bei der Organisation, welche der erste Entwurf vorsah, gestaltet. Nach § 2 desselben wäre der Präsident der Abteilung für Handelssachen bei dem Bezirksgericht Zürich und Winterthur durch die Bezirkswahlversammlung aus der Mitte des Bezirksgerichtes zu wählen gewesen; der Bezirksgerichtschreiber oder dessen Substitut hätten das Protokoll zu führen gehabt. Gegen diese Wahlart des Präsidenten war zwar bei den Beratungen opponiert worden, weil die Kaufmannschaft unter den Wahlmännern eine viel zu geringe Vertretung besitze. Es wurde deshalb vorgeschlagen, den Präsidenten nur durch die Kaufleute wählen zu lassen¹⁾. Die ganze Frage fiel mit der Annahme des zweiten Entwurfes dahin.

III. Die kaufmännischen Richter²⁾.

Zum Handelsgericht des Kantons Zürich gehören 30 kaufmännische Richter. Nach dem früheren Gesetze betrug deren Zahl nur 15. Der Entwurf stellt es nun dem Kantonsrate anheim, die Zahl 30 im Bedarfsfall zu erhöhen, damit noch mehr Abteilungen geschaffen werden können und um nötigenfalls zwei solche nebeneinander arbeiten zu lassen. So soll also auch hier ein gewisser Spielraum geschaffen werden, um zu vermeiden, dass das Kleid nicht so bald zu enge wird und einer Gesetzesrevision ruft.

1. Das **Wahlrecht** steht der gesetzgebenden Behörde, d. h. früher dem Grossen Rate, jetzt dem Kantonsrate zu, welcher sich bei Ausübung desselben an eine von der Kommission für das Handels-, Fabrik- und Gewerbeswesen gebildete Liste von zweifacher Zahl der zu besetzenden Stellen hält. Der Entwurf belässt es mit bezug auf diese Frage beim bestehenden Recht; im frühern Gesetz war das Prozedere ein etwas anderes.

¹⁾ Prot., P. P. 10, S. 506 ff.

²⁾ G. W. 1867, §§ 53, 55—62; R., §§ 50, 52—55; G. W., Entwurf, §§ 71, 73—76.

In die Vorschlagsliste für die erste Bestellung des Handelsgerichtes kamen zunächst sämtliche Mitglieder der Handelskammer, welche die Requisite der Wählbarkeit erfüllten; sodann hatte die Handelskammer noch 36 weitere Vorschläge zu machen. In die Vorschlagsliste für Erneuerungswahlen waren zuvörderst sämtliche in Austritt fallenden kaufmännischen Richter, sodann die Mitglieder der Handelskammer aufzunehmen; endlich hatte die letztere noch dreimal so viele Personen vorzuschlagen, als noch Stellen zu besetzen waren; man sieht, ein Verfahren, das an Kompliziertheit nichts ermangelte.

Die Frage, wem das Recht zustehen solle, die kaufmännischen Richter zu wählen, hatte übrigens bei der Gesetzesberatung lebhafte Diskussion verursacht. Die einen wollten es den im Ragionenbuch eingetragenen, stimmfähigen Schweizerbürgern geben, die andern wollten es auch auf nicht schweizerische, aber im Kanton wohnende Kaufleute ausdehnen; ein dritter Teil trat dafür ein, das Wahlrecht an eine bestimmte Grösse der Handelsklassensteuer zu knüpfen; eine vierte Ansicht ging dahin, die Wahl dem Regierungsrate zu übertragen, und ein fünfter Vorschlag sah den Weg vor, der nachher vom Gesetz betreten wurde, nämlich die Wahl durch den Kantonsrat.

Für die erste Ansicht wurde geltend gemacht, die kaufmännischen Richter seien eine Art Geschworene; das Handelsgericht ein auf dem Zutrauen des Handelsstandes basierendes Institut, dessen Grundcharakter verändert würde, wenn man die Wahl der Handelsrichter dem Grossen Rat übertragen wollte. Die Kaufleute hätten an der Wahl tüchtiger Handelsrichter ein grösseres Interesse, als der Grosse Rat, der statt durch sachliche Erwägungen oft durch politische Rücksichten geleitet würde. Eine Wahlversammlung der Kaufleute in Zürich hätte übrigens den Vorteil, dass die Richter mehr aus der Umgebung von Zürich gewählt würden, während bei einer Wahl durch den Grossen Rat die Richter im ganzen Kanton zerstreut wären, da jeder Bezirk einen Repräsentanten im Handelsgericht wünschen und beim Grossen Rat auch erhalten würde. Eine rasche Geschäftserledigung erfordere aber, dass die Richter jederzeit zur Stelle sein könnten; den von Zürich weiter entfernt wohnenden Richtern müsste aber ihr Amt durch das viele Reisen eine unerträgliche Last werden. Gegen eine Wahl durch die Kaufleute wurde eingewendet, eine Prüfung der Stimmberechtigung sei schwierig und zeitraubend und eine Anfechtung der Wahlen deshalb auch leicht möglich, während anderseits eine Wahl durch den Grossen Rat auf Vorschläge der Handelskammer hin sich sehr einfach gestalten und zugleich den Vorteil hätte, dass durch die Berücksichtigung der verschiedenen Bezirke

der kantonale Charakter des Institutes gewahrt bliebe. Der Gedanke, das Stimmrecht, sofern man es den Kaufleuten geben wollte, an eine bestimmte Höhe der Handelsklassensteuer zu knüpfen, wurde von der Erwägung geleitet, allzu grosse Wahlversammlungen zu vermeiden, in welchen die zahlreichen eingetragenen Kleinkaufleute und Krämer die ausschlaggebende Mehrheit hätten. Eine solche Beschränkung des Stimmrechts fand jedoch keinen Anklang; auch schien es fraglich, ob dieselbe nicht eine Verletzung der Bundesverfassung involviere.

So siegte bei Beratung des ersten Entwurfes die Ansicht, wonach alle rationierten, stimmungsfähigen Schweizerbürger wahlberechtigt sein sollten; bei Beratung des zweiten Entwurfes, der ein kantonales Handelsgericht brachte, gab man dann jedoch der Wahl durch den Grossen Rat den Vorzug.

2. Die **Wählbarkeit** ist an bestimmte Qualifikationen geknüpft. Als Handelsrichter können nur solche Stimm-berechtigte gewählt werden, welche im Handelsregister eingetragen sind und seit mindestens 5 Jahren ein Handelsgeschäft betreiben oder, sofern sie nicht mehr rationiert sind, während mindestens 10 Jahren ein solches betrieben haben. Nach diesem Wortlaut wären nur die wirklichen Inhaber von Handelsgeschäften wählbar, nicht dagegen blosser Leiter von solchen, wie die Direktoren von Handelsgesellschaften oder die Prokuraträger von Einzelkaufleuten; denn nicht diese, sondern die Gesellschaft, der Inhaber betreibt das Handelsgeschäft. Die Praxis hat sich aber vernünftigerweise nicht streng an diesen Wortlaut gehalten und namentlich Direktoren von Banken, Aktiengesellschaften aller Art, Transportanstalten u. s. w. als Handelsrichter gewählt, obschon diese alle nicht ein Handelsgeschäft betreiben. Der Entwurf (§ 74) drückt sich nun korrekter aus, indem er nicht nur die Inhaber, sondern auch die Leiter und Prokuristen von Handelsgeschäften, welche in dieser Eigenschaft eingetragen sind, als wählbar erklärt; er verlangt auch bei eingetragenen Personen zur Wählbarkeit nicht mehr, dass sie schon während einer bestimmten Zeit ein Handelsgeschäft betrieben haben, während das frühere Gesetz umgekehrt für die Wählbarkeit zu den jetzt vorhandenen Requisiten auch das zurückgelegte 30. Altersjahr verlangt hatte.

3. Die **Amts-dauer** eines kaufmännischen Richters beträgt 6 Jahre. Die Integralerneuerungswahl findet mit derjenigen des Obergerichtes statt. Nach dem früheren Gesetze trat alle zwei Jahre ein Drittel der Richter aus, war aber wieder wählbar.

Das Amt eines kaufmännischen Richters ist ein unbesoldetes *Ehrenamt*; den Richtern, welche nicht am Sitzungsorte wohnen, wird eine Vergütung ihrer

Reiseauslagen gewährt¹⁾. Schon in den Beratungen war der Antrag gestellt worden, den Handelsrichtern ein Taggeld auszubezahlen, wie den Geschworenen, mit der Begründung, man werde einerseits auf diese Weise eher tüchtige Richter finden, während man andererseits durch Auferlegung der hierdurch entstehenden Kosten auf die unterliegende Partei der Prozesssucht in wohlthätiger Weise entgegentrete. Dem gegenüber wurde eingewendet, das Amt eines Handelsrichters diene dem Inhaber desselben in seinen geschäftlichen Relationen auch wieder als Empfehlung. Auch die Handelskammer sprach sich gegen die Aussetzung eines Taggeldes aus, indem sie erklärte, sie wolle nicht Leute zu Handelsrichtern, die es mehr um des Taggeldes, als um der Sache willen seien. Nun ist allerdings bei Ansetzung eines mässigen Taggeldes nicht zu befürchten, dass unfähige Leute sich um dessen willen zu dem Amte herandrängen würden, während es doch andererseits den Richtern einen wenigstens teilweisen Ersatz für Mühe und Zeitverlust gäbe, so dass die zu leistende Arbeit wohl von manchem während mehr als einer Amtsdauer übernommen würde; häufiger, als es jetzt der Fall ist. Wenn man die dadurch entstehenden Mehrkosten weder durch den Staat noch durch die streitenden Parteien tragen lassen wollte, so liessen sie sich leicht auf irgend welchem Wege auf die ganze Kaufmannschaft verteilen, was ja nur eine gleichmässige Verteilung der von ihr für das Institut des Handelsgerichts zu bringenden Opfer bedeutete.

4. Die Erfahrung hat gelehrt, dass es im Interesse der Handelsgerichte liegt, für die Kaufleute einen **Amts-zwang** zu statuieren. Ein solcher wird auch durch das zürcherische Recht ausgesprochen. Das Amt eines kaufmännischen Richters kann nur aus erheblichen Gründen abgelehnt oder vor Ablauf einer Amtsdauer niedergelegt werden. Die Entscheidung über die Erheblichkeit der Ablehnungsgründe steht dem Kantonsrat zu, welcher sie nach Einholung eines Gutachtens der Kommission für das Handels-, Fabrik- und Gewerwesen und des Handelsgerichts ergehen lässt.

Der Amtszwang war im Jahr 1870 vom Kantonsrat als mit dem Wahlgesetze unvereinbar erklärt und aufgehoben worden²⁾. Die verderbliche Wirkung dieser Massregel hatte sich inzwischen zur Genüge erwiesen³⁾. Im Jahre 1869 schon hatte die durch die neue Staats-

¹⁾ R. 1149.

²⁾ A. 1870, S. 941. Dies geschah auf Antrag von Prof. Rüttimann. Justizdirektor Treichler erklärte ihm sofort privatim: „Jetzt haben Sie mit Ihrem Antrag das Handelsgericht ruiniert“, worauf jener erwiderte: „Man soll die Handelsrichter bezahlen.“ (Mitteilung von Prof. Treichler.)

³⁾ Vgl. hierzu auch die Ausführungen über die statistischen Ergebnisse betreffend die Richter auf S. 556.

verfassung verursachte Integralerneuerung einem Teil der Handelsrichter Gelegenheit geboten, ihren Austritt zu erklären, einige wurden nicht wieder gewählt. So kam es, dass von den 15 im Jahre 1867 gewählten Handelsrichtern im Jahr 1869 nur noch 5 übrig blieben. War nun hierdurch schon ein gewiss nicht vorteilhafter, rascher Wechsel des Personalbestandes herbeigeführt worden, so war der erwähnte Kantonsratsbeschluss nicht geeignet, diesem Wechsel Einhalt zu tun. Als nach den Kriegsjahren 1870/71 die Geschäftslast des Handelsgerichtes infolge der Verkehrsstörungen, welche dieses Ereignis mit sich brachte, bedeutend zunahm, war es sehr begreiflich, dass viele kaufmännische Richter von der ihnen gebotenen Freiheit, ihre Entlassung zu nehmen, Gebrauch machten¹⁾. Infolge dieser Amtsflucht war das Handelsgericht selten vollständig besetzt, und der im Gesetze vorgesehene Turnus konnte nicht innegehalten werden. Es mussten Mitglieder von Abteilungen in Anspruch genommen werden, die nicht an der Reihe waren, so dass auch eifrige Mitglieder erklärten, so könnten sie nicht länger im Handelsgericht bleiben. Dass der ganze Zustand eigentlich demoralisierend auf die Kaufleute einwirkte, zeigt die Tatsache, dass unter anderm als Ablehnungsgrund vorgebracht wurde, es schade dem Kredit, wenn man eine Wahl als Handelsrichter annehme, indem man dadurch beweise, dass man über genügend freie Zeit verfüge, um sich mit Allotria zu befassen²⁾!

Es leuchtet ein, dass dieser Zustand nachteilige Folgen nach sich ziehen musste und dass, wenn er länger angedauert hätte, der allmähliche Ruin des ganzen Institutes herbeigeführt worden wäre. So wurde denn im Jahre 1873 der für die Revision der Rechtspflege bestellten Kommission eine Zuschrift des Handelsgerichtes vom 24. Januar 1873 und eine solche des Börsenvereins vom 15. Februar 1873 vom Kantonsrate zur Berücksichtigung überwiesen³⁾; beide dahin gehend, es möchte gegenüber den kaufmännischen Richtern des Handelsgerichtes der Amtszwang wieder eingeführt werden. Namentlich der Börsenverein trat mit grossem Eifer für die Wiedereinführung desselben und der dadurch garantierten Erhaltung des Handelsgerichtes ein, indem er der Ansicht Ausdruck gab, dasselbe gereiche dem Handelsstande zum Vorteile und dem Kanton zur Ehre. „Wenn sogar“, heisst es am Schlusse jener Zuschrift, „das im Gerichtswesen gewiss nicht allzu fortschrittliche England sich anschickt, Handelsgerichte einzuführen, wozu vielleicht eine durch die britische Gesandtschaft in Bern bei dem schwei-

zerischen Handels- und Industrieverein erhobene Enquete über die Mittel zur Förderung der Handelsbeziehungen zwischen der Schweiz und England, deren Beantwortung unter anderm die Einführung von Handelsgerichten empfahl, in etwas beigetragen haben möge, so dürfen wir gewiss nicht daran denken, dieselben abzuschaffen, respektiv zu Grunde gehen zu lassen.“ Im Gesetze von 1874 ist der Amtszwang wieder hergestellt worden.

§ 4. Besetzung des Gerichtes, Kehrordnung¹⁾.

Die Besetzung des Handelsgerichtes für den einzelnen Fall erfolgt mit zwei Mitgliedern des Obergerichtes und 5 kaufmännischen Richtern. Da durch das unvorhergesehene Ausbleiben kaufmännischer Richter vielfach lästige Störungen entstanden sind, bestimmt der Entwurf nunmehr in § 84, dass die Mitwirkung von 3 kaufmännischen Richtern zur Ausfällung eines Urteils genügen soll, sofern die Parteien damit einverstanden sind. Die Parteien sind berechtigt, von den 5 kaufmännischen Richtern zwei ohne Angabe von Gründen abzulehnen, müssen aber eine dahingehende Erklärung spätestens 4 Tage vor der Hauptverhandlung abgeben, so dass also hierdurch keine Störungen entstehen können. Dieses Rekusationsrecht wurde statuiert, um den Parteien Gelegenheit zu geben, allfällige Konkurrenten oder persönliche Gegner aus dem Gerichte zu entfernen und zugleich dem Gerichte den Ruf der Unbefangenheit zu wahren. Eine Modifikation in der Besetzung kann stattfinden, wenn das Handelsgericht als „Schiedsgericht“ von den Parteien angerufen wird, indem sie alsdann verlangen können, dass das Gericht nur mit einem Mitgliede des Obergerichtes und 4 kaufmännischen Richtern besetzt werde; jede Partei ist dann berechtigt, 4 kaufmännische Richter ohne Angabe von Gründen abzulehnen. Diese Bestimmung, von der übrigens wohl selten oder nie Gebrauch gemacht wurde, wird vom Entwurf als durch nichts gerechtfertigt gestrichen²⁾, so dass nun auch in diesen Fällen die ordentliche Besetzung Platz greifen würde. Eine andere ausserordentliche Besetzung kann stattfinden auf Grund von § 545, Absatz 2, des Rechtspflegegesetzes. Bei Fragen, deren Beantwortung kaufmännische Kenntnisse erfordert oder welche das Vorhandensein von Handelsgebräuchen betreffen, müssen, sofern sie besonders schwierig oder zweifelhaft sind, auf Begehren des Handelsgerichtspräsidenten oder zweier Mitglieder des Gerichtes die sämtlichen nicht abgelehnten kaufmännischen Richter, welche während des

¹⁾ Vgl. R. O. 1869, S. 17; R. O. 1871, S. 20.

²⁾ Protokoll der Kommission für Revision der Gerichtsorganisation 1869—74, S. 16 (1872). Staatsarchiv, P. 7.

³⁾ Ebenda, Beilage 10 und 11.

¹⁾ G. W. 1867, §§ 63 und 64; 116; Z. Pr. O. 1867, § 371; R., §§ 56, 57, 102, 545, Abs. 2; G. W., Entwurf, §§ 84, 85.

²⁾ Vgl. Kommissionsbericht von 1900, S. 291.

laufenden Jahres im Amte stehen, zur Entscheidung herbeigezogen werden. Auch diese „Plenarsitzungen“ werden vom Entwurfe gestrichen, da sie in der Praxis nie stattgefunden haben. Es müsste in der Tat eine Streitigkeit von aussergewöhnlichem Streitwert in Behandlung sein, damit ein solch umständliches Vorgehen sich rechtfertigen würde.

Von Wichtigkeit ist sodann die *Kehrordnung*, in welcher die kaufmännischen Richter zur Tätigkeit berufen werden. Wird schon bei der Wahl derselben darauf Bedacht genommen, dass möglichst viele Zweige des Handels vertreten werden, so sollen auch bei der Besetzung des Gerichts für den einzelnen Fall die fachkundigsten Richter herbeigezogen werden können. Die Bestellung von Fall zu Fall wäre allerdings am geeignetsten, dieser Forderung Genüge zu leisten, indem sie gestatten würde, die Besetzung dem einzelnen Prozesse anzupassen. Dieses System brächte aber für die Kaufleute unerträgliche Lasten mit sich. Der Kaufmann muss mit seiner Zeit rechnen. Wenn er weiss, dass er für bestimmte Zeit und an bestimmten Tagen zu Sitzungen einberufen werden kann, so wird er sich danach einrichten. Kann aber die Einberufung jeden Tag stattfinden, so wird ihm die Verfügung über seine Zeit genommen, und sein Ehrenamt müsste ihm zur Qual werden. Es muss daher eine bestimmte Kehrordnung zu Grunde gelegt werden, von welcher dann immer noch einzelne Ausnahmen gemacht werden können.

Nach geltender Gesetzgebung wechseln die kaufmännischen Richter alle 4 Monate in einer durch das Obergericht zu bestimmenden Kehrordnung. Diese wird so bewerkstelligt, dass von den 30 kaufmännischen Richtern 6 Sektionen gebildet werden, von denen jede mit Vertretern möglichst verschiedener Handelszweige besetzt wird. Jede dieser Sektionen steht dann 4 Monate im Amte, so dass der Turnus in zwei Jahren beendet ist und das einzelne Mitglied während einer Amtsdauer von 6 Jahren dreimal an die Reihe kommt. Die effektive Dienstleistung eines Handelsrichters beträgt demnach während einer Amtsdauer ein Jahr; die Inanspruchnahme der Kaufleute als Richter ist bei diesem System keine übermässige. Es können nun allerdings auch Mitglieder ausser der Kehrordnung einberufen werden, sofern die im Amte stehenden verhindert sind oder abgelehnt werden und auch, wenn es sich um schiedsgerichtliche Entscheidungen handelt; doch alle diese Fälle kommen nicht häufig vor.

Der erste Entwurf war in dieser Beziehung etwas weiter gegangen, indem er die Einberufung von Mitgliedern ausser der Kehrordnung auch dann gestattete, wenn es sich um Fälle handelte, die besondere Fachkenntnisse erforderten, die aber den im Amte stehenden

Richtern abgingen. Diese Bestimmung wurde dann bei den Beratungen gestrichen, weil sie leicht den Anschein erwecken könne, die Herbeiziehung anderer Richter sei im Interesse einer Partei erfolgt. (Prot. P. P. 10, S. 555.) Man hätte zwar vielleicht von derselben nicht allzu häufig Gebrauch gemacht, da sie den Herbeigezogenen unter Umständen unliebsam treffen könnte; aber einer Erprobung wäre sie doch wert gewesen. Es scheint ratsam, sie wieder im Entwurf aufzunehmen, da sie doch unter Umständen eine willkommene Handhabe zu geeigneter Besetzung des Gerichtes bietet. Es ist gewiss fatal, wenn einer Sektion, die keinen Vertreter der Seidenindustrie oder des Seidenhandels hat, zufälligerweise eine ganze Reihe von Prozessen aus dieser Branche zufallen, ohne dass hier dem Gericht die Mittel an die Hand gegeben sind, einen Vertreter dieser Branche beizuziehen. Andererseits muss zugegeben werden, dass die streitigen Fragen nur in seltenen Fällen so spezieller Natur sind, dass sie nicht von jedem tüchtigen Kaufmann vermöge seiner kaufmännischen Bildung, seines kaufmännischen Taktes und Gefühles beantwortet werden könnten.

III. Abschnitt.

Die sachliche Kompetenz des Handelsgerichtes.

§ 5. Kompetenz des Handelsgerichtes als ordentliches Gericht¹⁾.

I. Allgemeines.

Einer der schwierigsten Punkte bei der Aufstellung von Spezialgerichten irgend welcher Art ist für den Gesetzgeber immer, die Kompetenzsphäre derselben so abzugrenzen, dass die Durchführung der Kompetenzbestimmungen leicht von statten geht. Nichts ist verderblicher für die Rechtspflege, als wenn sich dem Rechtsuchenden auf seinem Wege eine Unmenge von Kontroversen über die Zuständigkeit der Gerichte entgegenstellen und ihm Mühe, Zeitverlust und Kosten verursachen, bevor er nur seinen Richter gefunden hat. Wenn die Kompetenzbestimmungen unzulänglich sind, liegt ein Grundübel vor, dessen Folgen auch durch die beste nachfolgende Rechtspflege nicht wieder gut gemacht werden können. Daher verdienen sie eine ganz einlässliche Prüfung und Würdigung.

Was nun speziell die Kompetenz der Handelsgerichte anbetrifft, so war deren Umschreibung in

¹⁾ G. W. 1866, §§ 107—116; R., §§ 95—101; G. W., Entwurf 1901, §§ 78—83.

früheren Entwicklungsphasen dieser Spezialgerichte eine höchst einfache. Als sie nämlich noch Zunftgerichte, Innungsgerichte, Gerichte der Kaufmannsgilden waren, musste das Nächstliegende sein, dass eben die Angehörigen der Zünfte, Innungen, Gilden diesen Gerichten unterworfen waren, soweit es sich um Streitigkeiten unter Mitgliedern dieser Korporationen handelte. Das Prinzip, auf dem die Kompetenzbestimmungen beruhten, war also ein rein persönliches. Der Kaufmann oder Gewerbetreibende, und nur dieser, war dem Innungsgerichte unterstellt, und Kaufmann oder Gewerbetreibender konnte eben nur sein, wer dem Verbands angehörte. Als dann aber die Korporationen vor dem Grundsatz der allgemeinen Erwerbs- und Berufsfreiheit verschwinden mussten, als jeder Kaufmann sein konnte, der es sein wollte, und jeder aufhörte, ein solcher zu sein, wenn er erklärte, es nicht mehr sein zu wollen, konnte man für die Kompetenz der noch fortbestehenden Handelsgerichte nicht mehr auf dieses persönliche Requisite abstellen, wenigstens so lange nicht, als nicht an Stelle der Zunftmatrikeln etwas anderes, wie z. B. die heutigen Handelsregister, getreten war oder sich nicht ein theoretischer Begriff des Kaufmanns herausgeschält hatte, der an Stelle des äusseren Merkmales der Zunftgehörigkeit treten konnte¹⁾. Man sah sich deshalb genötigt, für die Abgrenzung der Zuständigkeit der Handelsgerichte sich nach einem andern Gesichtspunkt umzusehen. Und ein solcher war darin gegeben, dass man gewisse Streitigkeiten als Handelssachen in formalem, prozessuellem Sinn erklärte, welche einzig und allein in die Kompetenz der Handelsgerichte fallen sollten. Damit war man bei dem Realprinzip angelangt. Wo nun ein Handelsregister eingeführt oder die Kaufmannseigenschaft anderweitig gesetzlich fixiert wurde, lag es nahe, die beiden Systeme miteinander zu verknüpfen und einesteils auf die Kaufmannseigenschaft der Parteien, andernteils auf die Qualität der streitigen Sache abzustellen. So kam ein gemischtes System zu stande, wie es z. B. im deutschen Gerichtsverfassungsgesetz niedergelegt ist (§§ 101 ff.).

In den Kommissionsberatungen fanden beide Systeme ihre Vertreter. Die einen wollten die Realkompetenz voranstellen, um ihrer grösseren Wissenschaftlichkeit willen; die andern wollten die Personalkompetenz in erste Linie setzen, ihrer einfacheren praktischen Anwendung wegen. Der erste Entwurf stellte beide Systeme in gleiche Linie, indem er neben dem Personalprinzip auch dem Realprinzip einen recht grossen Platz einräumte, so, dass eine Reihe von Prozessen der Kognition des Handelsgerichtes

¹⁾ Vgl. Creizenach, a. a. O., S. 27 ff.

unterworfen gewesen wären, lediglich um ihrer handelsrechtlichen Natur willen und ganz ohne Rücksicht auf die Kaufmannsqualität der Litiganten. Der zweite, später zum Gesetz erhobene Entwurf macht die persönliche Qualität der Parteien als in erster Linie ausschlaggebend, während die Frage nach der Qualität der streitigen Sache erst in zweiter Linie kommt, so dass also die Kompetenz des Handelsgerichtes nicht gegeben ist, wenn nur die sachlichen Voraussetzungen vorhanden sind, nicht aber die persönlichen. Das geltende Gesetz steht somit ganz auf dem Boden des Personalprinzips¹⁾. Der Entwurf endlich räumt nun dem rein sachlichen Prinzip auch wieder etwelchen Platz ein, indem er *alle* durch die Bundesgesetze betreffend die Erfindungspatente, die gewerblichen Muster und Modelle und die Fabrik- und Handelsmarken vorgesehenen Zivilklagen der Kognition des Handelsgerichtes unterwirft²⁾. Welches im übrigen die Voraussetzungen für die Kompetenz des Handelsgerichtes in der einen und andern Richtung sind und welche Fragen bei der Durchführung der sie festsetzenden Bestimmungen sich gezeigt haben, sollen die folgenden Erörterungen zeigen.

II. Kompetenz mit bezug auf die Hauptsache.

A. Die persönlichen Voraussetzungen.

1. Die Kompetenz des Handelsgerichts ist unter gewissen sachlichen Beschränkungen, auf die wir später zu sprechen kommen, gegeben, *wenn die Parteien im Rationenbuch³⁾ eingetragen sind*. Die Sensalen wurden vom frühern Gesetz mit bezug auf diejenigen Geschäfte, zu welchen sie einzig befugt waren, den im Rationenbuch eingetragenen Personen gleichgestellt⁴⁾. Jetzt sind sie gemäss den Bestimmungen des Obligationenrechtes eintragspflichtig (vgl. S. 523, Anm. 4). Der erste Entwurf hatte verlangt, dass nur der Beklagte rationiert sei; es wurde aber in den Beratungen mit Recht darauf aufmerksam gemacht, dass es doch zu weitgehend wäre, den nicht kaufmännischen Kläger zu zwingen, vor einem in der Hauptsache aus Kaufleuten bestehenden Gerichte gegen einen Kaufmann Recht zu nehmen⁵⁾. Daher gibt das Gesetz dem nicht eingetragenen Kläger, wenn er im Kanton wohnt, die Wahl zwischen dem ordentlichen Zivilgerichte und dem Handelsgerichte, während allerdings auch jetzt noch der nicht im Kanton wohnende

¹⁾ R., § 95.

²⁾ G. W., Entwurf 1901, § 78.

³⁾ Rationenbuch vom italienischen ragione (französisch raison commerciale) = Firma.

⁴⁾ G. W. 1866, § 107; R., § 95; G. W., Entwurf, § 78.

⁵⁾ Protokolle, P. P. 10, S. 514 ff.

Kläger, welcher übrigens meistens Kaufmann sein wird, die Klage immer vor Handelsgericht anzubringen hat.

Die Eintragung im Rationenbuch soll ein Ersatz sein für die Kaufmannseigenschaft der Parteien. An Stelle der Frage: „Sind die Parteien Kaufleute?“ tritt die andere: „Sind die Parteien im Rationenbuch eingetragen?“ Zwar sind nicht alle Eingetragenen wirkliche Kaufleute in dem Sinne, wie die heutige Wissenschaft den Begriff herausgebildet hat; und umgekehrt sind nicht alle, die in Tat und Wahrheit unter diesen Begriff fallen, eingetragen. Auch in den Beratungen wurde auf diesen Übelstand aufmerksam gemacht, doch wurde darauf erwidert, im grossen und ganzen werde der Eintrag sich mit der Kaufmannsqualität der Parteien decken, und es sei jedenfalls praktischer, dieses einfache, untrügliche Requisit aufzustellen, so äusserlich es auch sein möge, anstatt darauf abzustellen, ob die Parteien im Rationenbuch eingetragen sein sollten oder ob sie wirklich Kaufleute seien, was zu langwierigen Untersuchungen Veranlassung geben könnte.

2. Die **Verpflichtung** zur Eintragung ins Rationenbuch wurde früher geregelt durch das Gesetz betreffend das Rationenwesen vom 25. Oktober 1835¹⁾ 2); heute ist sie niedergelegt im schweizerischen Obligationenrecht vom 10. Juni 1881, welches Gesetz ein *Handelsregister* für die ganze Schweiz einführt³⁾ 4).

¹⁾ O. S. IV, S. 38.

²⁾ § 2 dieses Gesetzes lautet: In das Rationenbuch haben sich alle Nachstehenden einschreiben zu lassen, insofern ihr Handelskapital die Summe von Fr. 1000 übersteigt:

- a) Kaufleute, Fabrikanten, Kommissionäre und Speditoren, sowie alle, welche einzeln oder in Sozietät für eigene oder fremde Rechnung, unter eigenem, gemeinsamem oder fremdem Namen kaufmännische Geschäfte unternehmen, oder ein beständiges Warenlager führen.
- b) Handwerker und Betreiber freier Gewerbe, welche mit ihrem Geschäfte Handel verbinden.
- c) Die in Art. 6 bezeichneten und autorisierten Aktienunternehmungen.

Art. 6: Aktienunternehmungen, welche keinen mit seinem Vermögen solidarisch haftbaren Associé oder Geschäftsführer haben (société anonyme), bedürfen der Autorisation des Regierungsrates etc.

³⁾ S. O. R., Art. 859 ff.

⁴⁾ Art. 865, Abs. 4, statuiert die Eintragungspflicht allgemein folgendermassen:

Wer ein Handels-, Fabrikations- oder nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt, ist verpflichtet, sich am Orte seiner Hauptniederlassung in das Handelsregister eintragen zu lassen. Hat er an einem andern Orte eine Zweigniederlassung, so ist auch an diesem die Eintragung vorzunehmen.

Neben dieser allgemeinen Bestimmung kommt noch in Betracht die speziell statuierte Eintragungspflicht von Handelsgesellschaften u. s. w.

Sodann sei noch erwähnt, dass jeder, der sich durch Verträge verpflichten kann, das *Recht* hat, sich in das Handelsregister seines Wohnortes eintragen zu lassen (Art. 865, Abs. 1).

3. Dass infolgedessen an Stelle des „Rationenbuches“ ohne weiteres das Handelsregister getreten sei, auch soweit dasselbe für das Prozessrecht in Frage kommt, welches ja bekanntlich noch zum grössten Teil den Kantonen unterstellt ist, scheint von der Judikatur ohne weitere Bedenken angenommen worden zu sein¹⁾. Weniger glatt ging dann allerdings die Erledigung der Frage vor sich, ob nun unter diesem Handelsregister nur das *zürcherische* zu verstehen sei, oder ob die Eintragung im Handelsregister irgend eines andern Staates oder wenigstens eines der andern schweizerischen Kantone für die Begründung der Zuständigkeit des Handelsgerichtes genüge. Diese Frage war schon vor Einführung des schweizerischen Handelsregisters aufgeworfen worden. Damals noch schien allerdings die Beantwortung der Frage im erstern Sinne eher am Platze, weil ja die andern Kantone wohl kaum die gleichen Voraussetzungen an die Eintragungspflicht knüpften oder vielleicht überhaupt kein Register kannten. Ein Entscheid aus dem Jahre 1881²⁾ nahm als „selbstverständlich“ an, dass der § 95 des Rechtspflegegesetzes nur die im *zürcherischen* Rationenbuch eingetragenen Personen im Auge habe. Diese Ansicht wurde dann aber auch in späteren Entscheiden, nach Einführung des schweizerischen Handelsregisters, wieder bestätigt³⁾ und namentlich in einem Beschluss der Appellationskammer des ausführlichsten begründet⁴⁾.

Es wird dort gesagt, die grammatikalische Auslegung des Gesetzes nötige geradezu zu der Annahme, dass dasselbe ein bestimmtes Handelsregister im Auge gehabt habe, sonst würde man nicht den bestimmten („im“), sondern den unbestimmten Artikel („in einem . . . Rationenbuch“) gebraucht haben. Sodann sei in § 53 des Rechtspflegegesetzes, nach welchem die Eintragung im Rationenbuch die Voraussetzung für die Wählbarkeit als kaufmännischer Richter bildet, ganz gewiss nur das *zürcherische* Rationenbuch gemeint; es wäre nun aber nicht recht verständlich, dass das Gesetz die nämliche Bezeichnung in einem verschiedenen Sinne gebraucht haben sollte. Es sei zwar nicht zu bestreiten, dass die Eintragung lediglich als äusserlich leicht erkennbares Merkmal für die Kaufmannsqualität gefordert werde; aber die Beschränkung des Begriffs des Rationenbuches auf das *zürcherische* stehe trotzdem mit dem Sinn und Geiste des Gesetzes nicht in Widerspruch.

Dem steht nun allerdings diametral gegenüber die Ansicht, welche in einem Entscheide des Jahres

¹⁾ R. O. 1891, Nr. 42, S. 208.

²⁾ H. E. I, S. 111.

³⁾ H. E. XIV, S. 114; R. O., 1895, Nr. 125.

⁴⁾ R. O. 1900, Nr. 188; H. E. XIX, S. 321.

1891 niedergelegt wurde¹⁾. Es heisst in demselben, die Einwendung, dass unter dem Ragionenbuch des Rechtspflegegesetzes speziell das zürcherische Handelsregister zu verstehen sei, werde schon widerlegt durch die Allgemeinheit im Wortlaut jener Vorschrift; sie sei aber auch innerlich unrichtig, denn Zweck jener Bestimmung sei unzweifelhaft, in der Person des Beklagten ein äusserliches und darum leicht feststellbares Merkmal für die Eigenschaft als Kaufmann zu statuieren, und es bleibe deshalb ganz unerheblich, wo der Sitz des betreffenden kaufmännischen Gewerbes sich befinde, das für den Ort der Eintragung bestimmend sei.

Es lässt sich nun vorerst nicht leugnen, dass durch das Inkrafttreten der Bundesgesetzgebung die Sachlage doch nicht ganz unverändert geblieben ist, wiewohl die Entscheide, welche für die engere Interpretation des zürcherischen Gesetzes eintreten, dies annehmen. Es ist ja selbstverständlich, dass durch die Vorschriften über das Handelsregister an den Voraussetzungen für die Zuständigkeit des zürcherischen Handelsgerichtes nichts geändert werden konnte; aber dem Richter steht gewiss auch nichts entgegen, eine Gesetzesbestimmung so zu interpretieren, dass sie sich der durch die Bundesgesetzgebung veränderten faktischen Sachlage besser anpasst, auch auf die Gefahr hin, dass diese Interpretation der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers widerspricht, solange sie mit dem Wortlaut des Gesetzes noch vereinbar ist. Und dies ist gewiss der Fall, wenn man annimmt, unter dem „Ragionenbuch“ sei nicht nur das zürcherische gemeint; ob aber ein Widerspruch zur ursprünglichen Meinung des Gesetzes vorliegt, ist sehr fraglich. Wenn ja, wie das zugegeben wird, der Eintrag ein Ersatz für die Kaufmannsqualität sein sollte, so ist nicht einzusehen, warum nur gerade dem Eintrag im zürcherischen Ragionenbuch diese Wirkung zukommen sollte; jedenfalls steht heute gar kein Bedenken entgegen, wenigstens den Eintrag im Handelsregister eines andern schweizerischen Kantons als für die Begründung der Kompetenz des Handelsgerichtes als genügend zu erachten, sofern die zürcherischen Gerichte überhaupt in Frage kommen; denn heute sind ja die Bestimmungen betreffend diese Eintragung in der ganzen Schweiz die gleichen. Diese Interpretation läge aber auch zugleich im Interesse des zürcherischen Kaufmanns, und ebenso wäre sie den nicht im Kanton wohnenden Kaufleuten gegenüber weitherziger; denn einerseits wird es jenem recht sein, wenn er den auswärtigen Kaufmann vor dem Handelsgericht, anstatt vor einem andern zürcherischen Ge-

richte, belangen kann; andernteils wird sich dieser lieber vor einem kaufmännischen Gerichte verantworten, wenn er doch einmal genötigt ist, vor einem andern Richter, als dem seines Wohnortes, Rede zu stehen. So richtig es ist, wenn die Appellationskammer in der Begründung ihres Beschlusses sagt, es sei nichts schlimmer als eine schwankende Praxis in der Auslegung von Kompetenzbestimmungen und nirgends gerechtfertigter, an einer einmal ziemlich konsequent durchgeführten Praxis festzuhalten, auch wenn man an deren Richtigkeit Zweifel hegen könne, so unrichtig wäre es doch, an dieser zum mindesten zweifelhaften Praxis festzuhalten, wenn sie zugleich gegen das Interesse der diesem Gesetze Unterworfenen geht.

4. Eine weitere Frage ist die nach der **prozessualen Wirkung** der Eintragung im Handelsregister. Auch hier stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Die eine geht dahin, dass der Eintrag nur dann als ein die Kompetenz des Handelsgerichtes begründender Akt zu betrachten sei, wenn sich derselbe auf dasjenige Gewerbe, diejenigen Handelsverhältnisse oder wenigstens auf ein ähnliches Gewerbe bezieht, wie dasjenige, aus welchem der Klageanspruch abgeleitet wird¹⁾; nach der andern genügt jeder Eintrag, gleichviel unter welchem Titel, aus welchen Motiven er erfolgt ist, zur Begründung der handelsgerichtlichen Kompetenz, sofern nur dann noch die übrigen sachlichen Voraussetzungen vorhanden sind²⁾. Nach der erstern Ansicht kann z. B. ein Prokurist, welcher in dieser Eigenschaft im Ragionenbuch eingetragen ist, nur für solche Ansprüche vor Handelsgericht belangt werden, welche sich auf seine Stellung als Prokurist beziehen, während er in allen übrigen Beziehungen als nicht ragionierte Person seinen Gerichtsstand vor dem ordentlichen Richter hat³⁾. Nach der zweiten Auffassung würde jeder, der sich gemäss Art. 865, Abs. 1, S. O. R. auch nur fakultativ, z. B. der allgemeinen Wechsel-
exekutivfähigkeit wegen, ins Handelsregister eintragen lässt, damit für sich das Spezialforum des Handelsgerichtes begründen für alle gegen ihn gerichteten Klagen, welche im übrigen die sachlichen Requisite dieses Gerichtsstandes erfüllen, freilich immer unter der Voraussetzung, dass die Zuständigkeit der zürcherischen Gerichte überhaupt gegeben ist. Es ist ja einleuchtend, dass ein Spezialforum nur dann begründet werden kann, wenn das Generalforum, von dem es einen Teil bildet, schon durch einen andern Umstand geschaffen ist. Es kann deshalb z. B. ein *ausserhalb*

¹⁾ H. E. X, S. 81.

¹⁾ R. O. 1875, S. 145, Nr. 7; 1895, Nr. 126. H. E. IV, S. 256; XIV, S. 113.

²⁾ R. O. 1882, Nr. 84, Erw. 1; 1888, Nr. 113; 1891, Nr. 42, S. 208; 1900, Nr. 189. H. E. VII, S. 310.

³⁾ S. Z. IV, S. 512.

des Kantons domizilierter Beklagter, welcher solidarischer Anteilhaber einer im zürcherischen Rationenbuch eingetragenen Firma ist, nur mit bezug auf Geschäfte, welche diese Firma betreffen, vor dem Handelsgericht belangt werden auch nach der zweiten Auffassung von der Wirkung des Eintrages¹⁾. Durch die Eintragung begründet dieser Gesellschafter den vom Gerichtsstand seines Wohnortes abweichenden zürcherischen Gerichtsstand und damit auch das zürcherische Spezialforum nur so weit, als er in seiner Eigenschaft als Teilhaber einer im Kanton Zürich domizilierten Gesellschaft belangt wird, während er für alle übrigen Ansprachen, mögen sie nun handelsrechtlicher Natur sein oder nicht, sich nur vor dem Richter seines Wohnortes zu recht fertigen hat.

Zur Begründung der erstern Ansicht wird angeführt, die ratio des Gesetzes sei offenbar die, dass nur derjenige, der ein eigentliches oder uneigentliches Handelsgewerbe betreibt, vor Handelsgericht solle belangt werden können, und die Eintragung ins Handelsregister bilde nur das äusserlich leicht erkennbare Merkmal für das Vorhandensein dieser Voraussetzung. Damit sei aber auch gesagt, dass diese Eintragung nur mit Beziehung auf das Handelsgewerbe, dessen Fortexistenz sie konstatiere, von Bedeutung sei, d. h. die Kompetenz des Handelsgerichtes nur begründe für Streitigkeiten, welche mit diesem Gewerbe in Zusammenhang stehen, und nicht auch für solche, die zwar gegen den rationierten Kaufmann auszutragen seien, aber mit dem Handelsgewerbe, das er betreibt, und mit bezug auf welches er im Handelsregister eingetragen sei, nichts zu tun haben²⁾. Weiter wird gesagt, es dürfe angenommen werden, dass nach dem Sinn des Rechtspflegegesetzes nur „eigentliche Kaufleute“ der Jurisdiktion des Handelsgerichtes unterworfen sein sollten und nicht jede rationierte Person; es komme dies in gewissem Masse darin zum Ausdruck, dass in § 95, Abs. 1, des genannten Gesetzes als sachliche Voraussetzung der Kompetenz, wenn auch nur alternativ, verlangt werde, dass der Streit sich auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe beziehe, wovon eben nur bei einem selbständigen Kaufmann die Rede sein könne. Diese Auffassung bedinge freilich (was den Redaktor jener Begründung auch etwas zu überraschen scheint), dass die Kompetenz des Handelsgerichtes bei Klagen gegen nicht selbständig rationierte Beklagte, d. h. also gegen nicht „eigentliche Kaufleute“, auch bei Streitsachen, welche sich auf „Handelsverhältnisse“ überhaupt (§ 95, Abs. 1) beziehen, als ausgeschlossen erscheine, während eben

sonst solche Streitsachen ohne Rücksicht auf das beklagte Gewerbe unter die Kognition des Handelsgerichtes fallen¹⁾.

Was nun die Begründung des erstern der beiden zuletzt zitierten Entscheide anbetrifft, so scheint dort der Umstand, dass auch die Frage der zeitlichen Wirkung der Eintragung im Handelsregister mit hineinspielt, etwelche Verwirrung in die Sache gebracht zu haben. Wenn sodann gesagt wird, die ratio des Gesetzes sei, dass nur die Inhaber eines *Handelsgewerbes* vor Handelsgericht belangt werden können, so ignoriert diese Behauptung die weitere Bestimmung des Gesetzes gänzlich, wonach für die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichtes auch genügt, dass der Streit sich auf „Handelsverhältnisse überhaupt“²⁾ bezieht. Hieraus ergibt sich ja zur Genüge, dass ein Handelsgewerbe gar nicht unumgänglich notwendig ist. Das gleiche ist zu sagen, wenn der zweite Entscheid behauptet, das Gesetz habe unter den Registrierten nur die „eigentlichen Kaufleute“ im Auge gehabt, bei welchen allein von einem Gewerbe die Rede sein könne. Übrigens wird ja dort zugegeben, dass das Erfordernis des Bezuges auf das beklagte Gewerbe nur alternativ und deshalb nicht ausschlaggebend sei; damit ist aber auch gesagt, dass ein beklagtes Gewerbe gar nicht vorhanden zu sein braucht.

Aber, abgesehen von dem Gesagten, halte ich es für unrichtig, wenn man, wie es in den beiden genannten Entscheiden geschieht, für die Interpretation der Wirkung des Eintrages im Handelsregister, also für die Frage nach den persönlichen Voraussetzungen der Kompetenz, auf die sachlichen Kompetenzbestimmungen abstellen will. Das Gesetz stellt nun einmal die persönlichen und die sachlichen Voraussetzungen nicht auf die gleiche Linie, sondern stellt sich auf den Boden des Personalprinzipes. Den Ausschlag für die Kompetenz gibt in erster Linie die Beantwortung der Frage, ob die Parteien im Handelsregister eingetragen seien oder nicht, und die weiteren sachlichen Erfordernisse kommen erst in zweiter Linie. Wird die genannte Frage bejaht, dann ist die Kompetenz des Handelsgerichtes im Prinzip gegeben, und bei der Prüfung der sachlichen Requisite darf vernünftigerweise nicht mehr auf diese rein persönliche Voraussetzung zurückgekommen werden. Es ginge dies auch ganz gegen Sinn und Meinung des Gesetzes; denn wenn diese Eintragung die Kaufmannsqualität ersetzen soll, wie dies ja zugegeben wird; wenn dieses äussere Merkmal dazu dienen soll, weitläufigen Erörterungen über die Kaufmannsqualität der Parteien aus dem Wege zu gehen,

¹⁾ R. O., 1875 S. 145, Nr. 7.

²⁾ H. E. IV, S. 256 ff.

¹⁾ H. E. XX, S. 238.

²⁾ Über die Interpretation des Ausdruckes „Handelsverhältnisse überhaupt“ s. S. 530.

so hiesse es doch gewiss das Pferd beim Schwanz aufzäumen, wenn man nun hinterher wieder sagen wollte, nach dem Sinn des Gesetzes sollen nicht alle Rationisten, sondern unter ihnen nur die „eigentlichen Kaufleute“ der Jurisdiktion des Handelsgerichts unterworfen sein. Dies würde eben dazu führen, dass man in jedem einzelnen Falle prüfen müsste, ob die Parteien, obwohl sie rationiert sind, wirklich Kaufleute seien, was vom Gesetzgeber, wie wir nun mehrfach gesehen haben, eben gerade vermieden werden wollte, und was auch ziemlich schwierig wäre, da es ja uns für die Festlegung des Kaufmannsbegriffes an jeder gesetzlichen Handhabe mangelt. Diese Interpretation stünde auch in schroffem Widerspruch zum klaren Wortlaut des Gesetzes, denn anstatt, wie es dort heisst: „Vor das Handelsgericht gehören alle Zivilprozesse zwischen Personen, welche im Rationenbuch eingetragen sind“, müsste es heissen: „Vor das Handelsgericht gehören alle Zivilprozesse zwischen Kaufleuten.“ Es ist also zu konstatieren, dass jeder Eintrag im Handelsregister, mag er nun bezwecken, was er will, die Kompetenz des Spezialforums des Handelsgerichtes im Prinzip begründet.

5. Eine dritte Frage endlich berührt die **zeitliche Wirkung** der Eintragung im Handelsregister. Auch diese Frage steht oft in engem Zusammenhang mit den sachlichen Voraussetzungen der Kompetenz, weil eben die Eintragung in den meisten Fällen mit Rücksicht auf den Betrieb eines bestimmten Gewerbes geschieht. Nichtsdestoweniger ist auch sie ganz separat zu behandeln. Auch hier verwickelte sich die Praxis in Widersprüche.

Das Handelsgericht hat zu verschiedenen Malen ausgesprochen, der Umstand, dass der Beklagte zur Zeit der Klageeinleitung nicht im Rationenbuch eingetragen sei, stehe der Kompetenz des Gerichtes nicht entgegen, wenn nur die Klage sich auf einen Geschäftsverkehr beziehe, währenddessen der Beklagte noch eingetragen war, obschon es im Gesetze heisst, dass nur Streitigkeiten zwischen Personen in Betracht kommen sollen, welche im Rationenbuch eingetragen sind¹⁾. Dieser Entscheid ist gewiss richtig. Zwar kann ja in dem Falle, wo jemand sich hätte eintragen lassen sollen, der Eintrag nicht durch eine Fiktion ersetzt werden, auch wenn die Unterlassung desselben strafbar ist, so dass also die Kompetenz des Handelsgerichtes nicht gegeben ist; aber es wäre doch etwas anderes, auch in dem oben besprochenen Falle die Fiktion, als ob der Beklagte noch bei der Klageeinleitung rationiert sei, zu versagen. Denn im ersten Falle konnte ja Kläger wissen, dass sein Kontrahent

nicht registriert sei, obschon er es hätte sein sollen; im zweiten Fall konnte er aber nicht wissen, dass sein rationierter Kontrahent sich vor Einleitung einer Klage aus entstandenen Differenzen noch schnell im Register löschen lassen würde. Wollte man hier diese Fiktion nicht gestatten, so läge es ja in der Hand des zukünftigen Beklagten, welcher fürchtet, vor Handelsgericht belangt zu werden, die Zuständigkeit desselben noch unmittelbar vor Anhebung der Klage aufzuheben, währenddem der Kläger vielleicht auch zum Teil mit Rücksicht auf den früheren Gerichtsstand seines Kontrahenten sich mit demselben in geschäftliche Verbindung setzte. Eine weitere, unerwünschte Folge dieses Standpunktes wäre auch, dass alle Streitigkeiten, welche aus der Auflösung einer Gesellschaft entstehen, nicht mehr in die Kompetenz des Handelsgerichtes fallen würden, wenn die Gesellschaft resp. deren Anteilhaber sich vor Beginn der Liquidation im Handelsregister löschen liessen.

Nun sollte man meinen, wenn umgekehrt jemand, der im Handelsregister eingetragen ist, aus einem Geschäft belangt wird, welches zu einer Zeit abgeschlossen wurde, da er noch nicht rationiert war, sei das Handelsgericht nicht zuständig, indem man in diesem Falle zu gunsten des Beklagten in retrogradem Sinne die Fiktion eintreten lasse, als ob er noch nicht rationiert sei. Das Handelsgericht hat aber anders entschieden und gesagt, es sei für seine Kompetenz nicht erforderlich, dass der Beklagte bei Abschluss des streitigen Rechtsgeschäftes schon im Rationenbuch eingetragen gewesen sei, sondern es genüge, dass dies bei der Einleitung des Prozesses zutrefte¹⁾.

Nun ist es prinzipiell gewiss richtig, wenn gesagt wird, die Kompetenzbestimmungen hätten auf den Moment der Klageeinleitung Bezug und nicht auf die Zeit, aus der die streitigen Rechtsgeschäfte herkommen. Ob dieser Grundsatz ohne weiteres auch da richtig angewendet sei, wo es sich um die Begründung eines blossen Spezialforums durch ein *Rechtsgeschäft*, als welches die Eintragung ins Handelsregister sich qualifiziert, handelt, ist noch sehr fraglich. Jedenfalls ist es gerechtfertigt, von dieser Regel abzuweichen, wenn ein vernünftiger Grund hierfür vorliegt. Und dieser ist hier sowohl vorhanden, als im ersten Fall. Dort wurde zu gunsten des Klägers auf den Zustand abgestellt, welcher zur Zeit des nunmehr streitigen Geschäftsverkehrs bestand; hier soll zu gunsten des Beklagten auf den Zustand abgestellt werden, welcher vor Anhebung der Klage, zur Zeit des Abschlusses der streitigen Rechtsgeschäfte vorhanden war. Wenn dort es nicht in der Macht des Beklagten liegen soll, durch

¹⁾ R. O. 1868, S. 14. R. O. 1874, S. 31, Nr. 4. Z. XX, S. 359.

¹⁾ R. O. 1877, Nr. 88; 1881, Nr. 92. S. Z. III, S. 389.

nachträgliche Löschung im Handelsregister die ursprünglich gegebene Kompetenz des Handelsgerichtes wieder aufzuheben, so soll auch hier der blosser Zufall, dass sich der Beklagte nachträglich, nachdem die streitigen Rechtsgeschäfte schon abgeschlossen sind, eintragen lässt, für Streitigkeiten aus denselben die Kompetenz des Handelsgerichtes zu gunsten des Klägers nicht begründen. Die zuletzt zitierten Entscheidungen entbehren deshalb meines Erachtens der Grundsätzlichkeit.

B. Die sachlichen Voraussetzungen.

1. Während die gesetzliche Regulierung der persönlichen Voraussetzungen für die Kompetenz des Handelsgerichtes im ersten und zweiten Entwurf sich ziemlich gleich geblieben ist, hat diejenige der sachlichen Voraussetzungen durch den zweiten Entwurf ganz tiefgreifende Veränderungen erfahren. Es ist von Interesse und für das Verständnis der geltenden Gesetzgebung von Wichtigkeit, die hauptsächlichsten, hier einschlägigen Bestimmungen des ersten Entwurfes festzulegen.

Gemäss § 11 desselben gehören vor Handelsgericht ohne Rücksicht darauf, ob die Parteien rationiert seien oder nicht und ob der Streit auf das beklagtische Gewerbe Bezug habe, folgende Streitigkeiten, sofern nur der Streitwert den Betrag von 150 Fr. übersteigt:

- a) Ansprüche aus Wechseln und wechselähnlichen Urkunden.
- b) Streitigkeiten aus Aktien, Obligationen, Staatspapieren und Banknoten, Geldschuldsscheinen im Sinne der §§ 1100 ff. des privatrechtlichen Gesetzbuches und andern für den Handelsverkehr bestimmten Wertpapieren.
- c) Streitigkeiten aus Versicherungsverträgen, mit Ausnahme jedoch der Ansprüche gegen die kantonalen Brandversicherungsanstalt.
- d) Streitigkeiten aus gewerbsmässigem Transport von Personen und Waren zu Wasser und zu Lande, z. B. durch Eisenbahnen, Dampfschiffe, Posten, Omnibusunternehmungen, Spediteure.
- e) Streitigkeiten aus Rechtsgeschäften, welche auf der Börse, auf der Messe oder durch Vermittlung eines Sensals abgeschlossen werden, sofern nicht sofort klar vorliegt, dass dieselben nicht in den eigentlichen Geschäftskreis der Börsen, Messen oder Sensale fallen.
- f) Streitigkeiten aus Sozietätsverhältnissen zwischen den Teilnehmern einer Kollektiv-, Kommandit- oder Aktiengesellschaft, sowie alle Klagen, welche das Recht zum Gebrauch einer Firma zum Gegenstand haben.
- g) Streitigkeiten zwischen den in das Rationienbuch eingetragenen Personen einerseits und allen Ge-

schäftsführern, Buchhaltern, Kommiss, Lehrlingen oder sonstigen in ähnlichen Verhältnissen stehenden Personen mit Ausnahme jedoch des Arbeitspersonals der Fabrikanten und der diesen gleichzustellenden Handwerker andererseits, insofern es sich um die aus den Dienstverhältnissen fliessenden Rechte und Verbindlichkeiten handelt.

- h) Klagen aus Bürgschaften, sofern für die Hauptschuld die Zuständigkeit des Handelsgerichtes begründet ist.

Daneben sah der erste Entwurf auch noch eine Tätigkeit des Handelsgerichtes in nicht streitiger Gerichtsbarkeit vor¹⁾. Die Leitung und Durchführung von Konkursen über rationierte Personen sollte ihm obliegen, wobei es die dabei entstehenden und nicht in seine Kompetenz fallenden Streitigkeiten an die zuständigen Bezirksgerichte zu weisen gehabt hätte. Zwar blieb diese Bestimmung in den Kommissionsberatungen nicht unangefochten, indem bemerkt wurde, ein Handelsgericht sei für das summarische Verfahren und für die Leitung eines Konkurses nicht sehr geeignet; weit eher sei dies der Fall mit einem Einzelrichter; auch kämen beim Konkurse eines Kaufmanns nicht nur Handelsschulden zur Sprache, sondern auch solche anderer Art, so dass der Richter mit dem ganzen privatrechtlichen Verkehr des Kridaren vertraut sein müsse. Sodann ergebe sich aus dem Rationienbuch, dass nur etwa $\frac{1}{4}$ der in dasselbe eingetragenen Personen eigentliche Kaufleute seien; die übrigen seien Krämer oder Bauern, welche mit ihrem Bauerngewerbe einen kleinen Wein-, Branntwein- oder Viehhandel betreiben, so dass die meisten Ansprachen nicht aus Handelsforderungen hergeleitet würden, sondern vielmehr familienrechtliche Fragen, z. B. betr. Weibergut etc., in den Vordergrund kämen. Hiergegen wurde erwidert, es sei nicht zu weit gehend, wenn bei einem Konkurse über eine rationierte Person die Vermutung bestehe, dass derselbe vorwiegend kaufmännischer Natur sei und als solcher dem Handelsgerichte zugewiesen werde, denn wollte man diese Konkurse dem Bezirksgerichte übergeben, so müsste dieses ja doch Kaufleute als Experten zuziehen. Die letztern Bemerkungen waren wohl ausschlaggebend für die Beibehaltung dieser Seite des handelsgerichtlichen Geschäftskreises²⁾.

Noch viel weiter war in dieser Hinsicht der Entwurf der Justizdirektion gegangen. Derselbe hatte dem Handelsgericht noch zugedacht die Begutachtung und Antragstellung bei der Zivilabteilung des Obergerichtes:

- a) betr. den Aufruf von Aktien, Staatspapieren, Coupons und ähnlichen Schuldurkunden, sowie über die

¹⁾ Entw. I, § 14.

²⁾ Prot., P. P. 10, S. 527 ff.

Amortisation und neue Anfertigung solcher; b) die Rehabilitation von Falliten, welche vor Handelsgericht verrechtfertigt wurden¹⁾. Ferner hatte derselbe auch dem Handelsgerichtspräsidenten verschiedene besondere Kompetenzen eingeräumt. In allen Fällen, in denen das Gericht in der Hauptsache kompetent war, sollte dem Präsidenten auch der Entscheid über die Vorlegung von Urkunden, Erlassung von Befehlen, Beschlagnahme von Vermögensstücken und Ausweisschriften, Erlassung einstweiliger Verfügungen, Sicherstellung gefährdeter Beweise, Bewilligung zur gerichtlichen Hinterlegung einer Sache im summarischen Verfahren zustehen; ebenso sollte die Bewilligung des schnellen Rechtstribes aus Wechseln und wechselähnlichen Verschreibungen und die Erteilung von Rechtsvorschlägen gegen derartige Rechtsbote Sache des Handelsgerichtspräsidenten sein ganz ohne Rücksicht auf den Streitwert²⁾. Für Beibehaltung der letztgenannten Kompetenz desselben wurde namentlich betont, dass im Rechtstrib meistens die gleich schwierigen Fragen und die gleich grossen Beträge vorkommen, wie im ordentlichen Verfahren, dass deshalb hier wie dort die Einsicht in Handelsrecht und Handelsprozess gleich nötig sei. Es hätte keinen Sinn, diese Sachen dem Handelsgerichtspräsidenten zu entziehen und dem Bezirksgerichtspräsidenten zuzuweisen, welcher, je mehr solche Prozesse dem Bezirksgericht entzogen und dem Handelsgerichte zugewiesen würden, desto weniger mehr mit den Fragen des Handelsrechts und Handelsprozesses vertraut sein könne, während umgekehrt die Zuweisung derselben an den Handelsgerichtspräsidenten denselben in diesen Dingen gewandt machen würde und zugleich in allen den Fällen, wo die Angelegenheit im Rechtstriebe nicht erledigt, sondern an das Handelsgericht zu weisen wäre, den Vorteil hätte, dass der Handelsgerichtspräsident mit der Sache schon aus dem Rechtstribverfahren her bekannt wäre, so dass die meisten dieser Prozesse vom Handelsgericht sofort erledigt werden könnten. Für Streichung dieser Kompetenzen wurde angeführt, für das summarische Verfahren überhaupt seien selten kaufmännische Kenntnisse erforderlich; wenn es sich ferner z. B. um Edition von Urkunden ausserhalb des Prozesses handle, so sei es nicht klar, ob dieselbe mit einem Handelsprozesse zusammenhänge oder nicht; oder wenn die Sicherstellung eines Beweises die Konstatierung des Zustandes von Waren betreffe, so müsse auch der Handelsgerichtspräsident Experten zuziehen; es sei deshalb weder nötig noch zweckmässig, dem Bezirksgerichtspräsidenten das summarische Verfahren

in handelsrechtlichen Sachen zu nehmen. Gegen die Zuweisung des Rechtstribverfahrens in Handelssachen an den Handelsgerichtspräsidenten wurde namentlich das Bedenken aufgestellt, dass dadurch der Rechtstrib in den verschiedenen Bezirken des Kantons sich verschieden gestaltet hätte, je nachdem in denselben ein Handelsgericht eingeführt worden wäre oder nicht; auch hielt man dafür, dass dadurch dem Handelsgerichtspräsidenten eine zu grosse Geschäftslast aufgebürdet worden wäre¹⁾. Doch alle die zuletzt berührten Fragen wurden noch offen gelassen und hätten bei der Festsetzung der Kompetenzen der Bezirksgerichtspräsidenten ihre endgültige Erledigung finden sollen.

2. Mit der Aufstellung eines Projektes für ein kantonales Handelsgericht konnte natürlich keine Rede mehr davon sein, dessen Präsidenten irgend welche einzelrichterliche Kompetenzen zu übertragen; aber auch die sachliche Zuständigkeit des ganzen Gerichtes musste man gegenüber dem ersten Entwurfe ganz gehörig beschneiden, wenn man dessen Geschäftslast nicht von vornherein ins Unerträgliche steigern wollte. So wurde schon im zweiten Entwurf der Justizdirektion jede Spur freiwilliger Gerichtsbarkeit aus dessen Kompetenzen entfernt; so wurde die Handelsqualität der Sache als selbständiger Faktor aufgehoben, und damit wurden auch alle Handelsstreitigkeiten, bei welchen die persönlichen Voraussetzungen der Parteien nicht zutreffen, der Kognition des Handelsgerichtes entzogen; so wurde endlich noch die Zuständigkeit desselben an einen Streitwert im Betrage von mindestens 500 Fr. geknüpft, während vorher ein Streitwert von 150 Fr. für deren Begründung genügt hätte; im übrigen aber fanden die sachlichen Voraussetzungen, an welche nunmehr die Zuständigkeit des Handelsgerichtes geknüpft sein sollte, ihren Ausdruck in dem dürren Satze: „Vor Handelsgericht gehören alle Zivilprozesse, die sich auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse überhaupt beziehen.“ Diese neue Bestimmung liess also wahrlich gegenüber den früheren detaillierten sachlichen Kompetenzbestimmungen an Knappheit und Kürze nichts ermangeln und tat nun dessen zu wenig, wessen früher vielleicht zu viel geschehen war. Wenigstens zeigte die spätere Praxis, dass diese Gesetzesbestimmungen manchmal eine etwas unsichere Handhabe boten und einer weitgehenden und zuweilen schwankenden Interpretation Raum schafften. Es mag nicht uninteressant sein, an Hand der Präjudizien einen Gang zu machen durch die Praxis, welche sich an diese neuen, sachlichen Kompetenzbestimmungen knüpfte.

¹⁾ „Vorläufige Ideen der Justizdirektion etc.“, § 18.

²⁾ Idem, § 16.

¹⁾ Prot., P. P. 10, S. 525 ff.

Anfänglich war das Handelsgericht, wie es selbst in einem Berichte an das Kassationsgericht¹⁾ sagt, geneigt, möglichst viele Streitigkeiten zu behandeln, um zu zeigen, dass durch seine Gründung einem starken Bedürfnis abgeholfen worden sei. Deshalb war man früher in der Interpretation der Kompetenzbestimmungen sehr weitherzig, und erst die mehr und mehr anwachsende Geschäftslast bewog das Handelsgericht, in der Prüfung seiner Zuständigkeit strenger zu verfahren. Als dann in der Folge eine allzu rigore Praxis entstand, suchte das Kassationsgericht dieselbe in einigen Punkten zu mildern und die Kompetenz des Handelsgerichtes zu erweitern, was freilich nicht immer im Sinne einer konsequenten, widerspruchsfreien Praxis geschah.

3. Wir wollen nun zuerst betrachten, wie die vom Gesetz geforderte **Beziehung des Streitiges zu dem vom Beklagten betriebenen Gewerbe** in früherer und späterer Zeit aufgefasst wurde. Schon frühe wurde die Meinung ausgesprochen, dass nicht alle und jede auf das Gewerbe des Beklagten bezüglichen Streitigkeiten vom Handelsgericht zu beurteilen seien, da ja sonst z. B. sämtliche Wasserrechtsstreitigkeiten vor dasselbe gebracht werden könnten. Mit Recht wurde bemerkt, dass die Meinung des Gesetzes vielmehr dahin gehe, dass Streitigkeiten, um in die Kompetenz des Handelsgerichtes zu fallen, nicht auf die bloss technische Führung eines Gewerbes, sondern auf die mit demselben im Zusammenhang stehenden und daraus herfliessenden Handelsverhältnisse sich beziehen und überhaupt wesentlich kaufmännischer Natur sein sollen²⁾. Diese Meinung des Gesetzes geht auch daraus hervor, dass es die auf das beklagtische Gewerbe bezüglichen Streitigkeiten als eine Unterabteilung der Handelsverhältnisse betrachtet, was eben darin zum Ausdruck kommt, dass es nachher von Handelsverhältnissen *überhaupt* spricht. Gemäss diesem Satze, an welchem auch in Zukunft festgehalten wurde, konnten nur Klagen aus dem Gewerbe des Beklagten gehörigen Handelsgeschäften an Hand genommen werden, nicht dagegen solche aus blossen Hülfseschäften, wie namentlich aus Verträgen zur Beschaffung von Gegenständen, die beim Gewerbebetrieb unmittelbar benutzt oder konsumiert werden sollen. So wurde die Klage einer Maschinenfabrik gegen eine Eisenbahngesellschaft auf Bezahlung einer Lokomotive wegen Inkompetenz abgewiesen, weil eben die Anschaffung von Lokomotiven nicht direkt zum Gewerbebetrieb einer Eisenbahngesellschaft gehört, da ja deren Gewerbe nicht im Halten und Verkaufen solcher Maschinen in verän-

derterem oder unverändertem Zustande, sondern im Transport von Menschen und Waren besteht¹⁾. Aus den ganz gleichen Gründen wurden wegen Inkompetenz abgewiesen: die Klage einer Gesellschaft für Herstellung von Telephoneinrichtungen gegen eine Telefongesellschaft auf Bezahlung der von ihr erstellten Einrichtungen und Leitungen²⁾; die Klage eines Ingenieurs gegen den Inhaber einer mechanischen Jacquard-Weberei auf Bezahlung einer gelieferten Zettelschlichtmaschine³⁾; die Klage eines Lithographen gegen einen Tintenfabrikanten aus Lieferung von Tintenkalogen⁴⁾; die Klage aus Verkauf von Sachen, die nicht zum Weiterverkauf, sondern zur Aufbewahrung von Waren (z. B. Wein) angeschafft werden⁵⁾ u. s. w.⁶⁾.

Erst in neuerer Zeit hat das Handelsgericht seine Praxis in dieser Beziehung etwas gemildert im Sinne der Erweiterung seiner Zuständigkeit. So nahm es entgegen früherer Praxis in mehreren Fällen Klagen aus Baumaterialienlieferungen gegen rationierte Baufirmen an Hand, indem es davon ausging, dass hier die gesetzlich vorausgesetzte Beziehung des Streitiges auf das beklagtische Gewerbe gegeben sei⁷⁾. Man sagte sich, indem die Baugeschäfte, sei es im Auftrage Dritter, sei es zum Verkaufe, Bauten errichten, bei welchen sie die gekauften Materialien verwenden, erhalte ihr Gewerbe einen kaufmännischen Charakter, weil eben diese Weiterveräusserungen der gekauften Materialien, wiewohl sie nicht direkt erfolgen, eine Art Handel darstellen⁸⁾. Klagen aus Lieferung von Werkzeugen und Maschinen an Baugeschäfte sollen nichtsdestoweniger auch für die Zukunft ausgeschlossen bleiben. So wurden ferner, veranlasst durch einen Entscheid des Kassationsgerichtes, seit 1884 auch Klagen aus dem kaufmännischen Anstellungsverhältnis an Hand genommen, obschon die Anstellung von Handelsangestellten mit bezug auf das Gewerbe des Prinzipals auch ein blosses Hülfseschäft darstellt. Allmählich wurden auch einzelne Klagen aus Delikten behandelt, wiewohl solche Streitigkeiten noch viel weniger direkt mit dem Gewerbe des Beklagten zusammenhängen. Von den beiden letztgenannten Arten von Klagen haben wir indessen noch des nähern zu sprechen bei Betrachtung der Interpretation des Aus-

¹⁾ H. E. IV, S. 85.

²⁾ Z. XXV, S. 223.

¹⁾ R. O. 1878, Nr. 87.

²⁾ R. O. 1881, Nr. 89.

³⁾ R. O. 1881, Nr. 91.

⁴⁾ R. O. 1889, Nr. 129.

⁵⁾ R. O. 1894, Nr. 205 a.

⁶⁾ Vgl. R. O. 1899, Nr. 126. S. Z. II, S. 483, 485; III, S. 516. H. E. I, S. 10; XI, S. 162; XV, S. 299; XVIII, S. 48, 101, 313; XX, S. 276, 313.

⁷⁾ R. O. 1894, S. 121.

⁸⁾ H. E. XIV, S. 330.

druckes „Handelsverhältnisse überhaupt“, auf welchen wir sogleich übergehen wollen.

4. Auch die Interpretation des Ausdruckes „Handelsverhältnisse überhaupt“ hat interessante Wandlungen durchgemacht. Wie wir gesehen haben, trat derselbe an Stelle des grössern Teiles der ausführlichen, sachlichen Kompetenzbestimmungen des ersten Entwurfes. War nun die Meinung des Gesetzgebers, dass alle in § 11, lit. a—h desselben genannten Streitigkeiten¹⁾ wieder ohne weiteres unter die Kognition des Handelsgerichtes fallen sollten mit der blossen Einschränkung, dass die Parteien oder wenigstens der Beklagte im Handelsregister eingetragen sein müssen? Wohl kaum, sonst wäre es doch einfacher und deutlicher gewesen, jene erschöpfende Liste auch in das neue Gesetz herüberzunehmen. Dass z. B. die dort genannten Streitigkeiten zwischen rationierten Kaufleuten und ihren Angestellten aus dem kaufmännischen Anstellungsverhältnis nicht schlechtweg in diesen Handelsverhältnissen überhaupt einbegriffen sein sollten, geht schon daraus hervor, dass der Gesetzgeber einerseits die Eintragung der Parteien oder wenigstens des Beklagten im Handelsregister verlangt, während ihm anderseits wohl bekannt war, dass kaufmännische Angestellte in den wenigsten Fällen rationiert sind. Er musste sich also sofort klar sein darüber, dass Klagen des Prinzipals gegen den nicht rationierten Angestellten durch das Gesetz ausgeschlossen sein würden.

Aber wie war dann der Ausdruck sonst zu verstehen? Sollten unter demselben nur Verhältnisse gemeint sein, die von Rechtsgeschäften herrühren, oder auch solche, die von Gesetzes wegen oder durch Delikt entstanden sind; sollten mit andern Worten nur *Handelsgeschäfte* unter denselben fallen, oder *Handelssachen* überhaupt; sollten nur bestimmte Arten von Handelsgeschäften in den Ausdruck einbegriffen sein; vielleicht nur die absoluten, objektiven Handelsgeschäfte; vielleicht nur zweiseitige, oder auch einseitige, welche wenigstens auf seiten des Beklagten Handelsgeschäfte sind? Das waren alles Fragen, die dem Richter bei der Anwendung dieser Gesetzesbestimmung entgegenzutreten mussten.

Was nun zunächst die Frage anbetrifft, ob unter diesen „Handelsverhältnissen überhaupt“ nur Streitigkeiten aus Handelsgeschäften zu verstehen seien, oder auch Ansprüche aus anderweitigen handelsrechtlichen Rechtsverhältnissen, so ist zu sagen, dass die frühere Praxis sich entschieden für Beantwortung derselben im ersteren Sinne aussprach. Die Klagen, welche zur Beantwortung der Frage Veranlassung gaben, waren zunächst nur solche aus Delikten im allgemeinen.

Solche Ansprüche wurden schon deshalb abgewiesen, weil die nötige Beziehung zum beklaglichen Gewerbe fehlte; sodann aber auch, weil man der Ansicht war, dieselben seien nicht aus „Handelsverhältnissen überhaupt“ entsprungen. Schon 1881 finden wir einen Entscheid, in welchem gesagt wird, es genüge zur Begründung der Zuständigkeit des Handelsgerichtes nicht, dass der Streit in einer entfernten Beziehung zu Handelsverhältnissen überhaupt stehe, sondern derselbe müsse ein *Geschäft* beschlagen, welches, wenn nicht in Betreibung des Gewerbes, doch als ein kaufmännisches mit dem Kläger abgeschlossen worden sei¹⁾. Ferner wurde betont, die Handelsgerichte seien nur geschaffen worden zur Beurteilung von Streitigkeiten aus *Handelsgeschäften*, nicht aber zur Beurteilung von Ansprüchen, welche aus einseitigen Handlungen eines Kaufmanns für einen Dritten entstanden seien, ob sich diese Handlungen nun als Delikte oder Quasikontrakte qualifizieren mögen²⁾. Besonders ausführlich und entschieden wird dieser Standpunkt in einem Entscheide des Kassationsgerichtes begründet³⁾, welches verschiedene Gründe anführt dafür, dass der Gesetzgeber nur Klagen aus *Rechtsgeschäften* und zwar aus kaufmännischen, mit andern Worten aus Handelsgeschäften, dem Handelsgericht habe zuweisen wollen. Vorerst lasse § 99 des Rechtspflegegesetzes ausdrücklich nur Widerklagen aus *Handelsgeschäften* zu; nun sei aber nicht anzunehmen, dass das Gesetz das Gebiet der vom Handelsgericht zu behandelnden Gegenstände für Widerklagen mehr habe eingrenzen wollen, als für die Klagen, zumal ja in § 99 bezüglich des Streitwertes für die Widerklage eine Erweiterung der Kompetenz statuiert sei, indem nach demselben auch Widerklagen unter Fr. 500 angenommen werden. Wenn also in § 95, Ziffer 1, gesagt sei, der Streit müsse sich auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse überhaupt beziehen, so sei dies gleichbedeutend, wie wenn es heissen würde, der Streit müsse sich auf das vom Beklagten betriebene Handelsgeschäft oder auf Handelsgeschäfte überhaupt beziehen. Diese Interpretation sei um so eher zulässig, als auch in § 95 nach dem ersten Entwurf nicht der Ausdruck „Gewerbe“, sondern wie in § 99 der Ausdruck „Handelsgeschäft“ gestanden habe. Mit der Änderung des Ausdruckes sei aber keine Änderung des Sinnes, sondern nur eine Verbesserung der Redaktion bezweckt worden; da nämlich nach § 2 des Gesetzes betreffend das Rationenwesen⁴⁾ nicht nur eigentliche Kaufleute eingetragen werden müssen, mochte es passender er-

¹⁾ R. O. 1881, Nr. 88.

²⁾ R. O. 1884, Nr. 121; H. E. III, S. 139.

³⁾ R. O. 1884, Nr. 155; H. E. IV, S. 81.

⁴⁾ Siehe S. 523.

¹⁾ Siehe S. 527.

scheinen, statt den nur für eigentliche Kaufleute passenden Ausdruck „Handelsgeschäft“ den allgemeineren „Gewerbe“ zu gebrauchen. Für die Richtigkeit dieses Standpunktes spreche übrigens auch die Art des Zustandekommens der Kompetenzbestimmungen. Es seien nämlich unter den speziell aufgezählten Rechtsverhältnissen, welche nach dem ersten Entwurf ohne Rücksicht darauf, ob der Beklagte rationiert sei, zur Kompetenz des Handelsgerichts gehören sollten, keine Klagen aus Delikten enthalten mit der einzigen Ausnahme von Schadenersatzklagen wegen widerrechtlichen Gebrauches einer Firma. Nun sei aber nicht anzunehmen, dass, als man bei Aufstellung eines kantonalen Handelsgerichts sich genötigt sah, den Geschäftskreis desselben in subjektiver Beziehung einzuschränken, man gleichzeitig beabsichtigt habe, denselben in objektiver Beziehung zu erweitern. Auch innerlich sei dieser Standpunkt gerechtfertigt, denn bei Streitigkeiten, denen nicht kaufmännische Rechtsgeschäfte zu Grunde liegen, fallen alle Motive weg, welche zur Errichtung eines Handelsgerichtes geführt hätten. Insbesondere spreche auch die Rücksichtnahme auf Beschleunigung der Prozesse und auf Anwendung handelsrechtlicher Gewohnheiten, welche bei der Gründung des Gerichtes besonders betont wurden, nicht dafür, Deliktssklagen dem Handelsgerichte zuzuweisen, da bei denselben der Beklagte in erster Linie ein Recht auf gründliche Untersuchung habe und nicht besser und nicht schlechter gestellt werden solle, als jeder Nichtkaufmann, und da zudem die besondern Regeln des Handelsrechts gar nicht zur Anwendung kommen.

Entgegen dieser Auffassung war zur Begründung des Kassationsgesuches namentlich geltend gemacht worden, das Gesetz fordere ja nur, dass der Streit sich auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse überhaupt beziehe, ohne Unterschied, ob die Klage sich dann auf einen Vertrag oder einen andern Rechtsgrund stütze, sei es nun Quasikontrakt, ungerechtfertigte Bereicherung oder ein Delikt; und es sei deshalb eine willkürliche Einschränkung, wenn sich das Handelsgericht in neuerer Zeit nur für Klagen aus *Handelsgeschäften* zuständig erkläre. Auch eine Deliktssklage könne sich auf Sätze des Handelsrechts stützen und sich deshalb sehr wohl für handelsgerichtliche Beurteilung eignen. Wenn man die Kompetenz auf Klagen aus Rechtsgeschäften hätte beschränken wollen, hätte man gewiss nicht den allgemeinen Ausdruck „sich bezieht“ gebraucht, sondern dann hätte man sich vielleicht ungefähr folgendermassen ausgedrückt: — sofern der streitige Anspruch auf ein zwischen den Parteien mit bezug auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse überhaupt abgeschlossenes *Rechtsgeschäft* ge-

stützt wird. Auch wenn man diese weitere Interpretation annehme, brauche man deswegen keine Sachen von nicht handelsrechtlicher Natur anzunehmen. Wenn man nicht auf ein Rechtsgeschäft, sondern nur auf die Beziehung des Anspruches zum Handelsgeschäft des Beklagten oder auf Handelsverhältnisse überhaupt abstelle, stehe man keineswegs vereinzelt da, denn auch das deutsche Gerichtsverfassungsgesetz von 1876 erkläre als Handelssachen in formalem Sinn unter anderm auch Ansprüche betreffend Marken- und Musterrecht und aus Rechtsverhältnissen, welche das Recht zum Gebrauch einer Firma betreffen; also nicht bloss obligationes ex contractu, sondern auch solche ex lege und ex delicto.

Doch diese Argumente waren nicht durchschlagend genug, und auch später noch hielt das Handelsgericht an der hier aufgestellten engen Interpretation seiner Kompetenzbestimmungen fest, wobei die Rücksicht auf die immer zunehmende Geschäftslast ein nicht zu unterschätzendes Motiv bildete¹⁾. Erst im Rechenschaftsbericht von 1895 meldet das Handelsgericht, dass es sich nun doch veranlasst gesehen habe, hierin etwelche Konzessionen zu machen, indem es entgegen seiner bisherigen Praxis in zwei Fällen Klagen aus *unerlaubter Konkurrenz* in Behandlung genommen habe²⁾. Das Gericht begründete diese Neuerung, indem es sagte, Klagen aus unlauterem Wettbewerb hätten dann einen gewissen kaufmännischen Charakter und passten deshalb vor das Forum des Handelsgerichtes, wenn sie gegen eine Handlungsweise des Beklagten gerichtet seien, die unmittelbar zu dessen Gewerbebetrieb gehöre und dessen Geschäftsgebaren darstelle, im Unterschied zu rein persönlichen Handlungen, z. B. Äusserungen, welche nur in einem gewissen mittelbaren Zusammenhang mit dem Gewerbebetrieb stehen, wie Verleumdung des Konkurrenten. Ein Rechtsanspruch der erstgenannten Art bezwecke, im Unterschied zu den letzteren, eine Einschränkung des Beklagten in der Art und Weise seines Gewerbebetriebes und stehe dadurch in unmittelbarem Zusammenhang mit dessen Gewerbebetrieb³⁾. Ähnliche Entscheide wurden auch später wieder gefällt⁴⁾ und der hier ausgesprochene Grundsatz auf Klagen aus unerlaubten Handlungen allgemein ausgedehnt⁵⁾. Damit war also zugegeben, dass unter den „Handelsverhältnissen überhaupt“ nicht nur solche aus Rechtsgeschäften, sondern auch solche aus andern Rechtsgründen verstanden werden dürfen.

¹⁾ R. O. 1886, Nr. 116; 1887, Nr. 120; 1894, Nr. 205 b; H. E. V, S. 238; VI, S. 199; XIII, S. 330.

²⁾ R. O. 1895, S. 123.

³⁾ R. O. 1895, Nr. 128; H. E. XIV, S. 312.

⁴⁾ R. O. 1896, Nr. 140; 1898, Nr. 124; H. E. XVI, S. 88; XVII, S. 68.

⁵⁾ R. O. 1900, Nr. 190; H. E. XIX, S. 320.

Schon vorher hatte sich das Handelsgericht auf diesen Boden begeben, indem es Klagen betreffend Patent-, Muster- und Modellschutz und Schutz von Fabrik- und Handelsmarken an Hand nahm. Doch hatten dabei mehr äussere Faktoren mitgewirkt, als innere Gründe. Gemäss Art. 30 des Bundesgesetzes betreffend die Erfindungspatente vom 29. Juni 1888 und Art. 25 des Bundesgesetzes betreffend die gewerblichen Muster und Modelle vom 21. Dezember gleichen Jahres¹⁾ hatten die Kantone eine Gerichtsstelle zu bezeichnen, welche die in diesen Gesetzen vorgesehenen Zivilklagen als einzige Instanz zu entscheiden hatte. Durch Beschluss vom 25. Februar 1889²⁾ ordnete der Kantonsrat die Sache provisorisch in der Weise, dass er die Bezirksgerichte anwies, in solchen Prozessen die Appellation auszuschliessen und nur die Weiterziehung an das Bundesgericht zu gestatten, indem er zugleich bemerkte, hinsichtlich der Prozesse mit einem Streitwert von mehr als Fr. 500 stehe ja den Parteien, auch wenn sie nicht registriert seien, wenigstens gemäss § 102 des Rechtspflegegesetzes die Möglichkeit offen, anstatt das zuständige Bezirksgericht das Handelsgericht als „Schiedsgericht“ anzurufen; und *es sei zu erwarten, dass dieses solchen Begehren wo immer möglich entsprechen werde*³⁾. Diesen beiden Arten von Prozessen reihte dann das Handelsgericht von sich aus auch diejenigen über den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken an⁴⁾.

Infolge dieser äusseren Veranlassung sah sich dann das Handelsgericht genötigt, die Anhandnahme dieser Prozesse auch innerlich zu motivieren und mit seinen Kompetenzbestimmungen in Einklang zu bringen, denn wenn es auch auf Grund von § 102 cit. als blosses „Schiedsgericht“ funktionieren wollte, so musste die zu beurteilende Sache doch „Handelsstreitigkeit“ sein. Es erklärte deshalb, alle diese Streitigkeiten könnten unbedenklich als Handelsstreitigkeiten im Sinne des genannten § 102 aufgefasst werden, denn sie stünden in einer nahen Beziehung zum Gewerbebetrieb, indem Muster-, Patent-, Firmen- und Markenschutz eine Art Privatmonopol gewährleisten, so dass die Klagen eine Einschränkung der Beklagten in ihrem Gewerbebetrieb bedeuteten. Damit war natürlich auch die Zuständigkeit des Handelsgerichtes als ordentliches Gericht gegeben, sofern noch die übrigen Requisite erfüllt waren.

Im Gegensatz hierzu wies das Handelsgericht Klagen aus Verletzung des künstlerischen und literarischen Urheberrechts wegen Inkompetenz zurück.

¹⁾ Dieses Gesetz ist jetzt ausser Kraft gesetzt durch das revidierte Muster- und Modellgesetz vom Jahr 1900.

²⁾ A. 1889, Text S. 163.

³⁾ Vgl. dazu das Kreisschreiben des Obergerichtes vom 13. März 1889; R. O. 1889, S. 514.

⁴⁾ R. O. 1894, Nr. 204 c.

Zwar gab es zu, dass auch solche unter Umständen eine Beschränkung eines regelmässigen Handels- und Gewerbebetriebes bezwecken können; es bemerkte indessen, das künstlerische und literarische Urheberrecht habe doch viel weniger kaufmännischen Charakter, als die in Behandlung gezogenen Klagen aus dem industriellen Urheberrecht, und eine Verletzung desselben trage deshalb, auch wenn sie von einem Kaufmann in seinem Gewerbebetrieb begangen werde, weniger den Charakter einer Handelstätigkeit, als viel mehr den eines gewöhnlichen Deliktes an sich¹⁾.

Über die *Art der Rechtsgeschäfte*, welche, sofern sie sich nicht auf das beklagtische Gewerbe beziehen, unter den Begriff „Handelsverhältnisse überhaupt“ fallen können und sollen, scheint man sich ursprünglich wenig Rechenschaft gegeben zu haben. Die Behandlung dieser Frage lässt sich am besten verfolgen mit derjenigen über die Stellungnahme zu Streitigkeiten aus dem kaufmännischen Anstellungsverhältnis, indem der kaufmännische Anstellungsvertrag immer ein blosses Hülfsgeschäft ist für den Gewerbebetrieb des beklagten Prinzipals und daher bloss unter die Kompetenz des Handelsgerichtes fällt, wenn er als „Handelsverhältnis überhaupt“ betrachtet wird. Wird diese Frage bejaht, so ist damit auch gesagt, dass unter „Handelsverhältnissen überhaupt“ auch bloss einseitige Handelsgeschäfte verstanden werden dürfen; Geschäfte, welche sich bloss als Handelsgeschäfte darstellen, weil sie von einem Kaufmann innert dem Betriebe seines Handelsgewerbes abgeschlossen werden.

Nun scheint das Handelsgericht in frühern Zeiten Streitigkeiten aus dem kaufmännischen Anstellungsverhältnis ohne weitere Bedenken an Hand genommen zu haben; wenigstens berichtet der Rechenschaftsbericht des Obergerichtes vom Jahr 1869 schon von sieben solchen Streitigkeiten, die vom Handelsgericht beurteilt wurden²⁾. Später, als es in der Interpretation seiner Kompetenzbestimmungen strenger wurde und die Beurteilung von Streitigkeiten aus blossen Hülfsgeschäften ablehnte, weil diesen die direkte Beziehung zum beklagtischen Gewerbe fehlt, musste es konsequenterweise auch Streitigkeiten aus dem kaufmännischen Dienstvertrag von der Hand weisen³⁾. Im Jahre 1884 nun sagte das Kassationsgericht in einem Entscheide⁴⁾ so nebenbei, dass unter dem Ausdruck „Handelsverhältnisse überhaupt“ nicht nur einzelne Rechtsgeschäfte gemeint seien, sondern auch dauernde Verhältnisse, wie z. B. der Kontokorrentverkehr, das kaufmännische Anstellungsverhältnis, die Rechtsbe-

¹⁾ R. O. 1894, Nr. 205 b; H. E. XIII, S. 330.

²⁾ R. O. 1869, S. 15.

³⁾ R. O. 1882, Nr. 84, Erwägung 2; Nr. 87, Erw. 2.

⁴⁾ R. O. 1884, Nr. 155, S. 77; H. E. IV, S. 81.

ziehungen zwischen der Vorsteherschaft einer Aktiengesellschaft und den einzelnen Aktionären und Ähnliches. Hiervon nahm nun das Handelsgericht Notiz¹⁾. Es bemühte sich bei der nächsten Klage eines kaufmännischen Angestellten, die Anhandnahme derselben zu motivieren mit der Ausführung, dass es keinen Anstand nehme, die früher von ihm ausgesprochene gegenteilige Ansicht fallen zu lassen, und zwar nicht nur, weil es zwecklos wäre, an derselben festzuhalten, sondern weil allerdings der dem Gerichte früher entgangene Umstand, dass der frühere Gesetzesentwurf zu den vom Handelsgericht zu beurteilenden Streitigkeiten ausdrücklich auch diejenige zwischen dem Kaufmann und seinen Handelsangestellten aus dem kaufmännischen Dienstverhältnis zählte²⁾, durchschlagend dafür spreche, dass der Gesetzgeber derartige Anstellungsverhältnisse in der Tat als Handelsverhältnisse betrachtet wissen wollte. Es könne ja auch nicht geleugnet werden, dass gerade bei solchen Streitigkeiten die richtige Auffassung von der Stellung und den Pflichten eines Handelsangestellten von hoher Bedeutung sei; dass der kaufmännische Richter aber naturgemäss sich vorzugsweise eigne, darüber ein richtiges Urteil zu fällen. Mit dem Wortlaut des Gesetzes wurde die Anhandnahme solcher Streitigkeiten in Einklang gebracht, indem das Handelsgericht sagte, das kaufmännische Anstellungsverhältnis sei zwar nicht ein objektives oder absolutes, wohl aber ein einseitiges Handelsgeschäft; d. h. es komme ihm dieser Charakter nur in Beziehung auf den Prinzipal, nicht aber auch hinsichtlich der Angestellten zu, weil ihm derselbe nicht schon durch seinen Inhalt an sich, sondern bloss dadurch verliehen werde, dass es von einem Kaufmann behufs Betreibung seines Gewerbes als blosses Hilfsgeschäft (!) zum letztern eingegangen werde. Das Handelsgericht sei demnach zwar allerdings für die Behandlung einer Klage des Angestellten aus dem Dienstvertrag gegen den rationierten Prinzipal, nicht aber umgekehrt für die Behandlung einer Klage zuständig, welche dieser aus dem nämlichen Vertrage gegen seinen Angestellten anstrengt. Zur Begründung der handelsgerichtlichen Kompetenz sei ja erforderlich, dass der Streit sich entweder auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe oder dann auf ein Geschäft beziehe, *das sich auf seiten des Beklagten als Handelsgeschäft darstelle*³⁾. Das Kassationsgericht bestätigte diese Ansicht des Handelsgerichts⁴⁾, indem es sagte, wenn letzteres davon ausgehe, dass unter den in § 95 des Rechtspflegegesetzes genannten Handelsverhältnissen

überhaupt nur solche Verhältnisse oder Verträge zu verstehen seien, welche entweder schon objektiv die Natur von Handelsgeschäften haben, oder, sofern dies nicht der Fall ist, durch ihre Beziehung zum Gewerbe des Beklagten sich für ihn als Handelsgeschäfte darstellen, nicht dagegen solche, welche weder objektiv noch mit bezug auf die Person des Beklagten die Natur von Handelsgeschäften haben, so könne hierin eine unrichtige Anwendung des Gesetzes nicht gefunden werden. Zwar könne es scheinen, dass, wenn man das kaufmännische Anstellungsverhältnis zu den Handelsverhältnissen zähle, die Konsequenz erfordere, das Handelsgericht nicht nur für die von den Angestellten gegen den Prinzipal, sondern auch für die vom Prinzipal gegen die Angestellten gerichteten Klagen zuständig zu erklären. Allein, wenn man dies gewollt hätte, so wäre es, da sehr selten ein Angestellter im Rationenbuch eingetragen sei, nötig gewesen, diese Streitigkeiten ohne Rücksicht auf die Eintragung der Parteien der handelsgerichtlichen Kompetenz zuzuweisen. Da dies nicht geschehen sei, stehe nichts entgegen, mit dem Handelsgericht anzunehmen, der Gesetzgeber habe Klagen gegen einen im Rationenbuch eingetragenen Kaufmann, welche sich nicht auf dessen eingetragenes Gewerbe beziehen, nur dann dem Handelsgericht zur Beurteilung zuweisen wollen, wenn das Geschäft sich auf seiten des Beklagten als ein Handelsgeschäft darstelle.

Diese hier begründete Praxis wurde auch später festgehalten; unter andern Fällen z. B. auch da, wo ein Angestellter für den technischen Betrieb eines industriellen Etablissements angestellt war¹⁾; und in der Folge wurden jedes Jahr eine Anzahl solcher Streitigkeiten aus Dienstmiete beurteilt.

Nun muss aber sofort in die Augen springen, dass das Handelsgericht sich mit dieser Auslegung des Ausdrucks „Handelsverhältnisse überhaupt“ in grellen Widerspruch setzt zu der Praxis, welche es bezüglich der geforderten Beziehung des Streites auf das beklagte Gewerbe ausübt. Auf der einen Seite lehnt es alle Streitigkeiten aus blossen Hilfsgeschäften ab, weil diese sich nicht auf das Gewerbe des Beklagten beziehen, und anderseits erklärt dasselbe, es genüge zur Begründung seiner Kompetenz, wenn das streitige Geschäft nur auf seiten des Beklagten sich als Handelsgeschäft qualifiziere. Da aber auch blosses Hilfsgeschäfte Handelsgeschäfte sind, eben weil sie zum Betriebe des Gewerbes gehören, so sollten konsequenterweise nicht nur Klagen aus dem Hilfsgeschäft des kaufmännischen Dienstvertrages, sondern z. B. auch Klagen einer Maschinenfabrik gegen eine Eisenbahnunternehmung aus

¹⁾ R. O. 1884, S. 70/71.

²⁾ s. S. 43, § 11, lit. g.

³⁾ R. O. 1885, Nr. 120. H. E. IV, S. 255.

⁴⁾ R. O. 1885, Nr. 140. H. E. IV, S. 305.

¹⁾ R. O. 1888, Nr. 112.

Lieferung von Lokomotiven an Hand genommen werden, weil für die Eisenbahngesellschaft die Anschaffung von Lokomotiven gerade so gut ein Nebenhandelsgeschäft ist, wie für den Kaufmann die Anstellung des Dienstpersonals. Man sieht, die Praxis des Handelsgerichts verwickelt sich hier in einen Widerspruch, der nicht auf die Länge haltbar sein dürfte.

Welches ist nun der beste Ausweg, um diesem Widerspruch abzuhelfen? Entweder muss das Handelsgericht seine enge Praxis in der Auslegung der gesetzlich geforderten Beziehung des Streitigen zum beklagten Gewerbe dahin erweitern, dass es auch bei Streitigkeiten aus blossen Hülfsgeschäften diese Beziehung als vorhanden annimmt oder dann auch Klagen der kaufmännischen Angestellten aus Dienstvertrag von der Hand weist. Das erstere wäre sehr zu begrüssen, denn bei der jetzigen Praxis, die gar keine Rücksicht auf den Kläger nimmt, wird manche Handelsstreitigkeit der Beurteilung durch das Handelsgericht entzogen, indem viele Geschäfte, die auf seiten des Klägers *Grundhandels*geschäfte sind, auf seiten des Beklagten aber sich als blosses Hülfsgeschäft, als Nebenhandelsgeschäft darstellen, von der Hand gewiesen werden. Was nützt das Handelsgericht z. B. allen industriellen Etablissements, deren Abnehmer ihre Produkte in der grossen Mehrzahl zum Betrieb des Gewerbes brauchen und für welche also die Anschaffung dieser industriellen Erzeugnisse blosses Hülfsgeschäft ist, wenn sie alle diese Kontrahenten nicht vor Handelsgericht belangen können? Es ist doch gewiss eine Unbilligkeit, wenn ein Kaufmann, der gegen einen andern Kaufmann Klage erhebt aus einem Geschäft, das auf beiden Seiten Handelsgeschäft ist, von den Schranken des Handelsgerichts weggewiesen wird, bloss, weil das streitige Geschäft auf seiten seines Gegners nur ein Nebenhandelsgeschäft ist. Also weg mit dieser engen Interpretation des Gesetzes. Der Kaufmann soll auch bei blossen Hülfsgeschäften sich wenigstens dann vor Handelsgericht verantworten, wenn der Kläger auch Kaufmann ist und aus einem Geschäft klagt, das auf seiner Seite Grundhandelsgeschäft ist.

Aber die Geschäftslast des Handelsgerichtes, wird man sagen, gestattet ihm nicht, auch noch in diesem Punkte die Praxis im Sinne einer Erweiterung seiner Kompetenz zu ändern. Nun, dann bleibt eben nichts anderes übrig, als die Organisation des Gerichtes zu ändern und nicht des zu eng gewordenen Kleides wegen dem Gesetz und noch viel mehr den Interessen der Beteiligten Gewalt anzutun. In welcher Weise eine Umgestaltung der Organisation bewerkstelligt werden könnte, soll uns später beschäftigen¹⁾.

¹⁾ Siehe S. 571.

Will man aber das Handelsgericht unverändert fortbestehen lassen, so bleibt zur Beseitigung des genannten Widerspruches nur der zweite Weg übrig; man müsste einfach auch die Streitigkeiten aus dem kaufmännischen Anstellungsverhältnis wegen Inkompetenz von der Hand weisen. Auch das hätte gar nichts zu sagen; es wäre im Gegenteil eine sehr wohl angebrachte Massregel. Es ist ja richtig, dass hier kaufmännische Gebräuche bezüglich der Anstellungsverhältnisse zur Anwendung kommen; es ist richtig, dass Kaufleute am ehesten über die Pflichten ihrer Angestellten Auskunft geben können; es ist aber doch andererseits zu bemerken, dass das Handelsgericht, welches aus lauter Prinzipalen, vielleicht noch aus höheren Angestellten zusammengesetzt ist, nicht die richtige Garantie für eine unparteiische Rechtsprechung in solchen Angelegenheiten bietet. Zwar ist ja der nicht rationierte Angestellte nicht gezwungen, seinen Prinzipal vor Handelsgericht zu belangen; er kann ihn ja auch vor den ordentlichen Richter rufen. Dass trotzdem alljährlich eine Reihe solcher Prozesse vor Handelsgericht gebracht werden, darf hier zur Ehre der kaufmännischen Richter hervorgehoben werden und beweist, dass sie es mit ihrem Richteramt ernst nehmen und sich auch in solchen Angelegenheiten einer durchaus tendenzfreien Rechtsprechung befleissen. Aber trotzdem wäre es richtiger und unsern republikanischen Anschauungen besser entsprechend, wenn Prozesse zwischen Prinzipal und Angestellten durch kaufmännische Schiedsgerichte beurteilt werden könnten, wie sie in neuester Zeit auch in Deutschland angestrebt werden¹⁾, wo ja auch die Behandlung dieser Streitigkeiten den Kammern für Handelssachen zugewiesen ist. Diese Schiedsgerichte würden sich aus Arbeitgebern und Arbeitnehmern zusammensetzen und könnten ganz ähnlich eingerichtet werden, wie die schon bestehenden gewerblichen Schiedsgerichte, an welche sie sich wohl ohne grosse Mühe angliedern liessen²⁾. Ich halte sogar dafür, dass, auch wenn man den besagten Widerspruch auf die erstere Art lösen würde, es doch gerechtfertigt wäre, die Beurteilung dieser Streitigkeiten dem Handelsgerichte zu entziehen und kaufmännischen Schiedsgerichten zuzuweisen.

Von anderweitigen Streitigkeiten aus Handelsgeschäften und Handelsverhältnissen, welche nicht auf

¹⁾ Vgl. „Kaufmännische Schiedsgerichte“ von *Wilhelm Swienty* in „Die neue Zeit“, Jahrgang 1901. Nr. 15. S. 466 ff. Nr. 16. S. 494 ff.

²⁾ Das Gesetz betr. die Organisation gewerblicher Schiedsgerichte lässt auch Lohnstreitigkeiten u. dgl. kaufmännischer Angestellten in den Geschäftskreis der Schiedsgerichte fallen (§ 2 des Gesetzes vom 22. XII. 1895), und die Verordnung der Stadt Zürich hat als Gruppe VIII aufgestellt: Kaufmännische Gewerbe. Aber tatsächlich ist das Institut für Handelsangestellte unbrauchbar wegen der sachlichen Zuständigkeitsgrenze von 200 Fr.

ein bestimmtes Gewerbe Bezug haben, wurden folgende, als unter „Handelsverhältnisse überhaupt“ fallend, in Behandlung gezogen: *a)* Der Streit zwischen einer Aktiengesellschaft und ihren Aktionären über die Einzahlung rückständiger Aktienbeträge ¹⁾; *b)* Klagen aus Liquidation einer Gesellschaft ²⁾; *c)* die Klage einer Aktiengesellschaft gegen die Erben eines Spezialdirektors aus vertraglichem Verschulden ³⁾; *d)* die Klage aus einem Vertrag über Gründung einer Gesellschaft zum Zwecke des Handelsbetriebes ⁴⁾; *e)* die Klage aus Kauf eines Handelsgeschäftes ⁵⁾; *f)* Klagen auf Feststellung des Inhalts eines Konkurrenzverbotes ⁶⁾; *g)* Klagen auf Vollstreckung ausländischer Urteile, sofern das Handelsgericht für die durch das fremde Urteil entschiedene Frage sachlich zuständig wäre ⁷⁾. Dagegen wurden folgende Streitigkeiten von der Hand gewiesen: *a)* Klagen aus Bürgschaften, auch wenn diese für Handelsgeschäfte eingegangen worden sind, im Gegensatz zu § 11, lit. *h*, des ersten Entwurfes, nach welchem Klagen aus Bürgschaften, sofern für die Hauptschuld die Zuständigkeit des Handelsgerichtes begründet gewesen wäre, in die Kompetenz desselben gefallen wären ⁸⁾; *b)* Klagen betreffend Eigentumsanspruch gegenüber Arrestauswirkung, auch wenn diese auf ein Handelsgeschäft Bezug hat, weil es für die Frage der Kompetenz nicht auf die Handlungen ankommt, welche Veranlassung zur Klage bilden, sondern lediglich auf die klagebegründenden Tatsachen ⁹⁾; *c)* Klagen aus einem Schiedsvertrag, auch wenn dieser ein Handelsgeschäft betrifft ¹⁰⁾; *d)* Klagen aus Anleiheemission, auch wenn diese zur Finanzierung eines Handelsgeschäftes dient ¹¹⁾; *e)* die Klage aus Kauf einer Liegenschaft, auf welcher ein Handelsinstitut (Fabrik) errichtet werden soll ¹²⁾; *f)* Klagen aus Wechselgeschäften ¹³⁾.

¹⁾ R. O. 1884, Nr. 129. H. E. III, S. 361.

²⁾ R. O. 1877, Nr. 34. H. E. XVIII, S. 59.

³⁾ R. O. 1886, Nr. 113. H. E. V., S. 273. Vgl. dagegen S. Z. V., S. 169, wo die Forderung eines dritten Gläubigers einer Aktiengesellschaft aus einer Forderung, die nicht von einem Handelsgeschäft herrührt, gegen den Vorsteher der Gesellschaft wegen angeblicher Nachlässigkeit desselben als nicht in die Kompetenz des Handelsgerichtes fallend bezeichnet wird.

⁴⁾ R. O. 1896, Nr. 138. H. E. XV, S. 210.

⁵⁾ R. O. 1884, Nr. 122; 1895, Nr. 127. H. E. XIV, S. 114. Nicht dagegen Klagen aus blosser Schuldübernahme; aus der blossen Übernahme von Aktiven und Passiven. Vgl. R. O. 1891, Nr. 60. H. E. X, S. 384; XI, S. 10.

⁶⁾ R. O. 1894, Nr. 204 *b*. H. E. XIII, S. 330.

⁷⁾ R. O. 1877, Nr. 87; 1887, Nr. 113; 1898, Nr. 123. H. E. VI, S. 161; XVII, S. 255. S. Z. III, S. 388.

⁸⁾ R. O. 1873, S. 30, Nr. 1. S. Z. I, S. 228. H. E. XX, S. 145.

⁹⁾ R. O. 1886, Nr. 116. H. E. V, S. 328.

¹⁰⁾ R. O. 1891, Nr. 58.

¹¹⁾ R. O. 1899, Nr. 127. H. E. XVIII, S. 170.

¹²⁾ S. Z. V, S. 169.

¹³⁾ H. E. XX, S. 312.

III. Kompetenz mit bezug auf Behandlung von Widerklagen; Vor-, Zwischen- und Nebenfragen.

Nach § 219 des Rechtspflegegesetzes wird dem Beklagten allgemein das Recht gegeben, in Form der Widerklage selbständige Begehren gegen den Kläger vor dem gleichen Gericht geltend zu machen, bei welchem er eingeklagt ist. Die persönlichen Voraussetzungen zur Stellung von Widerklagen beim Handelsgericht sind insofern abweichend von denjenigen zur Stellung der Klage, als der Widerbeklagte nicht im Handelsregister eingetragen zu sein braucht, eben weil es für die Klage genügt, dass nur der Beklagte eingetragen ist. In sachlicher Beziehung ist sodann nicht nötig, dass der Streitwert der Widerklage 500 Fr. betrage ¹⁾; dagegen ist erforderlich, dass auch sie sich auf Handelsgeschäfte beziehe. Ist dies nicht der Fall, so darf die Widerklage nur mit Zustimmung des Klägers behandelt werden ²⁾. Der Entwurf der Justizdirektion hatte das Handelsgericht für alle Widerklagen, auch die nicht handelsrechtlicher Natur, schlechtweg zuständig erklärt, doch fürchtete man, damit dem Handelsgerichte viel Streitigkeiten zuzumuten, die gar nicht vor sein Forum passen.

Das Gesetz räumt sodann dem Handelsgericht die Befugnis ein, alle im Handelsprozess vorkommenden Vor-, Zwischen- und Nebenfragen von sich aus zu entscheiden, gleichviel, ob dieselben sich auf Handelsverhältnisse beziehen oder nicht ³⁾, ganz im Gegensatz zur französischen Gesetzgebung, welche die Entscheidung dieser Fragen durch die Handelsgerichte nur dann zulässt, wenn sie, in Form einer Klage gestellt, vor ihr Forum gehören würden ⁴⁾. Es ist klar, dass es eine Verschleppung und Komplikation des Prozesses bedeutet, wenn die Parteien für die Erledigung aller dieser Fragen vor den ordentlichen Richter gewiesen werden, so dass in der Zwischenzeit das Verfahren vor dem Handelsgericht jeweilen suspendiert werden muss; während andererseits wenigstens da durchaus kein Bedenken entgegensteht, dem Handelsgericht auch diese Kompetenzen einzuräumen, wo juristisch gebildete Richter mitwirken, wie dies beim zürcherischen Handelsgericht der Fall ist. Dieses kann demnach über alle prozessualen Zwischenfragen entscheiden; es ist befugt, den Legitimationspunkt in formeller und materieller Beziehung zu prüfen; es darf alle Einreden

¹⁾ Aus § 92, Abs. 4, des neuen Entwurfes einer Zivilprozessordnung ist nicht ersichtlich, ob für die Widerklage das Requisite eines Streitwertes von mindestens 500 Fr. auch nötig sei, oder ob auch Widerklagen in geringerem Betrage behandelt werden dürfen; doch ist wohl das letztere anzunehmen.

²⁾ G. W. 1867, § 111; R., § 99; G. W., Entw., § 92, Abs. 4.

³⁾ G. W. 1867, § 110; R., § 98. G. W., Entw., § 81.

⁴⁾ Creizenach, a. a. O., S. 43.

behandeln, welche sich nicht auf Handelsrecht stützen, z. B. die Einrede des Betruges, Zwanges, Irrtums u. s. w.; es ist in dieser Beziehung überhaupt den ordentlichen Gerichten ganz koordiniert.

IV. Kompetenz im Verhältnis zur ordentlichen Gerichtsbarkeit.

Das Handelsgericht ist ein Spezialgericht, welches im Interesse der Handelsrechtspflege geschaffen worden ist. Den Rahmen, der seine Bestimmung abgrenzt, soll es nicht überschreiten. Deshalb tendieren die gesetzlichen Bestimmungen dahin, eher eine Präsuntion für das Nichtvorhandensein der Kompetenz des Spezialforums zu schaffen zu gunsten der Kompetenz des Generalforums der ordentlichen Gerichte. Diese Tendenz hat auch in der Praxis schon ihren Ausdruck gefunden¹⁾. Hierher gehört die Bestimmung, dass Streitigkeiten, welche in die Gerichtsbarkeit des Handelsgerichts fallen würden, mit Zustimmung beider Parteien an die ordentlichen Gerichte gebracht werden können, welche ihrerseits Handelssachen, die bei ihnen anhängig gemacht werden, nur auf rechtzeitiges Verlangen des Beklagten an das Handelsgericht zu weisen haben²⁾, während das Handelsgericht unter keinen Umständen, auch nicht als *forum prorogatum*, Nichthandelssachen beurteilen darf³⁾. Das frühere Gesetz bestimmte denn auch ausdrücklich⁴⁾, dass dasselbe Streitigkeiten, die nicht in seine Kompetenz fallen, von Amtes wegen von der Hand weisen solle. Nach dem Gesagten muss es als selbstverständlich erscheinen, dass die ordentlichen Gerichte auch die mit dem ordentlichen Zivilprozesse zusammenhängenden Punkte entscheiden, welche als Klage vor das Handelsgericht gehören würden⁵⁾. Nur die Bestimmung, dass jedes Rechtsgeschäft einer im Rationenbuch eingetragenen Person im Zweifel als Handelsgeschäft gelten soll, bedeutet eine Begünstigung der Kompetenz des Handelsgerichtes⁶⁾.

§ 6. Kompetenz des Handelsgerichts als „Schiedsgericht“.

1. Schon bei den Kommissionalberatungen des Verfassungsgesetzes, das auf die Einführung von Handelsgerichten abzielte, und des ersten Entwurfes der Justizdirektion machten sich Stimmen geltend, welche an Stelle eines staatlichen Handelsgerichtes ein Han-

¹⁾ R. O. 1900, Nr. 187. H. E. XIX, S. 321.

²⁾ G. W. 1867, § 114. R., § 100. G. W., Entw., § 82.

³⁾ Vgl. R., § 102.

⁴⁾ G. W. 1867, § 112.

⁵⁾ R., § 98.

⁶⁾ G. W. 1867, § 109. R., § 97. G. W., Entw., § 80.

delsschiedsgericht eingeführt wissen wollten¹⁾. Für dasselbe wäre durch das Obergericht oder den Grossen Rat ein tüchtiger Jurist als Obmann für alle Fälle zu ernennen gewesen; die Parteien hätten aus einer Liste von 12—18 Kaufleuten durch Streichung der nicht konvenierenden Mitglieder derselben das Gericht für den einzelnen Fall bestellen können. Diesem Schiedsgericht wäre dadurch ein staatlicher Charakter gegeben worden, dass man es verpflichtet hätte, alle durch Kompromiss an dasselbe gebrachten Streitigkeiten zu entscheiden²⁾. Zur Begründung dieses Vorschlages wurde gesagt, es bestehe unter den Kaufleuten ja schon die Tendenz, Streitigkeiten aus wichtigen Verträgen der Beurteilung von Schiedsgerichten zu unterstellen. Durch Errichtung des genannten Institutes liessen sich diese Bestrebungen leicht und zweckmässig unterstützen, indem dadurch die nötigen Garantien geschaffen würden für eine richtige Wahl der Richter, des Obmanns und für einen ordentlichen Gang des Verfahrens; endlich seien bei dieser Organisation alle Kompetenzstreitigkeiten von vornherein ausgeschlossen. Hiergegen wurde geltend gemacht, mit einem Gerichte, dessen Kompetenz nur mit Zustimmung beider Parteien begründet werde, sei den Kaufleuten wenig gedient, da der zahlungsflüchtige Teil sich immer dessen Beurteilung entziehen und sich lieber den ordentlichen Gerichten unterwerfen werde.

Der Vorschlag auf Errichtung eines blossen Handelsschiedsgerichts drang, wie wir bereits wissen, nicht durch; aber der Gedanke blieb doch für die Zukunft insofern bestehen, als man eine Bestimmung schuf, wonach das staatliche Handelsgericht wenigstens in zweiter Linie als Schiedsgericht funktionieren sollte. Der Paragraph 20 des ersten Kommissionalentwurfes bestimmte, die Parteien können in Streitigkeiten, für deren Beurteilung das Handelsgericht *zuständig* sei, sich auf dasselbe als *inappellables Schiedsgericht* berufen. Mit der Annahme des zweiten Entwurfes, durch welchen ein kantonales, inappellables Handelsgericht eingeführt wurde, musste diese Bestimmung, sofern sie überhaupt beibehalten werden wollte, naturgemäss einige Modifikationen erleiden. Paragraph 116 des Gesetzes betreffend das Gerichtswesen im allgemeinen von 1866 (der spätere § 102 des Rechtspflegegesetzes von 1874) setzte nunmehr fest, dass das Handelsgericht in allen *Handelsstreitigkeiten*, bei welchen die ordentlichen Kompetenzbestimmungen *nicht zutreffen*, welche aber von den Parteien auf dem Wege der Ver-

¹⁾ Prot., P. P. 10, S. 130, 135, 538 ff.

²⁾ Wir haben gleich auseinanderzusetzen, dass es eigentlich nicht am Platze ist, von einem Schiedsgericht zu sprechen, sobald es sich um ein staatliches Gericht handelt, für das irgend welcher Zwang besteht mit bezug auf die Annahme von Prozessen.

einbarung an dasselbe gebracht werden, als „Schiedsgericht“ entscheiden könne, sofern nur der Streitwert mindestens 500 Fr. betrage¹⁾. Diese Bestimmung hat den offenbaren Zweck, ein Korrektiv zu bilden gegenüber dem einseitig persönlichen Prinzip, auf dem die Kompetenzbestimmungen des geltenden Gesetzes beruhen. Dieses Prinzip hat zwar den Vorteil leichter praktischer Durchführbarkeit für sich, doch werden durch dasselbe alle Handelsstreitigkeiten, bei welchen die persönlichen Erfordernisse der Parteien zufällig fehlen, von der Beurteilung durch das Handelsgericht ausgeschlossen. Durch die genannte Bestimmung, welche den Parteien die *Möglichkeit* eröffnet, solche Streitigkeiten vor das Handelsgericht zu bringen, wird doch wenigstens ein Teil derselben der Kognition desselben unterworfen.

In der Weisung zu diesem Paragraphen²⁾ ist gesagt, das Gericht sei *verpflichtet*, solche auf Grund dieser Bestimmung an dasselbe gebrachte Streitigkeiten an Hand zu nehmen. Nun bestand aber von vornherein kein Zweifel darüber, dass diese Verpflichtung nur für diejenigen Fälle existiere, in welchen der Beklagte im Kanton Zürich wohne, oder durch einen andern Umstand die Zuständigkeit der zürcherischen Gerichte gegeben sei. Zwar ist dem Wortlaut des Gesetzes keineswegs zu entnehmen, dass der Beklagte im Kanton wohnen müsse, und ebensowenig, dass die Anhandnahme solcher Streitigkeiten von der Zustimmung des Gerichts abhängig sei. Aber man sagte sich, es verstehe sich von selbst, dass der Gesetzgeber in diesem Paragraphen, sowie in den übrigen Kompetenzbestimmungen nur mit bezug auf diejenigen Streitigkeiten, in denen der Beklagte überhaupt der zürcherischen Gerichtsbarkeit unterworfen ist, bestimmen wollte, welche Fälle durch die ordentlichen Gerichte, welche dagegen durch das Handelsgericht zu entscheiden seien. Jedenfalls habe der fragliche Paragraph nie und nimmer die Meinung gehabt, das Handelsgericht, welches ja in erster Linie ein zürcherisches Institut sei, und dessen Mitglieder nicht einmal eine Entschädigung beziehen, zu verpflichten, alle beliebigen Streitigkeiten zwischen auswärtigen Kaufleuten an Hand zu nehmen, so oft nur diese es wünschen³⁾. Der neue Entwurf einer Zivilprozessordnung statuiert nun allerdings in dem Abschnitt über den Gerichtsstand eine Erweiterung dieser Annahmepflicht⁴⁾, indem er das Handelsgericht ver-

pflichtet, Streitigkeiten, die seiner Gerichtsbarkeit entsprechen und welche auf dem Wege der Vereinbarung an dasselbe gebracht werden, an Hand zu nehmen, auch wenn nur *der Kläger* seinen ordentlichen Gerichtsstand im Kanton hat¹⁾. Diese Bestimmung ist natürlich im Interesse des zürcherischen Handelsstandes geschaffen worden.

Immerhin hat das Handelsgericht auch jetzt schon und namentlich in früheren Jahren eine Reihe von Streitigkeiten an Hand genommen, welche gar nicht der zürcherischen Judikatur unterstellt gewesen wären. Mit der zunehmenden Geschäftslast sah es sich dann später allerdings genötigt, solche Anfragen konsequent in ablehnendem Sinne zu beantworten. In den hier besprochenen 34 Jahren seines Bestandes hat es als Schiedsgericht im Sinne des jetzigen § 102 des Rechtspflegegesetzes und in freiwilliger Betätigung im ganzen 81 Fälle erledigt.

Besondere Erwähnung verdient aber hier noch die Stellung des zürcherischen Handelsgerichts zum Verein schweizerischer Baumwollspinner. Am 22. Mai 1874 erklärte sich nämlich dasselbe auf ein Gesuch des genannten Vereins hin bereit, Streitigkeiten schweizerischer Spinner mit auswärtigen Baumwolllieferanten betreffend Reklamation der erstern wegen geringer Qualität, falscher Packung oder Gewichtsmanko als Schiedsgericht an Hand zu nehmen und zu entscheiden, unter dem Vorbehalte,

- a) dass auch der Beklagte, sei es durch Vertrag für solche Geschäfte im allgemeinen, sei es durch Wahl eines Domizils im Kanton Zürich für den einzelnen Fall, die Kompetenz des zürcherischen Handelsgerichts anerkannt habe,
- b) dass nur solche Streitigkeiten an Hand genommen werden, in welchen der Wert des Streitobjektes, d. h. nicht etwa der Betrag der Faktura, sondern der Betrag der streitigen Differenz, mindestens 500 Fr. ausmacht,
- c) dass das Handelsgericht sich jederzeit freie Hand behalte, später, wenn die Verhältnisse sich ändern, namentlich die Geschäftslast sich bedeutend vergrößern sollte, auf diesen Beschluss zurückzukommen²⁾.

Dieser Beschluss wurde nicht ohne Bedenken gefasst. Man musste sich sagen, dass die damalige Or-

¹⁾ Über die besondere Besetzung des Gerichts in solchen Fällen vgl. S. 520.

²⁾ A. 1866, Bd. I, S. 1187.

³⁾ R. O. 1874, S. 31, Nr. 3; 1878, Nr. 80; 1885, Nr. 123. S. Z. I, S. 443. S. Z. I, S. 444. H. E. IV, S. 349.

⁴⁾ § 16, Abs. 1 am Schluss. Vgl. dazu den Bericht des Regierungsrates, S. 295.

¹⁾ Der Schlusssatz des zitierten § 16, Abs. 1, gibt dieser Meinung schlechten Ausdruck. Anstatt, wie es dort heisst: „Ausnahmsweise ist das Handelsgericht zur Anhandnahme verpflichtet, wenn wenigstens der Kläger seinen ordentlichen Gerichtsstand im Kanton hat“, sollte es heissen: „Das Handelsgericht macht insofern eine Ausnahme (von dem im ersten Satz Gesagten), als es zur Anhandnahme der Sache verpflichtet ist, wenn u. s. w.“

²⁾ S. Z. I, 444.

ganisation des Handelsgerichts keine bedeutende Vermehrung der Geschäfte erlaube; man musste sich gegenwärtigen, dass für die kaufmännischen Richter ihr Amt nur eine Nebenbeschäftigung sei, welche sie zudem ohne irgend welches Entgelt verrichten, so dass man ihnen nicht die Beurteilung von Streitigkeiten, die in die Gerichtsbarkeit fremder Gerichte fallen würden, zumuten könne. Im fernern hegte man Bedenken wegen der Vollziehung der Urteile im Auslande. Trotz dieser Schwierigkeiten wollte man den Gedanken nicht ohne weiteres preisgeben. Die Möglichkeit einer einheitlichen Anwendung der kosmopolitischen Grundsätze des Handelsrechts und der Feststellung kaufmännischer Usancen in weiteren Kreisen hatte etwas zu Verlockendes. Man versprach sich aus dieser Erweiterung der örtlichen Kompetenz des zürcherischen Handelsgerichts reichen Gewinn sowohl für die Kaufleute als auch für die Richter; für die ersteren Gewinn an Kredit; für die letztern Gewinn an Kenntnissen. Man hoffte auch, die Konstituierung eines solchen gleichsam internationalen Gerichts würde wohl endlich einmal den Anstoss zur Ausführung eines schweizerischen Handelsgesetzbuches und damit auch zur Einsetzung eines Gerichtshofes für die ganze Schweiz geben¹⁾.

Diese Motive veranlassten das Handelsgericht, dem Gesuche der Baumwollspinner unter den oben genannten Bedingungen zu entsprechen. Infolge dieses Beschlusses schlossen eine Reihe schweizerischer, ägyptischer und amerikanischer Firmen eine Vereinbarung, wonach die derselben beigetretenen schweizerischen Baumwollspinner sich verpflichteten, nur mit solchen Baumwollhäusern künftig zu verkehren, welche bei Reklamation der Spinner wegen geringer Qualität, falscher Packung oder Gewichtsmanko die Kompetenz des zürcherischen Handelsgerichts anerkennen²⁾.

Es sind dann in der Folge eine Reihe dieser Prozesse an Hand genommen worden; doch ihre Zahl blieb eine relativ geringe, und sie vermochten nicht, dem zürcherischen Handelsgericht die Stellung zu verschaffen, wie sie in dem zitierten Artikel ausgemalt ist. Zwar erhielt ja die Schweiz schon im Jahre 1874 ihren einheitlichen Zivilgerichtshof; aber er ging nicht etwa aus dem zürcherischen Handelsgericht hervor; auch wurde Zürich bekanntlich nicht dessen Sitz. Dagegen sank das Handelsgericht bis zu einem gewissen

Grade zum erstinstanzlichen Gericht herab, indem nunmehr die Berufung an das Bundesgericht ermöglicht wurde¹⁾.

2. Fragt man nun nach der juristischen Natur des aus § 102 sich ergebenden Kompetenzgrundes, so geben wir zur Antwort, dass es sich hier um *Prorogation* handelt, und nicht etwa um einen *Schiedsvertrag*. Zwar ist ja im Gesetze selbst gesagt, das Handelsgericht entscheide als Schiedsgericht; aber es sprechen die verschiedensten Gründe dafür, dass man bei Aufstellung dieses Paragraphen keineswegs an ein wirkliches Schiedsgericht von wesentlich privatrechtlicher Natur dachte, sondern dass man die ordentliche, staatliche Jurisdiktion im Auge hatte. Das Handelsgericht hatte selbst Gelegenheit, sich über diese Frage auszusprechen in einem Fall²⁾, welcher auf Grund der oben besprochenen Vereinbarung schweizerischer Baumwollspinner an dasselbe gebracht wurde. Dabei schränkten die Parteien ihre Kompetenzanerkennung dahin ein, dass das Handelsgericht als *forum prorogatum* funktionieren sollte, verwahrten sich aber dagegen, dass es die Sache als blosses Schiedsgericht an Hand nehme, weil in diesem Falle eine Weiterziehung an das Bundesgericht ausgeschlossen gewesen wäre³⁾. Das Handelsgericht erklärte, es stehe in diesem Falle nichts entgegen, die Sache an Hand zu nehmen, denn es handle nicht als Schiedsgericht, sondern als staatliches Gericht. In dem betreffenden Entscheide wird gesagt, der staatliche Charakter der Jurisdiktion des Handelsgerichtes auf Grund von § 102 komme darin zum Ausdruck, dass auch bei Anwendung dieses Paragraphen für das Verfahren mit Ausnahme einiger Spezialvorschriften überall die Regeln des ordentlichen Zivilprozesses gelten und keineswegs die speziell für die Schiedsgerichte erlassenen Normen⁴⁾, und darin, dass insbesondere auch für die Kosten- und Entschädigungsfolge keine vom ordentlichen Zivilprozess abweichende Behandlung statthaft sei. Die Kompetenzvorschrift des § 102 enthalte nur eine Spezialnorm für den im § 220 des Rechtspflegegesetzes im allgemeinen angeordneten vereinbarten Gerichtsstand (*forum prorogatum*); sie statuiere in sachlicher Hinsicht eine Einschränkung des letztern auf Handelsstreitigkeiten im Werte von über 500 Fr., und sie enthalte noch die Spezialität, dass das Gericht unter Umständen verpflichtet sei, die auf dem Wege der Vereinbarung an dasselbe gebrachte Streitigkeit an Hand zu nehmen, währenddem die

¹⁾ Vgl. hierzu den Artikel: „Ein internationales Handelsgericht“ in der „Neuen Zürcher Zeitung“, Jahrg. 1874, Nr. 84, abgedruckt in Z. XXV, S. 226.

²⁾ S. Z. I, 124. Der Wortlaut der Vereinbarung ist auch abgedruckt im Handbuche von Meili, Das internationale Zivil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis, 1902, II, S. 268 und 269.

¹⁾ Vgl. S. 551.

²⁾ H. E. XVI, S. 141 ff., u. Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F., XVII, S. 118 ff.

³⁾ Vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 552.

⁴⁾ R., § 732 ff.

übrigen Gerichte gemäss dem genannten § 220 in der Annahme solcher Streitigkeiten durchaus frei seien.

Diese Gründe sind durchaus zutreffend; es lassen sich aber noch weitere, allgemein theoretische Argumente anführen dafür, dass das Handelsgericht so wenig als irgend ein anderes staatliches Gericht als Schiedsgericht angesehen werden darf. Das Hauptmoment des Schiedsvertrages ist ja gerade darin zu finden, dass das staatliche Gericht ausgeschlossen werden und an dessen Stelle eine mit viel geringeren Befugnissen ausgerüstete Mehrheit von Personen gesetzt werden soll. Der Schiedsvertrag ist ferner nur insoweit prozessualischer und also öffentlich-rechtlicher Natur, als er darauf ausgeht, das staatliche Gericht von der Beurteilung eines Rechtsstreites auszuschliessen. Im übrigen aber ist er rein privatrechtlicher Natur, sowohl mit bezug auf den Vertrag unter den Parteien selber, welcher auf Bestellung von Schiedsrichtern zur Beurteilung vorhandener oder künftiger Streitigkeiten geht, als auch bezüglich des Verhältnisses zwischen den Parteien einerseits und dem Schiedsgerichte anderseits. Die besonderen gesetzlichen Bestimmungen sind denn auch überall nicht zwingender, sondern bloss dispositiver Natur. Wie wäre es nun denkbar, dass ein staatliches Gericht ein privatrechtliches Dienstverhältnis zu den Parteien eingehen könnte? Freilich, es lässt sich der Fall denken, dass alle einzelnen Mitglieder eines staatlichen Gerichts zusammen als Schiedsgericht funktionieren; aber dann haben wir es mit ausseramtlicher Tätigkeit der Richter zu tun.

Es widerspricht auch der Natur eines Schiedsvertrages, wenn das Handelsgericht in einzelnen Fällen verpflichtet sein soll, die an dasselbe „als Schiedsgericht“ gebrachten Streitigkeiten anzunehmen¹⁾. Wäre es wirklich ein blosses Schiedsgericht, so müsste das Zustandekommen des Schiedsvertrages immer und überall von seiner Zustimmung abhängen. Dass dies nicht der Fall ist, haben wir weiter oben schon gesehen.

Dem staatlichen Charakter des Handelsgerichtes entspricht auch, wie dies schon in der Begründung des zitierten handelsgerichtlichen Beschlusses angedeutet ist, seine Stellung gegenüber den Parteien. Während die Schiedsgerichte in der Regel keinerlei Strafen verhängen, keine Zeugen einvernehmen dürfen, die sich nicht freiwillig zum Zeugnis hergeben, während es ihnen nicht gestattet ist, Eide abzunehmen²⁾, be-

stehen für das Handelsgericht keine derartigen Beschränkungen, auch wenn es auf Grund von § 102 amtet. Freilich können die Parteien in diesen Fällen eine besondere Besetzung des Gerichts verlangen. Diese Vorschrift bewirkt trotzdem nicht, dass die Parteien ihre „Schiedsrichter“ frei wählen können, denn die Wahl ist ja nur unter einer beschränkten Zahl möglich und nur unter vom Staat berufenen Richtern, welche infolge ihres Auftrages vom Staate Recht sprechen, und nicht infolge Vereinbarung. Der Entwurf des Gesetzes betr. das Gerichtswesen im allgemeinen hat denn auch folgerichtig in § 83 die Worte „als Schiedsgericht“ fallen lassen¹⁾.

IV. Abschnitt.

Das Verfahren.

Nirgends ist das Bedürfnis einer raschen Erledigung grösser, als beim Handelsprozesse. Mit der Einsetzung von Handelsgerichten allein kann diesem Bedürfnis nicht Genüge geleistet werden. Es leuchtet ein, dass zu einer prompten Rechtsverwirklichung auch ein gutes Verfahren gehört, das geeignet ist, rasch dem Ziele entgegenzuführen. Die Fachkenntnis und Tüchtigkeit eines Gerichtes mag eine ausgezeichnete sein; wenn dasselbe durch komplizierte, umständliche Formen in seinem frischen, freien Wirken gehemmt ist, muss die Raschheit der Rechtsprechung darunter leiden, ohne dass dabei, und am allerwenigsten bei Fachgerichten, die Gründlichkeit der Beurteilung etwas gewinnt. Am zweckmässigsten wird deshalb auch hier ein von fesselnden Formen befreites, einfaches und verkürztes Verfahren sein. Wenn nun schon das gewöhnliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die gewünschte Kürze und Einfachheit aufweist, so liegt natürlich kein Grund vor, das Verfahren vor Handelsgericht in eingehender Weise einer besonderen Regelung zu unterwerfen, sondern es wird genügen, die besonderen Bedürfnisse durch einzelne besondere Bestimmungen zu befriedigen. Dies durfte auch das Vorgehen des zürcherischen Gesetzgebers sein; denn da die Einführung einer Zivilprozessordnung mit der Einführung des Handelsgerichtes Hand in Hand ging, konnte bei der Ausarbeitung der erstern die nötige Rücksicht auf das letztere genommen werden. So erklärt sich, dass nur wenige besondere Bestimmungen für das

¹⁾ Diese Verpflichtung wurde vom Handelsgericht seinerzeit allerdings bestritten, eben weil es davon ausging, dass es als wirkliches Schiedsgericht handle und zu seiner Konstituierung deshalb allseitige Zustimmung erforderlich sei. Vgl. R. O. 1882, Nr. 84, 3.

²⁾ Vgl. z. B. R., § 736.

¹⁾ Vgl. hierzu: Fehr, Das Schiedsgericht in der schweizerischen Zivilprozessgesetzgebung. Zürich 1903. S. 10 ff.

Verfahren vor Handelsgericht erlassen wurden¹⁾. Es gelten deshalb die übrigen Bestimmungen der Zivilprozessordnung auch für das Verfahren vor Handelsgericht, soweit nicht besondere Bestimmungen entgegenstehen. Was den eigentlichen Gang des Verfahrens anbetrifft, sind laut ausdrücklicher Gesetzesbestimmung (R., § 548) alle jene Rechtssätze anwendbar, welche für das Verfahren vor den Bezirksgerichten im gewöhnlichen Zivilprozesse gelten; natürlich auch hier nur mit der eben genannten Einschränkung. Die ausserordentlichen Verfahrensarten kommen für das Handelsgericht nicht in Betracht, indem, wie wir schon im Kapitel über die Kompetenz gesehen haben, das Vollstreckungsverfahren auch in Handelssachen, sowie das Verfahren in nicht streitigen Handelsangelegenheiten, nicht dem Handelsgericht, resp. dessen Präsidenten, übertragen wurde, wie es ursprünglich beabsichtigt war.

§ 7. Allgemeines betreffend das Verfahren.

Es kann nicht unsere Aufgabe sein, eine vollständige Darstellung der allgemeinen Bestimmungen der zürcherischen Zivilprozessordnung zu geben. Wir greifen heraus, was dem Verständnis des Ganzen dient und für den Handelsprozess von besonderem Interesse ist, und behalten uns vor, bei der Darstellung der statistischen Ergebnisse noch einzelne Bemerkungen anzubringen.

I. Der Gerichtsstand²⁾.

Der Gerichtsstand des Handelsgerichtes kann natürlicherweise nur für eine Person oder Sache in Frage kommen, deren Gerichtsstand bei den zürcherischen Gerichten überhaupt begründet ist. Das Handelsgericht ist ein Glied des zürcherischen Gerichtsorganismus, seine örtliche Zuständigkeit fällt mit den Grenzen der zürcherischen Gerichtsbarkeit zusammen.

1. Gemäss Art. 59 der Bundesverfassung und in Übereinstimmung mit demselben wird auch nach zürcherischem Recht der **allgemeine Gerichtsstand** durch den *Wohnort* des Beklagten bestimmt. Wenn dieser keinen festen Wohnsitz hat, so ist für seinen Gerichtsstand der Aufenthaltsort, und wenn ein solcher nicht bekannt ist, der letzte bekannte Aufenthaltsort massgebend. Während Klagen gegen Personen, welche einen gesetzlichen Vertreter haben (Ehemann, Vater, Vormund), im allgemeinen am Wohnsitz dieses letztern

¹⁾ Z. Pr. O. 1867, §§ 367—374. Einzelne dieser Bestimmungen wurden durch § 375 ebendasselbst auch für das Verfahren der ordentlichen Gerichte in Handelssachen anwendbar erklärt. R., § 542 bis § 549. Der Entwurf stellt diese Spezialbestimmungen nicht mehr zusammen, sondern bringt sie zerstreut an den einschlägigen Orten.

²⁾ Z. Pr. O. 1867, §§ 1—16; R., §§ 209—224; E. G. zu Sch. und K. §§ 91—95; Z. Pr. O., Entw., §§ 1—20.

anzuheben sind, sollen Klagen gegen Berufs- und Handelsfrauen und gegen minderjährige Kaufleute aus Forderungen, welche aus dem ihnen gemäss Art. 34 und 35 des schweizerischen Obligationenrechtes bewilligten Geschäftsbetrieb herrühren, am Orte des Geschäftsbetriebs und gegen den Schuldner selbst geführt werden¹⁾.

Als Wohnort von juristischen Personen und Gesellschaften, die im Handelsregister eingetragen sind, ist ihr Sitz anzusehen; für nicht eingetragene juristische Personen kommt der Hauptsitz der Verwaltung in Betracht²⁾. Im Ausland wohnende Schuldner, welche in der Schweiz eine Geschäftsniederlassung besitzen, können für die auf Rechnung der letztern eingegangenen Verbindlichkeiten am Orte derselben belangt werden. Der Entwurf dehnt das Forum der Geschäftsniederlassung auch auf Inländer aus³⁾. Bei Forderungen, für welche ein Faustpfand besteht, kann die Klage betreffend das Forderungsrecht entweder am Wohnsitz des Schuldners oder an dem Orte, wo das Pfand oder dessen wertvollster Teil sich befindet, angehoben werden. Diese Bestimmung soll zwar nicht einen Gerichtsstand für die Forderung als solche schaffen, sondern nur dem Gläubiger die Möglichkeit geben, das ganze zur Realisierung seines Pfandrechts nötige Verfahren, wobei die Feststellung der Forderung als Voraussetzung für die Geltendmachung des Pfandrechts mit eingeschlossen ist, an dem Orte durchzuführen, an dem sich das Pfand befindet⁴⁾.

2. Von den **besondern Gerichtsständen** fällt für uns namentlich in Betracht der *Gerichtsstand des Vertrages*. Nach § 214 des Rechtspflegegesetzes ist für Rechtsgeschäfte, welche ihrer Natur nach oder nach dem Willen der Parteien am Orte ihres Abschlusses sofort beidseitig zu erfüllen sind, der Gerichtsstand des Vertrages in dem Sinne begründet, dass die Klage so lange an dem betreffenden Ort angebracht werden kann, als der Beklagte an demselben anwesend ist oder Vermögensstücke daselbst besitzt. Nun ist aber zu bemerken, dass die Bedeutung dieses Satzes eingeschränkt wird durch den Art. 59 der Bundesverfassung, indem dieser die Anwendung der genannten Bestimmung auf Schweizer, die in einem andern Kanton wohnen, ausschliesst, so dass sie nur innerhalb des Kantons Gültigkeit besitzt, sowie gegenüber Ausländern oder Schweizern im Ausland, welche bei einem Aufenthalte in der Schweiz das forum contractus begründen. Der Entwurf lässt aus diesen Gründen den genannten Gerichts-

¹⁾ E. G. zu Sch. und K., § 91, Ziffer 2.

²⁾ E. G. zu Sch. und K., § 91, Ziffer 3.

³⁾ E. G. zu Sch. und K., § 91, Ziffer 4; Z. Pr. O., Entw., § 2, Ziffer 5.

⁴⁾ E. G. zu Sch. und K., § 92; vgl. H. E. XVI, S. 157 ff., und Z. Pr. O., Entw., § 12.

stand ganz fallen, so sehr auch die Beibehaltung desselben im Interesse des Verkehres läge. Es darf freilich dabei in Berücksichtigung gezogen werden, dass durch die Möglichkeit der Auswirkung eines Arrestes und der damit verbundenen Begründung eines Gerichtsstandes in der Schweiz auch Vorsorge getroffen ist gegenüber auswärts wohnenden Schuldnern¹⁾. Neben diesem *forum contractus* kennt das zürcherische Gesetz auch ein *forum solutionis* gegenüber Personen, welche in der Schweiz keinen festen Wohnsitz haben. Gegen diese kann an dem Orte geklagt werden, wo der Vertrag nach der Meinung der Parteien erfüllt werden soll, wenn sie sich daselbst aufhalten oder wenn sich Vermögensstücke daselbst befinden²⁾. Von geringerer Bedeutung für den Handel ist das *forum delicti commissi*³⁾.

Die Besonderheiten, welche die Wahl des Handelsgerichtes als *forum prorogatum* gegenüber dem gewöhnlichen vereinbarten Gerichtsstand mit sich bringt, sind weiter oben schon dargelegt worden; es mag genügen, an dieser Stelle auf jene Ausführungen zu verweisen⁴⁾.

II. Kosten⁵⁾ und Kautionen.

Die gerichtlichen Kosten setzen sich zusammen aus Barauslagen, Schreibgebühren und Staatsgebühren. Barauslagen entstehen namentlich durch die Vorladungen, Zeugeneinvernahmen und Expertisen; für Ausfertigung von Urteilen und Beschlüssen, sowie für Protokollauszüge und Abschriften wird eine Schreibgebühr von 30 Rp. für die Folioseite bezogen⁶⁾. Die Gebühren, welche zu Handen der Staatskasse bezogen werden, waren früher viel geringere. Nach dem Gesetz betreffend die Gebühren und Sporteln von 1853 wurden für Urteile aus dem Gebiete des Sachen-, Obligationen- und Erbrechts folgende Staatsgebühren bezogen:

| | |
|---|---------------|
| Fr. 10 bei einem Streitwert von Fr. | 500— 5,000 |
| „ 30 „ „ „ „ | 5,000—10,000 |
| „ 40 „ „ „ „ | 10,000—20,000 |
| „ 50 „ „ „ „ | über 20,000 |
| Für jedes andere Urteil im Zivilprozess Fr. 10. | |

Das geltende Rechtspflegegesetz bestimmt nunmehr in § 1183 folgendes. Das Handelsgericht bezieht:

1. Für ein Urteil oder einen Revisionsentscheid Fr. 50—500.
2. Für einen Erledigungsbeschluss vor der Hauptverhandlung Fr. 10 und nach stattgehabter Haupt-

¹⁾ Vgl. den Bericht an den Regierungsrat zu den Entwürfen vom Juli 1900, S. 294.

²⁾ R., § 215.

³⁾ R., § 216.

⁴⁾ Vgl. S. 538.

⁵⁾ Z. Pr. O. 1866, §§ 43—57; R., §§ 263—281; Z. Pr. O., Entw. 1901, §§ 55—86.

⁶⁾ R., § 1186.

verhandlung die Hälfte der unter Ziffer 1 angesetzten Gebühr.

Veranlasst durch eine vom Kantonsrat beim Obergericht gemachte Anregung, zu prüfen, auf welchem Wege die gleichmässige Anwendung einer angemessenen Staatsgebühr bei den Gerichtsstellen zu erzielen sei, hat das Handelsgericht folgende Skala aufgestellt:

Bei einem Streitwert von

| | mindestens | durchschnittlich | höchstens |
|-----------------|------------|------------------|-----------|
| Fr. 500— 1,000 | Fr. 50 | Fr. 70 | Fr. 100 |
| „ 1,000— 2,000 | „ 60 | „ 90 | „ 150 |
| „ 2,000— 5,000 | „ 80 | „ 150 | „ 250 |
| „ 5,000—10,000 | „ 100 | „ 200 | „ 350 |
| „ 10,000—20,000 | „ 200 | „ 300 | „ 450 |
| „ über 20,000 | „ 300 | „ 400 | „ 500 |

Bei der Ausmessung der Gebühr innerhalb dieser Grenzen wird zum Teil der Streitwert, zum Teil der Umfang des Prozesses berücksichtigt.

Der Ansatz von Fr. 10 für einen Erledigungsbeschluss vor der Hauptverhandlung ist entschieden zu klein; diese Prozesse verursachen den Richtern angesichts des weitläufigen Vorverfahrens schon vor der Hauptverhandlung viel Mühe und Zeitverlust.

Von Interesse sind sodann auch die Prozesskautionen, welche von auswärts Wohnenden zu leisten sind. Das geltende Gesetz bestimmt, dass ein Kläger oder Widerkläger, sowie ein Appellationskläger oder Rekurrent für die Prozesskosten und auch für die Prozessentschädigung angemessene Kautionspflicht zu leisten habe, sofern er im Kanton keinen festen Wohnsitz hat. Der Entwurf will nun diese Kautionspflicht nur für ausserhalb der Schweiz wohnende Litiganten eintreten lassen. Seit dem Inkrafttreten des internationalen Übereinkommens betreffend den Zivilprozess vom 25. Mai 1899 und durch den in Aussicht stehenden Konkordatsabschluss wird diese Ausländerkautionspflicht fast ganz verschwinden, was für den Kredit unserer Kaufleute bei denjenigen anderer Kantone und des Auslandes gewiss nur fördernd sein kann.

III. Allgemeine Grundsätze des Verfahrens¹⁾.

1. Die zürcherische Rechtspflege beruht auf dem Grundsatz der **Mündlichkeit** und **Unmittelbarkeit**, womit in engem Zusammenhang die freie Beweiswürdigung und die Einfachheit der Protokollführung²⁾ steht. Dieser Grundsatz ist aber keineswegs einseitig durchgeführt; das mündliche Verfahren wird im Gegenteil vom schriftlichen auf Schritt und Tritt begleitet. So ist z. B. das Verfahren zur Vorbereitung der Schlussverhandlung, des letzten Teiles des Beweisverfahrens,

¹⁾ R., §§ 282 ff.

²⁾ R., §§ 153, 329.

schriftlich; so ist das Rekursverfahren schriftlich; ja, es kann in Prozessen, welchen ein verwickelter Tatbestand zu Grunde liegt, an Stelle der mündlichen Hauptverhandlung ein schriftliches Verfahren treten, u. s. w.¹⁾; auch sind in der Hauptverhandlung die Parteivorträge in erster Instanz möglichst genau in das Protokoll aufzunehmen²⁾. Und gerade im handelsgerichtlichen Verfahren findet, wie wir später noch des genauern auseinanderzusetzen haben, ein vorbereitender Schriftenwechsel statt. Aber trotz dieser zahlreichen Ausnahmen bleibt die mündliche Verhandlung die Grundlage für die Rechtsprechung der Einzelrichter und Kollegialgerichte.

2. Ein weiterer Grundsatz ist die **Öffentlichkeit** des Verfahrens, sowohl den Parteien als dem Publikum gegenüber. Nach § 144 des Rechtspflegegesetzes sind die Partei- und Beweisverhandlungen, sowie die Eröffnung der Urteile und Beschlüsse bei allen Gerichten öffentlich; eine Ausnahme findet nur statt für Ehescheidungs- und Vaterschaftsprozesse. Beim Kassationsgericht und der Appellationskammer des Obergerichts sind auch die Beratungen öffentlich; und auch den übrigen Gerichtsstellen ist gestattet, grundsätzlich öffentliche Beratung zu beschliessen. Von dieser Massregel hat man für das Handelsgericht Umgang genommen, wohl um die freie Meinungsäusserung der Handelsrichter, welche als Geschäftsleute manchmal die Rache der Verurteilten in dieser oder jener Form zu befürchten hätten, nicht zu beeinträchtigen. Dagegen ist die Öffentlichkeit der Partei- und Beweisverhandlungen auch für den Handelsprozess beibehalten worden. Man konnte sich fragen, ob es nicht im Interesse des Handelsstandes läge, die Öffentlichkeit ganz auszuschliessen, da durch dieselbe ja notwendigerweise die Handelsverbindungen, die Vermögensverhältnisse der Kaufleute und anderes mehr der allgemeinen Kenntnis preisgegeben werden. Dem gegenüber ist zu bemerken, dass die Öffentlichkeit eine willkommene Kontrolle der Unabhängigkeit und Rechtlichkeit der kaufmännischen Richter schafft und zusammen mit der erforderlichen Motivierung des Urteils ein Gegengewicht bildet gegen die durch die freie Beweistheorie geschaffene Möglichkeit der Willkür, was alles das Zutrauen zur Rechtspflege zu mehren geeignet ist. Die Öffentlichkeit geht aber auch nicht gegen das Interesse des guten Elements im Handelsstande, denn der Unredliche, der Zahlungsflüchtige wird sich zweimal besinnen, ehe er es auf einen Prozess mit seiner grossen Öffentlichkeit ankommen lässt; der redliche und solide Kaufmann aber hat von der Öffentlichkeit nichts zu befürchten, indem sie ja nur dazu dienen kann, sein

wirklich reelles Geschäftsgebahren dem Publikum zu zeigen und ihn zu empfehlen.

3. Der zürcherische Zivilprozess beruht sodann auf der **Verhandlungsmaxime**, mit welcher als notwendiges Korrelat der Grundsatz des gleichen, wechselseitigen Gehörs verbunden ist. *Invitus nemo agere cogitur*; niemand kann gezwungen werden, ein ihm zustehendes Recht wider seinen Willen oder früher, als er will, geltend zu machen, dagegen kann allerdings eine Partei vom begonnenen Prozess nur noch abstehen unter der Erklärung, dass der Anspruch zur Zeit oder in der Art, wie er erhoben wurde, nicht bestehe¹⁾. *Judex ne procedat ex officio*; soweit das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes vorschreibt, ist es lediglich Sache der Parteien, dem Richter das Tatsächliche des Streitfalles darzulegen; Einreden und Gegeneinreden dürfen, mit Ausnahme derjenigen, deren Nichtbeachtung Ungültigkeit des Verfahrens zur Folge hätte, nicht von Amtes wegen ergänzt werden, und gemäss dem Grundsatz „*quod non est in actis non est in mundo*“ können tatsächliche Verhältnisse nur, soweit sie sich auf die Akten gründen, berücksichtigt werden. Ebenso wenig darf der Richter von sich aus einer Partei weder mehr noch etwas anderes zusprechen, als sie selbst verlangt, noch minder, als der Gegner anerkannt hat²⁾. Abweichungen von der Verhandlungsmaxime kommen vor im Bevogtigungs-, Vaterschafts- und im Ehescheidungsprozess, wo eben auch öffentliche Interessen in Frage kommen; und namentlich im Beweisverfahren überhaupt (vgl. S. 546).

Ist die Herbeischaffung des Prozessstoffes Sache der Parteien, so liegt die Leitung des Verfahrens ganz dem Richter ob, und er ist für einen richtigen Prozessbetrieb und die rasche Erledigung des Streites verantwortlich³⁾. Es leuchtet ein, dass der hier statuierte Officialbetrieb sehr wohl mit der Verhandlungsmaxime vereinbar ist; auch die freie Stellung des Richters gegenüber den Parteien, wie sie die zürcherische Prozessgesetzgebung kennt, verstösst nicht gegen dieses Prinzip. Wenn es dem Richter zur Pflicht gemacht wird, jede böswillige oder mutwillige Prozessführung von Amtes wegen disziplinarisch zu ahnden; wenn er berechtigt ist, von Amtes wegen eine Partei durch Befragung zu veranlassen, die einzelnen Verumständungen trölerhaft abgeleugneter Tatsachen anzugeben; wenn es ihm ferner zusteht, die Unklarheit und Unvollständigkeit der Parteivorträge durch geeignete Fragen zu heben⁴⁾, so liegt hierin noch keine

¹⁾ R., § 487.

²⁾ R., § 484.

¹⁾ R., §§ 283, 318, Abs. 4.

²⁾ R., §§ 286, 291.

³⁾ R., § 284.

⁴⁾ R., §§ 282, 287.

Gefährdung der Objektivität des Zivilrichters, während andererseits alle diese Bestimmungen dazu dienen, ihm seine Aufgabe zu erleichtern und ihm eine rasche und richtige und damit auch gerechte Beurteilung des durch die Parteien beschafften Prozessstoffes zu ermöglichen und zugleich Treu und Glauben, diese wichtigen Momente von Handel und Verkehr, zu unterstützen und zu fördern.

4. Ein letzter Grundsatz ist die **Eventualmaxime**. Da jede Partei in der Regel nur zwei Vorträge hat, nämlich Klagebegründung und Replik einerseits, Klagebeantwortung und Duplik andererseits, so ist sie genötigt, ihre verschiedenen Standpunkte gleichzeitig geltend zu machen. Es ist richtig, dass dies die Parteien bisweilen dazu führt, alle möglichen Eventualitäten herauszudüffeln, und manchmal dazu beiträgt, die mündlichen Vorträge etwas weitläufig zu machen, aber andererseits bringt es doch den Vorteil mit sich, dass die streitenden Teile veranlasst werden, sich gründlich vorzubereiten, so dass sie in der Lage sind, dem Richter in einer einzigen Verhandlung den Fall des genauesten darzulegen. Es gibt auch Mittel, um den Auswüchsen der Eventualmaxime entgegenzutreten. Wenn z. B. eine Partei einen Eventualstandpunkt einnimmt, dessen faktische Grundlage mit derjenigen des Prinzipalstandpunktes in Widerspruch steht, so ist sie mit demselben nicht nur nicht zu hören, wohl aber nötigenfalls wegen Trölerei disziplinarisch zu bestrafen¹⁾. Eine unzweifelhaft begründete Ausnahme von der Eventualmaxime liegt darin, dass die Einrede der Inkompetenz in der Regel vor der Verhandlung über die Sache selbst vorgebracht werden muss²⁾.

§ 8. Der Gang des Verfahrens.

I. Das Sühnverfahren³⁾.

Alle Zivilstreitigkeiten, welche auf den Weg des ordentlichen Prozesses gebracht werden, unterliegen einem vorgängigen Sühnverfahren vor dem Friedensrichter, soweit nicht ausdrücklich andere Sühnbehörden aufgestellt sind oder soweit nicht das Sühnverfahren ausdrücklich den Parteien erlassen ist. Im ordentlichen Verfahren vor dem Einzelrichter, den Bezirksgerichten und dem Handelsgerichte findet kein Sühnverfahren statt bei Klagen eines Betriebenen auf Aberkennung einer Forderung nach Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung, bei Klagen auf Zahlung einer Wechsel-Forderung nach Erteilung des Rechtsvorschlages und Hinterlegung des streitigen Betrages und endlich bei Klagen auf Anerkennung eines Forderungsrechtes nach erteiltem Rechtsvorschlag im Arrest-

¹⁾ Vgl. R. O. 1875, S. 108, Nr. 4; 1886, Nr. 37.

²⁾ R., § 332.

³⁾ R., §§ 294 ff.

verfahren¹⁾. Beim Handelsgerichte kommt noch dazu, dass auch in andern besonders dringlichen Fällen die Klage ausnahmsweise mit Umgehung des Friedensrichteramtes unmittelbar anhängig gemacht werden kann²⁾. Über die Frage der Dringlichkeit entscheidet das Handelsgericht selbst und weist nötigenfalls den Kläger an den Friedensrichter zurück zur Beibringung einer Weisung. Man sieht, dass die Bestimmung keine glückliche ist.

Der Friedensrichter hat das Vorbringen der Parteien gewissenhaft zu prüfen und denselben gegen die Erhebung offenbar unbegründeter Ansprachen oder Bestreitung begründeter Rechtsbegehren die geeigneten Vorstellungen zu machen; bei zweifelhaften Rechtsansprüchen soll er die Parteien zu vergleichen suchen. Zweck des Sühnverfahrens ist demnach die gütliche Beilegung des Streites; man hat deshalb den Friedensrichter mit bezug auf diese Seite seiner Tätigkeit nicht unzutreffend den „juristischen Pastor“ genannt³⁾. Aber auch wenn der Sühnversuch fehlschlägt und seinen eigentlichen Zweck nicht erreicht, wird durch denselben doch ein Nebenerfolg herbeigebracht, der auch nicht zu unterschätzen ist. Der Prozess wird durch die Sühnverhandlung bis zu einem gewissen Grade vorbereitet, indem die Parteien gehalten sind, hier schon die in ihren Händen liegenden Urkunden, welche sie im Laufe des Rechtsstreites geltend zu machen gedenken, vorzulegen oder im Fall schriftlicher Behandlung der Sache dieselben wenigstens beim Gemeindeammann ihres Wohnortes zur Einsicht der Gegenpartei zu deponieren; indem weiter der Friedensrichter schon die Parteien zu veranlassen hat, sich auf einen oder zwei Sachverständige zu vereinigen, sofern sie darüber einig sind, dass der Streit ohne das Gutachten solcher nicht entschieden werden könne, und indem endlich die friedensrichterliche Weisung, vermittelt welcher der Rechtsstreit beim zuständigen Gerichte anhängig gemacht wird, das Rechtsbegehren bestimmt formuliert, den Streitwert fixiert, die Parteien bezeichnet und allfällige Urkunden aufführt, was alles dem urteilenden Richter schon eine willkommene Grundlage bietet.

II. Das Hauptverfahren.

A. Vorbereitendes Verfahren⁴⁾.

1. Die **Anhängigmachung** des Rechtsstreites beim Handelsgerichte vollzieht sich durch Einreichung der

¹⁾ E. G. zu Sch. und K., § 97.

²⁾ R., § 542, Absatz 2.

³⁾ Meili, Grundriss zu Vorlesungen über das Zivilprozessrecht des Kantons Zürich und des Bundes Zürich 1888, S. 23.

⁴⁾ Z. Pr. O. 1866, §§ 109 ff.; R., §§ 317 ff.; Z. Pr. O., Entwurf 1901, §§ 118 ff.

friedensrichterlichen Weisung nebst einer kurzen schriftlichen Eingabe, in welcher alle Rechtsbegehren, sowie der tatsächliche Klagegrund unter Beilegung der sachbezüglichen Akten möglichst kurz, aber genau zu bezeichnen sind. In den Fällen, in denen kein Sühnverfahren vor Friedensrichter stattgefunden hat¹⁾, ist hier, wie im ordentlichen Verfahren vor dem Einzelrichter und dem Bezirksgerichte, eine Klageschrift im Doppel einzureichen, welche die genaue Bezeichnung des Klägers und des Beklagten, das Rechtsbegehren, das heisst die genaue Bezeichnung des Anspruchs, welchen der Kläger an den Beklagten stellt, und die Bezeichnung allfälliger Beweismittel, welche soweit als möglich der Klageschrift beizulegen sind, enthalten soll. Das eine Doppel der Klageschrift ist dann dem *Beklagten* mit der Vorladung zur Hauptverhandlung mitzuteilen. Die Besonderheit des handelsgerichtlichen Verfahrens besteht darin, dass in allen Fällen, auch wenn eine friedensrichterliche Weisung vorhanden ist, eine Klageschrift einzureichen ist. Die Ausfertigung derselben im Doppel und die Zustellung des einen Exemplars an den Beklagten war im handelsgerichtlichen Verfahren schon vor dem Inkrafttreten des Einführungsgesetzes zum eidgenössischen Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz tatsächlich bei allen Arten von Klagen die Regel. Diese bezweckt, eine allgemeine Orientierung über die Streitsache zu geben und das Gericht in die Lage zu versetzen, Streitigkeiten, welche offenbar nicht in dessen Kompetenz fallen, ohne Vorstand der Parteien durch einfachen Beschluss von der Hand zu weisen, welche Massregel bei einem Spezialgerichte natürlicherweise öfter nötig wird als bei einem ordentlichen Gerichte. Der Überblick über das Wesen der Streitsache, welchen diese Klageschrift gibt, ermöglicht dem Handelsgerichtspräsidenten auch die Bestellung eines geeigneten Referenten.

2. Zur gehörigen Vorbereitung der Hauptverhandlung sind dem Handelsgerichtspräsidenten besondere Befugnisse eingeräumt. Er kann einen **Schriftenwechsel** anordnen, indem er befugt ist, überall, wo es notwendig erscheint, den Beklagten zu einer kurzen schriftlichen Beantwortung der Klage oder zu schriftlichen Erklärungen über einzelne Punkte anzuhalten²⁾. Dieser Schriftenwechsel, welchen erst das Gesetz von 1874 gebracht hat, ist nun ganz zur Regel geworden. Zwar wurde in Anerkennung der Vorteile, welche dieses Prozedere für das handelsgerichtliche Verfahren bietet, schon unter dem früheren Gesetze der beklagten Partei jeweilen Gelegenheit geboten, die Klageschrift schriftlich zu beantworten, aber ein Zwang war unzu-

lässig. Dem Wunsche, es möchte ein solcher statuiert werden und es möchten dem Handelsgerichtspräsidenten Mittel in die Hand gegeben werden, um den Streit im Instruktionsverfahren möglichst sorgfältig vorbereiten zu können, ist durch das geltende Gesetz entgegengekommen worden. Dasselbe gibt in § 547 dem Handelsgerichtspräsidenten ausser der schon erwähnten die weitere Befugnis, zur Einreichung oder Bezeichnung von Beweismitteln schon *vor der Hauptverhandlung* zerstörlische Fristen anzusetzen und überhaupt in allen Fällen, welche sich hierzu eignen, das Nötige zu verfügen, damit sofort nach der Hauptverhandlung das Endurteil ausgefällt werden kann. Es ist zwar die Befürchtung ausgesprochen worden, dass dieser Schriftenwechsel auf Kosten der Parteien von den Anwälten leicht zu weitläufig gemacht werden könne, wobei auch dem Gericht wenig gedient wäre, wenn die Richter nicht schon vor der Hauptverhandlung dem Studium dieser langen Schriften bedeutende Zeit opfern wollten. Es ist zuzugeben, dass diese Gefahr nahe liegt; aber es liegt ja auch in der Hand des Gerichts, durch einfache Zurückweisung ungebührlich weitläufiger Schriften wirksam entgegenzutreten. (Vgl. R., § 494.)

3. Von ganz besonderer Wichtigkeit für die Vorbereitung der Hauptverhandlung sind sodann die **Referentenaudienzen**. Es dürfen von allen Gerichten in wichtigen und besonders schwierigen Fällen solche angeordnet werden, sofern dies ohne besondere Belästigung der Parteien geschehen kann; das Handelsgericht dagegen ist befugt, in allen Fällen solche abzuhalten¹⁾, und da sie sich als zweckmässig erwiesen haben, ist deren Abhaltung die Regel geworden, und es pflegen denselben ausser den Referenten alle übrigen kaufmännischen Richter, sowie auch die juristischen Mitglieder des Gerichts beizuwohnen. Die Parteien sind bei Vermeidung von Ordnungsbusse angehalten, in den Referentenaudienzen ihre sämtlichen Angriffs- und Verteidigungsmittel vorläufig vorzulegen. Ein Protokoll wird in denselben nicht geführt; es werden bloss rechtsverbindliche Erklärungen vorgemerkt, sowie auch die nötigen Notizen gemacht über angebotene Beweismittel. Durch diese Referentenaudienzen gelangt das Gericht zu einer vollständigen Aktenvorlegung. Indem ferner beide Parteien den einzunehmenden Standpunkt summarisch vorzutragen haben, dienen sie dazu, die streitigen tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu präzisieren, wodurch die weitere Prozessleitung auf das erfolgreichste unterstützt wird; sie ermöglichen namentlich auch die Abnahme der Beweise unmittelbar nach der Hauptverhandlung; Expertisen, deren Notwendigkeit sich schon in der Referentenaudienz

¹⁾ Vgl. E. G. zu Sch. und K., § 97.

²⁾ R., § 547.

¹⁾ R., § 543.

ergibt, werden, wo es tunlich ist, schon vor der Hauptverhandlung erhoben, und der Experte wird zum mündlichen Referate zur Hauptverhandlung vorgeladen, wie dies auch mit den Zeugen geschieht. Es leuchtet ein, dass die mündliche Verhandlung für den Richter, und besonders für den kaufmännischen Richter, der sich nicht gewohnt ist, längere Vorträge anzuhören und zu verarbeiten, viel grösseren Wert erlangt, wenn er die Akten vor derselben studieren kann. Die mündliche Verhandlung verliert dadurch, dass der Stoff dem Richter schon in der Referentenaudienz in grossen Zügen vorgeführt wurde, nicht an Interesse; dasselbe wird im Gegenteil recht geweckt, indem es in der erschöpfenden Hauptverhandlung nicht mehr in der Menge des Details erdrückt wird, da der Richter infolge der guten Vorbereitung das Erhebliche vom Unwesentlichen zu scheiden vermag. Die Beratungen, die sich in den meisten Fällen an die mündliche Verhandlung und die Beweisabnahme anschliessen, gewinnen unter dem Eindrucke derselben an Frische und Sicherheit. Würden nicht der Schriftenwechsel und die Referentenaudienzen den Richter so gründlich vorbereiten, so müsste in der Mehrzahl der Fälle die Urteilsberatung verschoben werden, und die Richter wären genötigt, oft lange Protokolle über mündliche Verhandlungen nachzulesen. Dass dies aber viel zeitraubender ist als die einfache Anhörung von Vorträgen, liegt auf der Hand. Je mehr der Grundsatz der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit zu Geltung kommt — und dies geschieht ja in fast idealer Weise, wenn die Hauptverhandlung, die Beweisabnahme und die Urteilsfällung in einem Termin erfolgen — desto mehr kann auch das kaufmännische Element sich geltend machen. Indessen liegt hier die Gefahr vor, dass die Referentenaudienz zu einer Art Hauptverhandlung ausarten kann, wenn die Parteivertreter auf das Detail eingehen, anstatt ihren Standpunkt nur zu skizzieren, wodurch natürlich die Hauptverhandlung zu einem geistlosen Ablesen der Parteischriften und einem langweiligen Nachkauen des in der Referentenaudienz Vorgebrachten herabsinken würde; aber auch hier muss eben die Prozessleitung korrigierend eingreifen und diese nachteiligen Folgen verhüten.

Die Referentenaudienzen sind auch sehr dazu geeignet, die Herbeiführung von Vergleichen, wozu das Handelsgericht in jedem Stadium des Prozesses befugt ist, zu erleichtern. Der Richter, welcher die streitigen Fragen und die den Parteien zur Verfügung stehenden Angriffs- und Verteidigungsmittel kennt, kann die im Unrecht sich befindende Partei auf ihre schwachen Seiten aufmerksam machen und, wie es vom Friedensrichter verlangt wird, bei zweifelhaften

Fällen die Parteien zur Nachgiebigkeit bewegen, ohne denselben Unbilliges zuzumuten.

Die Referentenaudienzen bieten demnach grosse Vorteile und bilden andererseits keine grosse Belästigung für Parteien und Richter. Erstere brauchen an denselben nie persönlich zu erscheinen; letztere sind schon am Gerichtsort anwesend, da diese Audienzen immer im Anschluss an Sessionen gehalten werden, und zwar gewöhnlich für die auf eine Woche später vertagten Fälle.

B. Die Hauptverhandlung¹⁾.

Während beim vorbereitenden Verfahren der Schriftenwechsel und die regelmässig stattfindende Referentenaudienz Besonderheiten des Handelsprozesses bilden, bestehen bei der Hauptverhandlung keine solchen. Wir können uns deshalb damit begnügen, dieselbe kurz zu skizzieren.

Die mündliche Hauptverhandlung bezweckt die erschöpfende Darstellung und Begründung des Streitverhältnisses behufs sofortiger Ausfällung des Erkenntnisses, beziehungsweise Einleitung des Beweisverfahrens. Die Parteien haben ihre Anträge, sowie alle erheblichen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, auf welche sie sich stützen, möglichst speziell und bestimmt vorzutragen, die Beweismittel hierfür vorzulegen oder, soweit dies nicht möglich ist, genau zu bezeichnen. Eine Widerklage ist mit der Antwort auf die Hauptklage zu verbinden. Jede Partei hat auch speziell und bestimmt zu erklären, ob sie die Begehren, tatsächlichen Behauptungen und Beweismittel der andern Partei anerkenne und welche Gegenbeweise sie zu führen gedenke. Tatsachen, welche nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden zu betrachten, wenn nicht aus den übrigen Erklärungen der Partei sich der Wille der Bestreitung ergibt. Dieser letztere, für die Parteien ungemein gefährliche Satz wird vom Entwurf gestrichen; doch auch schon nach dem geltenden Recht hat der Richter die Beobachtung des vorgeschriebenen Verfahrens zu überwachen und zu diesem Zwecke Unbestimmtheiten und Unklarheiten sofort durch geeignete Fragen zu heben. Durch dieses Fragerecht werden die für eine unbeholfene Partei bestehenden Bedenklichkeiten der Eventualmaxime gemildert; andererseits kommt dank dieses Grundsatzes eine ausserordentliche Konzentration des faktischen und rechtlichen Materials zu stande. Ein Nachbringen von solchem kann nur stattfinden mit bezug auf Begehren, welche erst im Laufe des Prozesses veranlasst werden, und auf Tatsachen, von denen die Partei nach-

¹⁾ Z. Pr. O. 1866, §§ 109—129; R., §§ 329—337; Z. Pr. O., Entwurf, §§ 128—139.

weisen oder doch in hohem Grade wahrscheinlich machen kann, dass sie dieselben auch bei angemessener Tätigkeit nicht habe kennen oder anrufen können.

In Prozessen, in denen wegen allzu grosser Ausdehnung oder Verwicklung der tatsächlichen Verhältnisse eine genügende Aufklärung durch eine mündliche Verhandlung unwahrscheinlich ist, kann der Gerichtsvorstand an Stelle der Hauptverhandlung sowohl von Amtes wegen als auch auf Antrag einer Partei ein „schriftliches Vorverfahren“¹⁾ anordnen, bei welchem die Vorschriften über die Hauptverhandlung analoge Anwendung finden. Es sind jedoch dabei die tatsächlichen Verhältnisse in gedrängtester Kürze, die rechtlichen Erörterungen bloss andeutungsweise darzustellen und die weiteren Ausführungen auf die mündliche Schlussverhandlung zu versparen. Dieses schriftliche Verfahren wird durch einen Instruktionsrichter geleitet. Die Rechtsschriften sind alle im Doppel anzufertigen; das eine Doppel kommt dann zu den Akten, das andere erhält die Gegenpartei zur Beantwortung. Für die Beibringung der Parteischriften sind zerstörlche Fristen anzusetzen; es können auch den Parteien Auflagen gemacht werden, welche die sofortige Abnahme allfälliger Beweise ermöglichen. Nach dem Schriftenwechsel ordnet sodann das Gericht entweder das Beweisverfahren oder dann die mündliche Schlussverhandlung an.

III. Das Beweisverfahren²⁾.

A. Allgemeines betreffend das Beweisverfahren.

Der zürcherische Zivilprozess verschafft dem Richter im Beweisverfahren eine sehr freie Stellung. Er ist hinsichtlich der Zulassung und Benützung von Beweismitteln nicht an die Anträge der Parteien gebunden; er ist ferner befugt, in Abänderung seiner ursprünglichen Auffassung, während der Dauer des Verfahrens bis zum Erlass des Erkenntnisses die Beibringung neuer oder anderer Beweise zu fordern. Immerhin darf er Beweis auferlegen oder abnehmen nur über erhebliche streitige Tatsachen, den bestrittenen Inhalt fremder Gesetze und über den Inhalt lokaler Gewohnheitsrechte. Es ist auch zu beachten, dass eine Partei, deren Beweisanträge als unerhebliche einfach übergegangen worden sind, hieraus leicht den Kassationsgrund der Verweigerung rechtlichen Gehörs (R., § 704, Ziff. 6) schmieden kann. Das Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs gibt dem Richter in § 96 noch grössere Kompetenzen. Danach kann er auch von Amtes wegen Urkunden einfordern,

¹⁾ R., §§ 487 ff.

²⁾ Z. Pr. O. 1866, §§ 130—229. R., §§ 338—430. Z. Pr. O., Entwurf, §§ 151—227.

Angenscheine anordnen, Sachverständige beiziehen und Zeugen abhören. Diese Vorschrift soll dazu dienen, dem Richter bei Erforschung des materiellen Rechts eine Handhabe zu geben, damit er nicht ausschliesslich an dasjenige gebunden ist, was die Parteien ihm an Beweismitteln vorzulegen belieben; sie soll auch die Tendenz des Bundesgesetzes, dem Richter ein möglichst freies Ermessen zu gestatten, unterstützen und endlich auch bewirken, dass eine Partei nicht aus Unbeholfenheit und aus Rechtsunkenntnis unterliegt¹⁾. Diese Bestimmung enthält nun allerdings einen etwas fragwürdigen Eingriff in die Verhandlungsmaxime und eine Gefährdung der Objektivität des Richters; sie wird aber vom Entwurf beibehalten mit der Begründung, dass sie sich in der Praxis nicht schlecht bewährt habe²⁾. Sicher ist, dass diese Bestimmung für den Handelsprozess noch am ehesten am Platze ist; denn wenn im materiellen Handelsrecht Treu und Glauben energischen Schutz verlangt und dieser oft auf Kosten der Form gegeben wird, so soll auch im formellen Handelsrecht, in der Handelsrechtspflege, die Form nicht allzusehr dominieren. Und um eine Erleichterung der Form handelt es sich hier eigentlich. Der Richter soll Beweise von Amtes wegen erheben können, welche im Prozessstoff gegeben sind, welche aber von der Partei nicht formgerecht anboten worden sind. Eine Verpflichtung, solche Beweise zu erheben oder gar nach solchen zu spüren, liegt dem Richter nicht ob³⁾. Durchaus ungebunden ist er sodann auch in der Beweislastverteilung, welche er auch noch während des Verfahrens abändern kann, wenn er diese Abänderung mit Gründen belegt. Die Beweiswürdigung ist ebenfalls eine durchaus freie; es entscheidet das freie richterliche Ermessen über den Erfolg der Beweisführung.

Das Beweisverfahren wird angeordnet, wenn nach der Hauptverhandlung die Akten noch nicht spruchreif sind und wenn die Parteien auch nach der persönlichen Befragung über einzelne Tatsachen sich nicht einigen können. Die Anordnung desselben erfolgt im ordentlichen Zivilprozess gewöhnlich durch *Beweisbescheid*, d. h. es sind den Parteien die von ihnen zu beweisenden Tatsachen durch besonderes richterliches Dekret zu bezeichnen⁴⁾. Jede Partei hat mit bezug auf diese Tatsachen den Hauptbeweis zu leisten; der Gegenpartei steht der Gegenbeweis offen. Die Parteien haben alsdann innert bestimmter Frist die

¹⁾ Siehe den beleuchtenden Bericht des Regierungsrates zu der genannten Bestimmung, A. 1891, Text, S. 374.

²⁾ Bericht an den Regierungsrat über die Gesetzesentwürfe, S. 306.

³⁾ Vgl. H. E. XI, S. 244.

⁴⁾ R., §§ 338, 339, 473.

Beweismittel in schriftlicher Eingabe unter genauer Bezugnahme auf den Beweisbescheid zu bezeichnen und soweit als möglich einzureichen. Diese Beweisantretungsschriften werden ausgewechselt, und jede Partei hat dann in einer Beweiseinwendungsschrift die Einwendungen gegen die Beweissätze der Gegenpartei, sowie gegen die dafür angerufenen Beweismittel unter kurzer Angabe der Einspruchsgründe vorzubringen und allfällige erst durch die Beweiseingabe veranlasste Gegenbeweise zu bezeichnen¹⁾. Dieses schriftliche Stadium des Beweisverfahrens, welches die Beweisabnahme und Beweiswürdigung in mündlicher Verhandlung vorbereiten soll, wird vom Gerichtsvorstand geleitet, der von sich aus Fristen und Tagfahrten ansetzen, Versäumungsentscheide erlassen und Ordnungsbussen auferlegen kann. Dagegen ist es Sache des Gerichtes, auf Bericht und Antrag des Instruktionsrichters Beschluss zu fassen über die Erheblichkeit der Beweissätze und die Zulässigkeit der Beweismittel; ferner über die Ernennung von Sachverständigen, falls die Parteien sich nicht auf solche einigen können; und über die Vervollständigung des Befundes der Experten und Anordnung von Oberexpertisen; über die Pflicht zur Vorlegung von Urkunden und endlich über die Anordnung eines Augenscheins.

Das letzte Stadium des Beweisverfahrens bildet in der Regel die sogenannte *Schlussverhandlung* vor dem urteilenden Richter, welche die Abnahme der Beweise, soweit dieselbe nicht bereits stattgefunden hat, die Würdigung des Beweisergebnisses und die sofortige Ausfällung des Urteils zum Zwecke hat. Die Zeugen und Sachverständigen werden, wenn der Beweisführer verbeiständet ist, von dessen Anwalt abgehört, wobei auch dem Gegner und dem Gerichtsvorstand ein Frage-recht zusteht; ist die Partei nicht durch einen Rechtskundigen vertreten, so erfolgt die Befragung durch den Gerichtsvorstand. Die Parteien können nach Vollendung der Beweisabnahme das Ergebnis des gesamten Beweisverfahrens in mündlichem Vortrage würdigen; doch können sie, wenn die Beweisabnahme schon vorher stattgefunden hat, auf die Schlussverhandlung überhaupt verzichten.

Der Gang des Beweisverfahrens vor Handelsgericht ist nun aber *zur Seltenheit* der eben geschilderte, sondern in der Regel ein anderer. Das Gesetz sagt nämlich (§ 474), dass, wenn in der Hauptverhandlung schon sämtliche Beweismittel genügend bezeichnet worden sind, der Erlass des Beweisbescheides unterbleiben und sofort die zur Abnahme der Beweise nötigen Anordnungen getroffen werden sollen. Nun haben wir gesehen, dass der Handelsgerichtspräsident

befugt ist, den Parteien schon vor der Hauptverhandlung zur Einreichung oder Bezeichnung von Beweismitteln zerstörlische Fristen anzusetzen und alles Nötige zu verfügen, damit sofort nach der Hauptverhandlung das Endurteil ausgefällt werden kann; wir haben auch gesehen, dass in allen Fällen Referentenaudienzen abgehalten werden können und auch tatsächlich stattfinden, in welchen die Parteien wiederum gehalten sind, bei Vermeidung von Ordnungsstrafe ihre sämtlichen Angriffs- und Verteidigungsmittel vorläufig vorzulegen. Da das ganze Gericht an den Referentenaudienzen teilzunehmen pflegt, können hier schon die für das Beweisverfahren nötigen Beschlüsse gefasst werden. Auf diese Weise kann dann die Erlassung eines Beweisbescheides unterbleiben. Aber auch wenn sich erst in der Hauptverhandlung herausstellt, dass noch andere Beweisanerbietungen erheblich sind, so kann in der Regel ein besonderes Beweisdekret und ein schriftliches Verfahren über Beweis Antrag und Beweisgegen Antrag unterbleiben. Es ist bloss noch die Anordnung einer Schlussverhandlung nötig, in welcher die Abnahme der noch ausstehenden Beweise vor dem urteilenden Richter und die Würdigung derselben seitens der Parteien in mündlichem Vortrage erfolgen kann. Das Verfahren vor Handelsgericht gestaltet sich also auch mit bezug auf das Beweisverfahren tatsächlich rein mündlich. Dass dies aber für ein Fachgericht, bei dem eben die richtige Würdigung der Tatsachen das Hauptmoment bildet, wichtig ist, braucht nicht erst gesagt zu werden.

B. Beweismittel.

Die Zivilprozessordnung kennt an Beweismitteln die persönliche Befragung der Parteien, das Zeugnis, den Augenschein, die Expertise, die Urkunden und das aussergerichtliche Geständnis. Besonderheiten bei den einzelnen Beweisarten bestehen für den Handelsprozess nur beim Urkundenbeweis und bei der Expertise.

1. Das einfachste Beweismittel liegt in der **persönlichen Befragung der Parteien**¹⁾. Jede Partei ist berechtigt, zu verlangen, dass ihre Gegenpartei, sofern sie im Kanton wohnt, zum Zwecke der persönlichen Befragung persönlich zur Hauptverhandlung vorgeladen werde. Der Richter kann eine Befragung von Amtes wegen anordnen. Die beantragende Partei hat in der Regel auch persönlich zu erscheinen. Die Konfrontierung der Parteien, welche hierdurch ermöglicht wird, ist der Aufklärung des streitigen Verhältnisses sehr förderlich, indem jede Partei zur Aufklärung der von der Gegenpartei gegebenen Antworten die Stel-

¹⁾ R., §§ 479, 480.

¹⁾ R., §§ 349—362.

lung geeigneter Ergänzungsfragen beantragen kann. Die Befragung wird durch den Gerichtsvorstand vorgenommen. Eine Partei, welche ohne rechtmässigen Grund ausbleibt, ist unter Auflegung einer Ordnungsbusse in die verursachten Kosten und zur Entschädigung an die Gegenpartei zu verurteilen; beim zweiten ungerechtfertigten Ausbleiben wird die Tatsache, über welche die Befragung hätte stattfinden sollen, als zugestanden betrachtet. Über die Fragen und Antworten wird ein genaues Protokoll geführt; Verweigerung der Antwort kann als Zugeständnis der aufzuklärenden Tatsache betrachtet werden; trölerhaftes Ableugnen ist, sofern die Handlung nicht unter das Strafgesetzbuch fällt, mit Ordnungsbusse zu belegen.

2. Als zweites wichtiges Beweismittel kommen in Betracht die **Zeugen**¹⁾. Das Gesetz kennt keinen Unterschied zwischen Zeugen, deren Zeugnis volle, und solchen, deren Zeugnis nicht volle Beweiskraft hat. Auch das Zeugnis von Verwandten und Verschwägerten bildet, soweit es überhaupt abgenommen werden darf, unter Umständen vollen Beweis. Der Richter hat dasselbe bloss mit der nötigen Vorsicht zu behandeln (R., § 366). Es soll deshalb auch nicht die Beweiskraft des Zeugnisses im voraus bestimmt werden, und die Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Zeugen und ihrer Aussagen ist ganz dem Ermessen der Richter anheimgestellt. Es sind deshalb auch, mit Ausnahme der nächsten Verwandten und Verschwägerten, alle Personen, welche von einer Partei als Zeugen angerufen werden, einzuvernehmen, und es ist auch jedermann, mit Ausnahme wiederum der nächsten Verwandten und solcher Personen, die zu ihrer eigenen Schande oder zu ihrem unmittelbaren Nachteile aussagen müssten, zur Ablegung des Zeugnisses verpflichtet. Dasselbe ist in der Regel mündlich vor dem urteilenden Richter abzulegen; schriftliches Zeugnis ist nur in bestimmten, vom Gesetz ausdrücklich erwähnten Fällen zulässig, von welchen hervorgehoben werden mag der Fall, wo sich das Zeugnis auf eine anerkannt regelmässige Buchführung stützen müsste. Die Zeugen werden gewöhnlich in der Schlussverhandlung einvernommen; beim Handelsgericht, wo eine solche nur ausnahmsweise stattfindet, wird die Zeugeneinvernahme im Anschluss an die Hauptverhandlung abgehalten, und zwar gewöhnlich so, dass sie unmittelbar auf die Klagebegründung und Klagebeantwortung folgt, so dass die Würdigung des Beweisergebnisses mit Replik und Duplik verbunden werden kann. Die Zeugen werden in der vom Beweisführer bezeichneten Reihenfolge einzeln, im Abstand der noch

¹⁾ R., §§ 364—391.

nicht abgehörten Zeugen, einvernommen. Die Glaubwürdigkeit der Zeugen kann auch noch bei ihrer Einvernahme angefochten und es darf dem Einsprecher nötigenfalls eine Frist zur Beibringung von Beweismitteln zur Erhärtung seiner Behauptung angesetzt werden. Der Zeuge hat den zu bezeugenden Tatbestand darzustellen und namentlich auch den Grund seines Wissens anzugeben. Zur Aufklärung von Widersprüchen können einzelne Zeugen einander gegenübergestellt werden. Der wesentliche Inhalt der Zeugenaussage wird protokolliert; falsches Zeugnis ist strafbar. Wenn von einer Partei das Recht der Zeugenabklärung missbraucht wird durch Anrufung zu vieler und unnützer Zeugen, oder wenn sie lediglich zum Zwecke der Verschleppung des Prozesses erfolgt, so ist diese Partei zur Tragung der unnützerweise verursachten Kosten zu verurteilen, eventuell kann sie zudem noch mit Ordnungsbusse belegt werden.

3. Der **Augenschein**¹⁾ dient zur Besichtigung von Gegenständen, deren Beschaffenheit für die Beurteilung des Rechtsstreites von Bedeutung sein kann, die aber nicht in das Gerichtslokal verbracht werden können. Der Richter kann von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei sich an den Ort begeben, wo solche Objekte liegen. Über das Ergebnis des Augenscheins wird ein Protokoll geführt und dazu eine Skizze oder ein Plan angefertigt, welche der Rechtsmittelinstanz Anhaltspunkte geben soll. Dieses Beweismittel spielt für den Handelsprozess eine geringe Rolle.

4. **Sachverständige**²⁾ sind beizuziehen für Tatsachen, deren Wahrnehmung oder Beurteilung besondere Fachkenntnisse voraussetzt; sie werden auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen ernannt. Im letztern Falle können die Parteien sofort Ablehnungsgründe geltend machen. Sind die Sachverständigen frühzeitig genug ernannt, so werden sie zur Hauptverhandlung, eventuell noch zur Schlussverhandlung vorgeladen, wo ihnen beratende Stimme zukommt. Das Gutachten kann alsdann mündlich abgegeben werden; wenn jedoch eine Untersuchung vorausgegangen ist, wird meistens ein schriftlicher Befund eingelegt. Vor der Schlussverhandlung sind die Parteien berechtigt, Begehren um Ergänzung oder Erläuterung des Gutachtens anzubringen oder eine Oberexpertise zu fordern; doch hat auch der Richter von Amtes wegen unklare und unvollständige Expertenberichte erläutern und ergänzen zu lassen. Der Richter würdigt das Gutachten nach freiem Ermessen, soweit diese Befugnis nicht ausdrücklich beschränkt ist.

¹⁾ R., §§ 392 und 393.

²⁾ R., §§ 394—403.

Für das Handelsgericht besteht bezüglich der Erhebung von Expertisen eine Besonderheit. Es braucht dasselbe nämlich, soweit die Beurteilung einer Streitfrage fachmännische Kenntnisse erfordert, welche in das Gebiet des kaufmännischen Wissens gehören, keine Experten beizuziehen, sondern kann auf Grundlage der eigenen Fachkenntnis entscheiden; insbesondere ist es befugt, über das Vorhandensein von Handelsgebräuchen von sich aus zu entscheiden. Diese besonderen Befugnisse finden allerdings durch eine Klausel wieder etwelche Einschränkung. Wenn nämlich derartige Fragen besonders schwierig und zweifelhaft sind, so müssen nach geltendem Recht auf Begehren des Handelsgerichtspräsidenten oder zweier Mitglieder des Gerichts die sämtlichen nicht abgelehnten kaufmännischen Richter, welche während des Jahres im Amte stehen, herbeigezogen werden. Der von diesem Kollegium erlassene Ausspruch soll dann für das Urteil massgebend sein. Diese Bestimmung hat sich indessen als ganz unpraktisch erwiesen, indem sie nie zur Anwendung gekommen ist; sie wird deshalb vom Entwurf gestrichen. Treten nach dem Gesagten die Handelsrichter einerseits an Stelle von Sachverständigen, so können diesen andererseits vom Gerichte ganz besondere Befugnisse erteilt werden. In Rechnungssachen oder in andern verwickelten Fällen darf das Gericht die Parteien zur Vernehmung vor Sachverständige verweisen und diesen auftragen, die Vermittlung zwischen den Parteien zu versuchen und, falls keine Vereinbarung zu stande kommt, ein Gutachten abzugeben. Diese Bestimmung, welche übrigens wohl kaum praktische Verwendung gefunden hat, ist von zweifelhaftem Werte. Das Gericht begibt sich hier eigentlich seiner Tätigkeit, indem es den Sachverständigen eine richterliche Mission überträgt. Zur Hebung technischer Schwierigkeiten und zur Erleichterung der Aufgabe der Rechtsprechung genügt doch gewiss die technische Mithilfe eines Sachverständigen und die Einholung eines Gutachtens, sowie die Vorladung des Experten zu den Verhandlungen. Warum soll ein Fachgericht einen Teil seiner richterlichen Funktionen auf zugezogene Persönlichkeiten abwälzen können, während es doch gerade vermöge seiner Fachkenntnisse viel eher im stande sein sollte, die ihm zugewiesenen Streitigkeiten allein zu beurteilen, als ein gewöhnliches Gericht, das alle möglichen Prozesse zu behandeln hat? Mit einer solchen Verweisung vor Sachverständige ist übrigens den Parteien schlecht gedient, zumal wenn kein Vergleich gelingt, so dass dann das Gericht sich der Sache wieder annehmen muss und Mühe und Kosten umsonst gewesen sind. Von den Parteien wird dieses Prozedere wohl kaum verlangt werden, und es ihnen aufzudrängen, wäre, namentlich angesichts der

zu gewärtigenden Kosten, eine nicht zu billigende Massregel. Die fragliche Bestimmung dürfte deshalb meines Erachtens gestrichen werden¹⁾.

5. Der Beweis durch Urkunden²⁾ ist für den Handelsprozess der wichtigste. Die Pflicht, Urkunden vorzulegen, richtet sich teils nach Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts, teils des privatrechtlichen Gesetzbuches des Kantons Zürich. Gemäss § 879 des erstern können in Streitigkeiten über Rechtsverhältnisse, welche aus dem Betriebe eines Geschäftes herrühren, diejenigen, welche zur Führung von Geschäftsbüchern gesetzlich verpflichtet sind, zur Vorlegung derselben angehalten werden, sowie auch der empfangenen Geschäftsbriefe und Telegramme. Und nach § 573 des genannten zürcherischen Gesetzes sind die an einer Privaturkunde beteiligten Personen, welche ein rechtliches Interesse daran zu bescheinigen vermögen, berechtigt, deren Vorlegung zu fordern, insoweit es sich um Urkunden handelt, die ihrem Inhalte nach den Charakter von gemeinschaftlichen haben; Miteigentum oder ein sonstiges vertragsmässiges Recht auf Mitteilung braucht nicht vorhanden zu sein. Unter diesen Urkunden werden vom Gesetze namentlich hervorgehoben die über ein Rechtsgeschäft geführten Korrespondenzen, die Empfangscheine, Quittungen, Rechnungen samt Belegen, Zinsbücher, Bücher der Sensalen und Börsenagenten und die Geschäftsbücher von Gewerbetreibenden überhaupt. Über die Weigerung der Herausgabe von Urkunden entscheidet sofort der erkennende Richter. Gegen einen Beschluss, durch den ein Editionsbegehren abgewiesen wird, ist während des Prozesses keine Beschwerde zulässig, doch kann das Begehren in zweiter Instanz erneuert werden. Kommt eine Partei einer Auflage auf Herausgabe von Urkunden nicht nach, so ist dies mit prozessualen Nachteilen zu ahnden.

Auch ein Dritter kann zur Vorlegung einer Urkunde angehalten werden. Behauptet er alsdann, dass er nicht im Besitze der Urkunde sei, so ist er als Zeuge darüber einzuvernehmen, ob er die Urkunde besitze oder sich des Besitzes entäussert habe und ob er wisse, wo sie hingekommen sei. Verweigert der Dritte nach festgestellter Editionsspflicht die Herausgabe, so kann er mit Ordnungsbusse belegt und in die

¹⁾ Professor Treichler, Redaktor dieser aus dem frühern Gesetze herübergenommenen Bestimmung, hält dieselbe, richtig gehandhabt, für eine vortreffliche. Ich kann mich von ihrer Notwendigkeit nicht überzeugen. Wenn die Parteien den Streit durch Sachverständige vermitteln lassen wollen, brauchen sie nicht erst an das Handelsgericht zu gelangen.

²⁾ R., §§ 409—430.

verschuldeten Kosten verurteilt werden; zudem wird er dem Beweisführer schadenersatzpflichtig.

Wenn eine Partei die Echtheit einer Urkunde bestreitet, so werden die Parteien persönlich befragt. Der Beweisführer ist über alle erheblichen Umstände abzufragen, unter denen die Urkunde zu stande gekommen ist, und über alle Momente, welche für die Echtheit geltend gemacht werden. Der Beweisgegner hat sich über diese Äusserungen auszusprechen. Wenn eine Partei behauptet, die Urkunde sei gefälscht, so wird eine Frist zur Anhebung der Strafklage (Anzeige) gegeben oder der Richter kann von sich aus die Akten der Staatsanwaltschaft übermitteln. Wird die Echtheit einer von einem noch lebenden Dritten ausgestellten Urkunde bestritten, so ist dieser als Zeuge über die Ausstellung der Urkunde einzuvernehmen. Dabei können sowohl die Parteien als auch der Dritte zum Zwecke einer Schriftenvergleichung angehalten werden, ein Diktat niederzuschreiben, welches der Richter von sich aus oder auf Antrag der Parteien anordnet. Die Echtheit einer öffentlichen Urkunde wird durch das Zeugnis der zuständigen Behörde festgestellt. Trölerhaftes Ableugnen der Echtheit durch eine Partei wird mit Ordnungsbusse belegt.

Der klassische Urkundenbeweis des Handelsprozesses ist derjenige durch die Geschäftsbücher, deren Vorlegung das Handelsgericht von Amtes wegen anordnen und sich aus denselben Auszüge über das, was den Streit anbetrifft, anfertigen kann. Es war dies früher eine Besonderheit des Handelsprozesses; jetzt ist die Beweiserhebung von Amtes wegen durch das Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs auch auf den gewöhnlichen Prozess ausgedehnt. Der Entwurf lässt denn auch die Bestimmung des jetzigen § 546 als überflüssig fallen. Über die Beweiskraft der Handelsbücher liegen eine Menge von Präjudizien vor. Die zürcherische Gerichtspraxis hat von jeher angenommen, dass Geschäftsbücher, welche ordentlich geführt sind, vollen Beweis bilden, sobald ein Handelsverkehr zwischen Kaufleuten nachgewiesen ist¹⁾. So wurden insbesondere als beweiskräftig anerkannt Kopierbücher, freilich unter genauester Würdigung aller Umstände²⁾; ferner ein „Kontokorrentbüchlein“, welches die Leistungen der Parteien gegenseitig kontrollieren sollte³⁾; das Börsenjournal eines Effektensensals und Börsenagenten⁴⁾ u. s. w.

¹⁾ Z. XIII, S. 403.

²⁾ R. O. 1884, Nr. 128.

³⁾ H. E. XI, S. 327.

⁴⁾ H. E. XI, S. 256.

IV. Urteilsberatung und Urteil. Vollstreckung¹⁾.

Wenn die Akten spruchreif geworden sind und die Erledigung des Prozesses herbeigeführt werden kann, hat der Richter den hierzu nötigen Beschluss zu fassen oder das Urteil zu fällen. Die Beratungen des Handelsgerichts gehen, wie wir bereits erwähnten, unter Ausschluss der Öffentlichkeit vor sich. Dabei sind die kaufmännischen Richter und die juristischen Mitglieder einander ganz gleichgestellt; es haben alle beratende Stimme und volles Stimmrecht; der Präsident hat bei gleicher Stimmenzahl den Stichentscheid. Das als Referent bestellte Mitglied stellt zunächst einen begründeten Antrag, über welchen dann Diskussion eröffnet wird. Alle streitigen Rechtsfragen sind in der Regel durch *Urteil* zu entscheiden; ist nur noch der Kostenpunkt und die Entschädigung streitig, so wird darüber durch blossen Beschluss entschieden. Die Erledigung hat unverzüglich zu erfolgen; wo Verschiebung von mehr als 14 Tagen nach Schluss der Hauptverhandlung oder Schlussverhandlung nötig wird, sind die Gründe im Protokoll vorzumerken. Wenn Mängel vorhanden sind, denen durch prozessleitende Verfügungen nicht abgeholfen werden kann, ist die Klage angebrachtermassen abzuweisen. Der Erledigung durch Urteil steht gleich die ohne Vorbehalt erfolgte Abstandserklärung seitens der klägerischen Partei und ebenso die Anerkennung der Klage durch den Beklagten. In der Regel wird in *inem* Urteil über die der Klage entgegengestellten Einreden entschieden; Vor-Urteile werden nur ausnahmsweise und nur dann gefasst, wenn dieselben für das Eintreten auf die anderen Fragen entscheidend sind und wenn sich hierdurch zugleich eine bedeutende Ersparnis an Kosten und Zeit erzielen lässt. Die Erledigungsbeschlüsse werden den Parteien vor Handelsgericht in der Regel mündlich eröffnet. Das schriftliche Urteil besteht in der Hauptsache aus einer gedrängten Darstellung des Tatbestandes, den Entscheidungsgründen und dem Dispositiv.

Für die *Vollstreckung* handelsgerichtlicher Urteile und Beschlüsse bestehen keine Besonderheiten. Das ganze Vollstreckungsverfahren liegt ausserhalb der Kompetenz des Handelsgerichtes. Es liegt den Gemeindegammännern und Notaren als Betreibungs- und Konkursbeamten ob; über Streitigkeiten bei demselben entscheidet der Einzelrichter teils im summarischen, teils im beschleunigten Verfahren. Das Verfahren der Vollstreckung richtet sich nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 1. Mai 1891, wenigstens soweit das Urteil auf Bezahlung einer Geldsumme geht, was ja vor Handelsgericht die Regel bildet. Eine eingehendere Betrachtung dieses Ver-

¹⁾ R., §§ 437—46, 741—752.

fahrens steht ausser dem Rahmen unserer Arbeit. Die Vollstreckbarkeit der Entscheide kann aufgeschoben werden durch gewisse Rechtsmittel, deren Betrachtung der nächste Paragraph gewidmet ist.

Eine Aufschiebung der Vollstreckung findet statt bei Berufung; ebenso wird die Rechtskraft eines kantonalen Urteils durch die Weiterziehung an das Bundesgericht suspendiert¹⁾, während der Rekurs an sich die Vollstreckung nicht hemmt und auch bei der Nichtigkeitsbeschwerde eine ausdrückliche Sistierungserklärung der Kassationsinstanz nötig ist²⁾.

Die Frage der sofortigen Vollstreckbarkeit handelsgerichtlicher Urteile, ungeachtet eingelegter Rechtsmittel, war bei Beratung des ersten Entwurfes, welcher eine Berufung gegen die Urteile der bezirksgerichtlichen Abteilungen für Handelssachen beim Obergericht vorsah, erörtert worden. Die „vorläufigen Ideen etc.“ der Justizdirektion hatten bestimmt, dass auf Verlangen der obsiegenden Partei in allen Fällen die Vollstreckung des erstinstanzlichen Urteils ohne Rücksicht auf die Berufung gegen Sicherheitsleistung verfügt werden könne (§ 32). Diese Bestimmung wurde jedoch in den Beratungen gestrichen, weil man fand, die Urteile dieser Abteilungen für Handelssachen würden doch eine zu geringe Garantie bieten, um eine so tiefgreifende Bestimmung zu rechtfertigen³⁾. Mit der Aufstellung eines inappellablen kantonalen Handelsgerichtes verschwand diese Frage ganz von der Bildfläche.

V. Die Rechtsmittel.

Die Rechtsmittel haben den Zweck, eine Garantie zu schaffen gegen einseitige und willkürliche Rechtsprechung; sie dienen ferner der Förderung der Einheit derselben. An sie knüpft sich aber auch der Nachteil, dass sie die Dauer des Prozesses verlängern und die Erledigung des Rechtsstreites oft ins ungemessene hinausschleppen. Bei Festsetzung der Normen über das Verfahren bei dem Handelsgerichte musste der letztere Punkt aus naheliegenden Gründen ebenso schwer in die Wagschale fallen, als der erstere. Nach dem geltenden Recht kommen folgende Rechtsmittel in Betracht:

1. Die **Berufung** (Appellation). Die Berufung gegen handelsgerichtliche Urteile ist durch das *zürcherische* Recht ausgeschlossen⁴⁾. Sie ist zwar das intensivste Rechtsmittel, mit dem sowohl die formellen als auch die materiellen Fehler der ersten Instanz wieder gut-

gemacht werden können. Aber gerade dies bedingt, dass das Verfahren vor zweiter Instanz zum grossen Teil eine Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens bedeutet; dazu kommt, dass sie, wenn sie einmal prinzipiell zugelassen ist, in allen Fällen anwendbar ist und an die einzige Bedingung einer bestimmten Grösse des Streitwertes geknüpft sein kann. Dadurch ist sie im stande, die durchschnittliche Dauer der Prozesse geradezu zu verdoppeln. Dies waren die Gründe, welche dazu führten, ein inappellables Handelsgericht zu schaffen; denn gerade die Kaufleute haben unstreitig an der raschen Durchführung ihrer Streitigkeiten ein viel grösseres Interesse als andere Litiganten, weil in den meisten Fällen die Verzögerung des Entscheides für sie unberechenbaren Schaden bringt, ja oft jedes Interesse am Streite vernichtet. Es ist deshalb auch sehr begreiflich, dass sich die Handelskammer mit so grosser Entschiedenheit für den zweiten Entwurf aussprach, welcher von einem Instanzenzug bei handelsgerichtlichen Prozessen absah. Wir wissen bereits, dass dies im ersten Entwurf, welcher bloss Abteilungen für Handelssachen bei den Bezirksgerichten vorsah, noch nicht der Fall war. Bei der doch zu geringen Garantie für gute Rechtsprechung, welche diese blossen Abteilungen für Handelssachen schufen, wäre eben die Annahme eines Gesetzes, das den Instanzenzug abgeschafft hätte, sehr fraglich gewesen, und dies noch um so mehr, als diese Massregel so wie so in schlechtem Einklang mit den demokratischen Anschauungen der Zeit stand. Erst die Schaffung eines kantonalen, selbständigen Handelsgerichtes, von welchem man annahm, es werde sich ein grosses Ansehen erwerben, konnte diese Bedenken beseitigen. So wurden mit der Abschaffung des Instanzenzuges für Handelsprozesse auch zugleich die theoretischen und praktischen Schwierigkeiten beseitigt, welche sich an die Organisation einer mit Kaufleuten oder einer mit Juristen besetzten Appellationsinstanz knüpften.

Aber schon wenige Jahre nachher wurde dann doch eine Appellation auch gegen handelsgerichtliche Urteile geschaffen. Dies geschah nicht etwa durch die kantonale Gesetzgebung, sondern durch diejenige des Bundes und vollzog sich somit ganz ausser dem Bereich des zürcherischen Gesetzgebers. Durch das am 8. Oktober 1874 in Kraft getretene Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege wurde in Art. 29 den streitenden Parteien die Möglichkeit eröffnet, in Rechtsstreitigkeiten, welche von kantonalen Gerichten nach eidgenössischen Gesetzen zu entscheiden sind und deren Gegenstand einen Hauptwert von wenigstens Fr. 3000 hat oder seiner Natur nach einer Schätzung nicht unterliegt, auf dem Wege der Berufung an das Bundesgericht die Abänderung des *letzinstanzlichen*

¹⁾ H. E. XII, S. 9.

²⁾ R., §§ 694, 710.

³⁾ Prot., P. P. 10, S. 538.

⁴⁾ Z. Pr. O. 1866, § 373; R., § 549; Z. Pr. O., Entw., § 294. Hier ist die Berufung gegen handelsgerichtliche Urteile indirekt ausgeschlossen.

kantonalen Haupturteils herbeizuführen. Diese Bestimmung wurde sodann durch das neue Gesetz vom 22. März 1893 in Art. 56 und 58 wieder aufgenommen, unter Herabsetzung der Appellationssumme auf Fr. 2000; und in Art. 62 wurde sie noch dahin erweitert, dass in gewissen Streitigkeiten (z. B. betreffend Gebrauch einer Firma, Markenschutz, Patentschutz u. s. w.) die Berufung ohne Rücksicht auf den Streitwert zulässig erklärt wurde.

Somit war also in grossem Umfange die Berufung gegen kantonale letztinstanzliche Urteile geschaffen. Mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht nebst den Nebengesetzen war das gesamte Handelsrecht und auch ein grosser Teil des Industrierechtes schweizerisches Recht geworden; und damit war auch, man darf es wohl sagen, in allen Fällen, welche der Jurisdiktion des Handelsgerichts unterstehen, gegen dessen Erkenntnisse die Appellation an das Bundesgericht eröffnet, sofern auch nur die erforderliche Höhe des Streitwertes vorlag. Zu beachten ist dabei allerdings, dass die „Berufung an das Bundesgericht“ nicht jenes radikale Rechtsmittel ist, das man sonst gewöhnlich unter Berufung versteht und mit dem alle Mängel des Verfahrens und des Urteils gerügt werden können. Gemäss § 81 des Organisations-Gesetzes hat das Bundesgericht die Feststellungen des kantonalen Gerichts, soweit sie tatsächliche Verhältnisse betreffen, prinzipiell als richtig anzunehmen und ist nur frei mit bezug auf die rechtliche Würdigung der Tatsachen. Es handelt sich hier also um eine ganz eigene Spielart der Berufung¹⁾.

Es entstand nun die Frage, ob die Berufung auch gegen Urteile des Handelsgerichts Zürich, welche von diesem als „Schiedsgericht“ im Sinne des früher besprochenen § 102 des Rechtspflegegesetzes²⁾ ausgefällt worden sind, zulässig sei. Es war nämlich in diesen Fällen zweifelhaft, ob ein in der letzten *kantonalen* Instanz erlassenes Haupturteil im Sinne des Art. 58 des Organisations-Gesetzes betreffend die Bundesrechtspflege vorliege, oder ob es sich um blosser Schiedssprüche handle, gegen welche das Bundesgericht eine Appellation zu wiederholten Malen als mit dem zitierten Art. 58 unvereinbar erklärt hatte³⁾. Die Frage ist vom Bundesgericht in verschiedener, sich widersprechender Weise beantwortet worden⁴⁾. Der Wider-

spruch in der Praxis des Bundesgerichtes rührt daher, dass das Handelsgericht Zürich selbst in der Auslegung des § 102 des Rechtspflegegesetzes geschwankt zu haben schien, und daher, dass das Bundesgericht jeweilen erklärte, es sei an die Auslegung des Prozessgesetzes durch die kantonale Instanz gebunden, da es sich um kantonales Recht handle. In dem ersten der beiden zitierten Fälle (Dobrowolsky contra Brown, Boveri & Cie.) sagte das Handelsgericht, es nehme die Sache „als Schiedsgericht“ an die Hand¹⁾, weil eben keine der Parteien im Kanton Zürich domiziliert war. Gemeint war natürlich als Schiedsgericht im Sinne des erwähnten § 102. Das Bundesgericht hielt sich streng an diesen Ausdruck „als Schiedsgericht“ und nahm an, in den Fällen des § 102 sei von einer staatlichen Gerichtsbarkeit keine Rede. Im zweiten Fall (Jenny contra Lindemann) wurde das Handelsgericht zu der ausdrücklichen Erklärung veranlasst, es handle in den Fällen dieses Paragraphen nicht als Schiedsgericht, sondern es sei zuständig zwar infolge Vereinbarung der Parteien, aber als ordentliches staatliches Gericht: als *forum prorogatum*²⁾. Infolge dieser Interpretation des § 102 musste nun das Bundesgericht die Berufung gegen Urteile des Handelsgerichts, welche auf Grund desselben erfolgt waren, zulassen.

2. Der **Rekurs** (einfache Beschwerde)³⁾. Die *frühere Zivilprozessordnung* unterschied zwischen dem Rekurs als Rechtsmittel gegen prozessleitende Verfügungen (§§ 247—248) und dem Rekurs als ordentlichem Rechtsmittel (§§ 249 und 250). Erschien er im letztern Sinne, so konnten gemäss § 250 auch in der zweiten Instanz neue Tatsachen und Beweismittel geltend gemacht werden. Derselbe war aber nur zulässig:

1. gegen alle *erstinstanzlichen* Beschlüsse eines Gerichtes ausserhalb des ordentlichen Zivilprozesses;
2. gegen alle Verfügungen der Bezirksgerichtspräsidenten in ihrer Einzelkompetenz;
3. gegen Verfügungen der unter der Aufsicht der Bezirksgerichte stehenden Behörden und Beamten.

Hieraus ergibt sich, dass der Rekurs als ordentliches Rechtsmittel gegen Beschlüsse des Handelsgerichts nicht in Betracht kommen konnte, obgleich in § 117, Absatz 2, am Schluss des Gesetzes betreffend das Gerichtswesen im allgemeinen gesagt war, das Gesamtobergericht beurteile die *ordentlichen* Beschwerden gegen das Handelsgericht. Meines Erachtens ist hier nicht die einfache Beschwerde als ordentliches Rechts-

¹⁾ Reichel, Kommentar zum Organisationsgesetz betreffend die Bundesrechtspflege, Bern 1896, S. 58, charakterisiert das Rechtsmittel der Berufung an das Bundesgericht als eine „*revisio in jure*, verbunden mit freier rechtlicher Würdigung des durch die kantonalen Gerichte festgestellten Tatbestandes“.

²⁾ Vgl. S. 537 ff.

³⁾ Bundesgerichtliche Entscheide, Bd. XII, S. 144; Bd. XXII, S. 89.

⁴⁾ Revue der Gerichtspraxis, Bd. XV, Nr. 1 und Nr. 84; letztere auch in H. E. XV, S. 306.

¹⁾ H. E. XV, S. 198.

²⁾ H. E. XVI, S. 141 ff., u. Z. f. schweiz. Recht, N. F. XVII, S. 118; vgl. hierzu auch die Ausführungen auf S. 538 ff.

³⁾ Z. Pr. O. 1866, §§ 247—256. R., §§ 683—703. Z. Pr. O., Entw., §§ 294—299, 314—317. E. G. zu Sch. u. K., §§ 128 f.

mittel gemeint, sondern die einfache Beschwerde überhaupt im Gegensatz zur Nichtigkeitsbeschwerde¹⁾.

Die Beschwerde als Rechtsmittel gegen prozessleitende Verfügungen war gemäss § 247 Z. Pr. O. zulässig gegen Beschlüsse und Verfügungen eines Gerichts oder Instruktionsrichters im ordentlichen Zivilprozesse, und zwar:

1. wo das Gesetz dieselbe ausdrücklich gestattete;
2. wegen Verweigerung oder Verzögerung der Rechtspflege;
3. gegen Kompetenzbeschlüsse;
4. wenn ein Berechtigter von der Führung seiner eigenen oder einer fremden Sache ausgeschlossen wurde;
5. wegen Verletzung klarer Prozessvorschriften;
6. gegen Beschlüsse, durch deren Vollziehung der Partei ein bedeutender, unabwendbarer Rechtsnachteil drohte.

Das geltende Gesetz hat die Beschwerde als ordentliches Rechtsmittel ersetzt durch den Rekurs gegen Erkenntnisse des Einzelrichters im beschleunigten Verfahren (§§ 683 ff.), den Rekurs im summarischen Verfahren (§§ 692 ff.) und teilweise durch „anderweitige Rekurse“ (§ 702). Die Normierung des Rekurses gegen prozessleitende Verfügungen ist sich ziemlich gleich geblieben (§§ 699 ff.). Die Voraussetzungen sind diejenigen des frühern § 247 Z. Pr. O. unter Weglassung der Punkte 2 und 4, welche nunmehr unter dem Titel „Beschwerde“ (§§ 729 ff.) eingereiht sind. Trifft keiner der in § 699 genannten Fälle zu, so sind prozessleitende Verfügungen lediglich mit dem gegen den Endentscheid zulässigen ordentlichen Rechtsmittel anfechtbar. Als solches kam beim Handelsgericht früher lediglich die Kassation (§ 704 und § 707, Abs. 1) in Betracht; jetzt dagegen auch noch die Weiterziehung an das Bundesgericht.

Der Entwurf einer Zivilprozessordnung hat das ganze Rechtsmittelsystem bedeutend vereinfacht. Er kennt den Rekurs als besonderes Rechtsmittel nicht mehr, sondern behandelt denselben als Unterart der Berufung gemäss § 294, Ziff. 2 und 3. Danach ist die Berufung zulässig gegen Unzuständigkeitserklärungen des Handelsgerichts, sowie gegen prozessleitende Verfügungen und Beschlüsse desselben, sofern es sich um die Verwerfung einer Unzuständigkeitseinrede oder

um Entscheidungen betreffend Zulassung eines Vertreters, Ablehnung von Gerichtspersonen, Auferlegung von Prozesskautionen, Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Erlass vorsorglicher Massnahmen handelt.

Der Rekurs gegen Verfügungen und Beschlüsse des Handelsgerichts geht an das Gesamtobergericht¹⁾. Das Verfahren ist schriftlich; die Frist zur Einreichung des Rekurses beträgt in der Regel 10 Tage²⁾. Nach geltendem Gesetz hemmt der Rekurs die Vollstreckung der angefochtenen Verfügung im summarischen Verfahren nicht; diese Bestimmung wird durch den Entwurf (§ 315) auf den Rekurs überhaupt ausgedehnt; ebenso können nach demselben neue tatsächliche Behauptungen und auch in beschränktem Masse neue Beweismittel in der Berufungsinstanz nachgebracht werden (§ 298 Z. Pr. O.), während dies im geltenden Recht nur für den Rekurs gegen Beschlüsse des Konkursrichters und im summarischen Verfahren der Fall ist (§§ 689, 697 Rechtspflegegesetz).

Von besonderer Bedeutung ist der Rekurs gegen Verwerfung von Unzuständigkeitseinreden, weil es hier, sofern das Gesetz nicht vorbeugende Massregeln trifft, in der Hand des zahlungsflüchtigen Schuldners liegt, den Entscheid in der Sache selbst möglichst weit hinauszuschieben. Das frühere Gesetz³⁾ bestimmte deshalb ausdrücklich, die Einrede der Inkompetenz müsse vor der Einlassung auf die Hauptsache vorgebracht werden, unter Androhung des Verlustes derselben, und ferner, der Beklagte sei, auch wenn er sich zum Rekurse melde, zur sofortigen Einlassung auf die Klage anzuhalten, und zwar unter Androhung des Ausschlusses mit allen weiteren Einreden auf den Fall der Verwerfung des Rekurses. Ebenso war in § 115 statuiert, dass, wenn eine Handelssache von einem Bezirksgericht abgeurteilt worden sei, ohne dass von einer Partei rechtzeitig Rekurs ergriffen worden wäre, in zweiter Instanz nicht mehr auf die Kompetenzfrage eingetreten werden dürfe. Das geltende Gesetz hat in § 322 die erstere Vorschrift verallgemeinert und in § 101 die letztere Bestimmung wieder aufgenommen; und der Entwurf lässt diese als überflüssig fallen.

3. Die **Nichtigkeitsbeschwerde** (Kassation)⁴⁾. Vor Eintritt der Möglichkeit der Berufung an das Bundesgericht war die Kassation das wichtigste und ordentliche Rechtsmittel gegen Urteile und Beschlüsse des

¹⁾ Vgl. den Beschluss des Gesamtobergerichts v. 7. VI. 1872; Z. XXV, S. 229. Unrichtig ist, wenn hier gesagt wird, die Beschwerde als ordentliches Rechtsmittel könne gegen Beschlüsse und Verfügungen des Handelsgerichts nicht in Betracht kommen, weil in den das Verfahren in Handelsstreitigkeiten ordnenden Paragraphen und speziell in § 373 d. Z. Pr. O. dieses Rechtsmittel nicht erwähnt sei. Der § 373 spricht eben nur von den Rechtsmitteln gegen Urteile des Handelsgerichts und lässt diejenigen gegen Beschlüsse und Verfügungen desselben ganz ausser Betracht.

¹⁾ G. W. 1866, § 117, Abs. 2; R., §§ 106, 700; G. W., Entw. 1901, § 49, Ziff. 1.

²⁾ Z. Pr. O. 1866, § 251; R., §§ 700, 701; Z. Pr. O., Entw. 1901, §§ 314, 316.

³⁾ G. W. 1866, § 113.

⁴⁾ Z. Pr. O. 1866, §§ 257 ff.; R., §§ 704 ff.; Z. Pr. O., Entw., §§ 318 ff.

Handelsgerichts. Seither hat sie begreiflicher Weise an Bedeutung verloren.

Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urteile und Beschlüsse des Handelsgerichtes ist zulässig:

1. wenn das erkennende Gericht inkompetent war;
2. wenn es unbefugterweise sich inkompetent erklärt hat;
3. wenn dasselbe nicht gehörig besetzt war;
4. wenn eine unfähige oder abgelehnte Gerichtsperson an der Entscheidung teilgenommen hat;
5. wenn eine handlungsunfähige Partei nicht gehörig vertreten war und nicht der Vormund oder nach erlangter Handlungsfähigkeit die Partei selbst das Verfahren genehmigt hat;
6. wenn eine Partei nicht gehörig vorgeladen oder ihr das rechtliche Gehör verweigert oder wenn ein Berechtigter von der Führung seiner Sache ausgeschlossen wurde;
7. wenn das Gericht seinen Entscheid auf offenbar aktenwidrige Annahmen gestützt hat;
8. wenn und soweit einer Partei mehreres oder anderes zugesprochen wurde, als sie selbst verlangt, oder weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat;
9. wenn der angefochtene Entscheid in materieller Beziehung mit einer klaren gesetzlichen Bestimmung in offenbarem Widerspruch steht.

Die Nichtigkeitsbeschwerde bezweckt die Zerstörung *letztinstanzlicher* Beschlüsse und Urteile wegen formeller Fehler und wegen grober Verstösse gegen das materielle Recht. Soweit daher gegen eine Verfügung oder ein Erkenntnis der Rekurs oder die Appellation offen steht, ist dieselbe nicht statthaft. Sie ist deshalb im allgemeinen auch ausgeschlossen, wenn die Weiterziehung an das Bundesgericht zulässig ist. Dies trifft bloss nicht zu, wenn neben eidgenössischem Recht kantonales zur Anwendung kommt, oder wenn Fehler bei Feststellung des Tatbestandes nur durch die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde berichtigt werden können¹⁾. Sie kann in solchen Fällen nur angebracht werden, wenn der Nichtigkeitskläger erst nach Ablauf der Rekurs- oder Appellationsfrist von dem Nichtigkeitsgrunde Kenntnis erlangt hat. Soweit sich daher die oben genannten Kassationsgründe mit Rekursgründen decken, können sie nicht mehr als solche geltend gemacht werden, wenn sie schon mit Rekurs angefochten worden sind. Der Entwurf lässt den unter 2 genannten Kassationsgrund fallen, weil aus diesem Gesichtspunkte dessen Überflüssigkeit sich von selbst ergibt. Wenn das Gericht durch den Beklagten zu einer Erklärung über die Kompetenzfrage veranlasst wird, so liegt ein materieller Entscheid vor, der auf

¹⁾ R. O. 1889, Nr. 143.

dem Wege des Rekurses angefochten werden kann¹⁾. In diesem Falle soll aber in der Kassationsinstanz nicht mehr auf die Kompetenzfrage zurückgekommen werden, sonst würde ja dieselbe zu einer Art Oberrekursinstanz. Dies liegt aber gewiss ganz ausser der Meinung des Gesetzes, denn der Rekurs soll ja gerade durch Erledigung streitiger Nebenfragen den Stoff für das weitere Verfahren und namentlich für die gegen den Endentscheid zulässigen Rechtsmittel vereinfachen.

Bis zur Gesetzesnovelle vom 13. Juni 1880 war gemäss § 707, Abs. 1, die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urteile und Beschlüsse des Handelsgerichts beim Gesamtobergericht anzubringen; durch den neuen Abs. 1 des genannten Paragraphen wurde das *Kassationsgericht* zur Kassationsinstanz des Handelsgerichts gemacht, wodurch das letztere auch in diesem Punkte gänzliche Unabhängigkeit vom Obergerichte bekam. Der Entwurf, welcher das Kassationsgericht ganz beseitigt, stellt den frühern Zustand wieder her²⁾.

Das *Verfahren* in der Kassationsinstanz richtet sich nach demjenigen, welchem das angefochtene Erkenntnis unterlag³⁾, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist. Wenn es sich also um ein Urteil handelt, so tritt regelmässig eine mündliche Verhandlung ein⁴⁾. Nach dem Entwurf soll dies nur geschehen, wenn die Kassationsinstanz einen abweichenden Entscheid in der Sache selbst erlässt; im übrigen ist das Verfahren schriftlich⁵⁾. Trifft einer der unter 2—6 genannten Fälle des § 704 zu, so weist die Kassationsinstanz die Sache an das erstinstanzliche Gericht behufs Verbesserung des Mangels zurück; in den Fällen 7—9 entscheidet sie selbst.

4. Die **Wiederherstellung** (Revision)⁶⁾. Das Rechtsmittel der Revision ist, weil viel seltener, auch von viel geringerer Bedeutung als die übrigen. Sie bezweckt die Umstossung von rechtskräftigen Beschlüssen und Urteilen, welche durch einen ausser dem subjektiven Bereiche des Revisionsklägers liegenden Umstand so beeinflusst worden sind, dass das materielle Recht tatsächlich Not gelitten hat. Die Wiederherstellung gegen die nachteiligen Folgen solcher Dekrete kann stattfinden, wo durch ein Verbrechen zum Nachteile des Unterlegenen auf den Entscheid eingewirkt wurde, oder wo der Revisionskläger erst nach Ausfällung des rechtskräftigen Entscheides Tatsachen oder Beweismittel entdeckt, welche das Erkenntnis für ihn günstiger

¹⁾ Vgl. den Bericht des Regierungsrates zu dem Entw., S. 320.

²⁾ G. W., Entw., § 49, Abs. 1.

³⁾ R., § 663.

⁴⁾ R., § 709.

⁵⁾ Z. Pr. O., Entw. 1901, §§ 322, 323.

⁶⁾ Z. Pr. O. 1866, §§ 267 ff.; R., §§ 714 ff.; Z. Pr. O., Entw., §§ 324 ff.

gestaltet hätten, welche aber ohne seine Schuld nicht beigebracht werden konnten¹⁾.

Das Wiederherstellungsgesuch muss innerhalb dreier Monate (nach dem Entwurf innert 30 Tagen) bei dem Gerichte, welches in letzter Instanz entschieden hat, geltend gemacht werden²⁾. Wenn es sich um Revision eines Urteils handelt, hat eine mündliche Verhandlung stattzufinden; im übrigen ist das Verfahren schriftlich. Seit der Zeit seines Entstehens hatte das Handelsgericht ein einziges Revisionsgesuch zu behandeln, welches ohne Verhandlung abgewiesen wurde.

5. Die **Erläuterung**³⁾. Wenn die Bestimmungen eines Erkenntnisses oder einer Verfügung dunkel, zweideutig oder sich widersprechend sind, so kann bei dem Richter, welcher das Erkenntnis ausgefällt hat, um dessen Erläuterung nachgesucht werden. Es handelt sich demnach hier nicht um ein eigentliches Rechtsmittel, welches die Aufhebung oder Abänderung eines Gerichtsentscheides bezweckt. Der Entwurf hat deshalb die Erläuterung als Rechtsmittel gestrichen und die diesbezüglichen Bestimmungen in das Gesetz betreffend das Gerichtswesen im allgemeinen aufgenommen unter dem Titel: „Abfassung der Entscheidungen“⁴⁾. Das Verfahren ist rein schriftlich. Das Handelsgericht hatte bis jetzt ein einziges Erläuterungsgesuch zu behandeln, welches abgewiesen wurde.

6. Die **Beschwerde**⁵⁾. Beschwerden über Verweigerung oder Verzögerung der Rechtspflege, oder über Verfügungen, welche sich auf nicht streitige Sachen beziehen, sowie Beschwerden dritter, an einem Rechtsstreit nicht als Partei beteiligter Personen sind bei der zunächst übergeordneten Aufsichtsbehörde anzubringen; also mit bezug auf das Handelsgericht beim Obergericht. Die Beschwerde über Verweigerung oder Verzögerung der Rechtspflege ist kein eigentliches Rechtsmittel, sondern vielmehr eine Disziplinarbeschwerde, welche sich gegen Pflichtwidrigkeiten der Beamten richtet. Der Entwurf hat deshalb auch die hier einschlägigen Bestimmungen in das Gesetz betreffend das Gerichtswesen im allgemeinen gebracht, und zwar speziell in den Abschnitt: „Rechte und Pflichten der Gerichte in ihrem Verhältnis zu einander und zu andern Behörden“⁶⁾. Die hier ebenfalls genannten Beschwerden dritter, an einem Rechtsstreit nicht als Partei beteiligter Personen und die Beschwerden im Verfahren nicht streitiger Rechtssachen sind dagegen richtige Berufungen und werden vom Entwurf

auch als solche behandelt¹⁾. Beschwerden in dem hier besprochenen Sinne sind, soweit dieselben in der Statistik für das Handelsgericht besonders aufgezeichnet sind, bloss in drei Fällen vorgekommen.

V. Abschnitt.

Ergebnisse.

§ 9. Statistische Ergebnisse²⁾.

1. Übersicht der erledigten Prozesse. Richter. Parteien. Streitgegenstand.

Entsprechend unserer früheren Einteilung nehmen wir, nachdem wir uns einen Überblick über die erledigten Prozesse verschafft haben werden, die auf die Organisation, Kompetenz und allgemeine Prozessverhältnisse Bezug habenden statistischen Ergebnisse voraus.

1. Ein **Überblick** über die erledigten Prozesse wird uns verschafft durch die erste Rubrik der Tabelle I. Wir entnehmen derselben, dass das Handelsgericht in der Periode 1867 bis 1900 2016 Prozesse, also per Jahr im Durchschnitt deren 59, erledigt hat. Die Prozesszahl der einzelnen Jahre schwankt bis 1896 zwischen 30 und 70; die höchste Zahl weisen in diesem Zeitraum die Jahre 1871 und 1872 auf, die Jahre, in denen sich die Nachwehen des deutsch-französischen

¹⁾ Z. Pr. O., Entw., § 296. Entw. eines Ges. betr. d. Verf. in nichtstreit. Rechtssachen, § 6.

²⁾ Vgl. zu diesen Betrachtungen die statistischen Tabellen auf S. 566 ff. Als Quellen für die Statistik der Rechtspflege sind zu nennen: 1. Die durch Justizdirektor *Treichler* begründete, sehr detaillierte „Statistik der Rechtspflege des Kantons Zürich“. 1867 bis 1884, in Quartformat. Dazu kommt noch der „Bericht an den Regierungsrat betr. Umgestaltung der Statistik der zürcherischen Rechtspflege“ 1869. 2. Von 1885 an die Rechenschaftsberichte des Obergerichtes an den Kantonsrat, in welche nunmehr die Statistik in zusammengezogener, verkürzter Form aufgenommen wurde. Es mag hier die Bemerkung gestattet sein, dass diese Art der Statistik zwar allerdings für das Jahr, über welches Rechenschaft abzulegen ist, ein übersichtlicheres Bild gibt als die frühere Statistik, indem sie mehr ausgerechnete und zusammengezogene Resultate liefert. Wenn es sich aber darum handelt, die Resultate ganzer mehrjähriger Perioden zu berechnen, lässt sie uns häufig im Stich (z. B. bei Berechnung von Durchschnitten), indem die Elemente fehlen, wodurch selbstverständlich auch neue Kombinationen ganz verunmöglicht werden. Diese Betrachtungen müssen dazu führen, eine noch weitere Einschränkung der Statistik als gegen die Interessen der Wissenschaft gehend zu verurteilen. 3. Ergebnisse der Rechtsstatistik in der siebenjährigen Periode 1885 bis 1891 und Vergleichen mit der zehnjährigen Periode 1875 bis 1884, herausgegeben durch das kantonale statistische Bureau. Zürich 1892. 4. Erläuterungen und Vergleichen zur Statistik der zürcherischen Rechtspflege (von Professor *Zürcher* und Dr. *Sträuli*), amtlich herausgegeben durch das Obergericht des Kantons Zürich als Ergänzung der eben genannten Rechtsstatistik über die Periode 1885 bis 1891. Winterthur 1895.

¹⁾ R., § 714.

²⁾ R., §§ 715, 716.

³⁾ Z. Pr. O. 1866, §§ 276 ff.; R., §§ 742 ff.; G. W., Entw., §§ 178 ff.

⁴⁾ G. W., Entw., § 178.

⁵⁾ R., §§ 729 ff.

⁶⁾ G. W., Entw. 1901, § 133.

Krieges bemerkbar machen. Eine hohe Zahl weist sodann auch das Jahr 1881 auf (72 Prozesse). Nach einer Notiz des Rechenschaftsberichtes von diesem Jahre rührt diese plötzliche Vermehrung der Geschäfte von dem Bestreben der Parteien her, auch Nicht-handelssachen an das Handelsgericht zu bringen. Dieses Jahr weist denn auch 4 Fälle auf, in denen die Kompetenz bestritten war, und 8 Fälle, die durch Nicht-anhandnahme wegen Inkompetenz ihre Erledigung fanden; dazu kommt noch Rückzug der Klage in 8 Fällen, welcher wohl auch zum Teil infolge der in Aussicht stehenden Abweisung wegen Inkompetenz erfolgt sein mag. Durch besonders niedrige Prozesszahlen zeichnen sich die Jahre 1883 und 1890 aus (je 32 Prozesse). Erst mit dem Jahre 1896 beginnen die Zahlen erheblich zu steigen, um zuzunehmen bis zum Dreifachen des früheren Durchschnitts und dem Doppelten des früheren Maximums. Diese rasche Zunahme der Geschäfte erklärt sich teils aus der schnellen Vermehrung der Bevölkerung der Stadt Zürich mit vorwiegend industriell-merkantilem Charakter seit ihrer Vereinigung mit den Ausgemeinden, teils aus der Erweiterung der Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister infolge der bundesrätlichen Verordnung vom 6. Mai 1890; im weiteren hat sie ihren Grund in der durch Beschluss des Kantonsrates vom 25. Februar 1889 erfolgten Zuweisung der einen Streitwert von Fr. 500 überschreitenden Prozesse über Patent-, Muster- und Modell- und Markenschutz und endlich auch noch in der früher berührten erweiterten Auslegung der Kompetenzregeln¹⁾, wonach ausser Klagen aus unerlaubten Handlungen z. B. auch solche aus Lieferung von Baumaterialien an Hand genommen wurden²⁾. Gerade die letztgenannten Prozesse stellten infolge der Bau- und Liegenschaftskrisis ein ansehnliches Kontingent. Während von 1875 bis 1893 nur 25 Prozesse aus dem Baugewerbe vorkamen, hat das Handelsgericht in den Jahren 1894 bis 1900 deren 63 behandelt.

2. Die Richter. In den 34 Jahren hat das Obergericht 8 Mitglieder (die Ersatzmänner nicht mitgerechnet) zur Mitwirkung beim Handelsgericht delegiert. Es trifft demnach auf das einzelne Mitglied, da immer zwei zusammen amtierten, im Durchschnitt eine Dienstzeit von 8 $\frac{1}{2}$ Jahren³⁾. Es ist gewiss nur vom guten, wenn auch bei den juristischen Mitgliedern kein zu

¹⁾ Vgl. S. 531 ff.

²⁾ Vgl. hierzu R. O. 1896, S. 130.

³⁾ Besondere Erwähnung verdient hier die diesbezügliche Tätigkeit von Oberrichter Dr. J. Escher, nachmaligem Kassationsgerichtspräsidenten, welcher das Präsidium des Handelsgerichtes von dessen Begründung (1866) an bis zum Jahre 1881 inne hatte, in welchem Jahre er nach dreissigjähriger Mitgliedschaft aus dem Obergerichte ausschied.

häufiger Wechsel stattfindet. Das in dieser Hinsicht konstatierte Resultat erscheint als befriedigend.

Für die Beteiligung der Kaufleute am Handelsgericht müssen wir die zwei Perioden von 1867 bis 1874, bei deren Abschluss mit dem neuen Gesetze auch der Amtszwang wieder eingeführt wurde, und die Zeit von 1875 bis 1900 auseinanderhalten. In der ersten Periode zeigte sich, wie wir früher schon erwähnten, der verderbliche Einfluss der Aufhebung des Amtszwanges. In diesen 8 Jahren nahmen nicht weniger als zirka 40 Kaufleute als Richter am Handelsgericht teil¹⁾. Da in dieser Periode das Gericht bloss einen Bestand von 15 Richtern hatte, trifft es auf den einzelnen im Durchschnitt die Leistung einer halben Amtsdauer, d. h. eine Zeit von 3 Jahren. Dabei ist dann freilich gegenüber der späteren Periode zu bemerken, dass nur drei Sektionen bestanden, welche alle 3 Monate einander ablösten; demnach beträgt die effektive Leistung des einzelnen 1 Jahr. Dass ein solcher Zustand dem Institute nicht zum Vorteil gereichen konnte, bedarf keiner weiteren Begründung mehr.

Besser ist das Resultat der zweiten Periode. In den 26 Jahren von 1875 bis 1900 waren 95 Kaufleute am Handelsgericht beteiligt. Da der nunmehrige Bestand 30 Mitglieder beträgt, trifft es pro Mitglied durchschnittlich eine Dienstzeit von 8 $\frac{1}{3}$ Jahren oder etwas mehr als 1 $\frac{1}{3}$ Amtsdauer. Die Zeit, während welcher also das einzelne Mitglied durchschnittlich tatsächlich an Sitzungen teilnahm, beträgt, da nunmehr sechs Sektionen mit 4 monatlichem Turnus bestehen, in 8 Jahren nur 16 Monate. Der tatsächliche Zeitaufwand des einzelnen übertrifft also denjenigen der ersten Periode nur um $\frac{1}{3}$ Jahr, dank der erweiterten Organisation. Man sieht also, dass die Kaufleute dem Handelsgericht ein noch etwas grösseres Interesse und eine noch etwas grössere Opferwilligkeit entgegenbringen dürften.

3. Die Parteien. Über den Wohnort der Parteien und ihre Stellung zum Handelsregister gibt uns Tabelle II Aufschluss, und zwar bezüglich der Kläger für die Periode 1875 bis 1900 und der Beklagten für 1867 bis 1900. 46.9% aller Kläger wohnten danach im Kanton Zürich und 18.5% in den übrigen Kantonen der Schweiz. Unter den übrigen Ländern, auf welche sich der Rest verteilt, weist Deutschland mit 17.4% den Hauptanteil auf und erreicht damit bei-

¹⁾ Aus den Rechenschaftsberichten des Obergerichts ist diese Zahl nicht zu entnehmen; wohl aber lässt sie sich feststellen an Hand der im Staatsarchiv unter P. 17 liegenden Akten über die Wahlen und Entlassungen der Handelsrichter; doch scheinen auch jene Akten nicht absolut vollständig zu sein. Sicher ist, dass in der genannten Zeit wenigstens 40 kaufmännische Richter im Amte waren.

nahe die Zahl, welche wir für die ausserzürcherische Schweiz notierten. Es folgen sodann mit nennenswerten Ziffern Frankreich (6.1 %), Österreich-Ungarn (4.1 %), Italien (2.6 %), England (2.1 %) und die Niederlande mit Belgien (1.1 %). In diesen Zahlen spiegeln sich die Handelsbeziehungen der Schweiz zu den betreffenden Ländern wider. Von den Klägern waren 34.6 % im Handelsregister des Kantons Zürich, 10.6 % in denjenigen anderer Kantone eingetragen. Der Rest von 54.8 %, in welchen sämtliche ausländischen Firmen eingerechnet sind, war nicht eingetragen. Rechnet man hiervon die 542 im Ausland domizilierten Kläger ab, so bleiben immer noch 1316 oder 20.2 % nicht eingetragene Kläger, welche also keine Kaufleute im Sinne der zürcherischen Prozessgesetzgebung waren. Für die Periode 1867 bis 1900 betrug die Zahl der eingetragenen Kläger 43.8 % (Tabelle I, Rubrik 4).

Bei den Beklagten macht die Zahl der Eingetragenen einen viel grösseren Prozentsatz aus, da ja der Eintrag eines der Requisite für die Zuständigkeit des Handelsgerichtes als ordentliches Gericht ist. Von den 2016 Beklagten waren 97.4 % eingetragen, wovon 96.7 % im Register des Kantons Zürich und 0.7 % in dem anderer Kantone; nicht eingetragen waren also nur 2.6 %. Ein Gleiches lässt sich sagen vom Wohnort des Beklagten. Der ordentliche Gerichtsstand ist eben der Wohnort des Beklagten; folglich ist es immer eine Ausnahme, wenn ein nicht im Kanton Wohnender vor Handelsgericht belangt werden kann. Dies kann ja nur der Fall sein, wenn ein Kaufmann im Kanton eine Filiale hat, oder wenn das Handelsgericht als Gerichtsstand des Arrestes oder als forum prorogatum auftritt. So waren denn auch 96.9 % aller Beklagten im Kanton wohnhaft und nur 3.1 % ausserhalb desselben. Eine besondere Beachtung verdient die Verteilung der im Kanton wohnenden Beklagten auf die verschiedenen Bezirke. Hier fällt auf, dass 74.1 % derselben oder 71.8 % aller Beklagten im Bezirk Zürich domiziliert waren. Die Zahl sagt uns, dass es schwierig wäre, heute noch Bezirkshandelsgerichte, wie der erste Entwurf sie vorsah, zu schaffen, ohne deren Organisation ganz verschieden zu gestalten, und dass man mit einem einzigen Handelsgericht für den ganzen Kanton wohl das Richtige getroffen hat.

Eine besondere Betrachtung verdient sodann *das Gewerbe des Beklagten*, denn dieses ist ja nebst dem Eintrag im Handelsregister ebenfalls massgebend für die Zuständigkeit des Handelsgerichtes, indem der Streit sich auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe beziehen muss. Über die Verteilung der Prozesse auf die verschiedenen Gewerbearten gibt folgende Zusammenstellung ein Bild:

| Gewerbe der Beklagten. | | 1867/1874 | 1875/1900 |
|--|--|-----------|-----------------------|
| | | Urteile | Urteile und Beschüsse |
| I. Urproduktion. | | | |
| Berg- und Kohlenbau | | — | 1 |
| Landwirtschaft, Gärtnerei | | — | 3 |
| | | — | 4 |
| | | — | 0.3 % |
| II. Industrie. | | | |
| Lebens- und Genussmittel | | 6 | 49 |
| Kleidung und Putz | | 5 | 38 |
| Baugewerbe, Zementfabrikation, Ziegeleien . . | | 1 | 88 |
| Typographie etc. | | — | 26 |
| Textilien: Seidenindustrie | | 11 | 65 |
| Baumwollindustrie | | 9 | 45 |
| Stickerei | | — | 1 |
| Übrige | | 3 | 28 |
| Chemie (Färberei etc.) | | 5 | 29 |
| Technik (Maschinen, Werkzeuge, Uhren, Lampen etc.) | | 2 | 105 |
| Schreinerei, Möbelbau und übrige Industriezweige | | 2 | 64 |
| | | 44 | 538 |
| | | 23 % | 34.4 % |
| III. Handel. | | | |
| Eigentlicher Handel in: | | | |
| Seide | | 5 | 54 |
| Baumwolle, Wolle, Garn | | 3 | 37 |
| Leinwand, Tuch, Leder | | — | 28 |
| Abfällen | | 8 | 10 |
| Eisen, Metall, Maschinen etc. | | 3 | 79 |
| Lebens- und Genussmitteln | | 33 | 235 |
| Kleidungs- und Putzartikeln | | 9 | 88 |
| Brennmaterialien | | 3 | 35 |
| Materialwaren, Farben, Chemikalien etc. . . | | 5 | 49 |
| Pferden, Rindvieh, Dürmen | | — | 11 |
| Den übrigen Zweigen | | 10 | 74 |
| | | 79 | 700 |
| | | 41.4 % | 44.7 % |
| Bankwesen, Information | | 5 | 58 |
| Agenturen | | 10 | 49 |
| Kommissionäre | | 11 | 53 |
| Versicherungswesen | | 7 | 31 |
| Hotel- und Wirtschaftswesen | | 1 | 11 |
| Buchhandel, Verlagsanstalten | | — | 21 |
| | | 34 | 223 |
| | | 17.8 % | 14.2 % |
| IV. Transport und Verkehr. | | | |
| Eisenbahnwesen | | 2 | 23 |
| Dampfschiffahrt | | 1 | 3 |
| Spedition | | 31 | 34 |
| Telephon | | — | 1 |
| | | 34 | 61 |
| | | 17.8 % | 3.8 % |
| V. Übrige Berufsarten und ohne Bezeichnung | | | |
| | | — | 39 |
| | | — | 2.5 % |
| Summe | | 191 | 1565 |
| | | 100 % | 100 % |

Zu der Periode 1875 bis 1900 mögen noch folgende Betrachtungen beigefügt werden: Den Hauptbestandteil bildet natürlicherweise der Handel, mit 58.9 % aller Fälle, von welchen 44.7 % auf den eigent-

lichen Handel entfallen, während die weitem 14.2 % den übrigen Handelszweigen mit Ausschluss des Transportwesens angehören. Doch auch die Fälle aus dem Gebiete der Industrie sind recht zahlreich und machen mit 34.4 % einen starken Drittel aller Fälle aus. Dieser Umstand ist von Bedeutung für die Wahl der Handelsrichter und für die Frage der künftigen Gestaltung des Gerichtes. Angesichts desselben mag hier schon die Frage aufgeworfen werden, ob nicht eine Ausscheidung unter den Richtern in merkantile und industrielle Sektionen empfehlenswert wäre, um die Fachkenntnisse der Richter auch wirklich am geeigneten Ort verwenden zu können? Wir werden auf diese Frage später zurückkommen. Die hier verzeichneten Kommissionäre und Agenturen verteilen sich, soweit dies aus der Statistik überhaupt ersichtlich ist, ziemlich gleichmässig auf die verschiedenen Zweige des Handels. Unter den industriellen Gewerben tritt namentlich die Maschinenindustrie mit einer grossen Frequenz hervor (19.5 % aller industriellen Prozesse); beim Handel nimmt der Handel mit Lebens- und Genussmitteln die erste Stellung ein (33.6 % der Fälle des eigentlichen Handels und 25.5 % aller Handelsfälle), wozu namentlich Wein- und Getreidehandel ein Wesentliches beitragen. Für die weitere Verteilung der Prozesse auf die einzelnen Zweige des Handels und der Industrie verweisen wir auf obige Zusammenstellung mit der Bemerkung, dass es empfehlenswert sein dürfte, dass dieselbe von der Kommission für das Handels-, Fabrik- und Gewerbeswesen bei der Ausübung ihres Vorschlagsrechtes Berücksichtigung fände.

4. Ein letzter Punkt betrifft den **Streitgegenstand**. Welche Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse zu Grunde lagen, zeigt folgende Zusammenstellung:

| | 1887/1874 | 1873/1900 |
|---|------------|------------------------|
| | Urteile | Urteile und Beschlüsse |
| Kauf und Tausch | 87 | 784 |
| Werkvertrag | 6 | 100 |
| Dienstvertrag, Mandat, Geschäftsbesorgung | 21 | 202 |
| Kommission, Agentur | 10 | 50 |
| Fracht, Spedition | 28 | 47 |
| Gesellschaft | 8 | 161 |
| Firma-, Muster- und Modell-, Markenschutz | 1 | 37 |
| Patentschutz | — | 26 |
| Verlagsvertrag | — | 3 |
| Darlehen, Kontokorrent, Anweisung | 4 | 30 |
| Wechselverpflichtung | 4 | 17 |
| Versicherung | 8 | 12 |
| Depositum | 1 | 3 |
| Konkurrenzklausele | — | 2 |
| Anderer Verträge | 13 | 52 |
| Unerlaubte Handlung | — | 28 |
| Anderweitige Streitgegenstände | — | 11 |
| Summe | <u>191</u> | <u>1565</u> |

Der Kauf als Prototyp des Handelsgeschäfts nimmt in der Periode 1875—1900 mit 784 Fällen oder 50.1 % der Streitgegenstände die erste Stellung ein; ihm folgen der Dienstvertrag mit Einschluss des Mandates und der Geschäftsbesorgung mit 202 Fällen oder 12.9 %; der Gesellschaftsvertrag mit 161 oder 10.3 % und der Werkvertrag mit 100 oder 6.2 %; so dass auf die übrigen Arten der Streitobjekte nur noch 20.5 % der erledigten Prozesse entfallen.

II. Kompetenz. Anhängigmachung des Rechtsstreites. Allgemeine Prozessverhältnisse.

1. Über die statistischen Ergebnisse, welche auf die **Kompetenz** Bezug haben, enthalten Tab. 1, Rubrik 7, und Tab. 8, Rubrik 1, die nötigen Angaben. Danach wurde die Kompetenz des Gerichts in 96 Fällen (4.7 % der erledigten Prozesse) vom Beklagten bestritten; dazu kommen die Fälle, in denen die Zuständigkeit von Amtes wegen verneint wurde, welche leider nirgends aufgezeichnet sind. Im ganzen wurden 111 Prozesse (5.5 %) durch Nichtanhandnahme der Klage erledigt, und diese Zahl gibt uns doch annähernd die Gesamtzahl der Fälle, in denen die Kompetenz fraglich war. Es darf wohl behauptet werden, dass diese Zahl für ein Spezialforum keine übermässig hohe ist; sie sagt uns, dass die Kompetenzbestimmungen praktisch durchführbar sind. Und wenn auch anfänglich die Erledigung der Kompetenzfragen einen ziemlich grossen Zeitaufwand erfordert haben mag, wie dies aus den zahlreichen gedruckten Präjudizien früherer Jahre hervorzugehen scheint, so kann doch jetzt, nachdem sich eine feste Praxis gebildet hat, deren Absolvierung nunmehr rasch von statten gehen.

2. Die **Anhängigmachung** der 2016 Prozesse erfolgte laut Tab. 1 in 1910 Fällen (94.7 %) durch friedensrichterliche Weisung, durch direkte Klage bloss in 5.3 % der Fälle. Die gegenwärtige Bestimmung, dass der Prozess in besonders dringlichen Fällen mit Umgehung des Friedensrichteramtes direkt an das Handelsgericht gebracht werden könne, hat demnach wenig Bedeutung. Sie ist auch praktisch nicht leicht verwendbar, weil in jedem einzelnen Falle zuerst wieder untersucht werden muss, ob der Fall „besonders dringlich“ sei. Dringlich sind eigentlich alle Fälle; der Entwurf tut meines Erachtens gut daran, die Umgehung des Friedensrichteramtes schlechtweg zu gestatten, da dessen Tätigkeit angesichts der gründlichen Instruktion der Prozesse und angesichts der Referentenaudienzen überflüssig geworden ist. Die künftige Statistik würde dann in diesem Punkte ein entgegengesetztes Bild zeigen.

3. Die Stellung des Handelsgerichts als **Schiedsgericht** haben wir früher besprochen und auch seine Tätigkeit als solches berührt¹⁾. Hier haben wir nur noch der *Widerklagen* mit einem Worte zu gedenken. Zu den 2016 Klagen gesellen sich 332 Widerklagen (16.4 % aller Fälle). Diese grosse Zahl erklärt sich daraus, dass für die Widerklagen keine Konnexität mit der Hauptklage erfordert wird (R., § 219); ja, dass sogar mit Zustimmung beider Parteien auch Nicht-handelssachen in Form von Widerklagen an das Handelsgericht gebracht werden können (R., § 99). Dass in letzterer Beziehung eine Einschränkung am Platze wäre, haben wir früher schon betont.

III. Verhandlungen und Beweisverfahren (Tab. 3).

1. **Verhandlungen.** Die Statistik gibt uns nur mit bezug auf die Urteile vollständige Angaben. Von diesen wurden 98.3 % mit und 1.7 % ohne Verhandlungen²⁾ erledigt. Für die durch Beschluss erledigten Prozesse lässt sich die Zahl derjenigen mit Verhandlungen annähernd bestimmen aus der Zahl der abgehaltenen Referentenaudienzen, da die Abhaltung einer Haupt- oder Schlussverhandlung ohne vorausgegangene Referentenaudienz die seltene Ausnahme bildet, so dass sich die Anzahl der Prozesse mit Referentenaudienzen ziemlich deckt mit derjenigen mit Verhandlungen überhaupt. Bei den 1264 durch Beschluss erledigten Prozessen fanden 770 Referentenaudienzen statt (60.9 % der Beschlüsse). Dass ein so hoher Prozentsatz der Beschlüsse einer Verhandlung bedarf, kann nicht auffallen. Wo der Schriftenwechsel die Sache nicht so abgeklärt hat, dass in zweifelhaften Fällen die Parteien sich vergleichen könnten oder in Erkenntnis ihres schwachen Standpunktes vom Prozesse abstehen würden durch Rückzug oder Anerkennung der Klage, da ist eben gerade die Referentenaudienz geeignet, diesen Erfolg herbeizuführen und so eine Erledigung durch Beschluss zu ermöglichen.

Bei den Urteilen bildet die Abhaltung von Referentenaudienzen beinahe die Regel (94.1 % der Urteile); nehmen wir Beschlüsse und Urteile zusammen, so ergeben sich für 73.3 % der Prozesse Referentenaudienzen.

Ganz erheblich ist nun aber der Unterschied zwischen Urteilen und Beschlüssen in Ansehung der *Hauptverhandlung*. Bei den ersteren fanden in 96.5 %, bei den letztern nur in 7.6 % der Fälle Hauptverhandlungen statt. Für das Urteil bildet die Hauptverhandlung eben in der grossen Mehrzahl der Fälle die Grundlage, und nur in denjenigen Prozessen, in welchen an Stelle der Hauptverhandlung das schriftliche Vor-

verfahren tritt, kann diese wegfallen. Dies geschah bei 13 durch Urteil erledigten Prozessen (3.5 % der Urteile), die übrigen in Tab. 1, Rubr. 9, verzeichneten Fälle, in denen ein schriftliches Vorverfahren angewendet wurde, müssen demnach durch Beschluss erledigt worden sein. Dass bei den Beschlüssen die Hauptverhandlung selten vorkommt, ist leicht erklärlich. Wenn die eine oder andere Partei oder beide zusammen es nicht zum Urteile kommen lassen wollen, so sind sie, dank der Referentenaudienz, meist schon vor der Hauptverhandlung in der Lage, die Inopportunität einer Ausfechtung des Streites einzusehen, und werden sich dann die Kosten für Abhaltung einer Hauptverhandlung ersparen.

Sehr selten sind die *Schlussverhandlungen*; durch die gründliche Vorbereitung der Hauptverhandlung wird die Notwendigkeit einer Schlussverhandlung mit Beweisabnahme und Würdigung des Beweisergebnisses in mündlicher Verhandlung auf einen sehr geringen Prozentsatz herabgedrückt. Er beträgt bei Urteilen 17.8 %, bei Beschlüssen sinkt er auf das Minimum von 0.3 %.

2. **Beweisverfahren.** Auch für das Beweisverfahren stehen uns, abgesehen von der persönlichen Befragung, nur für die Urteile vollständige Angaben zur Verfügung. Selbstverständlich liefern diese die grösseren Zahlen als die Beschlüsse, wo die Häufigkeit des Beweisverfahrens in Frage liegt. Dies zeigt sich schon bei der persönlichen Befragung. Während bei den Urteilen in 11.4 % der Fälle der Kläger und in 15.9 % der Beklagte persönlich befragt wurde, weisen die Beschlüsse nur 2.4 und 3.6 % auf. Bei den Urteilen hat sodann in 30.5 % ein weiteres Beweisverfahren stattgefunden; besonders auffallend gross ist die Zahl der Expertisen (20.2 %).

Interessant und lehrreich ist folgende Vergleichung zwischen den durch das Handelsgericht und den durch die 11 Bezirksgerichte in den Jahren 1875—1900 erledigten gewöhnlichen¹⁾ Prozessen²⁾.

| 1875 bis 1900 | Zahl der Prozesse mit | | | | | | Zahl der er- ledigten Prozesse |
|---------------------|-----------------------|------|-------------|-----|-----------|------|---|
| | Zeugeneinvernahme | | Augenschein | | Expertise | | |
| | Zahl | % | Zahl | % | Zahl | % | |
| Bezirksgericht | 4322 | 12.9 | 2676 | 8.0 | 2550 | 7.6 | 33,511 |
| Handelsgericht | 224 | 14.3 | 25 | 1.6 | 251 | 16.0 | 1,565 |

¹⁾ Das zürcherische Prozessgesetz unterscheidet neben den gewöhnlichen vor Bezirksgericht zu verhandelnden Prozessen an besondern Prozessen den Ehescheidungs-, den Vaterschafts- und den Bevogtigungsprozess. Die Tabelle berücksichtigt nur die gewöhnlichen Zivilprozesse.

²⁾ Die Prozentangaben beziehen sich auf die Gesamtzahlen der erledigten Prozesse.

¹⁾ Siehe S. 537 ff.

²⁾ Prozesse mit „schriftlichem Vorverfahren“.

Das Handelsgericht weist demnach eine relativ grössere Zahl von Prozessen mit Zeugeneinvernahme und Expertise auf, und nur die Zahl der Prozesse mit Augenschein ist bei den Bezirksgerichten eine relativ grössere. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Prozesse vor Bezirksgericht ein Streitwertminimum von nur 200 Fr. voraussetzen, diejenigen vor Handelsgericht aber ein solches von 500 Fr. Bei grössern Streitwerten ist die Zahl der Expertisen und Zeugeneinvernahmen naturgemäss eine relativ grössere. Auffallend ist immerhin der Unterschied in Ansehung der Expertisen. Man sollte denken, dass bei einem Fachgerichte Expertisen seltener wären als bei ordentlichen Gerichten, und vorab beim zürcherischen Handelsgerichte, dem ja ausdrücklich die Befugnis erteilt ist, über kaufmännische Fragen und über das Vorhandensein von Handelsgebräuchen auf Grund der eigenen Fachkenntnis zu entscheiden. Dass dieser Zustand kein begrüssenswerter ist, liegt auf der Hand. Die Expertisen wirken immer verzögernd und verschleppend auf den Gang des Prozesses ein; oft auch verstreicht viel köstliche Zeit, bis man nur geeignete Experten gefunden hat. Wo liegt nun aber der Grund, dass trotz der fachmännisch gebildeten Richter und trotz der erwähnten Gesetzesbestimmungen so viele Expertisen nötig werden, und was ist zu tun, um diesem Übelstande abzuhelpen? Ein Grund ist einmal zu suchen in der Unzulänglichkeit der Organisation. Es ist zum schönen Teil Zufall, wenn Leute in den einzelnen Sektionen sitzen, welche gerade der gleichen Handelsbranche angehören wie der Beklagte. Eine Sektion von 5 Mitgliedern kann eben höchstens 5 Branchen repräsentieren, während der Branchen im Handel so viele bestehen! Ein kaufmännischer Richter kann aber nun, wenn er nicht gerade der Branche angehört, in welcher der zu beurteilende Prozess vorkommt, nicht füglich als Experte funktionieren. Es ist daher sehr zu begrüssen, wenn, wie wir früher schon mitteilten, nach dem Entwurfe künftig auch wieder Mitglieder ausser der Kehrordnung berufen werden können, wo besondere Fachkenntnisse dies als wünschbar erscheinen lassen. Damit dann aber von dieser Bestimmung ungehinderter und ausgiebiger Gebrauch gemacht werden kann, ohne dass dadurch eine ganz ungerechte Verteilung der Arbeitslast bewirkt wird, sollte das Gesetz auch bestimmen, dass diese herbeigezogenen Handelsrichter ganz wie alle übrigen Experten für ihre ausserordentlichen Bemühungen entschädigt werden. Und damit stossen wir auch auf die zweite Ursache, aus welcher nicht nur keine Verminderung der Expertisen beim Handelsgericht, das doch ein Fachgericht ist, hervorgeht, sondern die es auch erklärlich macht, dass eine Vermehrung derselben gegenüber den gewöhnlichen

Gerichten zu stande kommt. Es könnten viele Expertisen unterlassen werden, aber man will die dadurch entstehende Mehrarbeit den Handelsrichtern, deren Amt ein unbesoldetes Ehrenamt, eine Nebenbeschäftigung neben ihrem eigentlichen Berufe ist, nicht zumuten. Die Expertise dient immer zur Erleichterung der Arbeit des Gerichts; dass man aber vorab beim Handelsgericht geneigt sein wird, diese Möglichkeit der Erleichterung zu benützen, ist aus dessen ganzem Wesen, aus dessen Organisation leicht erklärlich. Es wird deshalb manche Expertise angeordnet, wo das Gericht sehr wohl in der Lage wäre, die Sache vermöge eigener Fachkenntnis zu prüfen, freilich mit Aufwendung einer ungleich grösseren Summe an Zeit und Arbeitskraft; so werden sehr oft Expertisen über den Zustand von Handelsbüchern angeordnet, was doch gewiss von jedem tüchtigen Kaufmann geleistet werden könnte. Dies scheint mir die eigentliche Ursache der grossen Zahl von Expertisen zu sein, während die Unzulänglichkeit der Kehrordnung, welche ja in schon erwähnter Weise gehoben werden könnte, erst in zweite Linie zu stellen ist. Und die Abhülfe bestünde eben darin, dass man jedes Gerichtsmitglied, das mit der nähern Untersuchung einer Sache betraut wird, das also einen Experten ersetzt, auch wie einen solchen entschädigen würde. Daneben sollten sämtliche übrigen, nicht im Amte stehenden Mitglieder gesetzlich verpflichtet sein, die Berufung als Experte jederzeit anzunehmen, doch auch diese nur gegen angemessene Entschädigung, um der Amtsfucht nicht Vorschub zu leisten. Hierdurch würde man einesteils die Zahl der eigentlichen Expertisen vermindern, andernteils müsste man die Experten nicht lange suchen, wodurch die verzögernde Wirkung der Expertise bedeutend vermindert würde.

IV. Streitwert, Kosten, Dauer (Tab. 4, 5, 6, 7).

1. **Streitwert** (Tab. 4 und 6). Tab. 4 gibt uns einen Überblick über die Grösse des Streitwertes und zeigt uns deutlich, welche Bedeutung die Rechtsprechung des Handelsgerichts für die Kaufmannschaft hat. In den 34 Jahren hat es Streitigkeiten im Gesamtbetrage von 24,780,453 Fr. erledigt, wovon 8,597,698 Fr. auf die durch Urteil erledigten und 16,182,755 Fr. auf die durch Beschluss erledigten Prozesse entfallen. Hierbei sind aber nur die 1878 Prozesse mit Angabe eines bestimmten Streitwertes gerechnet. Nimmt man für die 138 übrig bleibenden Prozesse, bei denen die Angabe des Streitwertes fehlt, den Durchschnittsstreitwert von 13,195 Fr. an (vgl. Tab. 6, Rubr. 7), so erhält man eine Gesamtsumme von 26,601,363 Fr. Das Handelsgericht hat somit durchschnittlich per Jahr Prozesse erledigt mit einem Gesamtstreitwert von 728,837 Fr.,

resp. mit Einrechnung der Prozesse ohne Streitwertangabe von 782,393 Fr.

Über die Verteilung dieses Gesamtstreitwertes auf die einzelnen Prozesse gibt Tab. 4 wenigstens bezüglich der Urteile einige Anhaltspunkte. Danach handelte es sich bei zirka der Hälfte der durch Urteil erledigten Prozesse um einen Streitwert von 500—3000 Fr., bei weiteren $\frac{4}{10}$ um einen solchen von 3000—20,000 Fr. und endlich beim letzten Zehntel um mehr als 20,000 Fr.

2. Kosten (Tab. 5). Die Statistik kann begreiflicherweise nur Zahlen über die gerichtlichen Kosten geben, da die aussergerichtlichen Kosten, welche den Parteien erwachsen, sich der Feststellung entziehen.

Die Gesamtkosten betragen 184,634 Fr. Hiervon fallen 98,951 Fr. oder 53.6 % auf Staatsgebühren; 55,859 Fr. oder 30.2 % auf Barauslagen für Zeugen, Sachverständige, Vorladungen etc.; 29,824 Fr. oder 16.2 % auf Schreibgebühren.

Der Durchschnitt der Kosten beträgt, wie sich aus Tab. 6 ergibt, für die behandelte Periode bei Erledigung durch Beschluss 29.93 Fr., bei Erledigung durch Urteil 195.22 Fr. und im ganzen 91.58 Fr. Diese Zahlen dürfen schon absolut betrachtet, angesichts des Umstandes, dass der Minimalstreitwert 500 Fr. beträgt, nicht als hohe bezeichnet werden. Ihre richtige Würdigung wird aber erst durch Vergleichung der entsprechenden Streitwerte möglich.

3. Streitwert und Kosten (Tab. 6). Von Interesse ist die Beziehung zwischen Streitwert und Kosten. Das Verhältnis derselben hat in der besprochenen Periode nicht erheblich geschwankt. Bei den Beschlüssen betragen die Durchschnittskosten 0.03—1.2 % des Durchschnittsstreitwertes, bei den Urteilen 0.3—4.8 % und im ganzen 0.15—2.2 %. Für die ganze Periode betragen die Kosten bei Beschluss 0.2 % des Streitwertes, bei Urteil 1.6 % und im ganzen 0.7 %. Es darf demnach gesagt werden, dass die Rechtsprechung des Handelsgerichtes keine kostspielige ist. Eine Vergleichung der Beziehung zwischen Streitwert und Kosten bei den Bezirksgerichten mit bezug auf die gewöhnlichen Prozesse mit derjenigen beim Handelsgerichte gibt folgendes Bild:

| 1875 bis 1900 | Zahl der er- ledigten Prozesse | Gesamt- streitwert | Streit- wert- durch- schnitt | Kosten | |
|---------------------|---|-----------------------|---------------------------------------|-------------------|-------------------------------|
| | | | | Durch- schnitt | in % des Streit- wertes |
| | | Fr. | Fr. | Fr. Rp. | |
| Bezirksgericht | 33,511 | 154,292,217 | 6,320 | 55. 46 | 1.1 |
| Handelsgericht | 1,565 | 21,375,074 | 14,826 | 102. 50 | 0.7 |

Während die Anzahl der Handelsprozesse nur zirka $\frac{1}{16}$ der gewöhnlichen Prozesse vor Bezirksge-

richt ausmacht, beträgt der Gesamtstreitwert der ersteren zirka $\frac{1}{7}$ der letzteren; der Durchschnittsstreitwert beträgt dementsprechend bei jenen 14,826 Fr., bei diesen nur 6320 Fr. Die Durchschnittskosten sind infolgedessen beim Bezirksgericht die absolut kleineren, im Verhältnis zum Streitwert aber die grösseren, indem sie 1.1 % desselben ausmachen, beim Handelsgericht nur 0.7 %.

4. Dauer (Tab. 7). Von besonderer Wichtigkeit ist die Dauer der Prozesse, war doch die Verschleppung der Handelsprozesse vor den ordentlichen Gerichten eine der Hauptursachen, welche die Einführung eines Handelsgerichtes herbeiführten. Bei den Beschlüssen bewegt sich die Durchschnittsdauer der einzelnen Jahre in der besprochenen Periode von 19—77 Tagen; die Durchschnittsdauer des einzelnen Prozesses beträgt für die ganze Periode 51 Tage; bei den Urteilen schwankt sie in den einzelnen Jahren zwischen 34 und 162 Tagen und beträgt für die ganze Periode 84 Tage; rechnet man Urteile und Beschlüsse ineinander, so beträgt die Gesamtdurchschnittsdauer 63 Tage. Eine Ausscheidung der Urteile nach der Dauer zeigt, dass 28.5 % derselben im ersten Monat und 33.4 im zweiten Monat zu stande gekommen sind, so dass nicht ganz $\frac{2}{3}$ aller durch Urteil erledigten Prozesse in 0—2 Monaten erledigt wurden. Weitere 14.7 % fanden ihre Erledigung im dritten Monat, 13.3 % im 4.—6. Monat, 6.4 % im 7.—12. Monat und 3.7 % dauerten mehr als ein Jahr. Eine Ineinanderrechnung von Urteilen und Beschlüssen war nur möglich für die Periode 1885—1900. Hier zeigt sich, dass ein Drittel im 1. Monat und ein weiterer starker Drittel im 2. Monat erledigt wurde, während nur 6 % mehr als ein halbes Jahr dauerten.

Ziehen wir endlich noch einen Vergleich zwischen Bezirksgericht und Handelsgericht¹⁾, so ergeben sich folgende Resultate:

| 1875 bis 1900 | Durchschnittliche Dauer in Tagen | Es dauerten Prozesse | | | | | | | | | |
|---------------------|-------------------------------------|----------------------|------|---------------|----|---------------|------|----------------|-----|----------------|-----|
| | | bis 1 Monat | | 1—2 Monate | | 2—6 Monate | | 6—12 Monate | | über 1 Jahr | |
| | | Zahl | % | Zahl | % | Zahl | % | Zahl | % | Zahl | % |
| Bezirksgericht | 103 | 10,651 | 31.3 | 7375 | 22 | 9886 | 29.5 | 4031 | 12 | 1568 | 4.7 |
| Handelsgericht | 66 | 568 | 36.3 | 548 | 35 | 355 | 22.7 | 64 | 4.1 | 30 | 1.3 |

Diese Tabelle zeigt uns, dass denn doch die Dauer der Prozesse vor Handelsgericht eine erheblich geringere ist als vor Bezirksgericht. Die Durchschnittsdauer beträgt bei ersterem nur $\frac{2}{3}$ von derjenigen beim Bezirksgericht. Auch die Ausscheidung der Prozesse nach ihrer Dauer gestaltet sich für das Handels-

¹⁾ Unter Benützung der Resultate auf S. 563 der Erläuterungen zur Statistik 1885—1891.

gericht weitaus günstiger. Während dieses in den zwei ersten Monaten 71.3 % der Prozesse erledigte, entfallen beim Bezirksgericht für die gleiche Zeit nur 53.3 %; beim Handelsgericht wurden innert einem halben Jahr 94 % der Prozesse erledigt, beim Bezirksgericht nur 83.3 %. Die Resultate, welche das Handelsgericht mit bezug auf die Dauer der Prozesse erreicht hat, dürfen demnach als gute bezeichnet werden, namentlich wenn man berücksichtigt, dass es sich hier durchwegs um bedeutende Streitwerte handelt.

V. Erledigung des Rechtsstreites. Rechtsmittel (Tab. 8—10).

1. **Erledigung** (Tab. 8). Bei der Frage nach der Art der Erledigung des Rechtsstreites interessiert uns zunächst, wie viele Prozesse durch blossen Beschluss, d. h. ohne materiellen Entscheid, wie viele durch Urteil ihre Erledigung gefunden haben. Durch Beschluss wurden erledigt 1264 oder 62.7 % aller erledigten Prozesse, durch Urteil 752 oder 37.3 %. Während hier die durch Beschluss erledigten Prozesse fast $\frac{2}{3}$ aller Fälle ausmachen, halten sich Beschluss und Urteil beim Bezirksgericht für die gewöhnlichen Prozesse so ziemlich die Wage. Die grosse Zahl der Beschlüsse beim Handelsgericht hat indessen nichts Auffallendes. Es wurde ja von Anfang an als einer der Zwecke des Handelsgerichts betrachtet, möglichst viele Vergleiche herbeizuführen, und es wurden ihm zu diesem Zwecke durch das Gesetz ausdrücklich konziliatorische Kompetenzen zugesichert. Dass übrigens das ganze Verfahren geeignet ist, Vergleiche zu ermöglichen oder auf anderweitige Art materielle Entscheidung unnötig zu machen, ist früher schon betont worden. Die durch Vergleich erledigten Prozesse nehmen denn auch unter den Beschlüssen mit 51.1 % derselben den ersten Platz ein; es folgen die Anerkennung der Klage mit 20.6 % und Rückzug derselben mit 17.2 %.

Bei den Urteilen konnten 70.5 % aller Klagen gutgeheissen werden, während nur ein schwacher Drittel abgewiesen werden musste.

2. **Rechtsmittel** (Tab. 9 und 10). Die Häufigkeit, mit welcher von den Rechtsmitteln Gebrauch gemacht wird, und der Erfolg oder Nichterfolg, welchen sie bei der obern Instanz erringen, geben bis zu einem gewissen Grade einige Anhaltspunkte über die Qualität der Rechtsprechung eines Gerichtes. In diesem Sinne rechtfertigt sich eine statistische Darstellung und Besprechung der ergriffenen Rechtsmittel.

Von 1056 Entscheiden des Handelsgerichts in den Jahren 1885—1900 wurden 99 oder 9.4 % an das Bundesgericht weitergezogen. 10 % der weitergezogenen Entscheide wurden durch die höhere Instanz abgeändert,

90 % dagegen blieben unverändert bestehen, sei es, dass das erstinstanzliche Urteil bestätigt (50.5 %), sei es, dass die Berufung ohne materielles Eintreten abgewiesen wurde (39.3 %). Der Erfolg der Weiterziehungen an das Bundesgericht war demnach ein sehr geringer.

Von den übrigen Rechtsmitteln wurde, wie Tab. 10 zeigt, ein äusserst spärlicher Gebrauch gemacht, der zudem mit geringem Erfolge gekrönt war. *Rekurse* kamen in der ganzen Periode, also bei 2016 Prozessen, bloss 10 vor (zirka 0.5 %); davon wurden 8 abgewiesen; über das Resultat der zwei andern gibt der Rechenschaftsbericht des Obergerichtes, dem diese Angaben entnommen sind, keinen Aufschluss. *Kassationsbeschwerden* wurden 57 gestellt (2.3 % aller Prozesse). Hiervon wurden 49, d. h. 86 %, als unzulässig erklärt oder abgewiesen, 3.5 % zurückgezogen, und nur 6 Beschwerden, d. h. 10.5 %, fanden bei der Kassationsinstanz Gutheissung. Also auch hier ein kläglicher Erfolg! Wenn man aus diesen Daten einen Schluss auf die Qualität der Rechtsprechung des Handelsgerichts ziehen will, so kann er nur günstig ausfallen.

§ 10. Rückblick auf die Gründe für und wider das Handelsgericht an Hand der Ergebnisse.

Wir haben in der Einleitung schon angedeutet, wie vielumstritten das Institut der Handelsgerichte war und es wohl auch heute noch ist. Dass alle die Gründe für und wider die Handelsgerichte auch im Kanton Zürich hervorgeholt wurden¹⁾, als sich die Frage der Einführung eines solchen Spezialgerichtes auftrat, braucht nicht erst gesagt zu werden. Während ein Teil der Kaufleute und Juristen die geplante Neuerung freudig begrüsst und grosse Erwartungen an sie knüpften, stand ein anderer Teil mit mancherlei Bedenken ihr ablehnend oder feindlich gegenüber. An Hand der gewonnenen Resultate zu untersuchen, wie weit jene Erwartungen sich erfüllt, wie weit diese Bedenken und Anfechtungen berechtigt waren, ist Zweck der folgenden Erörterungen.

1. Der erste und wichtigste Grund, der für die Existenzberechtigung der Handelsgerichte und deren Notwendigkeit für eine rationelle Rechtspflege angeführt werden mag, ist der, dass sie wichtige und unerlässliche Organe der Fortbildung des Handelsrechts durch gebührende Berücksichtigung des Gewohnheitsrechtes sind. Um unsern Standpunkt richtig begründen zu können, um Missverständnissen vorzubeugen und von vornherein allerlei Einwendungen über die

¹⁾ Vgl. namentlich den Bericht von Treichler und Ullmer; ferner *Goll*, a. a. O., S. 31 ff., und die in der Einleitung zitierten Autoren.

Bedeutung des Gewohnheitsrechtes abzuschneiden, sehen wir uns genötigt, kurz auf dessen Wesen und dessen Beziehungen zum Gesetzesrecht einzugehen. Das Gewohnheitsrecht ist der Inbegriff der nicht gesetzten, d. h. durch keine gesetzgebende Gewalt diktierten Rechtsnormen, durch welche das Verkehrsleben in seiner rechtlichen Seite beherrscht wird. Diese Normen treten zu Tage in der im Verkehre sich kundgebenden Rechtsüberzeugung. Das Handelsgewohnheitsrecht speziell ist somit die Gesamtheit der nicht gesetzten Rechtsnormen, nach welchen im Handelsverkehr tatsächlich Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden unter der Überzeugung ihrer rechtsverbindlichen Kraft. Gerade diese *opinio necessitatis*, die den Parteien vorschwebt, ist es, welche diese Normen zu Rechtssätzen macht im Gegensatz zu den Normen, welche die Handelssitte beherrschen, deren Beobachtung aber nicht aus der Überzeugung der Rechtsnotwendigkeit hervorgeht, sondern vielleicht bloss aus der Überzeugung der Nützlichkeit oder der Anständigkeit.

Die Stellung, die dem Gewohnheitsrechte gegenüber dem Gesetzesrechte eingeräumt wird, ist in Theorie und Gesetzgebung eine sehr verschiedene. Es ist hier nicht der Ort, auf diese Frage näher einzugehen; doch das mag gesagt werden, dass mancherlei Gründe für Anerkennung des Gewohnheitsrechtes als Rechtsquelle der Judikatur sprechen. Es ist zwar zuzugeben, dass dasselbe angesichts der umfassenden Kodifikation nicht mehr dieselbe Rolle spielen kann wie ehemals, aus dem einfachen Grunde, weil das Gesetzesrecht vielfach Sätze des Gewohnheitsrechtes festgelegt hat und sich so weit mit diesem deckt, und weil andererseits das Gesetzesrecht, soweit es ganz neu ist, durch seine praktische Verwendung vielfach zur allgemeinen Rechtsüberzeugung geworden ist, so dass hier ein anderes Gewohnheitsrecht, eine andere Rechtsüberzeugung, nicht mehr entstehen kann. Eine Kodifikation kann nun zwar alle bestehenden Gewohnheitsrechte aufnehmen und so allenfalls die *bestehende* Rechtsüberzeugung in den verschiedensten Verhältnissen erschöpfend dokumentieren; sie kann aber niemals alle Eventualitäten, die denkbar, aber durch die Gewohnheit noch nicht reguliert sind, berücksichtigen, sondern muss eben in Hunderten von denkbaren Fällen die Ausbildung der Rechtsverhältnisse der Gewohnheit überlassen. Sie kann deshalb nicht füglich verlangen, dass mit ihr die Weiterentwicklung der Rechtsanschauung abgeschnitten, dass sie für alle Zeiten massgebende Richtschnur sein soll. Das kodifizierte Recht kann und soll nur die Grundlage bilden für eine gleichmässige Fortentwicklung des allgemeinen Rechtsbewusstseins. Wo aber die Gesetzesnormen mit neu entstandenen Verkehrsverhältnissen vernünftigerweise

nicht mehr vereinbar sind, wo deren Anwendung die weitere Existenz dieser Verhältnisse ersticken würde, da bilden sich mit Naturnotwendigkeit neue Normen, die mit der Überzeugung der Rechtsverbindlichkeit beobachtet werden. Solchen Verhältnissen die Zwangsjacke der geschriebenen Gesetzesnormen aufzudrängen, hiesse das Verkehrsleben in brutaler Weise abtöten.

Das schweizerische Obligationenrecht spricht sich über seine Stellung zum Gewohnheitsrecht nicht aus; doch stellt es in manchen Bestimmungen auf den Handelsgebrauch ab, unter welcher Bezeichnung sowohl die blosser Handelssitte als auch das Handelsgewohnheitsrecht verstanden werden kann. Es ist demnach dem Richter überlassen, die Bedeutung des Gewohnheitsrechtes festzustellen.

Was vom Gewohnheitsrecht im allgemeinen gesagt wurde, gilt in noch viel höherem Grade vom Handelsgewohnheitsrecht; denn hier ist gerade das Gebiet, wo die Gewohnheit, die sich den neuen Verkehrsverhältnissen anschmiegt, der Gesetzgebung weit vorausseilt. Nirgends soll daher weniger auf den toten Buchstaben des Gesetzes abgestellt werden als gerade hier, und nirgends mehr das lebendige Rechtsbewusstsein entscheiden. Im Zivilrecht, wo die Rechtsgeschäfte nur so gelegentlich auftreten, wo es sich vielfach, wie z. B. im Familienrecht, um viel wichtigere Rechtsgüter handelt, als um blosser Vermögensrechte, hält man sich gerne an hergebrachte Formen, die in Gesetzesparagraphen zu bannen dem Gesetzgeber ein leichtes ist und von denen dann auch nicht mehr leicht abgewichen wird, so dass Rechtsbewusstsein und Gesetzesrecht auf lange Zeiten hin sich decken. Ganz anders hält es der Kaufmann, dessen Beruf eigentlich im Abschliessen von Rechtsgeschäften besteht. Er klammert sich nicht an das Hergebrachte; er klebt nicht ängstlich an der Form und sieht mehr auf die Person des Mitkontrahenten. Je leichter und formloser, je rascher die Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden können, desto besser geht auch sein Handelsgeschäft. Er ist daher nicht geneigt, viele Kautelen zu machen und alle Eventualitäten zu berücksichtigen. Wenn daher das Gesetzesrecht ihm zu steif ist und für die neuen Verkehrsverhältnisse nicht mehr passt, so lässt er dasselbe einfach unberücksichtigt und hält sich und seinen Mitkontrahenten, gestützt auf Treu und Glauben, für rechtlich gebunden. So werden durch die Leichtlebigkeit des Verkehrs, durch den kosmopolitischen Charakter des Handels, neue Rechtsverhältnisse und neue Rechtsanschauungen geschaffen, die sich mit den im Gesetzesrechte niedergelegten Anschauungen nicht mehr decken. Wäre es nun richtig, eine Klage aus einem Rechtsgeschäfte, das nach allgemeiner Rechtsanschauung verbindlich ist, das aber

vom Gesetzesrecht nicht vorgesehen ist, abzuweisen? Gerade deshalb, weil der rechtsgelehrte Richter, der ausser dem Handelsverkehr steht und das immer neu entstehende Gewohnheitsrecht nicht kennen kann, geneigt ist, über das lebendige Rechtsbewusstsein hinwegzuschreiten zu toten Gesetzesparagrafen, weil er so das kaufmännische Rechtsbewusstsein erschüttert und Treu und Glauben, die Grundsäulen des Verkehrs, zum Wanken bringt, verlangt die Kaufmannschaft ein Gericht, welches dem Gewohnheitsrecht die richtige Würdigung angedeihen lassen kann.

Auf welchem Wege soll nun dieses Resultat erreicht werden können? Wohl am einfachsten dadurch, dass man diejenigen zu Richtern beruft, welche in der Gewohnheit drin leben, welche mit dem Gewohnheitsrechte aufwachsen und von dessen Rechtskraft täglich und stündlich durchdrungen und überzeugt sind, d. h. die Kaufleute. Es ist nun freilich behauptet worden, der rechtsgelehrte Richter sei nicht bloss in demselben Grade in der Lage, das Gewohnheitsrecht und die Handelsgebräuche zu kennen, namentlich diejenigen fremder Handelsplätze und fremder Handelszweige, wie der kaufmännische Richter, sondern bei seiner Kenntnis der juristischen Literatur in noch viel höherem Grade¹⁾. Aber im grossen ganzen rührt doch diese Literatur auch wieder von Juristen her, welche die Handelsgebräuche und das Handelsgewohnheitsrecht auch nur kennen können, wenn sie sich mit Kaufleuten in Verbindung setzen und so mit dem fortschreitenden Leben Fühlung haben. Es ist ferner gesagt worden, die Zuziehung von Kaufleuten als Richter sei deshalb noch lange keine Garantie für gehörige Berücksichtigung des Gewohnheitsrechtes, weil die kaufmännische Erfahrung in allen den Fällen nichts nütze, wo Gewohnheiten des Auslandes, anderer Orte oder anderer, von ihnen nicht betriebener Handelszweige zur Anwendung kommen²⁾. Dagegen ist zu erwidern, dass für die Beurteilung der Frage, ob ein Gewohnheitsrecht vorliege oder nicht, keineswegs die Kenntnis der Details und Feinheiten eines Handelszweiges erforderlich ist; es genügt hier der kaufmännische Geist, welcher den kaufmännischen Richter aus allen Verumständlungen instinktiv fühlen lässt, ob ein Gewohnheitsrecht oder bloss Handelssitte vorliegt.

Man hat vielfach andere Wege gesucht und eingeschlagen, um die Berücksichtigung des Handelsgewohnheitsrechtes zu ermöglichen. Die Einholung von Gutachten führt selten zum gewünschten Ziel, weil es eben der Jurist auch nicht versteht, die geeigneten Fragen zu stellen, und weil die Loslösung des Tat-

bestandes von der Rechtsfrage überhaupt untunlich ist. Die Kaufleute als blosser Beisitzer heranzuziehen, hat auch seine Bedenken, denn dadurch ist ihnen jede Verantwortlichkeit genommen. Ihre Begeisterung für die Sache wird auch keine grosse sein, wenn sie sich sagen müssen, dass es doch im Belieben der Juristen stehe, ihre Ansicht zu respektieren oder nicht. Das einzig wirksame Mittel, die Handelsrechtsprechung dem Leben anzupassen durch Berücksichtigung des Handelsgewohnheitsrechtes, ist, Kaufleute als Richter bei derselben zu betätigen.

2. Es sind indessen noch anderweitige Gründe zu nennen, die zur Einführung eines Handelsgerichts geführt haben. Ausser dem Wunsche, dass in der Handelsrechtsprechung auch wirklich das als Recht geschützt werde, was nach dem kaufmännischen Rechtsbewusstsein Recht ist, machte sich namentlich das Verlangen nach einer schnellen Rechtsprechung geltend. Ein Blick auf die Statistik zeigt, dass die Kaufmannschaft in dieser Hinsicht durch das Handelsgericht nicht getäuscht worden ist. Nun liegt es mir allerdings fern, zu behaupten, die raschere Erledigung der Handelsprozesse als die der gewöhnlichen Zivilprozesse durch das Bezirksgericht sei nur der Mitwirkung von Kaufleuten zu verdanken. Es liegt auf der Hand, dass schon die Ausscheidung der Handelsprozesse und ihre separate Behandlung vor einem besondern Gericht eine schleunigere Erledigung ermöglicht. Es ist sodann auch zuzugeben, dass die Organisation eines Gerichtes und die Besetzung desselben mit sachkundigen Richtern weniger auf die Promptheit der Rechtsprechung einwirkt, als auf die Gründlichkeit und Richtigkeit derselben; während die Raschheit vielmehr vom Verfahren abhängt. Es kann wohl kaum ein Zweifel darüber bestehen, dass auch ein mit Juristen besetztes Gericht bei gleichem Verfahren und unter gleichen Umständen eine ebenso grosse Schnelligkeit der Rechtsprechung erzielen würde. Doch welchen Umständen auch die schnellere Erledigung der Handelssachen zu verdanken sein möge, Tatsache ist, dass sie da ist, so dass schon deshalb die Abschaffung des Handelsgerichts den Kaufleuten höchst unerwünscht sein müsste.

3. Wenn man sodann vom Handelsgericht erwartet hat, dass durch dessen Tätigkeit ein wohlthätiger Einfluss ausgeübt werden könne auf das ganze Geschäftsgewesen der Kaufmannschaft, indem es Unredlichkeit und Illoyalität an das Tageslicht bringe; indem es leichtfertiges, hartnäckiges oder gar schikanöses Prozessieren verhindere, weil jeder Kaufmann dadurch den Verlust seines Kredites riskiere, so hat sich diese Erwartung erfüllt. Dies beweisen die zahlreichen Vergleiche; dies zeigt auch das Schicksal der beurteilten

¹⁾ Marschner, a. a. O., S. 547.

²⁾ Marschner, a. a. O., S. 441.

Klagen (70% Gutheissungen gegen 30% Abweisungen). Die einfache Folge hiervon ist, dass unsere Kaufmannschaft auch nach aussen hin mehr Kredit und Ansehen genießt.

4. Und nun die verschiedenen Gründe und Bedenken gegen das Handelsgericht! Es wurde vor allem aus gesagt, die Errichtung von Handelsgerichten störe die Einheit der Rechtspflege, und die Schaffung solcher Standesgerichte verstosse überhaupt gegen das demokratische Prinzip; mit gleicher Berechtigung könnten alle übrigen Stände und Berufsarten besondere Gerichte verlangen. Der eine Grund ist so unstichhaltig, wie der andere. Es mag sein, dass die sogenannte Einheit der Rechtsprechung darunter leidet; aber es ist doch wohl besser, diese Einheit preiszugeben, als das Recht gewisser Kreise, das ganz individuelle Behandlung verlangt, um der einheitlichen Behandlung willen und durch diese zu Grunde zu richten. Und von Standesgerichten darf wohl nicht gesprochen werden. Es ist ja nicht der Stand, sondern die Sache, welche eine besondere Behandlung, ein besonderes Gericht verlangt. Dass aber diese besondere Behandlung der Handelsrechtspflege nötiger und unerlässlicher ist, als diejenige anderer Rechtsgebiete, glauben wir oben zur Genüge dargetan zu haben. Auf dem Gebiete des ziemlich stabilen Zivilrechts sind Organe zur Berücksichtigung des Gewohnheitsrechtes entbehrlich, auf dem des Handelsrechtes nicht. Nicht darin liegt eine gerechte und gleichmässige Behandlung aller Kreise, dass sie alle gleich behandelt werden, sondern vielmehr darin, dass die Behandlung sich nach ihren Bedürfnissen richtet.

5. Es ist weiter gesagt worden, die Kaufleute eigneten sich zu Richtern überhaupt nicht, oder wenigstens nicht besser als irgend welche andere Laien. Es wird ihnen Mangel an Gesetzeskenntnis und juristischem Denken vorgeworfen; es wird ihnen diejenige Universalität der Bildung abgesprochen, die einem guten Richter eignen sollte; was aber das Schlimmste ist: Ihre Unbefangenheit als Richter wird in Zweifel gezogen.

Wenn die Rechts- und Gesetzeskenntnis der Kaufleute bemängelt wird, so ist darauf zu erwidern, dass es bei ihnen hiermit gewiss besser bestellt ist als bei den übrigen Nichtjuristen, und doch haben wir in allen übrigen Gerichten solche; namentlich in den Landbezirksgerichten, wo das Amt eines Bezirksrichters nur eine Nebenbeschäftigung bildet neben irgend einem anderen Hauptgewerbe. Wenn aber die Rechtskenntnisse der Kaufleute nicht ausreichen, so ist eben das juristische Element da, um ergänzend in die Lücken zu treten. Wenn der Kaufmann infolge Mangel an juristischer Schulung sich leicht dazu verleiten lässt, am einzelnen Fall zu kleben und den Blick für das

Ganze zu verlieren, so kann der rechtsgelehrte Richter leicht mit Erfolg belehrend eingreifen, denn niemand scheint mir leichter belehrbar und für juristische Deduktionen zugänglicher als gerade der Kaufmann. Nach meiner eigenen Beobachtung ist es während 14 Monaten nie vorgekommen, dass in Fragen des Gesetzesrechtes die Ansicht der zwei juristischen Mitglieder von den fünf Kaufleuten überstimmt worden wäre, so oft auch dem ursprünglichen Antrag des Referenten eine andere Ansicht zu Grunde lag¹⁾.

Die Feststellung des Tatbestandes aus dem Pro und Contra, aus dem Wirrwarr von Bestreitungen und Anerkennungen, kann wohl besser durch den Rechtsgelehrten erfolgen, als durch Nichtjuristen. Es handelt sich hier um eine zum grossen Teil rein formale Arbeit; es gilt, das Wesentliche vom Unwesentlichen zu scheiden. Der Jurist wird dank seiner ganzen Ausbildung eher in der Lage sein, diese sichtende Arbeit vorzunehmen. Ist aber einmal das Bild der Tatsachen aus dem Gewoge der Verhandlungen herausgenommen, so ist dasselbe zu würdigen. Hier tritt nun der Kaufmann mit Vorteil ein. Er kann aus den einzelnen Tatbestandsmomenten ein geschlossenes Gebäude konstruieren; seine kaufmännische Erfahrung und sein kaufmännischer Takt lassen ihn gewissermassen in die Seele der Parteien blicken und geben ihm namentlich in der Erforschung der Willensmeinung derselben einen entschiedenen Vorsprung vor dem Juristen. Bei der fast schrankenlosen Vertragsfreiheit ist gerade das letztere von unschätzbbarer Wichtigkeit. Das ist es, was wir von einem Handelsgericht verlangen; nicht aber, dass es ein Gericht von Experten im üblichen Sinne sei. Der Handelsrichter soll nicht Experte sein, wenn es sich um die Beurteilung von Waren oder Produkten handelt, wohl aber verlangen wir von ihm Sachverständnis, wenn die Handlungen und Unterlassungen der Parteien zu beurteilen sind. Doch auch dieses Sachverständnis wird ihm abgesprochen; denn, heisst es, er könne doch nicht alle Zweige der Handelswissenschaften beherrschen. Er wisse wohl Bescheid, solange es sich um Streitigkeiten aus dem von ihm betriebenen Handelszweig handle. Wenn aber der Getreidehändler recht gut Auskunft geben könne, sei der Bankier ratlos; wenn der Kaufmann, der mit überseeischen Produkten handelt, in Fragen des Seehandels bewandert sei, könne man vom Kaufmann, der nur Binnenhandel treibt, dies nicht erwarten. Dagegen ist aber zu erwidern, dass der Kern des Handels in allen Zweigen derselbe bleibt, und es ist daher auch mit Recht gesagt worden²⁾, dass die Beherrschung aller Zweige des

¹⁾ Vgl. auch R. O. 1867, S. 11 und 12.

²⁾ Creizenach, a. a. O., S. 103.

Summarische Übersicht der erledigten Prozesse.

Tab. 1. Art der Anhängigmachung und besondere Prozessverhältnisse.

| Jahre | Erledigte Prozesse | Anhängig infolge | | Der Kläger war im Handelsregister eingetragen | Das Gericht wurde angerufen als | | Die Kompetenz des Handelsgerichts wurde bestritten | Widerklagen in Fällen | Schriftliches Vorverfahren angewandt in Fällen |
|---------------------|--------------------|-----------------------------|----------------|---|---------------------------------|----------------|--|-----------------------|--|
| | | Weisung der Friedensrichter | direkter Klage | | ordentliches Gericht | Schiedsgericht | | | |
| | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 |
| 1867 | 37 | 32 | 5 | 16 | 35 | 2 | 1 | 5 | — |
| 1868 | 55 | 52 | 3 | 23 | 55 | — | 4 | 3 | 1 |
| 1869 | 49 | 44 | 5 | 20 | 46 | 3 | 3 | 6 | — |
| 1870 | 44 | 42 | 2 | 11 | 40 | 4 | 3 | 3 | 1 |
| 1871 | 68 | 59 | 9 | 24 | 67 | 1 | 5 | 8 | 1 |
| 1872 | 73 | 64 | 9 | 28 | 72 | 1 | — | 10 | 2 |
| 1873 | 66 | 60 | 6 | 28 | 57 | 9 | 2 | 6 | 2 |
| 1874 | 59 | 50 | 9 | 22 | 54 | 5 | 5 | 6 | 2 |
| 1875 | 63 | 59 | 4 | 25 | 58 | 5 | 2 | 9 | 2 |
| 1876 | 60 | 58 | 2 | 22 | 56 | 4 | 3 | 7 | 2 |
| 1877 | 58 | 54 | 4 | 16 | 53 | 5 | 4 | 6 | 3 |
| 1878 | 48 | 42 | 6 | 15 | 47 | 1 | 4 | 5 | 2 |
| 1879 | 44 | 41 | 3 | 15 | 42 | 2 | 4 | 6 | 4 |
| 1880 | 47 | 47 | — | 9 | 47 | — | 1 | 12 | 4 |
| 1881 | 72 | 69 | 3 | 29 | 71 | 1 | 4 | 13 | 3 |
| 1882 | 38 | 37 | 1 | 14 | 38 | — | 1 | 5 | 2 |
| 1883 | 32 | 31 | 1 | 15 | 30 | 2 | 2 | 6 | 1 |
| 1884 | 47 | 44 | 3 | 27 | 41 | 6 | 5 | 8 | 1 |
| 1885 | 46 | 40 | 6 | 26 | 40 | 6 | 6 | 9 | — |
| 1886 | 43 | 42 | 1 | 15 | 39 | 4 | 6 | 8 | 2 |
| 1887 | 41 | 41 | — | 21 | 41 | — | 6 | 7 | 5 |
| 1888 | 49 | 48 | 1 | 20 | 49 | — | 4 | 12 | 1 |
| 1889 | 43 | 43 | — | 20 | 43 | — | 2 | 9 | — |
| 1890 | 32 | 32 | — | 14 | 32 | — | 3 | 5 | — |
| 1891 | 55 | 55 | — | 29 | 54 | 1 | 3 | 10 | 1 |
| 1892 | 45 | 44 | 1 | 20 | 41 | 4 | 2 | 11 | 1 |
| 1893 | 49 | 47 | 2 | 23 | 46 | 3 | — | 13 | 1 |
| 1894 | 64 | 61 | 3 | 34 | 63 | 1 | 2 | 13 | 3 |
| 1895 | 56 | 55 | 1 | 26 | 52 | 4 | — | 13 | — |
| 1896 | 87 | 84 | 3 | 44 | 84 | 3 | — | 14 | 2 |
| 1897 | 91 | 87 | 4 | 54 | 89 | 2 | 1 | 16 | 4 |
| 1898 | 107 | 105 | 2 | 65 | 107 | — | 1 | 20 | 4 |
| 1899 | 120 | 119 | 1 | 55 | 118 | 2 | 4 | 21 | 8 |
| 1900 | 128 | 122 | 6 | 58 | 128 | — | 3 | 17 | 8 |
| Summe | 2016 | 1910 | 106 | 883 | 1935 | 81 | 96 | 332 | 73 |
| % | 100 | 94.7 | 5.3 | 43.8 | 96.0 | 4.0 | 4.7 | 16.4 | 3.6 |
| Jahres-Durchschnitt | 59 | 56 | 3 | 26 | 57 | 2 | 3 | 10 | 2 |

Handels durch den kaufmännischen Richter ebenso wenig nötig sei, wie die Kenntnis der Spezialgesetzgebung aller Materien für den rechtsgelehrten Richter. Wie dieser juristisch geschult sein müsse, um das Richtige zu treffen, auch wenn er die einschlägige Spezialgesetzgebung vorher niemals vor Augen hatte, so genüge für jenen das kommerzielle Geschultsein.

Am meisten noch scheint der Einwurf für sich zu haben, es müsse den Kaufleuten die nötige Unbefangenheit mangeln, wenn sie über Konkurrenten oder Geschäftsfreunde zu urteilen haben; der Versicherer müsse befangen sein gegenüber dem Versicherten; der Seidenfabrikant gegenüber dem Seidenhändler; der Kaufmann eigne sich überhaupt nicht zum Richter, weil er diese Stellung leicht dazu missbrauchen könne, die Geschäftsgeheimnisse und das Geschäftsleben anderer Kaufleute zu erforschen. Aber auch hier hat die Erfahrung das

Gegenteil bewiesen. Nie hat sich auch nur das leiseste Misstrauen geltend gemacht. Von dem Rekusationsrecht wurde tatsächlich kein Gebrauch gemacht, und die Tatsache, dass in den Jahren 1875—1900 192 Prozesse an das Handelsgericht gebracht wurden, welche vom Kläger auch an die ordentlichen Zivilgerichte hätten gebracht werden können, widerlegt diese Angriffe gegen das Handelsgericht aufs glänzendste.

6. Ein letzter Grund gegen die Handelsgerichte ist der, es sei unmöglich, eine befriedigende Abgrenzung der Kompetenzsphäre zu finden. Auch dieser hat sich durch die Erfahrung als nicht genügend stichhaltig erwiesen. Je mehr sich die bestehende Praxis einbürgert, desto mehr verschwinden die Kompetenzbeschlüsse und desto rascher geht auch ihre Erledigung.

7. Wir können nunmehr unser Resultat zusammenfassen. Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat

Tab. 2.

Wohnort der Parteien und Eintragung im Handelsregister.

| Kläger | | | | | Beklagte | | | | | | | | | |
|--|---------------|------|---|------|----------|-----------------------|---------------|------|---|------|------|-----------------------------|------|-----|
| Wohnort | 1875 bis 1900 | | Eintragung im Handelsregister 1875—1900 | | | Wohnort | 1867 bis 1900 | | Eintragung im Handelsregister 1867—1900 | | | | | |
| | Zahl | % | Register | Zahl | % | | Zahl | % | Register | Zahl | % | | | |
| Bezirk Zürich | 549 | 35.1 | des Kantons Zürich | 542 | 34.6 | <i>Bezirke:</i> | | | | | | | | |
| Übrige Bezirke | 185 | 11.8 | | | | Zürich | 1447 | 71.8 | des Kantons Zürich | 1950 | 96.7 | | | |
| Kanton Zürich | 734 | 46.9 | | | | Affoltern | 18 | 0.9 | | | | | | |
| Übrige Kantone | 289 | 18.5 | | | | Horgen | 92 | 4.6 | | | | | | |
| Frankreich | 96 | 6.1 | Meilen | 34 | 1.7 | | | | | | | | | |
| Deutschland | 273 | 17.4 | anderer Kantone | 165 | 10.6 | Hinwil | 55 | 2.7 | anderer Kantone | 13 | 0.7 | | | |
| England | 33 | 2.1 | | | | Uster | 44 | 2.2 | | | | | | |
| Italien | 41 | 2.6 | ohne Eintragung | 858 | 54.8 | Pfäffikon | 28 | 1.4 | ohne Eintragung | 53 | 2.6 | | | |
| Österreich-Ungarn | 64 | 4.1 | | | | Winterthur | 188 | 9.3 | | | | | | |
| Belgien und Niederlande | 17 | 1.1 | | | | Andelfingen | 3 | 0.1 | | | | | | |
| Übriges Europa | 11 | 0.7 | | | | Bülach | 38 | 1.9 | | | | | | |
| Vereinigte Staaten von Nordamerika | 4 | 0.3 | | | | Dielsdorf | 6 | 0.3 | | | | | | |
| Andere Länder | 3 | 0.2 | | | | Total Kanton | 1952 | 96.9 | | | | Ausser dem Kanton | 64 | 3.1 |
| Summe | 1565 | 100 | | | | Summe | 2016 | 100 | | | | Summe | 2016 | 100 |

sich in geschickter Weise in die Gerichtsorganisation eingefügt. Es genießt das Vertrauen der Kaufmannschaft und hat deren Erwartungen zum schönen Teile erfüllt; es hat auf der anderen Seite die bedenklichen Folgen, die man den Handelsgerichten im allgemeinen zuschrieb und noch zuschreibt, nicht gezeitigt. Dagegen hat es nach unserer Überzeugung jetzt und künftig dank des Verkehres zwischen Kaufleuten und Juristen, der diese vor Einseitigkeit und Verknöcherung bewahrt, und dank der Mitwirkung von Kaufleuten bei der Rechtsprechung einen zu begrüssenden Einfluss auf die Entwicklung des Handelsrechts, welcher noch grösser wäre, wenn wir nicht ein zürcherisches, sondern ein eidgenössisches Institut vor uns hätten¹⁾.

¹⁾ Es ist leicht verständlich, dass der am Gericht selbst beteiligte Rechtsgelehrte sich dieses Einflusses nicht bewusst wird und ihn vielleicht fast weniger inne wird, als andere, dem Gericht ferner Stehende, oder dann, wenn er desselben gewahr wird, ihn nicht immer gerne zugibt.

§ 11. Ausblick auf die künftige Gestaltung des Handelsgerichts.

1. Die Wünschbarkeit, das Handelsgericht zu der in den Bundesgesetzen über die Erfindungspatente, die Muster und Modelle, die Fabrik- und Handelsmarken bezeichneten einzigen Kantonalinstanz zu machen, die alle Streitigkeiten aus diesen Gebieten beurteilen sollte¹⁾, gab den ersten Anstoss zu einem Reorganisationsvorschlag. Dazu kam, dass schon 1886 aus gewerblichen Kreisen das Begehren eingelaufen und später immer wieder erneuert worden war, man möge ein besonderes Gewerbegericht aufstellen, welches sowohl die Streitigkeiten zwischen Arbeitern und Arbeitgebern, als auch zwischen Lieferanten und Bestellern beurteilen würde. So kam ein Gesetzesentwurf zu stande, welcher in Berücksichtigung des genannten Begehrens eine tief-

¹⁾ Vgl. S. 532 ff.

Tab. 3. Verhandlungen und Beweisverfahren in den durch Urteile erledigten Prozessen.

| Jahre | Prozesse | | Verhandlungen | | | Persönliche Befragung des | | Weiteres Beweisverfahren | | | |
|--------------------------------------|-------------------|--------------------|--------------------|---------------------|-----------------------|---------------------------|-----------|--------------------------|-----------------------|--------------|------------|
| | mit Verhandlungen | ohne Verhandlungen | Referenten-audienz | Haupt-verhandlungen | Schluss-verhandlungen | Klägers | Beklagten | in Fällen | Zahl der Prozesse mit | | |
| | | | | | | | | | Zeugen | Augen-schein | Expertisen |
| | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 | 10 | 11 |
| 1867 | 22 | — | 20 | 22 | 3 | 2 | 3 | 5 | 2 | 3 | 3 |
| 1868 | 31 | — | 30 | 30 | 2 | 4 | 4 | 6 | 4 | — | 3 |
| 1869 | 19 | — | 19 | 19 | 2 | 1 | 4 | 4 | 1 | — | 3 |
| 1870 | 22 | 1 | 22 | 22 | — | 1 | 1 | 3 | — | — | 3 |
| 1871 | 21 | 2 | 20 | 21 | — | 2 | 3 | 6 | 1 | — | 4 |
| 1872 | 27 | 2 | 27 | 27 | 2 | 1 | 1 | 6 | 1 | — | 5 |
| 1873 | 20 | — | 20 | 20 | 2 | — | 3 | 7 | 1 | — | 6 |
| 1874 | 22 | 2 | 23 | 21 | 2 | 1 | 3 | 6 | 2 | 1 | 4 |
| 1875 | 23 | — | 23 | 22 | 1 | 1 | 1 | 7 | 2 | 1 | 5 |
| 1876 | 19 | — | 17 | 17 | 3 | — | — | 6 | — | — | 6 |
| 1877 | 14 | 1 | 13 | 13 | 2 | — | 2 | 5 | 1 | — | 4 |
| 1878 | 14 | — | 13 | 13 | 3 | 2 | 3 | 5 | 5 | — | 2 |
| 1879 | 12 | 1 | 9 | 11 | 4 | 2 | 3 | 1 | — | — | 1 |
| 1880 | 20 | — | 18 | 17 | 6 | 3 | 3 | 7 | 2 | — | 6 |
| 1881 | 25 | 1 | 24 | 23 | 9 | 1 | 8 | 11 | 6 | 3 | 8 |
| 1882 | 13 | — | 11 | 13 | 3 | 2 | 1 | 6 | 3 | — | 4 |
| 1883 | 14 | — | 14 | 14 | 2 | 2 | 2 | 3 | 2 | — | 2 |
| 1884 | 19 | — | 17 | 19 | 3 | 1 | 2 | 6 | 4 | 2 | 4 |
| 1885 | 18 | — | 14 | 22 | 5 | 3 | 4 | 4 | 3 | — | 3 |
| 1886 | 19 | 1 | 17 | 18 | 7 | 2 | 4 | 8 | 8 | 3 | 5 |
| 1887 | 16 | — | 13 | 14 | 3 | 3 | 4 | 2 | 1 | — | 2 |
| 1888 | 25 | — | 25 | 25 | 10 | 4 | 8 | 8 | 6 | — | 6 |
| 1889 | 10 | — | 10 | 10 | 2 | 2 | 2 | 3 | 2 | — | 2 |
| 1890 | 16 | — | 16 | 16 | 2 | 1 | 1 | 5 | 4 | — | 2 |
| 1891 | 25 | 1 | 25 | 25 | 5 | 6 | 2 | 9 | 6 | 1 | 5 |
| 1892 | 13 | — | 13 | 12 | 3 | 2 | 3 | 5 | 3 | 2 | 3 |
| 1893 | 19 | — | 18 | 20 | 1 | 2 | 3 | 4 | 2 | 1 | 2 |
| 1894 | 23 | — | 22 | 23 | 8 | 2 | 5 | 9 | 5 | 1 | 5 |
| 1895 | 21 | — | 20 | 21 | 5 | 5 | 5 | 9 | 4 | 1 | 6 |
| 1896 | 32 | — | 32 | 34 | 5 | 4 | 4 | 11 | 5 | 1 | 9 |
| 1897 | 34 | 1 | 34 | 36 | 5 | 3 | 4 | 13 | 7 | — | 8 |
| 1898 | 31 | — | 30 | 30 | 5 | 8 | 9 | 8 | 8 | — | 4 |
| 1899 | 33 | — | 33 | 31 | 7 | 6 | 6 | 13 | 9 | — | 4 |
| 1900 | 47 | — | 46 | 44 | 12 | 7 | 9 | 18 | 7 | 1 | 13 |
| Summe | 739 | 13 | 708 | 725 | 134 | 86 | 120 | 229 | 117 | 21 | 152 |
| % aller Urteile | 98.3 | 1.7 | 94.1 | 96.5 | 17.3 | 11.4 | 15.9 | 30.5 | 15.6 | 2.3 | 20.2 |
| Beschlüsse | — | — | 770 | 96 | 4 | 30 | 46 | — | — | — | — |
| % | — | — | 60.9 | 7.6 | 0.3 | 2.4 | 3.6 | — | — | — | — |
| Beschlüsse und Ur- teile zusammen | — | — | 1478 | 821 | 138 | 116 | 166 | — | — | — | — |
| % | — | — | 73.3 | 40.7 | 6.3 | 5.3 | 8.2 | — | — | — | — |
| Jahres-Durchschnitt | — | — | 43 | 24 | 4 | 3 | 5 | — | — | — | — |

greifende Umgestaltung des Handelsgerichtes vor-schlag¹⁾). Die Grundzüge desselben sind folgende:

Das kantonale Handelsgericht zerfällt in zwei Ab-teilungen, in eine kaufmännische und eine gewerb-liche, deren jede aus zwei rechtskundigen Richtern und 30 Handelsrichtern besteht. Die erstern sind dem Obergerichte, die letztern dem Handels- beziehungs-weise Gewerbestand zu entnehmen. Wahlart, Amtsdauer, Besetzung und Kehrordnung sind wie bisher reguliert, mit der einzigen Modifikation, dass auch Mitglieder ausserhalb der Kehrordnung einberufen werden können, wenn dieses besonderer Fachkenntnisse wegen als

wünschenswert erscheint. Erheblich anders gestaltet sich die nunmehrige Kompetenz. Zwar wird wie bisher für die kaufmännische Abteilung verlangt, dass die Parteien im Handelsregister eingetragen seien; zwar muss der Streitwert die Summe von 500 Fr. über-steigen und der Streit bei der kaufmännischen Abtei-lung sich auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse überhaupt beziehen, wie bisanhin; in die Kompetenz der gewerblichen Abtei-lung aber fallen alle Streitigkeiten von vorwiegend gewerblich-technischer Natur, und zwar ohne Rück-sicht darauf, ob der Streit sich auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe beziehe, d. h. eines der sein Han-delsgewerbe ausmachenden Haupthandelsgeschäfte be-

¹⁾ A. 1891, Text S. 710 ff.

Tab. 4. Streitwert der Klagen und Widerklagen in den durch Urteile erledigten Prozessen.

| Jahre | Prozesse | | Gesamt- streitwerte Fr. | Prozesse mit Streitwert | | | | | |
|--------------------------------------|---|--|-------------------------------|-------------------------|------|-------------------------|------|-----------------|------|
| | ohne Angabe des Streit- wertes | mit Angabe des Streit- wertes | | Fr. 500 bis Fr. 3000 | | Fr. 3000 bis Fr. 20,000 | | über Fr. 20,000 | |
| | | | | Zahl | % | Zahl | % | Zahl | % |
| | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 |
| 1867 | 1 | 21 | 76,266 | 13 | 61.9 | 8 | 38.1 | — | — |
| 1868 | 1 | 30 | 94,408 | 21 | 70.0 | 9 | 30.0 | — | — |
| 1869 | — | 19 | 324,902 | 7 | 36.8 | 8 | 42.1 | 4 | 21.1 |
| 1870 | 1 | 22 | 159,763 | 10 | 45.5 | 9 | 40.9 | 3 | 13.6 |
| 1871 | — | 23 | 309,323 | 13 | 56.5 | 7 | 30.5 | 3 | 13.0 |
| 1872 | — | 29 | 198,943 | 18 | 62.1 | 9 | 31.0 | 2 | 6.9 |
| 1873 | — | 20 | 339,597 | 10 | 50.0 | 7 | 35.0 | 3 | 15.0 |
| 1874 | — | 24 | 230,160 | 8 | 33.3 | 15 | 62.5 | 1 | 4.2 |
| 1875 | — | 23 | 98,918 | 15 | 65.2 | 8 | 34.8 | — | — |
| 1876 | — | 19 | 1,145,798 | 8 | 42.1 | 8 | 42.1 | 3 | 15.8 |
| 1877 | — | 15 | 388,045 | 6 | 40.0 | 7 | 46.7 | 2 | 13.3 |
| 1878 | — | 14 | 103,431 | 7 | 50.0 | 6 | 42.8 | 1 | 7.2 |
| 1879 | — | 13 | 528,020 | 5 | 38.4 | 4 | 30.8 | 4 | 30.8 |
| 1880 | 3 | 17 | 75,935 | 11 | 64.7 | 6 | 35.3 | — | — |
| 1881 | — | 26 | 130,043 | 11 | 42.3 | 15 | 57.7 | — | — |
| 1882 | 1 | 12 | 97,352 | 9 | 75.0 | 2 | 16.7 | 1 | 8.3 |
| 1883 | 1 | 13 | 255,212 | 7 | 53.8 | 4 | 30.3 | 2 | 15.4 |
| 1884 | 4 | 15 | 153,777 | 8 | 53.3 | 6 | 40.0 | 1 | 6.7 |
| 1885 | 2 | 16 | 416,392 | 6 | 37.5 | 7 | 43.8 | 3 | 18.7 |
| 1886 | 3 | 17 | 119,604 | 9 | 52.9 | 7 | 41.2 | 1 | 5.9 |
| 1887 | — | 16 | 118,283 | 8 | 50.0 | 7 | 43.8 | 1 | 6.2 |
| 1888 | 1 | 24 | 259,003 | 11 | 45.8 | 12 | 50.0 | 1 | 4.2 |
| 1889 | — | 10 | 40,985 | 9 | 90.0 | — | — | 1 | 10.0 |
| 1890 | 1 | 15 | 80,317 | 10 | 66.7 | 4 | 26.7 | 1 | 6.7 |
| 1891 | 3 | 23 | 312,476 | 11 | 47.8 | 11 | 47.8 | 1 | 4.4 |
| 1892 | — | 13 | 392,647 | 5 | 38.4 | 3 | 23.2 | 5 | 38.4 |
| 1893 | 2 | 17 | 91,381 | 10 | 58.9 | 6 | 35.2 | 1 | 5.9 |
| 1894 | 6 | 17 | 585,558 | 8 | 47.0 | 7 | 41.2 | 2 | 11.8 |
| 1895 | 6 | 15 | 121,975 | 5 | 33.3 | 8 | 53.4 | 2 | 13.3 |
| 1896 | 5 | 27 | 614,468 | 14 | 51.8 | 13 | 48.2 | — | — |
| 1897 | 5 | 30 | 241,981 | 13 | 43.3 | 14 | 46.7 | 3 | 10.0 |
| 1898 | 2 | 29 | 242,887 | 12 | 41.4 | 13 | 44.8 | 4 | 13.8 |
| 1899 | 2 | 31 | 641,055 | 12 | 38.7 | 15 | 48.4 | 4 | 12.9 |
| 1900 | 9 | 38 | 608,793 | 15 | 39.5 | 15 | 39.5 | 8 | 21.0 |
| Summe | 59 | 693 | 8,597,698 | 345 | 49.8 | 280 | 40.4 | 68 | 9.8 |
| % | 7.9 | 92.1 | — | — | — | — | — | — | — |
| Beschlüsse 1867—1900 | 79 | 1185 | 16,182,755 | — | — | — | — | — | — |
| % | 6.2 | 93.8 | — | — | — | — | — | — | — |
| Beschlüsse und Ur- teile zusammen | 138 | 1878 | 24,780,453 | — | — | — | — | — | — |
| % | 6.8 | 93.2 | — | — | — | — | — | — | — |
| Jahres-Durchschnitt | 4 | 55 | 728,837 | — | — | — | — | — | — |

treffe. Der Lieferant soll also den Besteller immer vor Handelsgericht belangen können, sofern dieser eingetragen ist, gleichviel, ob die Anschaffung des gelieferten Gegenstandes ein Geschäft sei, das zu der vom Beklagten betriebenen Branche gehört, oder ob es nur in Ausübung dieser Branche erfolgt ist. Man sieht sofort, und in der Weisung ist es ausdrücklich gesagt, dass hierdurch dem Missstand abgeholfen werden soll, dass ein Industrieller, der einen Kaufmann aus Lieferung eines Gegenstandes eingeklagt hat, von den Schranken des Handelsgerichts verwiesen wird, weil der Streit nicht jene durch die Praxis herausgebildete enge Beziehung zum beklagten Gewerbe hat, sondern für dasselbe nur ein Hilfsgeschäft bedeutet. Es

hätte also, um ein altes Beispiel zu nehmen, ein Eisenbahnunternehmen von einer Maschinenfabrik aus Lieferung von Lokomotiven künftig vor der industriellen Abteilung des Handelsgerichts belangt werden können. In die Kompetenz der gewerblichen Abteilung fallen sodann noch alle Streitigkeiten, die sich auf die eingangs des Paragraphen genannten Bundesgesetze stützen; in solchen Prozessen sind alsdann nur Widerklagen zulässig, welche die gleichen Materien betreffen. Für die Zuweisung der Prozesse an jede Abteilung wird ein Vorverfahren erforderlich, das sich folgendermassen zu gestalten hätte: Die Klage wird mit Umgehung des Friedensrichteramtes durch Einreichung einer Klageschrift anhängig gemacht, welche im Doppel einzu-

Tab. 5. Spezifikation der Kosten.

| Jahre | Staats- gebühren | Bar- auslagen | Schreib- gebühren | Total |
|-----------------|---------------------|------------------|----------------------|---------|
| | Fr. | Fr. | Fr. | Fr. |
| | 1 | 2 | 3 | 4 |
| 1867 | 333 | 357 | 901 | 1,591 |
| 1868 | 430 | 177 | 1,183 | 1,790 |
| 1869 | 420 | 993 | 827 | 2,240 |
| 1870 | 440 | 334 | 1,150 | 1,924 |
| 1871 | 458 | 691 | 1,712 | 2,861 |
| 1872 | 560 | 1,095 | 1,920 | 3,575 |
| 1873 | 455 | 5,181 | 1,619 | 7,255 |
| 1874 | 535 | 1,731 | 721 | 2,987 |
| 1875 | 2,300 | 2,732 | 505 | 5,617 |
| 1876 | 2,615 | 2,354 | 622 | 5,591 |
| 1877 | 2,160 | 960 | 537 | 3,657 |
| 1878 | 1,795 | 1,337 | 411 | 3,543 |
| 1879 | 3,250 | 741 | 468 | 4,459 |
| 1880 | 3,130 | 1,067 | 519 | 4,716 |
| 1881 | 4,600 | 2,157 | 795 | 7,552 |
| 1882 | 2,340 | 831 | 422 | 3,593 |
| 1883 | 3,620 | 2,211 | 563 | 6,394 |
| 1884 | 3,320 | 1,335 | 622 | 5,477 |
| 1885 | 3,345 | 2,676 | 746 | 7,267 |
| 1886 | 3,920 | 710 | 697 | 5,327 |
| 1887 | 2,305 | 505 | 556 | 3,866 |
| 1888 | 3,940 | 855 | 906 | 5,701 |
| 1889 | 2,010 | 471 | 383 | 2,864 |
| 1890 | 2,700 | 371 | 448 | 3,519 |
| 1891 | 5,000 | 1,022 | 822 | 6,844 |
| 1892 | 3,230 | 827 | 534 | 4,591 |
| 1893 | 2,890 | 1,123 | 597 | 4,610 |
| 1894 | 4,260 | 1,693 | 922 | 6,875 |
| 1895 | 3,335 | 2,632 | 811 | 7,278 |
| 1896 | 5,595 | 3,260 | 1,292 | 10,147 |
| 1897 | 6,525 | 2,864 | 1,233 | 10,622 |
| 1898 | 6,860 | 3,055 | 1,272 | 11,187 |
| 1899 | 7,805 | 3,333 | 1,446 | 12,584 |
| 1900 | 10,770 | 4,178 | 1,582 | 16,530 |
| Bei Beschlüssen | 15,511 | 14,344 | 7,973 | 37,828 |
| % | 41.0 | 37.9 | 21.1 | 100 |
| Bei Urteilen | 83,440 | 41,515 | 21,851 | 146,806 |
| % | 56.8 | 28.3 | 14.9 | 100 |
| Summe | 98,951 | 55,859 | 29,824 | 184,634 |
| % | 53.6 | 30.2 | 16.2 | 100 |

reichen ist und alle Rechtsbegehren, sowie den tatsächlichen Klagegrund unter Hervorhebung der für die Kompetenzfrage massgebenden Momente kurz, aber genau zu bezeichnen hat. Der Klageschrift sind die Akten und ein Ausweis über Eintragung im Handelsregister beizulegen. Der Beklagte hat sich nach Zustellung der Klageschrift innert bestimmter Frist darüber auszusprechen, ob er die Zuständigkeit der angerufenen Abteilung des Handelsgerichts anerkenne. Stillschweigen gilt als Zustimmung; erfolgt verneinende Antwort oder erscheint die Zuständigkeit sonst als zweifelhaft, so erlässt der Präsident unter Zuzug des andern juristischen Mitgliedes der Abteilung und eines Handelsrichters einen Kompetenzentscheid, gegen welchen beim Obergericht Beschwerde erhoben werden

kann, wenn keine Abteilung als zuständig erklärt wird.

Dieses Gesetz, auf dessen Würdigung wir weiter unten noch zurückkommen werden, hat nie Rechtskraft erlangt.

Eine vom Kantonsrat bestellte Kommission, deren Aufgabe die Vorberatung von Gesetzesentwürfen betreffend die Organisation von gewerblichen Schiedsgerichten war, nahm zugleich auch die Beratung einer Umänderung des Handelsgerichtes wieder auf und legte im Jahr 1895 das Resultat wiederum in einem Gesetzesentwurf nieder¹⁾. Dieser geht wieder von einer Zahl von 30 kaufmännischen Richtern aus, welche Zahl jedoch nach Bedürfnis erweitert werden kann, und nimmt auch von der Trennung des Handelsgerichts in zwei selbständige Abteilungen Umgang. Dagegen schlägt er vor, fünf Sektionen zu bilden von je fünf Mitgliedern, von denen die einen aus Kaufleuten, die andern aus Angehörigen des Gewerbestandes oder Repräsentanten der Industrie gebildet werden. Die einzelnen Sektionen jeder Kategorie werden für je vier Monate zu den Sitzungen einberufen. Der Handelsgerichtspräsident bestimmt, ob eine kommerzielle oder eine industrielle Sektion einzuberufen sei; er bezeichnet auch die allfällig erforderlichen Ersatzrichter aus den nicht einberufenen Sektionen. Die Kompetenz ist geregelt wie im Entwurf von 1891, unter Weglassung des Ausdruckes „Handelsverhältnisse überhaupt“. Beim Verfahren ist gegenüber dem geltenden Gesetze nichts geändert.

Die Gesetzesentwürfe betreffend die Rechtspflege vom 21. November 1901 endlich, die wir bei den einzelnen Punkten jeweils herangezogen haben, bringen für das Handelsgericht gar keine wesentlichen Änderungen; die Möglichkeit einer Erweiterung des Gerichts durch einfachen Kantonsratsbeschluss; die Zulässigkeit der Besetzung mit nur drei kaufmännischen Richtern im Einverständnis mit den Parteien; die Zuweisung der Streitigkeiten aus Patent-, Muster- und Modell- und Markenrecht sind die nennenswer testen Änderungen.

Dagegen ist bei den Bezirksgerichten eine Änderung der Organisation vorgesehen, welche in ihren Wirkungen auch einen Einfluss auf das Handelsgericht ausüben wird.

Nach dem Entwurf eines Gesetzes betreffend das Gerichtswesen im allgemeinen (§§ 39 ff.) werden nämlich jedem Bezirksgerichte Gewerberichter beigegeben zur Mitwirkung in Zivilprozessen gewerblich-technischer Natur. Die Zahl derselben wird vom Kantonsrat festgestellt; sie werden von ihm aus einer von der Kommission für das Fabrik- und Gewerbewesen auf-

¹⁾ A. 1895, S. 345.

Tab. 6.

Streitwert und Kosten.

| Jahre | Bei Beschluss | | | Bei Urteil | | | Im ganzen | | |
|----------------|-----------------------------------|-------------------------|--------------------------|-----------------------------------|-------------------------|--------------------------|-----------------------------------|-------------------------|--------------------------|
| | Streitwert Durchschnitt Fr. | Kosten | | Streitwert Durchschnitt Fr. | Kosten | | Streitwert Durchschnitt Fr. | Kosten | |
| | | Durchschnitt Fr. Rp. | in % des Streitwertes | | Durchschnitt Fr. Rp. | in % des Streitwertes | | Durchschnitt Fr. Rp. | in % des Streitwertes |
| | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 |
| 1867 | 5,055 | 18. 85 | 0.4 | 3,632 | 59. 54 | 1.6 | 4,201 | 45. 46 | 1.08 |
| 1868 | 9,532 | 3. 45 | 0.03 | 3,147 | 53. 86 | 1.7 | 5,848 | 28. 95 | 0.5 |
| 1869 | 6,576 | 30. 04 | 0.45 | 17,100 | 72. 07 | 0.4 | 10,742 | 45. 71 | 0.4 |
| 1870 | 6,933 | 7. 10 | 0.1 | 7,262 | 77. 18 | 1.06 | 7,114 | 43. 73 | 0.6 |
| 1871 | 5,103 | 18. 53 | 0.4 | 13,448 | 88. 17 | 0.65 | 8,134 | 42. 09 | 0.5 |
| 1872 | 4,493 | 19. 60 | 0.4 | 6,860 | 93. 60 | 1.4 | 4,944 | 48. 99 | 0.9 |
| 1873 | 8,452 | 9. 93 | 0.1 | 16,980 | 134. 42 | 0.8 | 11,036 | 109. 94 | 1.0 |
| 1874 | 9,021 | 11. 05 | 0.1 | 9,590 | 107. 76 | 1.1 | 9,253 | 50. 64 | 0.5 |
| 1875 | 8,310 | 29. 93 | 0.4 | 4,301 | 192. 18 | 4.5 | 6,848 | 89. 16 | 1.3 |
| 1876 | 15,804 | 57. 23 | 0.4 | 60,305 | 170. 76 | 0.3 | 29,896 | 93. 18 | 0.3 |
| 1877 | 11,850 | 29. 01 | 0.2 | 25,870 | 160. 70 | 0.6 | 15,605 | 63. 07 | 0.4 |
| 1878 | 11,875 | 48. 99 | 0.4 | 7,388 | 134. 07 | 1.8 | 10,479 | 73. 81 | 0.7 |
| 1879 | 4,409 | 26. 93 | 0.6 | 40,617 | 278. 76 | 0.7 | 15,358 | 101. 34 | 0.66 |
| 1880 | 6,959 | 55. 92 | 0.8 | 4,467 | 160. 32 | 3.7 | 5,926 | 100. 34 | 1.7 |
| 1881 | 8,860 | 22. 39 | 0.25 | 5,002 | 250. 84 | 5.0 | 7,363 | 104. 89 | 1.4 |
| 1882 | 8,896 | 24. 85 | 0.3 | 8,113 | 228. 62 | 2.8 | 8,619 | 94. 55 | 2.0 |
| 1883 | 7,973 | 87. 89 | 1.1 | 19,632 | 343. 69 | 1.75 | 13,199 | 199. 81 | 1.5 |
| 1884 | 11,301 | 28. 66 | 0.25 | 10,252 | 249. 04 | 2.4 | 10,898 | 116. 53 | 1.8 |
| 1885 | 20,526 | 21. 07 | 0.1 | 26,024 | 370. 94 | 1.4 | 22,672 | 157. 98 | 0.7 |
| 1886 | 10,188 | 28. 22 | 0.3 | 7,035 | 233. 90 | 3.3 | 8,814 | 123. 88 | 1.4 |
| 1887 | 7,116 | 28. 40 | 0.4 | 7,393 | 197. 25 | 2.7 | 7,224 | 94. 29 | 1.3 |
| 1888 | 138,330 | 47. 29 | 0.03 | 10,792 | 182. 64 | 1.7 | 74,561 | 116. 35 | 0.15 |
| 1889 | 7,035 | 33. 55 | 0.5 | 4,098 | 175. 70 | 4.3 | 6,336 | 66. 60 | 1.05 |
| 1890 | 8,699 | 24. 44 | 0.3 | 5,354 | 195. 50 | 3.6 | 7,081 | 109. 97 | 1.6 |
| 1891 | 3,601 | 24. 17 | 0.7 | 13,586 | 236. 27 | 1.7 | 8,487 | 124. 44 | 1.5 |
| 1892 | 9,258 | 20. 97 | 0.2 | 30,204 | 301. 54 | 1.0 | 15,309 | 102. 02 | 0.7 |
| 1893 | 85,211 | 50. 97 | 0.6 | 5,375 | 162. 16 | 3.3 | 54,365 | 94. 08 | 1.7 |
| 1894 | 3,755 | 31. 07 | 0.8 | 34,445 | 243. 52 | 0.7 | 13,205 | 107. 42 | 0.8 |
| 1895 | 8,779 | 74. 94 | 1.0 | 8,132 | 221. 67 | 3.8 | 8,563 | 129. 96 | 1.9 |
| 1896 | 8,864 | 26. 78 | 0.3 | 5,687 | 271. 06 | 4.8 | 7,778 | 116. 63 | 1.9 |
| 1897 | 4,555 | 51. 59 | 1.2 | 8,066 | 220. 94 | 3.2 | 5,824 | 116. 73 | 2.2 |
| 1898 | 11,346 | 53. 97 | 0.4 | 8,375 | 228. 55 | 2.9 | 10,484 | 104. 56 | 1.1 |
| 1899 | 7,253 | 47. 23 | 0.7 | 20,679 | 256. 82 | 1.3 | 10,969 | 104. 87 | 1.02 |
| 1900 | 8,044 | 37. 31 | 0.5 | 16,021 | 287. 40 | 2.2 | 10,775 | 129. 14 | 1.4 |
| 1867—1900 | 13,664 | 29. 93 | 0.2 | 12,406 | 195. 22 | 1.6 | 13,195 | 91. 58 | 0.7 |

zustellenden und nach Berufsgruppen zu ordnenden Liste auf eine sechsjährige Amtsdauer gewählt. Diese Gewerberichter werden nur beigezogen, wenn eine Partei es ausdrücklich verlangt, in welchem Falle dann das Gericht mit drei ständigen Mitgliedern und zwei Gewerberichtern zu besetzen ist. Der Gerichtsvorstand bezeichnet die im Einzelfalle beizuziehenden Gewerberichter aus der betreffenden Berufsgruppe. Das Begehren um Zuziehung derselben ist bis spätestens fünf Tage nach Empfang der Vorladung zur Hauptverhandlung zu stellen:

2. Wenn wir nun dazu übergehen, zu untersuchen, welche Änderungen bei der bevorstehenden Gesetzesrevision beim Handelsgerichte wirklich vorgenommen werden dürften, so scheint mir der Entwurf von 1891 mit bezug auf die *Organisation* das Richtigste zu treffen für den Fall, dass man sich nicht mit der Zu-

ziehung von Gewerberichtern bei den Bezirksgerichten begnügen will. Es kann nicht geleugnet werden, dass die gegenwärtige Organisation nicht mehr recht ausreicht. Eine Erweiterung des Gerichts liegt im Interesse der Entlastung der kaufmännischen Richter, welche in letzter Zeit oft zweimal per Woche Sitzungen halten mussten. Angesichts der Tatsache, dass 34.4 % aller Prozesse dem Gebiete der Industrie angehören, und angesichts des Wunsches der Gewerbetreibenden, eine Gerichtsstelle zu haben, welche auch Streitigkeiten zwischen Lieferanten und Bestellern beurteilt, scheint eine Erweiterung des Gerichts in dem Sinne, dass eine industrielle und eine merkantile Abteilung geschaffen wird, nicht ungerechtfertigt zu sein; auch die Bildung von blossen industriellen Sektionen unter Verzicht auf zwei selbständige Abteilungen würde allenfalls genügen, nur müsste dann immerhin die Richterzahl verdoppelt

Tab. 7.

Dauer der Urteile.

| Jahre | Prozesse | | Durchschnittliche Dauer Tage | Es dauerten Prozesse | | | | | |
|---|----------------------|-----------------------|---------------------------------|----------------------|------------|------------|------------|-------------|-------------|
| | mit Hauptverhandlung | ohne Hauptverhandlung | | bis 1 Monat | 1—2 Monate | 2—3 Monate | 3—6 Monate | 6—12 Monate | über 1 Jahr |
| | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 |
| 1867 | 22 | — | 34 | 16 | 3 | — | 3 | — | — |
| 1868 | 30 | 1 | 34 | 20 | 8 | 2 | — | 1 | — |
| 1869 | 19 | — | 86 | 11 | 4 | 1 | — | 2 | 1 |
| 1870 | 22 | 1 | 60 | 12 | 5 | 2 | 3 | — | 1 |
| 1871 | 21 | 2 | 90 | 10 | 7 | 3 | 1 | 1 | 1 |
| 1872 | 27 | 2 | 57 | 6 | 8 | 8 | 6 | — | 1 |
| 1873 | 20 | — | 66 | 8 | 5 | 2 | 4 | 1 | — |
| 1874 | 21 | 3 | 85 | 7 | 11 | 2 | 1 | 2 | 1 |
| 1875 | 23 | — | 88 | 13 | 4 | 2 | 2 | — | 2 |
| 1876 | 17 | 2 | 87 | 7 | 2 | 4 | 4 | 2 | — |
| 1877 | 13 | 2 | 81 | 6 | 3 | 3 | 2 | — | 1 |
| 1878 | 13 | 1 | 78 | 9 | 1 | — | 2 | 1 | 1 |
| 1879 | 11 | 2 | 162 | 4 | 2 | 1 | 2 | 2 | 2 |
| 1880 | 17 | 3 | 79 | 5 | 6 | 2 | 4 | 3 | — |
| 1881 | 23 | 3 | 120 | 6 | 4 | 5 | 7 | 2 | 2 |
| 1882 | 13 | — | 102 | 3 | 4 | 1 | 3 | 1 | 1 |
| 1883 | 14 | — | 122 | 1 | 4 | 5 | 1 | 1 | 2 |
| 1884 | 19 | — | 118 | 5 | 5 | 2 | 3 | 3 | 1 |
| 1885 | 18 | — | 108 | — | 6 | 6 | 2 | 4 | — |
| 1886 | 13 | 2 | 68 | 8 | 6 | 2 | 1 | 3 | — |
| 1887 | 13 | 3 | 83 | 8 | 2 | 3 | 1 | 1 | 1 |
| 1888 | 25 | — | 85 | 7 | 7 | 4 | 4 | 3 | — |
| 1889 | 10 | — | 51 | 2 | 5 | 1 | 2 | — | — |
| 1890 | 16 | — | 48 | 4 | 9 | 1 | 2 | — | — |
| 1891 | 25 | 1 | 68 | 4 | 13 | 3 | 4 | 2 | — |
| 1892 | 12 | 1 | 82 | 1 | 7 | 3 | 1 | 1 | — |
| 1893 | 19 | — | 41 | 7 | 10 | — | 2 | — | — |
| 1894 | 23 | — | 115 | 2 | 9 | 4 | 3 | 3 | 2 |
| 1895 | 21 | — | 58 | 5 | 10 | 2 | 4 | — | — |
| 1896 | 32 | — | 102 | 3 | 21 | 3 | 1 | 1 | 3 |
| 1897 | 35 | — | 70 | 6 | 17 | 4 | 7 | 1 | — |
| 1898 | 30 | 1 | 73 | 4 | 13 | 8 | 4 | 2 | — |
| 1899 | 31 | 2 | 105 | 1 | 12 | 12 | 4 | 2 | 2 |
| 1900 | 44 | 3 | 109 | 3 | 18 | 10 | 10 | 3 | 3 |
| Summe | 717 | 35 | 84 | 214 | 251 | 111 | 100 | 48 | 28 |
| % | 95.5 | 4.5 | — | 28.5 | 33.4 | 14.7 | 13.3 | 6.4 | 3.7 |
| Beschlüsse 1867—1900 | 96 | 1168 | 51 | — | — | — | — | — | — |
| % | 93.1 | 6.9 | — | — | — | — | — | — | — |
| Beschlüsse und Urteile zusammen 1867—1900 | 813 | 1203 | 63 | — | — | — | — | — | — |
| 1885—1900 | 421 | 635 | 67 | 349 | 395 | 149 | 96 | 42 | 25 |
| % | 39.9 | 60.1 | — | 33.0 | 37.4 | 14.1 | 9.1 | 4.0 | 2.4 |

werden. Diese Organisation hätte gewiss auch eine Verminderung der Expertisen im Gefolge; denn einerseits könnte man so die Sektionen fachgemässer besetzen als bisanhin, und andererseits könnte man den Richtern die Arbeit, die sonst einem Experten zufällt, auch wieder eher zumuten. Die Zuweisung von Patent- und Muster- und Modellstreitigkeiten an das Handelsgericht würde sich auch nur rechtfertigen, wenn der vorwiegend merkantile Charakter des Gerichtes sich teilweise verliert, um dem industriellen Elemente auch seinen Platz einzuräumen, denn diese Streitigkeiten sind doch vorwiegend gewerblich-technischer Natur.

Die Frage ist nun die, ob die Umgestaltung der Bezirksgerichte im erwähnten Sinne oder diejenige des Handelsgerichtes in der eben besprochenen Weise

eher zu befürworten sei. Auf jeden Fall muss die eine oder andere Änderung vorgenommen werden. Wenn den Bezirksgerichten Gewerberichter beigegeben werden, so darf man zwar hoffen, dass dadurch die Zahl der Prozesse gewerblich-technischer Natur, welche weniger für ein eigentliches Handelsgericht passen, bei demselben etwas vermindert werde; aber es ist zu befürchten, dass dies in einem durchaus ungenügenden Masse geschehe. Nach den Kompetenzbestimmungen des Handelsgerichtes werden eben immer eine grosse Anzahl gewerblich-technischer Prozesse vor dasselbe gelangen, da die Grossindustriellen doch immer im Handelsregister eingetragen sind. Eine Umgestaltung der Kompetenzbestimmungen in der Weise, dass nur Prozesse aus dem eigentlichen Handel vor das

Tab. 8.

Art der Erledigung.

| Jahre | Durch Beschluss erledigt | | | | | | Durch Urteile erledigt | | | |
|---------------------|--------------------------|---------|--------------|-----------|--------------------|-------|------------------------|-------------|----------|-------|
| | Nicht-anhand-nahme | Rückzug | Aner-kennung | Vergleich | Andere Er-ledigung | Total | Ab-weisung | Gutheissung | | Total |
| | | | | | | | | teilweise | gänzlich | |
| | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 | 10 |
| 1867 | 1 | 8 | — | 6 | — | 15 | 6 | 9 | 7 | 22 |
| 1868 | 2 | 7 | 5 | 10 | — | 24 | 8 | 12 | 11 | 31 |
| 1869 | — | 9 | 9 | 12 | — | 30 | 6 | 9 | 4 | 19 |
| 1870 | 4 | 1 | 9 | 7 | — | 21 | 8 | 5 | 10 | 23 |
| 1871 | 4 | 13 | 11 | 17 | — | 45 | 6 | 9 | 8 | 23 |
| 1872 | 2 | 7 | 16 | 19 | — | 44 | 11 | 9 | 9 | 29 |
| 1873 | 3 | 9 | 14 | 20 | — | 46 | 4 | 8 | 8 | 20 |
| 1874 | 3 | 12 | 6 | 13 | 1 | 35 | 6 | 10 | 8 | 24 |
| 1875 | 2 | 10 | 6 | 21 | 1 | 40 | 9 | 4 | 10 | 23 |
| 1876 | 5 | 6 | 9 | 21 | — | 41 | 7 | 6 | 6 | 19 |
| 1877 | 4 | 8 | 9 | 20 | 2 | 43 | 7 | 4 | 4 | 15 |
| 1878 | 4 | 5 | 6 | 18 | 1 | 34 | 4 | 6 | 4 | 14 |
| 1879 | 1 | 5 | 10 | 15 | — | 31 | 6 | 3 | 4 | 13 |
| 1880 | 1 | 4 | 4 | 18 | — | 27 | 5 | 7 | 8 | 20 |
| 1881 | 8 | 8 | 9 | 20 | 1 | 46 | 5 | 9 | 12 | 26 |
| 1882 | 6 | 5 | 2 | 12 | — | 25 | 3 | 3 | 7 | 13 |
| 1883 | 1 | 4 | 3 | 10 | — | 18 | 4 | 3 | 7 | 14 |
| 1884 | 4 | 9 | 4 | 9 | 2 | 28 | 5 | 4 | 10 | 19 |
| 1885 | 5 | 4 | 8 | 10 | 1 | 28 | 7 | 2 | 9 | 18 |
| 1886 | 2 | 7 | 3 | 11 | — | 23 | 4 | 8 | 8 | 20 |
| 1887 | 4 | 4 | 3 | 13 | 1 | 25 | 4 | 5 | 7 | 16 |
| 1888 | — | 2 | 6 | 16 | — | 24 | 8 | 10 | 7 | 25 |
| 1889 | 2 | 8 | 3 | 20 | — | 33 | 4 | 1 | 5 | 10 |
| 1890 | 3 | 2 | 4 | 7 | — | 16 | 3 | 10 | 3 | 16 |
| 1891 | 5 | 4 | 7 | 12 | 1 | 29 | 10 | 5 | 11 | 26 |
| 1892 | 6 | 1 | 2 | 22 | 1 | 32 | 3 | 4 | 6 | 13 |
| 1893 | 2 | 3 | 3 | 20 | 2 | 30 | 8 | 6 | 5 | 19 |
| 1894 | 5 | 3 | 6 | 25 | 2 | 41 | 6 | 8 | 9 | 23 |
| 1895 | 1 | 1 | 9 | 23 | 1 | 35 | 6 | 7 | 8 | 21 |
| 1896 | 1 | 8 | 10 | 34 | 2 | 55 | 9 | 10 | 13 | 32 |
| 1897 | 4 | 9 | 11 | 29 | 3 | 56 | 10 | 11 | 14 | 35 |
| 1898 | 2 | 10 | 14 | 49 | 1 | 76 | 7 | 11 | 13 | 31 |
| 1899 | 6 | 13 | 21 | 44 | 3 | 87 | 7 | 15 | 11 | 33 |
| 1900 | 8 | 9 | 18 | 43 | 3 | 81 | 16 | 16 | 15 | 47 |
| Summe | 111 | 218 | 260 | 646 | 29 | 1264 | 222 | 249 | 281 | 752 |
| % | 8.8 | 17.2 | 20.6 | 51.1 | 2.3 | 100 | 29.5 | 33.1 | 37.4 | 100 |
| Jahres-Durchschnitt | 3 | 6 | 8 | 19 | 1 | 37 | 7 | 7 | 8 | 22 |

Handelsgericht gebracht werden können, ist bei dem mannigfachen Ineinandergreifen von Handel und Industrie kaum durchführbar. Die geplante Umgestaltung der Bezirksgerichte wird deshalb zwar wohl die Wünsche der Industrie- und Gewerbebeflissenen befriedigen können, nicht aber dem Handelsgericht die gewünschte Entlastung verschaffen. Auch werden bei dieser Lösung die gewerblichen Prozesse eine zweifache Behandlung erfahren, indem die einen durch das Bezirksgericht, die andern durch das Handelsgericht erledigt werden, d. h. vor Gerichten, wo das Verhältnis der Anzahl der ständigen Richter zu derjenigen der fachmännischen Richter ein durchaus verschiedenes ist; von den übrigen Verschiedenheiten in der Behandlung der Prozesse sei hier gar nicht weiter gesprochen. Die Umgestaltung des Handelgerichtes wäre entschieden das einfachere, denn hier handelt es sich um ein einziges Gericht, bei

dem Bezirksgericht um elf Gerichte; durch dieselbe würde das ohnehin nicht einfache Gerichtssystem weniger kompliziert als durch eine Umgestaltung der Bezirksgerichte; sie wäre auch ein radikaleres Mittel zur Erfüllung der geäußerten Wünsche und zur Beseitigung der vorhandenen Mängel.

Was die *Kompetenz* anbetrifft, geht aus den frühern Ausführungen hervor, dass auch hier einige Änderungen als wünschbar erscheinen. Einmal sollte das Requisit: „Sofern sich der Streit auf das von dem Beklagten betriebene Gewerbe bezieht“, fallen gelassen und ersetzt werden durch das folgende: „Sofern das streitige Rechtsgeschäft sowohl vom Kläger als vom Beklagten im Betrieb seines Handelsgewerbes (oder zum Zwecke des Betriebes seines Handelsgewerbes) vorgenommen worden ist“. Dieses Requisit hat, wie wir gesehen haben, zu spitzfindigen Unterscheidungen

und Inkonsequenzen geführt und zugleich das nicht wünschbare Resultat erzielt, dass nicht einmal alle Streitigkeiten zwischen Kaufleuten aus Rechtsgeschäften, die auf beiden Seiten Handelsgeschäfte, d. h. im Betriebe des Handelsgewerbes vorgenommen worden sind, vor Handelsgericht gebracht werden können; während anderseits auch Streitigkeiten zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten dessen Kognition unterstehen. Durch unsern Vorschlag würde bewirkt, dass ein Kaufmann einen andern Kaufmann auch aus solchen Geschäften vor Handelsgericht belangen könnte, welche für den Beklagten blosses Hilfsgeschäfte sind ¹⁾. Fürchtet man, dadurch die Geschäftslast unerträglich zu steigern, so wäre es meines Erachtens viel gerechtfertigter, Klagen von nicht eingetragenen Personen gegen eingetragene ganz von der Kompetenz des Handelsgerichtes auszuschliessen, da hier ein viel geringeres Interesse zu handelsgerichtlicher Beurteilung vorliegt; oder dann könnte man wenigstens für den Fall, wo der Kläger nicht eingetragen ist, fordern, dass das streitige Rechtsgeschäft ein dem vom Beklagten betriebenen Berufszweig angehörendes Geschäft, d. h. für ihn Grundhandelsgeschäft und nicht blosses Hilfsgeschäft sei. Es stünde auch dann nichts entgegen, für den Fall, da der Kläger ausser der Schweiz wohnt, zu verlangen, dass er die Klage immer vor Handelsgericht anbringe, sobald sie gegen eine eingetragene Person geht und ein Haupt- oder Hülfshandelsgeschäft seines Handelsgewerbes betrifft. In den meisten dieser Fälle wird der Kläger wirklich Kaufmann sein; auf das Requisite der Eintragung kann man aber der Verschiedenheit der Gesetzgebung wegen nicht wohl abstellen.

Sodann sollte der Ausdruck „Handelsverhältnisse überhaupt“ wegen zu grosser Unbestimmtheit gestrichen und an Stelle dessen eine bestimmte Liste von Streitigkeiten aufgeführt werden, welche um ihrer allgemeinen handelsrechtlichen Natur willen vor Handelsgericht gebracht werden sollen. Es wären vielleicht folgende zu nennen: Einmal die schon genannten Streitigkeiten aus Firmen- und Markenschutz; aus Patent-, Muster- und Modellschutz; letztere jedoch nur für den Fall der Errichtung von industriellen Abteilungen oder Sektionen; sodann Klagen aus Kredit-schädigung und illoyaler Konkurrenz; Klagen aus dem

¹⁾ Das Resultat, zu dem wir hier gelangen, deckt sich ziemlich mit den Bestimmungen des deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes. Nach § 101, Ziff. 1, desselben kann vor Handelsgericht geltend gemacht werden ein Anspruch gegen einen Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches aus Geschäften, welche für beide Teile Handelsgeschäfte sind. Da aber das neue Handelsgesetzbuch keine absoluten Handelsgeschäfte mehr kennt, muss jeder Teil Kaufmann sein; das Geschäft darf dann aber auf seiten des Beklagten auch blosses Hilfsgeschäft sein, weil auch ein solches Handelsgeschäft ist.

Tab. 9.

Entscheide des Bundesgerichts,

erlassen zufolge Weiterzuges handelsgerichtlicher Entscheidungen.

| Entscheide des Handelsgerichts | Abgeändert | | Nicht abgeändert | | Total | Zahl der durch das Handelsgericht erledigten Prozesse |
|--------------------------------|------------|-----------|---------------------|---|-------|---|
| | ganz | teilweise | Materiell bestätigt | Nicht materiell behandelt wegen Inkompetenz, Rückzug etc. | | |
| | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 |
| 1885 . . . | 1 | 1 | 1 | 1 | 4 | 46 |
| 1886 . . . | — | — | 2 | 1 | 3 | 43 |
| 1887 . . . | — | — | 1 | — | 1 | 41 |
| 1888 . . . | — | — | 2 | 1 | 3 | 49 |
| 1889 . . . | — | — | 1 | — | 1 | 43 |
| 1890 . . . | — | — | — | 2 | 2 | 32 |
| 1891 . . . | — | — | 2 | 2 | 4 | 55 |
| 1892 { | Beschlüsse | — | 2 | — | 2 | 45 |
| | Urteile | — | 3 | — | 3 | |
| 1893 . . . | — | — | 3 | 1 | 4 | 49 |
| 1894 . . . | — | — | 6 | 5 | 11 | 64 |
| 1895 . . . | — | — | 4 | 3 | 7 | 56 |
| 1896 . . . | 1 | 1 | — | 5 | 7 | 87 |
| 1897 . . . | 1 | — | 5 | 2 | 8 | 91 |
| 1898 . . . | — | 1 | 3 | 6 | 10 | 107 |
| 1899 . . . | 2 | 1 | 8 | 5 | 16 | 120 |
| 1900 . . . | — | 1 | 7 | 5 | 13 | 128 |
| Summe | 5 | 5 | 50 | 39 | 99 | 1056 |
| % | 5.1 | 5.1 | 50.5 | 39.3 | 100 | — |

Gesellschaftsrecht und vielleicht noch Klagen aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Inhaber eines Handelsgeschäftes einerseits und den Handlungsbevollmächtigten, den Handlungsgehülften und Lehrlingen anderseits.

Das Verfahren hat sich meines Erachtens gut bewährt. Die gründliche Instruktion der Prozesse hat mannigfache Vorteile. Sie bildet zusammen mit der Referentenaudienz eine für Nichtjuristen willkommene Vorbereitung auf die Hauptverhandlung und ermöglicht die Ausfällung des Urteils in unmittelbarem Anschluss an diese. Eine Kürzung dieses für gewöhnliche Gerichte vielleicht etwas umständlichen Verfahrens erscheint deshalb nicht als empfehlenswert.

Ein etwas fragwürdiger Zustand ist nunmehr im Rechtsmittelsystem vorhanden. Mit dem Eintritt der

Tab. 10. Rekurse und Nichtigkeitsbeschwerden gegen Beschlüsse und Urteile des Handelsgerichts.

| Jahre | Rekurse | | | Nichtigkeitsbeschwerden | | | | | |
|-------|-----------------|-------------------|-------|-------------------------|-----------------------|-----------------|-------------------|----------|-------|
| | ab- gewiesen | gut- geheissen | Total | Rückzug | unzulässig erklärt | ab- gewiesen | Begründet erklärt | | Total |
| | | | | | | | teilweise | gänzlich | |
| | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 |
| 1867 | — | — | — | — | — | — | — | — | — |
| 1868 | 2 | — | 2 | — | — | 1 | — | 1 | 2 |
| 1869 | — | — | — | — | 1 | — | — | — | 1 |
| 1870 | — | — | — | — | — | 1 | — | — | 1 |
| 1871 | — | — | — | — | — | — | — | — | — |
| 1872 | — | — | 1 | — | 1 | — | — | — | 1 |
| 1873 | — | — | — | 1 | 1 | 1 | — | — | 3 |
| 1874 | — | — | 1 | — | — | 1 | — | — | 1 |
| 1875 | 2 | — | 2 | — | — | — | — | — | — |
| 1876 | 1 | — | 1 | — | — | 3 | — | — | 3 |
| 1877 | — | — | — | — | — | 2 | — | — | 2 |
| 1878 | — | — | — | — | — | 2 | — | — | 2 |
| 1879 | 1 | — | 1 | — | — | — | — | — | — |
| 1880 | — | — | — | — | 1 | 2 | — | 2 | 5 |
| 1881 | 1 | — | 1 | — | 3 | 1 | — | — | 4 |
| 1882 | 1 | — | 1 | — | — | 2 | — | — | 2 |
| 1883 | — | — | — | — | 1 | 2 | — | — | 3 |
| 1884 | — | — | — | — | 1 | 1 | — | 1 | 3 |
| 1885 | — | — | — | — | — | 1 | — | 1 | 2 |
| 1886 | — | — | — | 1 | — | 2 | — | 1 | 4 |
| 1887 | — | — | — | — | 1 | 1 | — | — | 2 |
| 1888 | — | — | — | — | 2 | 1 | — | — | 3 |
| 1889 | — | — | — | — | 1 | — | — | — | 1 |
| 1890 | — | — | — | — | — | — | — | — | — |
| 1891 | — | — | — | — | — | — | — | — | — |
| 1892 | — | — | — | — | — | — | — | — | — |
| 1893 | — | — | — | — | 1 | 2 | — | — | 3 |
| 1894 | — | — | — | — | — | 1 | — | — | 1 |
| 1895 | — | — | — | — | — | 2 | — | — | 2 |
| 1896 | — | — | — | — | 1 | 1 | — | — | 2 |
| 1897 | — | — | — | — | — | 2 | — | — | 2 |
| 1898 | — | — | — | — | — | 1 | — | — | 1 |
| 1899 | — | — | — | — | — | — | — | — | — |
| 1900 | — | — | — | — | — | 1 | — | — | 1 |
| Summe | 8 | — | 10 | 2 | 15 | 34 | — | 6 | 57 |
| % | 80.0 | — | 100 | 3.5 | 26.3 | 59.7 | — | 10.5 | 100 |

Möglichkeit, die handelsgerichtlichen Entscheide an das Bundesgericht weiter zu ziehen, hat sich der Grundcharakter des Handelsgerichts verändert. Aus einem inappellabeln ist es zu einem erstinstanzlichen Gerichte herabgesunken, dessen Entscheide wenigstens mit bezug auf den Rechtspunkt von einer zweiten Instanz einer nochmaligen Prüfung unterzogen werden können. Diese obere Instanz ist ganz mit rechtsgelehrten Richtern besetzt; durch die Weiterziehung erleidet naturgemäss die Erledigung des Prozesses be-

deutenden Aufschub. Es liesse sich daher erwägen, ob nicht dahin zu wirken sei, die Weiterziehung handelsgerichtlicher Urteile an das Bundesgericht auszuschliessen. Dazu wäre aber eine Revision der Bundesgesetzgebung nötig. Bei der Interesselosigkeit, welche die Sache für die 22 Kantone hätte, die kein Handelsgericht besitzen, scheinen jedoch allfällige Bemühungen von vornherein ziemlich vergeblich zu sein, weshalb auch die ganze Frage keine eingehendere Betrachtung verdient.

Literatur und Rechtsquellen.

A. = Amtsblatt des Kantons Zürich.

Oreizenach, J. Das Wesen und Wirken der Handelsgerichte und ihre Kompetenz. Beilageheft zu Bd. IV der Goldschmidtschen Zeitschrift. Erlangen 1861.

E. G. zu Sch. und K. = Einführungsgesetz zum schweiz. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 29. April 1889.

Entw. I = Erster Kommissionalentwurf betr. Handelsgerichte im Kanton Zürich. Staatsarchiv III C b 1, 14.

Goldschmidts Zeitschrift = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von Goldschmidt. Erlangen 1858 ff.

Goll. Über Einführung eines Handelsgerichts im Kanton Zürich. Zürich 1860.

G. W. 1866 = Gesetz betr. das Gerichtswesen im allgemeinen vom 30. Oktober 1866.

G. W., Entw. 1901 = Entwurf eines Gesetzes betr. das Gerichtswesen im allgemeinen. Vorlage des Regierungsrates an den Kantonsrat vom 21. November 1901.

H. E. = Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen. Zürich 1881 ff.

Marschner, G. Die Zweckmässigkeit besonderer mit kaufmännischen Richtern besetzter Gerichte für Handelsstreitsachen. *Goldschmidts* Zeitschrift. Bd. XI, S. 430 ff.

Meyer, J. D. Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires. Bd. II, S. 588 ff. Bd. V, S. 483 ff. Paris 1823.

Mittermaier. Referat über die Denkschrift der Herausgeber der „Giurisprudenza commerciale italiana“ betreffend Beibehaltung der Handelsgerichte in Italien. *Goldschmidts* Zeitschrift. Bd. VII, S. 186.

Morel, F. Les juridictions commerciales au moyen âge. Paris 1897.

O. S. = Offizielle Sammlung der Gesetze und Verordnungen des Kantons Zürich.

Prot. P. P. 10. = „Protokoll über Beratung der Zivilprozessordnung 1863—1865“. Staatsarchiv P. P. 10.

R. = Rechtspflegegesetz für den Kanton Zürich vom 2. Dezember 1874.

R. O. = Rechenschaftsbericht des Obergerichtes des Kantons Zürich.

Schollenberger. Grundriss des Staats- und Verwaltungsrechtes der schweiz. Kantone. Bd. I. Zürich 1900.

Silberschmidt. Die Entstehung der deutschen Handelsgerichte. Leipzig.

S. O. R. = Schweiz. Obligationenrecht von 1881.

S. Z. = Zeitschrift für schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege. 1875—1880.

Vorläufige Ideen = Vorläufige Ideen der Justizdirektion über Organisation von Handelsgerichten im Kanton Zürich. Staatsarchiv P. 7.

Treichler, J. Bericht der Direktion der Justiz an den hohen Regierungsrat zu den Gesetzesentwürfen betr. Abänderung der auf das Gerichtswesen bezüglichen Artikel der Staatsverfassung. Beilage zu Nr. 53 des zürcherischen Amtsblattes von 1863.

Treichler, J. Bericht an den hohen Regierungsrat betr. Umgestaltung der Statistik der zürcherischen Rechtspflege. Zürich 1869.

Treichler und Ullmer. Bericht an den hohen Regierungsrat über die Kenntnisnahme einiger deutscher Handelsgerichte. Zürich 1863.

Z. = Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der zürcherischen Rechtspflege. Zürich 1855—1874.

Z. Pr. O. 1866 = Zivilprozessordnung für den Kanton Zürich von 1866.

Z. Pr. O., Entw. 1901 = Entwurf einer Zivilprozessordnung für den Kanton Zürich, Vorlage des Regierungsrates an den Kantonsrat vom 21. November 1901.

Zürcher und Sträubli. Erläuterungen und Vergleichen zur Statistik der zürcherischen Rechtspflege. Amtlich herausgegeben durch das Obergericht des Kantons Zürich als Ergänzung der Rechtsstatistik über die Periode 1885—1891. Winterthur 1895.