

**Art. 75 Abs. 2 BGG, Art. 6 Abs. 1 ZPO, § 19 VO über die Organisation des Obergerichts (LS 212.51), § 101 GVG/ZH.** *Besetzung der Rekurskommission des Obergerichts (E. 2). Von Bundesrechts wegen keine double instance in einem übergangsrechtlichen Fall, in welchem der Ausstand eines Handelsrichters streitig ist (E. 3.2)*

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

1. Unter der Nummer HG090209 ist am Handelsgericht ein Prozess von ... (Klägerin) gegen die ... (Beklagte) hängig. Offenbar soll Handelsrichter A. daran mitwirken. Mit Schreiben vom 28. September 2011 teilte dieser dem Handelsgericht zu Händen der Parteien mit, dass er in anderen Schadenfällen als Anwalt die Gegenpartei der im Handelsgerichtsprozess beklagten Versicherung vertrete; subjektiv betrachte er sich dadurch nicht als befangen. Am 7. Oktober 2011 verlangte die Beklagte seinen Ausstand (Dossier HG090209 act. 46). Der Präsident des Handelsgerichts überwies das Ausstandsbegehren unter Hinweis auf § 101 Abs. 1 GVG/ZH an die Verwaltungskommission des Obergerichts.

Nach Einholen von Stellungnahmen der Beteiligten hiess die Verwaltungskommission das Ausstandsbegehren gut und schloss Handelsrichter A. von der Mitwirkung im Verfahren HG090209 aus - mit Kostenfolgen zulasten der Klägerin unter dem Vorbehalt, dass ihr das Handelsgericht im Sachprozess die unentgeltliche Prozessführung bewillige. Dagegen richtet sich die Beschwerde der Klägerin. Sie verlangt Aufhebung der Kosten- und Entschädigungsfolgen im Entscheid der Verwaltungskommission, Übernahme der Kosten beider Instanzen auf die Staatskasse und Ausrichten einer Entschädigung ebenfalls für beide Instanzen, eventuell die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und die Bestellung ihres Anwaltes als unentgeltlichen Vertreter für das Beschwerdeverfahren (act. 1).

2. Nach § 19 der Verordnung über die Organisation des Obergerichts (LS 212.51) können Beschlüsse der Verwaltungskommission an die Rekurskommission weitergezogen werden. Die Rekurskommission wird aus den fünf amtsältesten Mitgliedern des Obergerichts gebildet, die nicht als Mitglieder

oder Ersatzmitglieder der Verwaltungskommission angehören. Das sind zur Zeit die Mitglieder des Obergerichts Seeger, Dr. Klopfer, Diggelmann, Dr. Pfister und Helm. Oberrichter Seeger hat als Präsident des Handelsgerichts die Sache an die Verwaltungskommission überwiesen. Ob das bereits seinen Ausstand begründet, scheint nicht ohne Weiteres klar. Im Präjudiz BGer 2P.231/1997 vom 19. Mai 1998 hatte sich der am Entscheid Mitwirkende in der das Verfahren anstossenden Verzeigung offenbar bereits Gedanken zur Sache gemacht - dem gegenüber leitete der Präsident des Handelsgerichts im vorliegenden Fall das Ausstandsbegehren rein zuständigkeitshalber der Verwaltungskommission zu, ohne dass er dazu wenn auch nur vorläufig Stellung zu nehmen hatte, und auch ohne Stellung zu nehmen. Allerdings ging das alte Recht - gestützt auf welches die Überweisung erfolgte - davon aus, dass bei Ablehnung eines Richters gerade nicht das Gericht entscheiden solle, welchem er angehört, sondern die Aufsichtsbehörde (§ 101 Abs. 1 GVG/ZH). Das ist nach neuem Recht anders (Art. 50 Abs. 1 ZPO; Diggelmann, Dike-Kommentar ZPO [online-Stand 18. Oktober 2011] Art. 50 N. 1); gleichwohl scheint es mit Blick auf § 101 GVG/ZH angezeigt, dass Oberrichter Seeger heute in der Rekurskommission nicht mitwirkt - es wäre kaum verständlich, dass er beim Entscheid über den Ausstand zwar nicht mitwirken dürfte, wohl aber beim Rechtsmittel gegen diesen Entscheid. Das gilt ebenso für Oberrichter Helm als Vizepräsidenten des Handelsgerichts. Die dem Amts-Alter nach nächsten sind Oberrichter Dr. Brunner (als Ersatzmitglied der Verwaltungskommission freilich ausgeschlossen, zudem ebenfalls Mitglied des Handelsgerichts), Oberrichterin Dr. Schaffitz und Oberrichter Dr. Martin.

Die Rekurskommission ist daher heute besetzt mit den Mitgliedern des Obergerichts Dr. Klopfer (Vorsitzender), Diggelmann, Dr. Pfister, Dr. Schaffitz und Dr. Martin.

3.1 Das Verfahren des Handelsgerichtes nahm seinen Anfang im Jahr 2009 und untersteht daher dem alten kantonalen Prozessrecht (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Der Entscheid über ein Ausstandsbegehren ist ein prozessleitender Entscheid im Rahmen des Verfahrens in der Sache; dass das kantonale Recht

damit wie gesehen die Aufsichtsbehörde betraut (§ 101 Abs. 1 GVG/ZH), ändert daran nichts.

Für Rechtsmittel gilt dagegen seit dem 1. Januar 2011 das neue Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO), und die Praxis wendet das insbesondere auch auf Rechtsmittel gegen prozessleitende Entscheide an (OGerZH LA110009, Verfügung des Vorsitzenden der I. Zivilkammer vom 17. Februar 2011 = ZR 110/2011 Nr. 32; gleich und die gegenteilige Ansicht verwerfend BGE 137 III 424). Gegen Entscheide über den Ausstand steht die Beschwerde zur Verfügung (Art. 50 Abs. 2 ZPO), und so lautet auch die Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Entscheid.

### 3.2 (...).

Der angefochtene Entscheid gibt als anzurufende Rechtsmittelinstanz die Rekurskommission an. Nach dem bereits zitierten § 19 der VO LS 212.51 sind von der Verwaltungskommission im Rahmen ihrer Zuständigkeit gefasste Beschlüsse bei der Rekurskommission anfechtbar. Die Verwaltungskommission war altrechtlich für den Entscheid über den Ausstand eines Handelsrichters zuständig (§§ 18 lit. a und 16 der VO LS 212.51 in Verbindung mit § 101 Abs. 1 GVG/ZH). Welche Rechtsmittel zulässig sind, bestimmt sich aber unter dem neuen (und hier massgebenden) Recht einzig nach Bundesrecht - welches vorgeht (Art. 49 Abs. 1 BV, ferner Art. 79 Abs. 1 KV).

Nach Art. 50 Abs. 2 ZPO ist gegen einen Entscheid über den Ausstand wie erwähnt von Bundesrechts wegen die Beschwerde zulässig. Die Verwaltungskommission weist daher die ihr von § 127 GOG/ZH übertragene Zuständigkeit für neurechtliche Ausstandsgesuche von sich (Kreisschreiben vom 6. Oktober 2010, unter [www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch) / Kreisschreiben / ab 2010). Zudem ist die den Kantonen zum Umsetzen des Art. 75 Abs. 2 BGG eingeräumte Übergangsfrist mit dem Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 abgelaufen. Das Bundesgericht hat darum entschieden, dass auch bei altrechtlichen Ausstandsentscheiden die *double instance* gewährleistet sein muss (BGE 137 III 424). Wenn die Verwaltungskommission gestützt auf §

101 Abs. 1 GVG/ZH noch über den Ausstand eines Bezirksrichters befindet, kann dieser Entscheid daher an die Rekurskommission weitergezogen werden; sonst würde den Betroffenen die Beschwerde nach Art. 50 Abs. 2 ZPO verweigert.

Der vorliegenden Fall liegt freilich besonders. Die bundesrechtlich neu vorgeschriebene *double instance* gilt nur mit Ausnahmen: ist ein oberes Gericht mit einem Rechtsmittel befasst und fällt es in diesem Rahmen einen Zwischenentscheid (zum Beispiel über den Ausstand eines seiner Mitglieder), ist die direkte Beschwerde ans Bundesgericht zulässig (BGE 137 III 424 E. 2.2 mit Hinweisen). Eine weitere Ausnahme gilt ausdrücklich für Handelsgerichte (Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG als Konsequenz aus Art. 6 Abs. 1 ZPO). Neurechtlich wird also das Handelsgericht über ein Ausstandsbegehren als einzige kantonale Instanz entscheiden, wie das bisher nach § 101 Abs. 1 GVG/ZH die Verwaltungskommission tat. Damit besteht bei Entscheiden über den Ausstand eines Mitglieds des Ober- oder des Handelsgerichts keine Notwendigkeit, von Bundesrechts wegen die Rekurskommission als weitere Instanz über der Verwaltungskommission einzusetzen - und der Kanton hat keine Kompetenz, von sich aus einen solchen Instanzenzug vorzusehen.

Wird auf die Beschwerde der Klägerin nicht eingetreten, findet sie sich in einer schwierigen Lage, weil die Frist für die Beschwerde an das Bundesgericht mittlerweile abgelaufen ist. Das kann ihr allerdings nicht ein nach Auffassung der Rekurskommission unzulässiges Rechtsmittel verschaffen. Möglicherweise akzeptiert das Bundesgericht die an den (aufgehobenen) Art. 100 Abs. 6 BGG angelehnte Argumentation, dass die Frist zur Anfechtung (auch) des Entscheides der Verwaltungskommission erst ab Zustellung des heutigen Entscheides laufe, oder aber es kommt eine Wiederherstellung nach Art. 50 BGG in Frage, weil es um eine neue und von der Praxis noch nicht geklärte Frage geht und die Klägerin die Rechtsmittelbelehrung durch die Verwaltungskommission nicht oder jedenfalls nicht ohne Weiteres als unrichtig erkennen konnte. Für die Anfechtung des Entscheides der Verwaltungskommission am Bundesgericht wäre auch anders als für die Anfechtung des heutigen Entscheides auf den Streitwert der Sache vor Handelsgericht abzustellen (Art. 51 Abs. 1 lit. c BGG).

Auf die Beschwerde ist daher nicht einzutreten.

4. Aus den soeben genannten Gründen ist auf Kosten für den heutigen Entscheid zu verzichten. Das eventuell gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gegenstandslos, so weit es Gerichtskosten betrifft.

Offen ist das Gesuch der Klägerin, ihren Anwalt für das Beschwerdeverfahren als unentgeltlichen Vertreter zu bestellen. Die Verwaltungskommission hat zum analogen Gesuch entschieden, weil dieses Teil des Sach-Verfahrens sei, müsse das Handelsgericht darüber befinden (angefochtener Entscheid E. 4.1 und Dispositiv Ziff. 2). Für die heutige Beschwerde gilt das nicht; sie eröffnete ein eigenes Verfahren, für welches die unentgeltliche Rechtspflege separat verlangt - und bewilligt - werden muss (Art. 119 Abs. 5 ZPO), und nach der Praxis werden die Vertreter auch von jeder Instanz separat honoriert (*OGerZH* NE090030 vom 9. September 2011 = ZR 110/2011 Nr. 70). Die Beschwerde war allerdings auch abgesehen von der Frage der Zuständigkeit der Rekurskommission aussichtslos: die Frage des Ausstands eines Gerichtsmitglieds ist eine solche der Rechtsprechung, konkret der Tragweite und der Anwendung von Art. 47 ZPO resp. Art. 30 und 191c BV. Die Klägerin hat sehr wohl recht mit ihrem Hinweis, dass es doch dem Gericht obliege, eine gesetzmässige Besetzung des Spruchkörpers vorzusehen. Das Gericht muss aber nicht weniger (in prozessualer Hinsicht) gesetzmässig vorladen, beiden Seiten das rechtliche Gehör gewähren oder (materiell) das Recht richtig anwenden. Über all das können Differenzen entstehen, welche im Rechtsmittelverfahren ausgetragen werden. Wenn eine Partei sich mit dem angefochtenen Entscheid oder der angefochtenen Anordnung identifiziert, wird dieses Rechtsmittelverfahren streitig, und es gibt eine unterliegende und eine obsiegende Partei. - Die Klägerin meint in der Beschwerde, Handelsrichter A. habe durch die Verwaltungskommission aus dem mit seiner Person nicht verfassungsgemäss und nicht EMRK-konform zusammengesetzten Spruchkörper des Handelsgerichts entfernt werden müssen, und sie vergleicht das mit dem Fall, dass ein Richter in der Verhandlung schläft (act. 1 S. 5 oben). Handelsrichter A. hat allerdings nichts Unrechtes getan und keine ihm obliegenden Pflichten

verletzt; gegenteils hat er von sich aus die in Art. 48 ZPO vorgesehene Meldung gemacht. Er ist vom Kantonsrat ausdrücklich zum Einbringen der Interessen der Versicherten in die Rechtsprechung des Handelsgerichtes gewählt worden. Dass das im Lichte der bundesgerichtlichen Praxis auch für den Gewählten eine problematische Situation schafft (Diggelmann, Dike-Kommentar ZPO [online-Stand 18. Oktober 2011] Art. 47 N. 40 und Fn. 100) hat zwar nicht die Klägerin zu vertreten. Sie hat aber vor der Verwaltungskommission nicht wie sie es heute in der Beschwerde darstellt, "nichts anderes getan als erklärt, [sie] akzeptiere das Gericht wie es bestellt worden ist" (act. 1 S. 5), sondern sie hat ausdrücklich Antrag gestellt, das Ablehnungsgesuch sei abzuweisen, denn Handelsrichter A. sei "ein sehr erfahrener Haftpflichtspezialist, (...) gewillt und in der Lage (...), sich in den zu beurteilenden Streitfällen neutral zu verhalten und ein von Parteiinteressen unabhängiges Urteil zu treffen" (Dossier VV110025 act. 8 S. 1). Das war ihr gutes Recht - damit ging sie freilich das Risiko ein, mit Kosten- und Entschädigungsfolgen belastet zu werden, wenn ihrem Antrag nicht gefolgt werden würde (unter dem Vorbehalt der Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung, wie es die Verwaltungskommission dann auch so entschied: angefochtener Entscheid Dispositiv Ziff. 2). Das gehört zum normalen Risiko im Zivilprozess. Die Zusprechung einer Entschädigung zulasten des Staates, wie mit der Beschwerde verlangt, scheiterte schon daran, dass die Klägerin dafür keinen bezifferten Antrag stellt (OGerZH PF110013 vom 21. Juni 2011, bestätigt mit BGer 4D\_61/2011 vom 26. Oktober 2011 E. 2.3; BGE 137 III 617). Es gäbe dafür auch keine gesetzliche Grundlage (ZK ZPO-Jenny, Art. 107 N. 26; KuKo ZPO-Schmid, Art. 107 N. 15; Urwyler, Dike-Kommentar ZPO [Printausgabe], Art. 107 N. 12). - Unter diesen Umständen war die Anfechtung der Kostenregelung aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO, und es kann der Anwalt der Klägerin daher für das Beschwerdeverfahren nicht als unentgeltlicher Vertreter bestellt werden.

Rekurskommission des Obergerichts  
Beschluss vom 5. April 2012  
Geschäfts-Nr.: KD120004-O/U