

Art. 48 ZPO, Selbst-Ausstand. Wenn die Parteien nicht zustimmen, muss auch über einen Selbst-Ausstand förmlich entschieden werden. **Art. 119 Abs. 2 ZPO, unentgeltliche Rechtspflege.** Anforderungen an das Gesuch, wenn es in einer Rechtsmittelinstanz gestellt wird.

Am Handelsgericht ist ein Prozess von X (Klägerin) gegen die Y. (Beklagte) hängig; die Streitsumme beträgt rund Fr. 660'000.--. Das Handelsgericht nahm in Aussicht, Handelsrichter B. im Verfahren einzusetzen. Dieser teilte mit Schreiben vom 22. September 2011 zu Händen der Parteien verschiedene Umstände mit, welche ausstandsrechtlich relevant sein könnten, so sein kollegiales Verhältnis zum Anwalt der Klägerin, sein berufliches Engagement für geschädigte Personen und deren Angehörige, aber auch seine frühere Tätigkeit im Rechtsdienst der beklagten Partei. Er stellte es dem Handelsgericht anheim, ihn unter diesen Umständen im aktuellen Fall einzusetzen. Darauf hin verlangte die Beklagte am 28. September 2011 seinen Ausstand. Der Vizepräsident des Handelsgerichts brachte das Gesuch der Beklagten Handelsrichter B. zur Kenntnis, mit dem Ersuchen um Stellungnahme, wie er sich dazu stelle. Das provozierte drei Stellungnahmen: die Beklagte ergänzte und bekräftigte ihr Ausstandsbegehren, die Klägerin widersetzte sich ihm mit ausführlicher Begründung, Handelsrichter B. teilte mit, er stelle fest, dass das Begehren strittig sei und verzichte auf weitere Äusserungen.

Der Vizepräsident des Handelsgerichts betrachtete gestützt auf die eingegangenen Stellungnahmen den Ausstand Handelsrichter B.s als streitig und überwies das Ablehnungsbegehren mit Erwägungen zum intertemporalen Prozessrecht und unter Hinweis auf § 101 Abs. 1 GVG/ZH an die Verwaltungskommission des Obergerichts.

Die Verwaltungskommission verlangte zunächst eine "gewissenhafte Erklärung" des Abgelehnten im Sinne von § 100 GVG/ZH. Handelsrichter B. teilte mit, er fühle sich nicht subjektiv befangen und fügte dem eingehende Überlegungen bei zu einer allfälligen Ablehnung wegen seiner beruflichen Tätigkeit, welche nach seiner Auffassung seinem Einsatz im konkreten Fall nicht entgegen stehen. Die Klägerin erhob gegenüber der Verwaltungskommission die Einrede der Unzuständigkeit: das Verfahren des Handelsgerichts unterstehe dem neuen eidgenössischen Prozessrecht, und dieses lege den Entscheid über eine streitige Ablehnung in die Hand des Prozessgerichts, allenfalls wäre ohnehin nicht die Verwaltungskommission, sondern das Gesamtobergericht zuständig - wogegen die Beklagte die Zuständigkeit der Verwaltungskommission bejahte. Handelsrichter B. teilte dem Handelsgericht am 16. Januar 2012 mit, er prüfe eine nähere Zusammenarbeit mit dem Anwalt der Klägerin. Um der Besorgnis der Befangenheit vorzugreifen, "trete er" [hier] "in den Ausstand" und ersuche um Mitteilung dieser Tatsache an die Verwaltungskommission - so geschah es.

Die Verwaltungskommission gab den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zur Ausstandserklärung Handelsrichter B.s, was keine von beiden in der Sache nutzte. Am 7. März 2012 entschied sie, ihr Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben, keine Kosten zu erheben und keine Entschädigungen zuzusprechen.

aus den Erwägungen des Obergerichts:

3.4 ... *(die Rekurskommission verneint ihre Zuständigkeit, mit der unter OGerZH KD120004 publizierten Begründung)*

4.2 Für die verlangte Entschädigung der Klägerin aus der Staatskasse fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage (ZK ZPO-Jenny, Art. 107 N. 26; KuKo ZPO-Schmid, Art. 107 N. 15; Urwyler, Dike-Kommentar ZPO [Printausgabe], Art. 107 N. 12). Sie verlangt allerdings - insofern eventuell - die Bestellung ihres Anwaltes zum unentgeltlichen Vertreter im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO.

(...) Die Voraussetzung der Notwendigkeit einer Vertretung (Art. 117 ZPO) ist erfüllt.

Anders als nach dem bisherigen kantonalen Recht muss die unentgeltliche Prozessführung neu für jede Instanz neu beantragt werden (Art. 119 Abs. 5 ZPO), und das zieht nach sich, dass die Voraussetzungen grundsätzlich jedes Mal neu darzustellen sind. Das darf nicht zur Schikane verkommen (Art. 52 ZPO gilt ja auch oder ganz besonders für die Gerichte), und daher wird der Verweis auf bestimmt bezeichnete in einer anderen Instanz vorgelegte Akten in aller Regel als ausreichend angesehen. Der Vertreter der Klägerin macht es sich hier allerdings noch einmal einfacher, indem er nur pauschal auf die "erstinstanzlichen Vorakten" verweist, welchen die Bedürftigkeit seiner Klientin "ohne weiteres" zu entnehmen sei (act. 1 S. 4). So geht es freilich nicht. Das Verfahren des Handelsgerichtes war bereits einmal vollständig durchgeführt und mit einem Urteil abgeschlossen worden. Es ist nicht zulässig, die Rechtsmittelinstanz in einer solchen Situation lapidar auf die "Vorakten" zu verweisen. Der Fall der Klägerin liegt allerdings auch in dieser Hinsicht etwas speziell. Nachdem im ersten (später aufgehobenen) Urteil des Handelsgerichtes von unentgeltlicher Rechtspflege noch nicht die Rede war, regelte das Kassationsgericht am 24. August 2009 die Kostenfolgen unter Berücksichtigung des der Klägerin gewährten Armenrechts (act. 5). Das Bundesgericht entsprach dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das

Revisionsverfahren mit Verfügung vom 21. Januar 2011 (*BGer 4F_8/2010* vom 18. April 2011 Abschnitt B.). Und das Handelsgericht erwog am 21. März 2011, die Mittellosigkeit der Klägerin sei "schon mehrfach festgestellt" worden (act. 6). Im Verfahren der Rekurskommission geht es nur um das Honorar des Anwaltes der Klägerin für die Beschwerdeschrift vom 22. März 2012. Unter diesen Umständen ist es ausnahmsweise gerechtfertigt, auf Weiterungen zur Frage der Bedürftigkeit der Klägerin zu verzichten.

Nicht ganz leicht sind die Aussichten der Beschwerde zu beantworten (Art. 117 lit. b ZPO). Dass sich die Rekurskommission heute als unzuständig erklärt, kann der Klägerin (...) nicht schaden. Nachdem die Verwaltungskommission über den Ausstand Handelsrichter B.s gar nicht entschieden hat, drängt sich die Frage nach dem Interesse der Klägerin auf (Art. 59 ZPO). Dazu hält sie sich sehr kurz; sie verweist unter dem Titel "Beschwer" nur darauf, dass die Verwaltungskommission nicht zuständig gewesen sei (act. 1 S. 3). Allerdings sollen fehlende Anträge oder eine unzureichende Begründung nicht das Nichteintreten zur Folge haben, wenn das Gericht mit leichter Mühe erkennen kann, was gemeint ist (*BGE 137 III 617*). So ist es hier. Die Klägerin verfiht den Standpunkt, Handelsrichter B. sei nicht in den Ausstand zu versetzen, und sie erachtet das Handelsgericht als für den Entscheid zuständig. Für das letztere kann sie sich auf die publizierte Praxis der II. Zivilkammer des Obergerichtes berufen, welche insbesondere mit dem Bedürfnis nach einer raschen und umfassenden Anwendung des neuen Rechts und der Analogie zur Strafprozessordnung argumentiert (*ZR 110/2011 Nr. 6*). Bei einer mit guten Gründen diskutierten Zuständigkeit kommt entgegen der Ansicht der Klägerin die eigentliche Nichtigkeit kaum in Frage. Ein Entscheid des Bundesgerichts zu der Frage steht aus. Ob ein Richter von sich aus und sozusagen im Sinne eines Gestaltungsrechts seinen Ausstand erklären kann - wovon die Verwaltungskommission offenbar ausging -, ist kontrovers. Dafür spricht der klare Wortlaut von Art. 48 ZPO. Der vorliegende Fall zeigt aber die Problematik auf, wenn ein Richter von sich aus in den Ausstand tritt, um (weitere) Diskussionen und Schwierigkeiten zu vermeiden. Es stellt sich alsdann nämlich die Frage nach dem Anspruch der den Ausstandsgrund bestreitenden Partei auf den gesetzlichen

Richter. In der Botschaft zur ZPO wurde denn auch angeführt, dass das Gericht nicht nur bei einem bestrittenen Ausstandsgrund, sondern auch bei einem bestrittenen Selbstausstand im Sinne von Art. 48 ZPO (in Entwurf noch Art. 46 ZPO) zu entscheiden habe (Botschaft zur ZPO vom 28. Juni 2006, S. 7273). Diese Auffassung wurde in der Lehre übernommen (KUKO ZPO-Kiener, N 1 zu Art. 50 ZPO; Wullschleger in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 50 N 4; Diggelmann, DIKE-Kommentar ZPO [online-Stand 18. Oktober 2011] Art. 48 N 2 und 3). - Alles in Allem war es daher nicht im Sinne des Rechts der unentgeltlichen Prozessführung aussichtslos, dass die Klägerin darauf bestand, die Verwaltungskommission sei unzuständig, und der Entscheid über den Ausstand Handelsrichter B.s sei dem Handelsgericht zu übertragen.

Der Anwalt der Klägerin ist daher für das Verfahren der Rekurskommission als ihr unentgeltlicher Vertreter zu bestellen.

Obergericht, Rekurskommission
Beschluss vom 23. April 2012
Geschäfts-Nr.: KD120005-O/U