



Kass.-Nr. AA090156-P/U0002/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 24. Dezember 2010

in Sachen

I AG,

....,

Gesuchstellerin, Beklagte und Beschwerdeführerin
vertreten durch

gegen

1. **MP AG,**

....,

2. **M AG,**

...L,

Gesuchsgegnerinnen, Klägerinnen und Beschwerdegegnerinnen
1, 2 vertreten durch

betreffend

**Ablehnung von Handelsrichter A in Sachen der Parteien
betreffend Patent (HG080119)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der Verwaltungs-
kommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Oktober 2009
(VV090034/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Im Prozess der Parteien vor Handelsgericht (HG080119) gab Handelsrichter A ein Fachrichtervotum ab. Die Beklagte (Gesuchstellerin, Beschwerdeführerin) nahm mit Eingabe vom 13. Juli 2009 zu diesem Stellung und stellte gleichzeitig ein Ablehnungsbegehren gegen Handelsrichter A (OG act. 2). Dieser gab am 3. August 2009 die gewissenhafte Erklärung ab, im Prozess der Parteien nicht befangen zu sein (OG act. 3). Mit Eingabe vom 28. Juli 2009 an das Handelsgericht nahmen die Klägerinnen (Gesuchsgegnerinnen, Beschwerdegegnerinnen) Stellung zum Ablehnungsbegehren und beantragten, auf dieses nicht einzutreten, eventualiter dieses abzuweisen (HG act. 83, in KG act. 23). Das Handelsgericht überwies am 4. August 2009 das Ablehnungsbegehren, die Stellungnahme der Klägerinnen und die Erklärung des abgelehnten Richters an die Verwaltungskommission des Obergericht (OG act. 1). Am 5. August 2009 nahm die Beklagte zur genannten Eingabe der Klägerin vom 28. Juli 2009 Stellung (OG act. 5).

Mit Beschluss vom 2. Oktober 2009 wies die Verwaltungskommission das Ablehnungsbegehren ab (OG act. 9 = KG act. 2).

2. Die Beklagte erhob mit Eingabe vom 5. November 2009 an das Kassationsgericht fristgerecht Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Rechtsbegehren, es sei der Beschluss der Verwaltungskommission vom 2. Oktober 2009 aufzuheben und das Ablehnungsgesuch gutzuheissen, eventualiter sei der genannte Beschluss aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Verwaltungskommission zurückzuweisen (KG act. 1). Die Klägerinnen beantragten mit Eingabe vom 7. Dezember, es sei die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, eventualiter sei das Ablehnungsbegehren gegen Handelsrichter A abzuweisen (KG act. 10). Die Verwaltungskommission erklärte Verzicht auf eine Vernehmlassung (KG act. 8).

Der Präsident des Kassationsgericht verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde mit Verfügung vom 6. November 2009 aufschiebende Wirkung (KG act. 4). Die Beklagte

leistete die ihr mit gleicher Präsidialverfügung auferlegte Prozesskaution für das Kassationsverfahren fristgerecht (KG act. 9).

II.

1. Die Verwaltungskommission des Obergerichts hält in Erwägung 5 des angefochtenen Beschlusses fest, die Darstellung von Handelsrichter A, er sei nie mit den T*-Patenten befasst gewesen und auch die Patentanwaltskanzlei A,B, C & Partner AG habe sich nie materiell mit den Patenten befasst, sondern sei lediglich als Inlandsvertreter Zustelladresse gewesen, sei unwidersprochen geblieben. Dasselbe treffe auf die Eventualbegründung der Beschwerdegegnerinnen zu. Danach sei die Patentanwaltskanzlei A, B, C & Partner AG zwar als Schweizer Vertreterin von europäischen Patenten der T* GmbH im Patentregister eingetragen. Dafür, dass Handelsrichter A persönlich mit der Vertretung dieser Patente betraut oder sonst wie beschäftigt sei oder gewesen sei, bestünden keine Anhaltspunkte. Auftraggeberin der Patentanwaltskanzlei sei die deutsche T* GmbH, eine eigenständige juristische Person, die nicht in das vorliegende Verfahren involviert sei. Die blosse Zugehörigkeit der Gesuchsgegnerin 2 und der T* GmbH zur gleichen Unternehmensgruppe habe nicht zur Folge, dass eine Vertretertätigkeit der Patentanwaltskanzlei für die T* GmbH auch den Anschein der Befangenheit von Handelsrichter A begründe. Zudem beträfen die von der Beschwerdeführerin zitierten sechs Fälle, in denen die Patentanwaltskanzlei als schweizerische Vertreterin der T* GmbH registriert sei, ausnahmslos CH-Teile erteilter EP-Patente. In all diesen Fällen seien deutsche Kanzleien mit der Führung des eigentlichen Erteilungsverfahrens vor dem EPA betraut gewesen. Die Patentanwaltskanzlei agiere lediglich als Inlandsvertreter für die nationalen CH-Teile der fraglichen Patente. Die Tätigkeit der Patentanwaltskanzlei beschränke sich mit anderen Worten darauf, sich beim IGE (Institut für Geistiges Eigentum) als Vertreterin zu melden und als Zustelladresse für eventuelle Mitteilungen des IGE zu fungieren. Eine irgendwie geartete materielle Befassung mit den Patenten durch die Patentanwaltskanzlei, insbesondere durch Handelsrichter A selbst, sei nicht dargetan.

Die Verwaltungskommission fährt fort, auf Grund dieser unbestrittenen Darstellung - die Beschwerdeführerin habe Gelegenheit gehabt, sowohl zur gewissenhaften Erklärung wie auch zur Eingabe der Beschwerdegegnerin Stellung zu nehmen - sei davon auszugehen, dass Handelsrichter A nie für die T* GmbH tätig gewesen sei und die Patentanwaltskanzlei A, B, C & Partner AG bloss als Zustelladresse fungiert habe. Angesichts dieser Konstellation sei der Anschein der Befangenheit, wie er von der Beschwerdeführerin geltend gemacht werde, zu verneinen (KG act. 2 S.

2. Die Beschwerdeführerin rügt das Vorgehen der Verwaltungskommission, mangels Bestreitung der Ausführungen von Handelsrichter A in dessen gewissenhaften Erklärung sowie der Ausführungen der Beschwerdegegnerinnen in deren Stellungnahme durch die Beschwerdeführerin zum Ablehnungsbegehren von der Richtigkeit dieser Ausführungen auszugehen, als unzulässig, insbesondere gegen die *Offizialmaxime* verstossend (KG act. 1 S. 7 - 9, Rz 13 - 17). Weiter rügt die Beschwerdeführerin, die Verwaltungskommission habe es unterlassen, über streitige Tatsachen Beweise abzunehmen, vorliegende Beweise willkürlich gewürdigt und damit den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt (KG act. 1 S. 9 - 15, Rz 18 - 21). Sie legt in diesem Zusammenhang zwei (formulärmässig erstellte) Schreiben der Patentanwaltskanzlei A, B, C & Partner AG vom 17. September 2003 und 29. Juni 2004 an das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum ins Recht, in welchen für Patente der T* GmbH der Eintrag der Vollmacht zu Gunsten des Patentanwaltsbüros beantragt wird. Beide Schreiben wurden von A unterzeichnet (KG act. 2A/2 und 3). Damit seien, so die Beschwerdeführerin weiter, die Behauptungen von Handelsrichter A in der gewissenhaften Erklärung, er sei nie mit den T*-Patenten befasst gewesen, und der Beschwerdegegnerinnen, dafür dass Handelsrichter A persönlich mit der Vertretung dieser Patente betraut oder sonst wie beschäftigt sei oder gewesen sei, bestünden keine Anhaltspunkte, widerlegt (KG act. 1 S. 8 f., Rz 16).

Da die Kassationsinstanz nur zu prüfen hat, ob der angefochtene Entscheid nach der bei der Vorinstanz gegebenen Aktenlage an einem Nichtigkeitsgrund leidet, sind im Kassationsverfahren neue Behauptungen oder Beweismittel, welche eine

Vervollständigung des vor der Vorinstanz vorzubringenden Prozessstoffs bezwecken, unzulässig (Diether von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 17). Die im kassationsgerichtlichen Verfahren erstmals eingereichten Urkunden sind deshalb bei der Prüfung, ob der angefochtene Entscheid unter einem Nichtigkeitsgrund leide, nicht zu berücksichtigen. Sie können jedoch im Fall der Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde und der Fällung eines neuen Sachentscheids über das Ablehnungsbegehren Beachtung finden.

Das Ablehnungsbegehren ist zu begründen und gleichzeitig durch Urkunden oder schriftliche Auskünfte von Amtsstellen zu belegen. Fehlen solche Beweismittel, wird auf Grund einer gewissenhaften Erklärung der abgelehnten Person entschieden (§ 100 Abs. 1 GVG). Bei der Beurteilung des Ausstandsbegehrens ist somit auf das abzustellen, was zu dessen Begründung vorgetragen wird. Es besteht keine Pflicht, nach anderen als den angerufenen Gründen zu forschen. Die zuständige Instanz hat von Amtes wegen darüber zu entscheiden, ob ein Ausstandsgrund gegeben sei, und sie hat von Amtes wegen die dafür massgebenden Tatsachen festzustellen (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 6 zu § 100 GVG). Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, dass die Verwaltungskommission ihre Vorbringen nicht beachtet habe. Es ist unter dem Gesichtspunkt der Gewährung des rechtlichen Gehörs geboten und nicht zu beanstanden, dass die Verwaltungskommission bei der Feststellung der massgebenden Tatsachen auch die Darstellung der Beschwerdegegnerin beachtet und diese Darstellung ebenfalls ihrem Entscheid zu Grunde legt. Im übrigen ist der Beizug einer gewissenhaften Erklärung der abgelehnten Person und, wie oben ausgeführt, die Entscheidfindung auf Grund eben dieser Erklärung vom Gesetz vorgesehen. Soweit liegt kein Nichtigkeitsgrund vor.

3. Die Tragweite von Art. 6 Ziff. 1 EMRK geht nicht über den in Art. 30 Abs. 1 BV geregelten Anspruch auf einen verfassungsmässigen Richter hinaus (BGE 128 I 288 E. 2.2, mit Hinweisen; J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 574/75). Aus diesen beiden Bestimmungen, die ihrerseits nicht über die Regelung der §§ 95 ff. GVG hinausgehen, ergeben sich gewisse Mini-

malanforderungen an das kantonale Verfahrensrecht wie insbesondere der Anspruch auf Beurteilung durch einen unabhängigen und unparteiischen Richter. Im übrigen verweist das Bundesgericht auf die Anwendbarkeit des kantonalen Prozessrechts (BGE 129 V 335 E. 1.3.2, mit Hinweisen).

Nach § 96 Ziff. 4 GVG kann ein Justizbeamter abgelehnt werden, wenn Umstände vorliegen, die ihn als befangen erscheinen lassen. Sowohl nach der zürcherischen wie auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss der Richter Gewähr für eine unabhängige und unparteiische Beurteilung der Streitsache bieten. Für eine erfolgreiche Ablehnung ist aber nicht vorausgesetzt, dass der Richter in einer Angelegenheit tatsächlich befangen und nicht zu einem unparteiischen Urteil fähig ist. Es genügt, wenn aufgrund gewisser Umstände der Anschein einer – wenn auch tatsächlich nicht vorhandenen – Voreingenommenheit erweckt wird. Dabei ist allerdings nicht das subjektive Empfinden einer Partei massgebend; vielmehr muss das Misstrauen als objektiv begründet erscheinen (BGE 126 I 73 E. 3a, 169 E. 2a; ZR 86 Nr. 42 mit Hinweisen; Hauser/Schweri, N 31 zu § 96). Konkret kann sich der Anschein der Befangenheit daraus ergeben, dass der Abgelehnte unsachliche oder sachfremde Motive in die Behandlung und Entscheidung des Falles einfliessen lässt (ZR 87 Nr. 33, 86 Nr. 42 mit Hinweisen).

Zutreffend weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass Handelsrichter A Organ der Patentanwaltskanzlei A, B, C & Partner AG ist (KG act. 1 S. 12 Rz 23). Auch die Verwaltungskommission geht davon aus, indem sie den betreffenden Darstellungen der Parteien nicht widerspricht, dass die T* GmbH und die Beschwerdegegnerin 2 derselben Unternehmensgruppe angehören und dass die Patentanwaltskanzlei A, B, C & Partner AG in der Schweiz eine Vertretungstätigkeit für die T* GmbH ausübt. Mit der Annahme des Vertretungsauftrags übernahm die Patentanwaltskanzlei A, B, C & Partner AG die Wahrung der Interessen der T* GmbH und damit eines Unternehmens, welches derselben Unternehmensgruppe wie die Beschwerdegegnerin 2 angehört. Es besteht, worauf die Beschwerdeführerin ebenfalls zutreffend hinweist (KG act. 1 S. 13 f. Rz 27 - 30), eine gesetzliche Treuepflicht der Patentanwaltskanzlei A, B, C & Partner AG gegenüber der T* GmbH. Diese Treuepflicht trifft auch Handelsrichter A als Organ der beauftragten

Patentanwaltskanzlei. Daran ändert nichts, dass möglicherweise die Patentanwaltskanzlei weitgehend als schweizerische Zustelladresse der T* GmbH dient und dass A im Auftragsverhältnis zwischen der Patentanwaltskanzlei und der T* GmbH nicht als materielle Sachbearbeiterin tätig ist. Angesichts der Verbundenheit der T* GmbH und der Beschwerdegegnerin 2 als Teile derselben Unternehmungsgruppe (indirekt auch der Beschwerdegegnerin 1, welche eng mit der Beschwerdegegnerin 2 verbunden ist) kann es für die Frage, ob ein Anschein der Befangenheit besteht, nicht darauf ankommen, dass die T* GmbH und die Beschwerdegegnerin 2 verschiedene juristische Personen sind.

Unter diesen Umständen ist ein Interessenskonflikt von A in seinen Stellungen als Handelsrichter und als Organ eines Patentanwaltsbüros, welches die Belange eines Schwesterunternehmens einer der Parteien zu vertreten hat, nicht ausgeschlossen. Dies genügt zur Annahme des Anscheins der Befangenheit im Sinne von § 96 Ziff. 4 GVG. Indem die Verwaltungskommission den entsprechenden Ablehnungsgrund verneint, verletzt sie einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO.

4. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist gutzuheissen und der angefochtene Beschluss aufzuheben. Die Sache ist spruchreif, weshalb von einer Rückweisung an die Verwaltungskommission abgesehen werden kann und das Kassationsgericht selbst über das Ablehnungsbegehren der Beschwerdeführerin entscheiden kann (§ 291 Satz 2 ZPO).

Aus den bereits genannten Gründen ist das Ablehnungsbegehren gutzuheissen.

Die Beschwerdegegnerinnen, welche die Abweisung des Ablehnungsbegehrens beantragt haben und damit unterlegen sind, werden für das Verfahren vor der Verwaltungskommission kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO), wobei solidarische Haftbarkeit beider Beschwerdegegnerinnen anzuordnen ist (§ 70 Abs. 1 ZPO).

In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die Verwaltungskommission für ihr Verfahren eine Staatsgebühr ansetzte. Da der Entscheid über das Ausgangs-

begehren gegen einen Richter, unabhängig davon, dass dafür nach § 101 Abs. 1 GVG im vorliegenden Fall erstinstanzlich die Aufsichtsbehörde zuständig ist, ein zivilrechtlicher Entscheid ist (von Rechenberg, a.a.O., S. 8 oben), ist eine Gerichtsgebühr und nicht eine Staatsgebühr festzulegen. Der Streitwert im Hauptprozess beträgt mehr als Fr. 1 Mio. (vgl. Kassationsverfahren AA070145 betreffend vorsorgliche Massnahmen). Das Interesse der Beschwerdeführerin am Ausstand von Handelsrichter A hängt mit dem Gesamten des Hauptprozesses zusammen, weshalb auch für das Ausstandsverfahren vom Streitwert in der Hauptsache auszugehen ist. Die sich daraus ergebende Gerichtsgebühr übersteigt die von der Verwaltungskommission festgesetzte Staatsgebühr (Fr. 1'000.--) um ein Mehrfaches. Nachdem ein neuer Sachentscheid zu fällen und damit über die Kosten- und Entschädigungsregelung neu zu befinden ist und überdies nach § 207 GVG Gerichtsgebühren, welche von der unteren Instanz zu niedrig angesetzt wurden, von Amtes wegen zu erhöhen sind, ist die Gerichtsgebühr für das Verfahren vor der Verwaltungskommission gemäss den Ansätzen der Gerichtsgebührenverordnung festzusetzen, wobei allerdings in Anwendung von § 4 Abs. 2 GGebVO und § 7 GGebVO eine starke Reduktion vorzunehmen ist. Ebenfalls ist die Prozessentschädigung entsprechend dem Streitwert nach den Ansätzen der Anwaltsgebührenverordnung anzusetzen, wobei auch diesbezüglich in Anwendung von § 3 Abs. 3 AnwGebVO sowie § 8 AnwGebVO in Verbindung mit § 7 AnwGebVO eine starke Reduktion vorzunehmen ist.

III.

Die Beschwerdegegnerinnen unterliegen auch im Kassationsverfahren und werden, wiederum solidarisch haftend, für dieses kosten- und entschädigungspflichtig. Bezüglich der Festsetzung der Gerichtsgebühr und der Prozessentschädigung für das Kassationsverfahren kann auf die Ausführungen zum Verfahren vor der Verwaltungskommission des Obergerichts verwiesen werden, mit der Ergänzung, dass sich nach § 12 Abs. 1 AnwGebVO eine weitere Reduktion der Prozessentschädigung ergibt.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid über ein Ausstandsbegehren im Sinne von Art. 92 BGG, gegen welchen die Beschwerde in Zivilsachen zulässig ist.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Oktober 2009 aufgehoben.
2. Das Ablehnungsbegehren wird gutgeheissen und Handelsrichter A im Verfahren HG080119 zwischen den Parteien vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich in den Ausstand versetzt.
3. Die Gerichtsgebühr für das Verfahren vor der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich wird festgesetzt auf Fr. 14'000.-- und den beiden Gesuchsgegnerinnen (Klägerinnen) je zur Hälfte, unter jeweiliger Haftbarkeit für den gesamten Betrag, auferlegt.
4. Die beiden Gesuchsgegnerinnen (Klägerinnen) werden solidarisch verpflichtet, der Gesuchstellerin (Beklagten) für das Verfahren vor der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich eine Prozessentschädigung von Fr. 9'000.-- zu entrichten.
5. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 14'000.--.
6. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den beiden Gesuchsgegnerinnen (Klägerinnen) je zur Hälfte, unter jeweiliger Haftbarkeit für den gesamten Betrag auferlegt.

7. Die beiden Beschwerdegegnerinnen werden solidarisch verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 5'000.-- zu entrichten.
8. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt über Fr. 1'000'000.--.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich und das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: