



---

Kass.-Nr. AA090161/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei und Yvona Griesser sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

## Zirkulationsbeschluss vom 9. Februar 2010

in Sachen

X.,

...

...,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

...,

gegen

Y. AG,

...,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch die Rechtsanwälte ...

.....

betreffend

**Ablehnung von Handelsrichter Ernst Weber-Krauer und das gesamte Handelsgericht in Sachen der Parteien betreffend Forderung (HG050150)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. Oktober 2009 (VV090023/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Parteien stehen seit Mai 2005 vor dem hiesigen Handelsgericht in einer haftpflichtrechtlichen Forderungsstreitigkeit, herrührend aus einem Unfall, bei dem sich die Beschwerdeführerin im März 2001 in den Räumlichkeiten der Beschwerdegegnerin die rechte Hand bzw. den Arm in einer Zylinderdrehtüre eingeklemmt und verletzt hatte.

Mit Eingabe vom 3. Juni 2009 gelangte die Beschwerdegegnerin an die Verwaltungskommission des Obergerichts und beantragte die Feststellung, das Handelsgericht des Kantons Zürich sei zumindest im Prozess gemäss § 63 Abs. 1 Ziff. 1 GVG kein unabhängiges und unparteiisches Gericht im Sinne von Art. 30 Abs. 1 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK; ferner sei festzustellen, dass der Handelsrichter Ernst Weber-Krauer befangen und parteiisch im Sinne von Art. 30 Abs. 1 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK sei. In einer Eingabe vom 14. Juli 2009 stellte die Beschwerdeführerin sodann die Befähigung der beiden Handelsrichter Mathias C. Berger und Dr. Hans Nigg zur Amtsausübung im Lichte von § 59 Abs. 2 bzw. § 60 GVG in Frage (VK act. 13 S. 2 f.).

2. Mit Beschluss vom 20. Oktober 2009 (KG act. 2) wies die Verwaltungskommission des Obergerichts das Feststellungsbegehren hinsichtlich der Verfassungs- bzw. Konventionswidrigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ab, soweit sie darauf eintrat. Den Anträgen betreffend die Handelsrichter Berger und Nigg wurde keine Folge gegeben; das Ablehnungsbegehren betreffend Handelsrichter Ernst Weber-Krauer wurde abgewiesen, soweit darauf einzutreten war. Ferner wurde der von der Beschwerdeführerin angezeigte Sachverhalt dem Kantonsrat zur Kenntnis gebracht.

3. Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende, rechtzeitig eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher die Beschwerdeführerin beantragt, es sei der angefochtene Beschluss aufzuheben; sodann sei im Sinne der vor Vorin-

stanz gestellten Anträge zu verfahren, insbesondere sei betreffend Handelsrichter Weber-Krauer festzustellen, dass dieser infolge Fehlens der Wählbarkeitsvoraussetzung des zürcherischen Wohnsitzes nicht zur Amtsausübung als Handelsrichter berechtigt und zudem ein befangener und parteiischer Richter im Sinne von Art. 30 Abs. 1 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK sei (KG act. 1 S. 2/3). Ferner stellt sie den Antrag, es sei ihr für das Beschwerdeverfahren die umfassende unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen.

Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin haben auf Beantwortung bzw. Vernehmlassung verzichtet (KG act. 10, 11).

4. Nach Ablauf der Beschwerdefrist hat die Beschwerdeführerin eine Eingabe eingereicht, mit welcher sie insbesondere um beförderliche Behandlung ersucht (KG act. 12). Soweit sie im Übrigen Vorbringen in der Sache macht, ist darauf schon wegen Verspätung nicht einzugehen.

## II.

1. Die Beschwerde richtet sich gegen die Abweisung des Feststellungsbegehrens hinsichtlich der Verfassungs- und Konventionswidrigkeit des Handelsgerichts sowie gegen die Abweisung des Ablehnungsbegehrens gegen Handelsrichter Weber-Krauer. Die Beschwerdeführerin rügt insoweit eine Verletzung von Art. 30 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK (Beschwerde Ziff. I.3, S. 4).

2.1 Im vorliegenden Verfahren geht es einerseits um die Frage der Verfassungsmässigkeit des hiesigen Handelsgerichts, d.h. um die Frage der Rechtmässigkeit des Gerichts als Institution in seiner durch Gesetz geschaffenen Form und Organisation insgesamt; ausserdem wird die Frage nach der Wohnsitzpflicht für Handelsrichter bzw. den allfälligen prozessualen Folgen einer Verletzung derselben aufgeworfen.

Die Ausschluss- und Ablehnungsbestimmungen der §§ 95 ff. GVG sollen verhindern, dass Justizbeamte sich bei *der Beurteilung eines konkreten Falles* von sachfremden Erwägungen leiten lassen bzw. den entsprechenden Anschein erwecken. Die generelle Fähigkeit des Justizbeamten zur Ausübung seines Amtes wird dabei nicht in Frage gestellt. Eine andere Thematik beschlägt die Frage, ob ein Gericht als solches – mithin *losgelöst vom konkreten Fall* – zufolge seiner Wahl, Organisation etc. den verfassungsrechtlichen Vorgaben von Art. 30 Abs. 1 BV genügt, und nochmals eine andere Thematik betrifft die Frage, ob einzelne Richter zufolge Nichtbeachtung der gesetzlichen Voraussetzungen oder nicht gesetzeskonformer Durchführung der Wahl befugt sind, ihr Amt auszuüben. Auch in diesen zuletzt genannten Konstellationen geht es nicht um eine fallbezogene, sondern um eine grundsätzliche Unfähigkeit zur Ausübung des Amtes (vgl. zum Ganzen REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 55 ff., 225 ff.).

2.2 Zwar konvergieren *verfassungsrechtlich* die eben skizzierten Teilaspekte letztlich in der Garantie des verfassungsmässigen Richters bzw. im Anspruch des Rechtssuchenden auf ein "durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht" (Art. 30 Abs. 1 BV). Die Frage, welche der verschiedenen Konstellationen konkret zur Debatte steht, ist jedoch insofern auch von praktischer Bedeutung, als *auf kantonaler Ebene* der jeweils zu beschreitende Rechtsweg davon abhängt, welcher Teilaspekt in Frage steht.

a) Die Frage, ob mit Bezug auf einen bestimmten Justizbeamten in einem konkreten Verfahren ein Ausschluss- oder Ablehnungsgrund vorliegt, beurteilt sich im Kanton Zürich nach dem in den §§ 95 ff. GVG geregelten Inzidentverfahren; d.h. es wird ein Nebenverfahren zum laufenden Hauptverfahren eröffnet, wobei die funktionelle Zuständigkeit bei der jeweiligen Aufsichtsbehörde liegt (§ 101 Abs. 1 GVG). Im Falle der Ablehnung von Mitgliedern des Obergerichts entscheidet dieses selbst (§ 101 Abs. 2 GVG); intern ist die Zuständigkeit zur Behandlung solcher Ablehnungs- oder Ausstandsbegehren der Verwaltungskommission zugewiesen (VO des Obergerichts über die Organisation des Obergerichts, vom 22. Juni 2005; LS 212.51). Eine ausdrückliche Regelung betreffend die Zuständigkeit

zur Beurteilung von Ablehnungsbegehren gegen Handelsrichter enthält das Gesetz nicht, doch wurden (auch) diese gemäss § 31 Ziff. 4 lit. b der genannten VO der Verwaltungskommission des Obergerichts übertragen (vgl. HAUSER/SCHWERI, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 101 N 10 [zu § 45 aVOG]).

b) Was die Frage der Beurteilung der Verfassungsmässigkeit des Handelsgerichts als Institution betrifft, mit anderen Worten die Frage, ob die §§ 59 ff. GVG als solche, d.h. losgelöst von personellen Konstellationen im Einzelfall, verfassungs- und konventionskonform sind, ist festzuhalten, dass hierfür jedenfalls *nicht das Verfahren nach §§ 95 ff. GVG* zur Anwendung gelangt (vgl. HAUSER/SCHWERI, a.a.O., Vorbemerkungen zu §§ 95 ff., N 3 und § 96 N 8). Vielmehr kann diejenige Partei, welche die Rechtmässigkeit des Gerichts bestreitet, allenfalls den Endentscheid mit dem dafür zulässigen Rechtsmittel anfechten (wie dies auch in dem ZR 96 Nr. 20 zugrundeliegenden Verfahren erfolgte). Darüber hinaus wird eine Prozesspartei aber auch schon während laufendem Verfahren die Frage der Verfassungsmässigkeit des Gerichts *vorfrageweise* zur Entscheidung stellen können (oder sogar müssen), wobei in diesem Fall (analog zur Unzuständigkeitseinrede) zunächst das Gericht selbst darüber zu entscheiden hätte.

2.3 Wie erwähnt, geht es vorliegend zunächst um die Frage, ob es sich beim Handelsgericht um ein verfassungskonformes Gericht handelt. Nach dem Gesagten wäre diese Frage nicht im Rahmen eines Verfahrens nach §§ 95 ff. GVG zu entscheiden gewesen. Nachdem die funktionelle Zuständigkeit der Vorinstanz bzw. die Art des gewählten Verfahrens aber insoweit nicht mehr (vgl. immerhin VK act. 7 S. 2) in Zweifel gezogen wird und im Beschwerdeverfahren das Rügeprinzip gilt (§ 290 ZPO), hat das Kassationsgericht ungeachtet dessen materiell auf die Rüge einzutreten, zumal auf kantonaler Ebene auch bei richtigem Vorgehen in letzter kantonaler Instanz die Zuständigkeit des Kassationsgerichts gegeben wäre.

3. Die Beschwerdeführerin macht als erstes geltend, bei der in § 59 Abs. 1 GVG erwähnten Kommission für das Handelswesen, welche dem Kantonsrat als Wahlbehörde der Handelsrichter eine Liste von Kandidaten vorlege, handle es

sich um ein Organ der Exekutive und nicht – wie es der seit 1. Januar 2006 geltende Art. 75 Abs. 1 KV verlange – eine vom Kantonsrat bestimmte Kommission, welche die Richterkandidaturen prüfe. Insofern als daher die heute amtierenden Handelsrichter verfassungs- und konventionswidrig gewählt worden seien, sei der Anspruch des Beschwerdeführers auf ein gesetzmässig besetztes Gericht im Sinne von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verletzt worden (Beschwerde Ziff. II.6, S. 5 ff.).

Die Frage, ob sich das Wahlprozedere für Handelsrichter, wie es nach wie vor in § 59 Abs. 1 GVG geregelt ist, heute noch in Übereinstimmung mit Art. 75 Abs. 1 der seit 1. Januar 2006 in Kraft stehenden Kantonsverfassung befindet, hatte die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren nicht aufgeworfen, und im angefochtenen Entscheid finden sich dementsprechend auch keine Erwägungen zu diesem Aspekt. Insofern geht die Rüge an der Sache vorbei.

4.1 Weiter beanstandet die Beschwerdeführerin (Beschwerde Ziff. II.7 und 8, S. 6 ff.) die Erwägungen der Vorinstanz, wonach es sich beim Handelsgericht um ein unabhängiges, auf Gesetz beruhendes und somit konventions- und verfassungskonformes Sondergericht (Fachgericht) handle. Entscheidend sei, dass das Handelsgericht nicht paritätisch besetzt sei, gehörten doch die Handelsrichter von Gesetzes wegen ausschliesslich dem Arbeitgeberkreis an und müssten nach § 59 Abs. 2 GVG entweder Inhaber einer Firma oder in leitender Stellung tätig sein. Gemäss BGE 133 I 1 liege eine Ausstandspflicht ausserhalb paritätisch besetzter Spezialgerichte allenfalls dann vor, wenn das Richteramt von eigentlichen Interessen- bzw. Branchenvertretern ausgeübt werde, was beim Handelsgericht – so der Beschwerdeführer – ausgeprägt zutrefte. Handelsrichter würden gemäss § 60 GVG nach Möglichkeit und unter Berücksichtigung ihrer Sachkunde bezeichnet und die fachliche Zuteilung erfolge in 10 Kammern. Dies bedeute, dass in Prozessen, in welchen es um versicherungsrechtliche Ansprüche von Branchenfremden bzw. Privaten geht, leitende Angestellte von Versicherungsgesellschaften als Handelsrichter mitwirkten, mit anderen Worten in Prozessen von Branchenfremden oder Privaten gegen solche Gesellschaften reine Interessen- oder Branchenvertreter entschieden. Zumindest im Prozess nach § 63 Abs. 1 Ziff. 1 GVG (Kla-

gen von nicht im Handelsregister eingetragenen Personen) sei somit das Handelsgericht entgegen der Auffassung der Vorinstanz in der Regel nicht verfassungs- und konventionskonform zusammengesetzt. Dies insbesondere auch deshalb nicht, weil die drei Handelsrichter gegenüber den zwei Berufsrichtern die absolute Mehrheit hätten und dementsprechend ihre Brancheninteressen z.B. in präjudiziellen Fragen gegen die beiden Berufsrichter durchsetzen könnten.

Auf diese Frage braucht in der vorliegenden Konstellation nicht näher eingegangen zu werden, weil sich die Rüge, wie nachfolgend (Ziff. 4.2) zu zeigen ist, schon aus einem anderen Grund als unbegründet erweist.

4.2 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Richter *so früh wie möglich*, d.h. unverzüglich nach Kenntnisnahme des Ablehnungsgrundes, abzulehnen; es widerspricht danach dem Grundsatz von Treu und Glauben, das Verfahren trotz Besorgnis der Befangenheit weiterzuführen und Einwände insbesondere erst nach Ergehen eines ungünstigen Entscheides zu erheben, die schon zuvor hätten erhoben werden können (ständige Praxis seit BGE 114 Ia 348 ff., zuletzt BGE 134 I 20 E. 4.3.1; ebenso RB 2007 Nr. 39; KIENER, a.a.O., S. 351 m.H.). Verwirkt nach dieser Rechtsprechung eine Partei das Recht auf Ablehnung, wenn sie trotz Kenntnis des Ablehnungsgrundes den betreffenden Richter nicht unverzüglich ablehnt, so verstösst es auch (bzw. erst recht) gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, wenn sich eine Partei in Kenntnis der gesetzlich vorgeschriebenen Zusammensetzung des handelsgerichtlichen Spruchkörpers in Ausübung ihres Wahlrechts zunächst für dieses Gericht entscheidet, obschon sie frei wäre, stattdessen an den ordentlichen Richter zu gelangen, um (hier: Jahre) später und ohne dass sich *diesbezüglich* (entgegen Beschwerde S. 9) die rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse geändert hätten, eben dieses Gericht wegen fehlender paritätischer Zusammensetzung abzulehnen bzw. seine Verfassungsmässigkeit in Zweifel zu ziehen. In dieser Konstellation hat sich die betreffende Partei bewusst mit der Tatsache abgefunden, dass die Zusammensetzung des Handelsgerichts nicht (wie etwa beim Arbeits- oder Mietgericht) dem Grundsatz der Parität entspricht, und sie kann auf diesen Entscheid im laufenden Verfahren nicht zurückkommen. Dies gälte auch dann, wenn davon ausgegangen würde, die gesetzge-

berisch so gewollte nicht-paritätische Zusammensetzung des Handelsgerichts sei als solche geeignet, den Anschein der Befangenheit zu erwecken (so offenbar KIENER, a.a.O., S. 121 f.); denn auch bei tatsächlich gegebenem Anschein der Befangenheit eines Richters stünde diese im Falle der Verwirkung der Ablehnung der Mitwirkung des Richters nicht entgegen (zum Ganzen schon Entscheid des Kassationsgerichts vom 14.12.2009, Kass.-Nr. AA090138).

5. Die Beschwerdeführerin rügt weiter (Beschwerde Ziff. II.9, S. 7 f.) die Auffassung der Vorinstanz, Verfassungswidrigkeit liege deshalb nicht vor, weil die Fachrichter immer fallbezogen und ohne Weisungen ihrer Arbeitgeber urteilten. Die Befangenheit (bzw. deren Anschein) sei schon darin zu erblicken, dass die Fachrichter eben dieser Branche angehörten und damit wüssten, welches die Interessen ihrer Arbeitgeber seien und dass ihr Arbeitsplatz bei gegenläufiger Entscheidung gefährdet sein könnte. Dass zwischen den Instituten, für welche die Handelsrichter tätig sind, und der Beschwerdegegnerin keine Verbindungen bestehen, sei im Zusammenhang mit der Prüfung eines Gesetzes nicht wesentlich. In Tat und Wahrheit bestünden bei dem kleinen Kreis von vier bis fünf grossen Versicherern, die den Direktversicherermarkt mit weit über 60-75% beherrschten und alle ihren Sitz in Zürich hätten, massive Verbindungen z.B. über den Lobbyverein des Schweizerischen Versicherungsverbandes, dessen Vorstand sich aus dem obersten Management dieser Versicherungsgesellschaften zusammensetzte und der die Interessen all dieser Institute gemeinsam wahrnehme.

Auch auf diese Rüge braucht vorliegend nicht weiter eingegangen zu werden, nachdem sich, wie oben gezeigt, die Argumentation der Beschwerdeführerin als im Ergebnis treuwidrig erweist. Bereits widerlegt bzw. unbehelflich ist auch die weitere Rüge (Beschwerde Ziff. II.10, S. 8), wonach das Argument der Vorinstanz, es stehe Privatpersonen offen, einen Rechtsstreit einem Fachgericht zu unterbreiten und sie habe sich bei entsprechender Wahl mit der Art der Bestellung der Handelsrichter abgefunden, nicht stichhaltig sei. Ob letzteres zutrifft, braucht hier nicht entschieden zu werden; es genügt, dass die Beschwerdeführerin die Verfassungsmässigkeit des von ihr frei gewählten Handelsgerichts, um die es hier geht, seit Beginn des Verfahrens nie in Frage gestellt hatte.

6. Die Beschwerdeführerin rügt sodann (Beschwerde Ziff. III., S. 10 ff.), dass es die Verwaltungskommission zu Unrecht abgelehnt habe, die sog. staatsrechtliche Unfähigkeit von Handelsrichter Weber-Krauer sowie deren Auswirkungen für das vorliegende Verfahren zu beurteilen.

6.1 Die Vorinstanz hat diesbezüglich erwogen (Beschluss S. 13 f.), es treffe zu, dass Mitglieder der zürcherischen Gerichte während der gesamten Zeit ihrer Amtsausübung Wohnsitz im Kanton Zürich zu nehmen hätten (§ 3 Abs. 1 GVG). Indes verkenne die Beschwerdeführerin die Natur der Ausschluss- und Ablehnungsvorschriften der §§ 95 ff. GVG. Diese wollten verhindern, dass Richter bei der Beurteilung des einzelnen Falles sich von sachfremden Erwägungen leiten liessen, womit das Verfahren bzw. der Entscheid im Sinne von § 102 GVG anfechtbar seien. Von dieser prozessrechtlichen Unfähigkeit zu unterscheiden sei die staatsrechtliche Unfähigkeit, bei der die Bestimmungen des Gesetzes über die politischen Rechte (GPR) anzuwenden seien. Danach habe der Kantonsrat als Wahlbehörde der Handelsrichter über deren vorzeitige Entlassung bzw. über die Erlaubnis zur Weiterführung des Amtes zu entscheiden. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach die bisherigen in diesem Prozess ergangenen Beschlüsse wegen der Mitwirkung von Handelsrichter Weber-Krauer nichtig bzw. anfechtbar seien, gingen deshalb an der Sache vorbei.

6.2 Dagegen bringt die Beschwerdeführerin vor, Handelsrichter Weber-Krauer habe in seiner gewissenhaften Erklärung vom 11. September 2009 zugegeben, dass er bei seiner Wahl bzw. Wiederwahl als Handelsrichter in den Jahren 2001 und 2007 Wohnsitz in Rapperswil/SG gehabt habe. Dabei falle in Betracht, dass nach § 23 GPR als Mitglied eines Organs nur wählbar sei, wer im Kanton Zürich politischen Wohnsitz habe. Die Wohnsitzpflicht bestehe mithin schon im Zeitpunkt der Wahl; der politische Wohnsitz richte sich nach den entsprechenden bundesrechtlichen Bestimmungen betreffend die Stimmabgabe am politischen Wohnsitz, also der Gemeinde, wo der Stimmberechtigte wohne und angemeldet ist.

Die Beschwerdeführerin rügt, dass die sog. staatsrechtliche Unfähigkeit sowie deren Folgen nicht von der Verwaltungskommission beurteilt wurden. Das

Fehlen einer Wählbarkeitsvoraussetzung führe nämlich nicht nur zur allfälligen Anfechtbarkeit eines Entscheides, sondern es könne die betroffene Person überhaupt nicht gültig ins Amt gewählt werden; die Wahl sei nichtig *ex tunc*, d.h. von Anfang an. Diesen Nichtigkeitsgrund hätte die Verwaltungskommission in jedem Fall beachten und somit "Nichtrichter Ernst Weber-Krauer die weitere Ausübung mit sofortiger Wirkung verbieten müssen".

6.3 Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, dass die Frage, ob eine (allfällige) Verletzung der richterlichen Wohnsitzpflicht auch Auswirkungen im prozessualen Bereich habe (indem Entscheide, an welchen der betroffene Richter mitwirkte, aus diesem Grund anfechtbar wären), nicht im Verfahren nach §§ 95 ff. GVG (und somit nicht von der Verwaltungskommission des Obergerichts) zu entscheiden sei. Diese Auffassung deckt sich mit der vom Kassationsgericht bereits in seinem Entscheid vom 14.12.2009 (in einem *obiter dictum*) geäußerten Auffassung, wonach im vorliegenden Zusammenhang jedenfalls nicht das Verfahren gemäss §§ 95 ff. GVG zur Anwendung gelangt (a.a.O., Erw. II.2c).

Es besteht kein Anlass, von dieser Auffassung abzuweichen. Vielmehr ist nach wie vor davon auszugehen, dass eine Verletzung der richterlichen Wohnsitzpflicht jedenfalls keinen Ablehnungsgrund darstellt (HAUSER/SCHWERI, a.a.O., § 3 N 3 m.H. auf die Materialien), was ohne weiteres daraus folgt, dass es dabei nicht um die Vermeidung des Einflusses sachfremder Argumente im konkreten Einzelfall geht. Ob als Sanktion nur disziplinarische Massnahmen in Betracht fallen (so HAUSER/SCHWERI, a.a.O.), oder ob auch *prozessuale Konsequenzen* im Sinne der Anfechtbarkeit solcher Entscheide in Frage kommen, ist somit nicht im vorliegenden Verfahren zu entscheiden. Immerhin ist festzustellen, dass selbst im Falle einer Verletzung der gesetzlichen Wohnsitzpflicht im Zeitpunkt der Wahl bzw. Erneuerungswahl die Wahl des betreffenden Richters zunächst als solche formell zustande gekommen wäre und der Wahlakt mangels formeller Anfechtung entsprechend den Bestimmungen des GPR (§§ 146 ff.) Bestand hätte. Der Auffassung, ein solche Wahl sei *ex tunc* nichtig (BSK BGG-KIENER, Art. 5 N 20; diese Stelle bezieht sich aber auf die Wahl ins Bundesgericht, wo es um die ungleich wichtigeren Wählbarkeitsvoraussetzungen der Handlungsfähigkeit und des

Schweizerbürgerrechts geht), könnte nur in dem Sinn gefolgt werden, dass *im Falle der erfolgreichen Anfechtung des Wahlaktes* dessen Ungültigkeit als von Anfang (d.h. rückwirkend) gegeben zu betrachten wäre. Abzulehnen wäre vorliegend die Annahme absoluter Nichtigkeit der Wahl, da es einerseits am *besonders* schwer wiegenden Mangel fehlt (was sich schon aus der Möglichkeit der nachträglichen Bewilligung zur Weiterführung des Richteramtes bis zum Ablauf der Amtszeit, § 24 GPR, ergibt) und zudem durch die Annahme von absoluter Nichtigkeit der Wahl die Rechtssicherheit ernsthaft gefährdet wäre (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3.A., Bern 2009, § 31 N 15). Ob darüber hinaus eine *vorfrageweise* Überprüfung der Rechtmässigkeit der Wahl durch die zivilgerichtlichen (Rechtsmittel-)Instanzen in Erwägung zu ziehen wäre, und welches gegebenenfalls die Folgen wären, muss und kann hier nicht entschieden werden, da eine solche Überprüfung nach dem Gesagten jedenfalls nicht im Rahmen des vorliegenden Ablehnungsverfahrens vorzunehmen ist.

7. Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend (Beschwerde Ziff. II. 14, S. 11), die Tatsache, dass Handelsrichter Weber-Krauer das Fehlen der Wählbarkeitsvoraussetzung des politischen Wohnsitzes bis heute nicht dem Kantonsrat gemeldet habe, stelle einen Befangenheitsgrund dar. Mit seinen Ausführungen in der gewissenhaften Erklärung habe Handelsrichter Weber-Krauer klar und eindeutig bewiesen, dass er an seinem nichtvorhandenen Handelsrichterstatus festhalten wolle und nicht gedenke, um vorzeitige Entlassung aus dem Amt oder Weiterführung des Amtes nach § 35 GPR nachzusuchen. Ein solches Verhalten begründe schon allein Befangenheit.

Es liegt auf der Hand, dass nicht nur die Wohnsitzfrage als solche, sondern auch das Verhalten des betreffenden Handelsrichters in diesem Zusammenhang keine Frage betrifft, die unter dem Aspekt von §§ 95 ff. GVG zu beurteilen ist. Denn auch durch das (begründete oder unbegründete) Festhalten am Handelsrichterstatus wird von vornherein nicht eine Frage der prozessualen, sondern allenfalls der staatsrechtlichen Unfähigkeit berührt. Die Rüge erweist sich ebenfalls als unbegründet.

8. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde unbegründet ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

9. Die Beschwerdeführerin ersucht um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters. Nachdem ihr diese bereits im Verfahren vor Handelsgericht bewilligt wurde (KG act. 4/1) und die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde immerhin nicht als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden kann, gilt diese Regelung für das vorliegende Verfahren weiter; einer besonderen Anordnung bedarf es dafür nicht.

9.1 Die Kosten des Kassationsverfahrens sind ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, zufolge Weitergeltung der unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei die Beschwerdeführerin auf § 92 ZPO (Vorbehalt der Nachzahlung) hinzuweisen ist. Nachdem sich die Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren nicht geäußert hat, entfällt eine Prozessentschädigung.

Der unentgeltliche Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, RA ..., ist für seine Bemühungen im Kassationsverfahren aus der Gerichtskasse zu entschädigen, wobei im Sinne einer Reduktion zu berücksichtigen ist, dass sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde inhaltlich über weite Strecken mit derjenigen im Parallelverfahren Kass.-Nr. AA090138 deckt.

9.2 Hinsichtlich der Bemessung der Gerichtsgebühr für das Ablehnungsverfahren (bzw. das daran anschliessende Beschwerdeverfahren) gilt nach ständiger Praxis des Kassationsgerichts (insoweit abweichend von der Vorinstanz), dass – wie auch in anderen Zwischenverfahren, in welchen es um die Beurteilung von Vorfragen geht (z.B. Fristwiederherstellung, Zuständigkeit u.ä.) – grundsätzlich *der Streitwert der Hauptsache* (vorliegend Fr. 50'000.--) massgebend ist (so etwa Kass.-Nr. AA060192 i.S. B. v. 25. Juli 2007, Erw. IV.). Da es sich um einen prozessleitenden Entscheid handelt, ist die Gerichtsgebühr jedoch nach Massgabe von § 7 bzw. § 4 Abs. 2 der Gerichtsgebühren-VO angemessen zu reduzieren.

### III.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'800.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt, zufolge Weitergeltung der unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen und unter Hinweis auf § 92 ZPO auf die Gerichtskasse genommen.
4. Dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, RA ..., wird für das Beschwerdeverfahren eine Entschädigung von Fr. 1'200.-- (zuzüglich 7.6% MWSt) aus der Gerichtskasse zugesprochen.
5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. sowie 92 BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 20. Oktober 2009 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich und das Handelsgericht des Kantons Zürich (HG050150), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der Generalsekretär: