

# Obergericht des Kantons Zürich

Verwaltungskommission



---

Geschäfts-Nr.: VV110026-O/U

Mitwirkend: Obergerichtspräsident Dr. H.A. Müller, Vizepräsident lic. iur. R. Naef  
und Oberrichter lic. iur. M. Burger sowie die Gerichtsschreiberin  
lic. iur. A. Leu-Zweifel

## **Beschluss vom 7. März 2012**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagte und Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Ablehnung von Handelsrichter C. \_\_\_\_\_ im Prozess  
HG110094-O am Handelsgericht des Kantons Zürich betreffend Forderung**

**Erwägungen:**

**I.**

1. Im Rahmen des am Handelsgericht des Kantons Zürich seit dem 4. Mai 2011 hängigen Verfahrens HG110094 betreffend Forderung stellte die Beklagte und Gesuchstellerin (A.\_\_\_\_\_) (nachfolgend: Beklagte) mit Eingabe vom 28. September 2011, ergänzt durch die Eingabe vom 17. Oktober 2011, ein Ablehnungsbegehren gegen Handelsrichter Dr. C.\_\_\_\_ (act. 3/16 = act. 2 und act. 3/20). Handelsrichter C.\_\_\_\_ hatte zuvor, nämlich am 22. September 2011, das Handelsgericht darüber informiert, dass er zusammen mit dem Rechtsvertreter der Klägerin die Fachanwaltsausbildung absolviert habe und ihn gelegentlich zum Mittagessen treffe. Des Weiteren habe er von 1994 bis 1997 im Rechtsdienst der Beklagten gearbeitet, wobei es sich beim Rechtsvertreter der Beklagten um seinen direkten Vorgesetzten gehandelt habe (act. 3/14). In der Folge setzte das Handelsgericht den Parteien mit Verfügung vom 26. September 2011 Frist an, um zu erklären, ob sie auf der Grundlage der Erklärung von Handelsrichter C.\_\_\_\_ dessen Ausstand verlangten (Protokoll Handelsgericht S. 7).
2. Mit Verfügung vom 25. Oktober 2011 überwies das Handelsgericht das Ablehnungsbegehren an die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich (act. 1). Es wies dabei darauf hin, dass für den Fall, dass die Rechtsmittelinstanz den angefochtenen Entscheid auf Revision hin aufhebe und zur weiteren Behandlung an die untere Instanz zurückweise, der Prozess in die Lage zurückversetzt werde, in der er sich vor der Ausfällung des angefochtenen Entscheids befunden habe. Das Verfahren vor der unteren Instanz sei somit nicht zum Abschluss gekommen, weshalb für die Fortsetzung des Verfahrens das bisherige Recht gelte. Weiter wurde darauf hingewiesen, dass die Klägerin die Abweisung des Ablehnungsbegehrens verlange, weshalb es sich um ein Streitiges Ablehnungsbegehren im Sinne von § 101 GVG handle (act. 1). Gegen diese Verfügung liess die Klägerin am 24. November 2011 beim Bundesgericht Beschwerde einreichen und insbe-

sondere beantragen, es sei die Vorinstanz zu verpflichten, die Frage über den Ausstand des abgelehnten Handelsrichters an das Obergericht als Gesamtgericht weiterzuleiten. Zudem beantragte sie in prozessualer Hinsicht die Sistierung des Verfahrens vor Bundesgericht bis zum Entscheid der Verwaltungskommission über die Einrede der Unzuständigkeit. Letzterem Begehren kam das Bundesgericht mit Verfügung vom 1. Dezember 2011 nach (act. 9).

3. Bereits mit Verfügung vom 1. November 2011 setzte die Verwaltungskommission dem abgelehnten Handelsrichter Dr. C.\_\_\_\_\_ Frist zur schriftlichen Vernehmlassung und Abgabe einer gewissenhaften Erklärung im Sinne von § 100 GVG an. Mit derselben Verfügung wurde der Klägerin Frist zur freigestellten Stellungnahme angesetzt (act. 4). Am 11. November 2011 reichte der abgelehnte Handelsrichter eine Stellungnahme ein und gab die gewissenhafte Erklärung ab, sich nicht als befangen zu erachten (act. 5). Durch Eingabe vom 16. November 2011 liess sodann die Klägerin durch ihren Rechtsvertreter das Nichteintreten auf das Ausstandsbegehren mangels Zuständigkeit der Verwaltungskommission und eventualiter die Abweisung des Ausstandsbegehrens beantragen (act. 6). Auf eine weitere Fristansetzung seitens des Gerichts hin (act. 8) verzichtete das Handelsgericht am 13. Dezember 2011 auf eine Vernehmlassung (act. 10). Die Beklagte liess ihr Festhalten am Ablehnungsgesuch mit Eingabe vom 14. Dezember 2011 bestätigen (act. 11), und die Klägerin liess mit Eingabe vom 15. Dezember 2011 an der Einrede der Unzuständigkeit festhalten (act. 12). In der Folge überwies das Handelsgericht mit Verfügung vom 21. Januar 2012 eine bei ihm eingegangene Ausstandserklärung von Dr. C.\_\_\_\_\_ vom 16. Januar 2012 an die Verwaltungskommission (act. 13). Nach einer weiteren Verfügung des Präsidenten des Obergerichts vom 25. Januar 2012 (act. 15) hielt die Klägerin mit Eingabe vom 13. Februar 2012 weiterhin an der Unzuständigkeitseinrede fest (act. 16).

## II.

- 1.1. Vorab ist die Frage der Zuständigkeit der Verwaltungskommission für die Behandlung des vorliegenden Ablehnungsbegehrens gegen Handelsrichter Dr. C.\_\_\_\_\_ zu entscheiden. Mit Urteil vom 18. April 2011 hat das Bundesgericht ein Revisionsgesuch der Klägerin gutgeheissen, ein zuvor von ihm bestätigtes Urteil des Handelsgerichts vom 16. Juni 2008 aufgehoben und das Verfahren an das Handelsgericht zurückgewiesen. Im Rahmen dieses unter der Prozessnummer HG110094 weitergeführten handelsgerichtlichen Verfahrens wurde vorliegendes Ausstandsbegehren gegen den Abgelehnten gestellt. Für die Zuständigkeit der Verwaltungskommission zur Behandlung des Ausstandsbegehrens ist massgebend, ob das nach der Rückweisung des Bundesgerichts weiterzuführende Verfahren vor Handelsgericht dem bisherigen kantonalen oder dem seit dem 1. Januar 2011 geltenden Verfahrensrecht unterliegt; sollte sich die Anwendbarkeit des neuen Verfahrensrechts und damit der schweizerischen Zivilprozessordnung ergeben, wäre zur Behandlung des Ablehnungsbegehrens nach Art. 50 Abs. 1 ZPO das Handelsgericht selbst zuständig.
- 1.2. Die Klägerin stellt sich unter Hinweis auf Art. 405 Abs. 2 ZPO auf den Standpunkt, das Verfahren sei nach den neurechtlichen Bestimmungen durchzuführen (act. 6 Rz 24 ff.). Das Handelsgericht vertritt in der Verfügung vom 25. Oktober 2011 hingegen die Auffassung, die bisherigen kantonalen Verfahrensrechte seien anwendbar (act. 1). Die Ansicht des Handelsgerichts überzeugt. Art. 405 Abs. 2 ZPO sieht vor, dass für die Revision von Entscheidungen, die unter dem bisherigen Recht eröffnet worden sind, das neue Recht gilt. Die Regelung in Art. 405 Abs. 2 ZPO beschränkt sich nur auf Revisionsgesuche, die nach dem Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung, d.h. nach dem 1. Januar 2011, erhoben wurden. Für vor diesem Datum gestellte Revisionsgesuche kommt Art. 405 Abs. 2 ZPO nicht zur Anwendung. Vielmehr gilt in diesen Fällen der Grundsatz der Nichtrückwirkung von neuem Recht (Schwander, DIKE-Kommentar zur ZPO, N. 6 zu Art. 405 ZPO; BSK ZPO-Frei/Willisegger, Art. 405 N 20 mit Verweis auf

Art. 404 Abs. 1 ZPO; Freiburghaus/Afheldt in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 405 N 8). Das Revisionsgesuch, aufgrund dessen das handelsgerichtliche Urteil vorliegend aufgehoben wurde, datiert vom 7. Juli 2010 (vgl. act. 3/2/139), weshalb nicht auf Art. 405 Abs. 2 ZPO abgestellt werden kann. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass sich das vorliegend massgebende Revisionsverfahren am Bundesgericht nach den Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes richtete (BGG), Art. 405 Abs. 2 ZPO hingegen ohnehin nur Fälle von Revisionsgesuchen vor unteren oder oberen kantonalen Instanzen regelt (Schwander, a.a.O., Art. 405 N 6). Es kann daher im vorliegenden Fall nicht auf Art. 405 Abs. 2 ZPO abgestellt werden. Es ist daher auf das Verfahren vor Handelsgericht und damit für das hier zu beurteilende Ausstandsbegehren das bisherige kantonale Prozessrecht anwendbar.

- 2.1. Gemäss § 101 Abs. 1 GVG und dem Beschluss des Obergerichts vom 7. Dezember 2011 über die Geschäftsverteilung unter den Kammern des Obergerichts im Jahre 2012 wird unter dem Titel "Zuständigkeiten für übergangsrechtliche Ausstandsbegehren" (Ziff. 4) festgehalten, dass die Verwaltungskommission altrechtliche Ausstandsbegehren zu beurteilen hat, wenn Handelsrichter abgelehnt werden. Nach § 16 Abs. 3 der Verordnung über die Organisation des Obergerichts vom 3. November 2010 (LS 212.51) entscheidet die Verwaltungskommission bei Geschäften der Justizverwaltungsrechtsprechung in Dreierbesetzung. Die Verwaltungskommission ist daher zur Behandlung des Ablehnungsbegehrens gegen den abgelehnten Handelsrichter zuständig.
- 2.2. Die Klägerin beruft sich in diesem Zusammenhang auf § 127 GOG, nach welcher Bestimmung das Gesamtobergericht und nicht die Verwaltungskommission über Ausstandsbegehren zu entscheiden habe (vgl. act. 6 Rz 4 und 17). Dem kann aus den nachstehenden Gründen nicht gefolgt werden: Zum einen betrifft das Gerichtsorganisationsgesetz nur Verfahren, auf welche das neue Verfahrensrecht zur Anwendung gelangt, was vorliegend - wie

dargelegt - nicht der Fall ist. Zum andern obliegt es im Falle, dass das Gesetz das "Obergericht" zur Behandlung einer Streitigkeit als zuständig erklärt, dem Obergericht zu bestimmen, welcher interner Spruchkörper bzw. welche interne Kammer zum Entscheid berufen ist. Eine Delegation der Entscheidbefugnis an die Verwaltungskommission ist damit nicht generell ausgeschlossen. Schliesslich erweist sich § 127 GOG ohnehin als bundesrechtswidrig, da es den Mechanismus von Art. 50 Abs. 1 ZPO übergeht (vgl. dazu im Detail das Kreisschreiben des Obergerichts vom 6. Oktober 2010 und dortige Ziff. 9 lit. c). Damit ist festzuhalten, dass die Zuständigkeit zur Behandlung des vorliegenden Ablehnungsbegehrens bei der Verwaltungskommission liegt.

- 2.3. Lediglich am Rande sei schliesslich angemerkt, dass das zürcherische Prozessrecht in § 101 GVG die Behandlung von Ablehnungsgesuchen durch die Aufsichtsbehörde in einem Zwischenverfahren vorsieht. Die Aufsichtsbehörde wird in einem solchen Zwischenverfahren die Frage, ob altes oder neues Recht anwendbar sei, nicht ohne Not abweichend vom Sachgericht beurteilen. Auch aus diesem Grunde ist die Zuständigkeit der Verwaltungskommission gegeben, geht doch das Handelsgericht von einem altrechtlichen Verfahren aus, ansonsten es das Ausstandsbegehren gemäss Art. 50 Abs. 1 ZPO selber beurteilt hätte und von einer Überweisung an die Verwaltungskommission abgesehen hätte (vgl. act. 1). Dementsprechend ist die Einrede der Unzuständigkeit der Klägerin abzuweisen und ist auf das vorliegende Verfahren insoweit einzutreten.

### III.

Mit Eingabe vom 16. Januar 2012 erklärte Handelsrichter Dr. C.\_\_\_\_\_ zuhanden des Handelsgerichts seinen Ausstand im betreffenden handelsgerichtlichen Verfahren und begründete dies damit, er und Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ prüften eine nähere Zusammenarbeit. Hierzu bedürfe es intensiver Gespräche, weshalb der Anschein der Befangenheit entstehen könnte

(act. 14). In Anwendung von § 100 Abs. 2 GVG ist das vorliegende Verfahren betreffend die Ablehnung von Dr. C.\_\_\_\_\_ als Handelsrichter im Verfahren HG110094 somit als gegenstandslos erledigt abzuschreiben.

#### IV.

1. Bei der Gegenstandslosigkeit des Prozesses entscheidet das Gericht nach Ermessen über die Kostenfolge (§ 65 Abs. 1 ZPO/ZH). Dabei sind die Umstände des Einzelfalles zu beachten. Massgebend ist insbesondere, welche Partei das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst hat, wer für die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens verantwortlich war sowie, welche Partei vermutlich obsiegt hätte (ZR 83 [1984] Nr. 28; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 65 N 3). Dabei besteht keine bestimmte Rangordnung zwischen den einzelnen Kriterien, die im Übrigen auch nicht als abschliessend zu verstehen sind. Vielmehr ist die vom Gesetz angestrebte angemessene Lösung je nach den konkreten Umständen des Einzelfalles zu treffen. Gegenstandslos geworden ist das Verfahren vorliegend, weil Handelsrichter Dr. C.\_\_\_\_\_ seinen Ausstand erklärt hat, nachdem er zuvor das Ausstandsbegehren der Beklagten hatte streitig werden lassen (act. 14). Damit sind im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren Kosten entstanden, die im Sinne von § 66 Abs. 2 ZPO/ZH keine Partei veranlasst hat. Die Kosten des Verfahrens sind somit auf die Gerichtskasse zu nehmen.
2. In Anwendung von § 68 ZPO/ZH und § 66 Abs. 2 ZPO/ZH sind sodann keine Entschädigungen auszurichten, wenn keine Kosten erhoben werden. Namentlich kann gemäss ständiger Praxis (ZR 76 [1977] Nr. 51, 73 [1974] Nr. 18 E. 5, Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 66 N 5 und § 68 N 14) mangels gesetzlicher Grundlage auch keine Entschädigung aus der Gerichtskasse zugesprochen werden.
3. Für die Rechtsmittel gilt gemäss den Übergangsbestimmungen der schweizerischen Zivilprozessordnung das Recht, das bei der Eröffnung des Ent-

scheides in Kraft ist (Art. 405 ZPO). In Bezug auf die Rechtsmittel findet das kantonale Recht somit keine Anwendung mehr, weshalb das (kantonale) Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde (vgl. § 281 ff. ZPO/ZH) vorliegend nicht gegeben ist. Die Verwaltungskommission entscheidet erstinstanzlich (BGer 5A\_320 vom 8. August 2011 = BGE 137 III 424). Hinzuweisen ist im Sinne von Art. 405 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 50 Abs. 2 ZPO und mit Blick auf den seit dem 1. Januar 2011 zu beachtenden Grundsatz des doppelten Instanzenzugs (BGE 137 III 424) auf das Rechtsmittel der Beschwerde an die Rekurskommission.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Verfahren VV110026 wird als gegenstandslos am Register abgeschrieben.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen entrichtet.
4. Schriftliche Mitteilung an:
  - den Rechtsvertreter der Beklagten, zweifach, für sich und zuhanden der Beklagten (gegen Empfangsschein), unter Beilage einer Kopie von act. 16
  - den Rechtsvertreter der Klägerin, zweifach, für sich und zuhanden der Klägerin (gegen Empfangsschein),
  - den abgelehnten Handelsrichter Dr. C. \_\_\_\_\_ (gegen Empfangsschein), unter Beilage einer Kopie von act. 16
  - das Handelsgericht Zürich unter Rücksendung der beigezogenen Akten (gegen Empfangsschein),
  - das Bundesgericht zuhanden des Verfahrens 4A\_714/2011.

5. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann **innert 10 Tagen**, von der Zustellung an gerechnet, bei der Rekurskommission des Obergerichts, Hirschengraben 13/15, Postfach 2401, 8021 Zürich, schriftlich Beschwerde eingereicht werden.

Die Beschwerdeschrift muss einen Antrag und dessen Begründung enthalten. Der angefochtene Entscheid ist beizulegen. Die angerufenen Beweismittel sind genau zu bezeichnen und soweit möglich beizulegen. Materielle und formelle Entscheide der Beschwerdeinstanz sind kostenpflichtig; die Kosten hat die im Verfahren unterliegende Partei zu tragen.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung.

Zürich, 7. März 2012

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Verwaltungskommission

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Leu-Zweifel

versandt am: