

Verfahren

AARGAU

Unvoreingenommenheit des Handelsgerichts Aargau, Kumulation von Ersatzrichteramt und Rechtsvertretung vor Gericht; Art. 30 Abs. 1 BV, § 95 Abs. 1 KV/AG, § 24 GOG/AG. *Zuständigkeit des Justizgerichts (E. 1). Gliederung des Obergerichts und des Handelsgerichts (E. 2.1). Grundsätze zum Anspruch auf ein unvoreingenommenes Gericht (E. 3.2–3.3). Rechtsprechung zur Kumulation von Ersatzrichteramt und Rechtsvertretung (E. 3.4). Regelung der Kumulation von Ersatzrichteramt und Rechtsvertretung nach GOG/AG (E. 3.5). Problematik mit Blick auf die Gegebenheiten des Handelsgerichts; die beiden Kammern sind nicht strikt getrennte Abteilungen; das Auftreten eines Ersatzrichters als Rechtsvertreter lässt das Gericht im vorliegenden Fall als voreingenommen erscheinen (E. 4.4–4.6). Gutheissung des Ausstandsgesuchs, Anordnung für die Bildung eines neuen Spruchkörpers (E. 5).*

(Justizgericht des Kantons Aargau, 28. Februar 2018, JG/2017/01.)

Unvoreingenommenheit des Handelsgerichts des Kantons Aargau, Ausstandspflicht des Rechtsvertreters, Unzulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen; Art. 30 Abs. 1 BV, § 24 GOG/AG, Art. 99 Abs. 2 BGG. *Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen im Allgemeinen (E. 1). Unzulässigkeit der Beschwerde wegen neuer Anträge (E. 2). Verpflichtung des Ersatzrichters zur Niederlegung seines Mandats als Rechtsvertreter, verfassungsrechtliche Grenzen der Abweichung von der ordentlichen Besetzung (E. 3).*

(Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, 9. Juli 2018, 4A_263/2018.)

In einem handelsgerichtlichen Verfahren vor dem Handelsgericht des Kantons Aargau ersuchte die beklagte Partei (Gesuchstellerin) am 29. September 2017 darum, das Verfahren an ein nicht vorbefasstes, unparteiisches und neutrales Gericht zu verweisen und abzutreten. Zur Begründung machte sie im Wesentlichen geltend, der Rechtsvertreter der Klägerin (Gesuchsgegnerin), Rechtsanwalt A., sei als Ersatzrichter am Handelsgericht tätig, weshalb dieses nicht unvoreingenommen Recht sprechen könne.

Der Vizepräsident der Kammer überwies die Akten dem Justizgericht des Kantons Aargau zum Entscheid über das Ausstandsgesuch. Das handelsgerichtliche Verfahren wurde bis zum rechtskräftigen Entscheid über das Ausstandsbegehren sistiert. Der Präsident des Justizgerichts instruierte in der Folge das Verfahren.

Mit Entscheid vom 28. Februar 2018 hiess das Justizgericht das Ausstandsgesuch gut und wies das Verfahren an das Handelsgericht zurück, damit es im Sinne der Erwägungen einen Spruchkörper bestimme, in dem keine Fachrichterinnen und Fachrichter des Handelsgerichts mitwirken.

Gegen diesen Entscheid des Justizgerichts hat die Gesuchstellerin (Beschwerdeführerin) beim Bundesgericht *Beschwerde in Zivilsachen* erhoben. Sie bemängelt, dass dem Spruchkörper keine Fachrichter sollen angehören dürfen, und ersucht um Anweisung an die Gesuchsgegnerin (Beschwerdegegnerin), auf die Vertretung durch Rechtsanwalt A. zu verzichten. Das Bundesgericht tritt am 9. Juli 2018 auf die Beschwerde *nicht ein* und fügt ein Obiter Dictum an.

Aus den *Erwägungen* des Justizgerichts des Kantons Aargau vom 28. Februar 2018:

1. Das Justizgericht entscheidet über Ausstandsbegehren gegen eine Abteilung des Obergerichts in ihrer Mehrheit oder Gesamtheit (§ 38 Abs. 1 Bst. e des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG] vom 6. Dezember 2011 [SAR 155.200]). Beim Handelsgericht handelt es sich um eine Abteilung des Obergerichts (§ 65 Abs. 1 GOG). Das Justizgericht ist zur Behandlung des vorliegenden Ausstandsbegehrens und der damit zusammenhängenden Anträge zuständig. [...]

2.1 Das Handelsgericht ist eine Abteilung des Obergerichts (§ 65 Abs. 1 GOG). Das Handelsgericht setzt sich zusammen aus einer Präsidentin oder einem Präsidenten, einer Vizepräsidentin oder einem Vizepräsidenten, den Fachrichterinnen und Fachrichtern sowie den Ersatzrichterinnen und Ersatzrichtern (§ 68 GOG). Die Abteilungen gliedern sich in die in der Geschäftsordnung bezeichneten Kammern oder Kommissionen (§ 65 Abs. 2 GOG). Gemäss der Regelung in der Geschäftsordnung ist das Handelsgericht in zwei Kammern unterteilt. Während die Kammern der anderen Abteilungen des Obergerichts je über gesonderte Zuständigkeiten verfügen, werden die Zuständigkeiten der beiden Kammern des Handelsgerichts nicht ausgeschieden. Vielmehr beurteilen beide Kammern sämtliche Fälle, welche in den Zuständigkeitsbereich des Handelsgerichts fallen (Geschäftsordnung des Obergerichts des Kantons Aargau vom 21. November 2012, Anhang 1). Die beiden Kammern werden je durch ein Mitglied des Obergerichts präsiert; weiter gehören jeder Kammer zwei Ersatzrichterinnen bzw. -richter sowie zwölf Fachrichterinnen oder Fachrichter an (Geschäftsordnung, Anhang 2). Sämtliche zwölf Fachrichterinnen und Fachrichter sind beiden Kammern zugewiesen (Geschäftsordnung, Anhang 2).

2.2 Rechtsanwalt A. wurde [...] vom Grossen Rat des Kantons Aargau zum Ersatzrichter am Handelsgericht des Kantons Aargau gewählt und seither mehrfach in diesem Amt bestätigt. Er gehört als Ersatzrichter der einen der beiden Kammern des Handelsgerichts an (Geschäftsordnung, Anhang 2).

3.1 Zur Begründung des Ausstandsbegehrens macht die Gesuchstellerin sinngemäss geltend, durch den Auftritt von Rechtsanwalt A., nebenamtlicher Richter am Handelsgericht, als Rechtsvertreter vor diesem Gericht werde der Anschein

erweckt, dass die Mitglieder des Gerichts befangen seien, was den Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht gemäss Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 (SR 101) verletze. Darüber hinaus führe der Auftritt des Rechtsvertreters der Gesuchsgegnerin vor seinen Handelsrichterkollegen dazu, dass die Waffengleichheit zwischen den Parteien fehle und deshalb auch der Anspruch auf ein faires Verfahren gemäss Art. 29 BV missachtet werde.

3.2 Gemäss Art. 30 Abs. 1 BV hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Eine inhaltlich identische Garantie findet sich in Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4. November 1950 (SR 0.101).

3.3 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Anspruch auf Beurteilung durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit eines Gerichtsmitglieds begründen. Solche Umstände können in einem bestimmten Verhalten des betreffenden Gerichtsmitglieds oder gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein. Nicht entscheidend ist das subjektive Empfinden einer Partei; ihr Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss in objektiver Weise begründet sein. Dabei reicht es praxisgemäss aus, dass Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den blossen Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken. Nicht verlangt wird, dass das Gerichtsmitglied tatsächlich befangen ist (BGE 139 I 121 E. 5.1 S. 125 f.; 138 I 1 E. 2.2 S. 3 f.; 137 I 227 E. 2.1 S. 229; je m.H.).

3.4 Das Bundesgericht hatte sich mehrfach mit der Frage der Parteivertretung durch Anwälte vor jenem Gericht zu befassen, an dem sie gleichzeitig als Richter tätig sind.

3.4.1 In nunmehr ständiger Rechtsprechung hält das Bundesgericht fest, dass die blossе Kollegialität unter Gerichtsmitgliedern keine Ausstandspflicht gebietet (insb. BGE 133 I 1, bestätigt in BGE 139 I 121 und 141 I 78; vgl. auch Urteil des BGer 1P.76/1998 vom 17. März 1998 E. 2, in: ZBl 100/1999, S. 136 f.). Die Rechtsprechung gründet auf der Überlegung, dass die Mitglieder eines Kollegialgerichts in ihrer Stellung voneinander unabhängig sind; daran vermag der pauschale Vorwurf, ein als Anwalt auftretendes Gerichtsmitglied besitze bei seinen Kollegen regelmässig erhöhte Autorität bzw. einen Insidervorteil, nichts zu ändern. Nach der Praxis ist die allgemeine und vom konkreten Fall losgelöste Zusammenarbeit zwischen vollamtlichen Richtern einerseits und teil- oder nebenamtlichen Richtern andererseits nicht geeignet, die Unbefangenheit der Richter generell in Frage zu stellen,

wenn in einem konkreten Fall ein teil- oder nebenamtlicher Richter als Anwalt vor dem Gericht eine Partei vertritt. Da in den vom Bundesgericht beurteilten Fällen die Rüge der Befangenheit pauschal erhoben worden war und keine konkreten Umstände genannt wurden, welche die Gerichtsmitglieder als befangen erscheinen liessen, hielt es die Rüge jeweils für unbegründet.

3.4.2 Das Bundesgericht stellte allerdings fest, es wäre grundsätzlich zu begrüssen, wenn ein Richter vor dem Gericht, dem er ersatzweise angehört, nicht als Parteivertreter auftritt; ein generelles Verbot lasse sich aber weder aus Art. 30 Abs. 1 BV noch aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK ableiten. Vielmehr sei es dem zuständigen Gesetzgeber anheimgestellt, ob er über die verfassungs- und konventionsrechtlichen Mindestanforderungen hinausgehen und einem Ersatzrichter das (berufsmässige) Vertreten Dritter vor dem Gericht, dessen Mitglied er ist, untersagen wolle. Fehle eine solche Bestimmung, sei es Sache des Gerichts, darüber zu entscheiden, ob im konkreten Fall über die äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur hinaus Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit der einzelnen Gerichtsmitglieder zu begründen vermögen (BGE 139 I 121 E. 5 S. 128; vgl. auch BGE 141 I 78 E. 3.3 S. 82).

3.4.3 Die bundesgerichtliche Praxis wird in der Lehre durchwegs kritisiert und es wird eine strengere Handhabung der Unabhängigkeitsgarantie gefordert, weil andernfalls dem Vertrauen in die Justiz erheblicher Schaden zugefügt werde (vgl. insb. *Giovanni Biaggini*, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 30 Rz. 9a; *Regina Kiener*, Anwalt oder Richter, in: Aargauischer Anwaltsverband [Hrsg.], Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 3 ff.; *Regina Kiener/Gabriela Medici*, Anwälte und andere Richter, SJZ 107/2011, S. 373 ff.; *Jörg Paul Müller/Markus Schefer*, Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 945 ff.; *Johannes Reich*, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney [Hrsg.], Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 30 Rz. 30; *Anna Rüefli*, Fachrichterbeteiligung im Lichte der Justiz- und Verfahrensgarantien, Diss. St. Gallen, Bern 2018, Rz. 532; *Gerold Steinmann*, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 30 Rz. 22 f.; *Patrick Sutter*, Der Anwalt als Richter, die Richterin als Anwältin, AJP 2006, S. 30 ff.; je m.w.H.; vgl. aus Anwaltsicht insb. auch *François Bohnet/Vincent Martenet*, Droit de la profession d'avocat, Bern 2009, S. 1318 ff.).

3.5 Gemäss § 95 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 (SAR 110.000) sind die Gerichte unabhängig und nur Gesetz und Recht unterworfen. Diese Regelung wird auf der Stufe des Gesetzes in § 20 GOG wiederholt und bekräftigt. Der kantonale Gesetzgeber ist sich insbesondere auch des Problems bewusst, dass die Funktionenkumulation von teilzeitlichem Richteramt und Rechtsanwaltsberuf eine Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit darstellt:

In § 24 Abs. 1 GOG wird die Regel aufgestellt, wonach Richterinnen und Richter ausseramtliche Tätigkeiten unterlassen, welche die richterliche Unabhängigkeit gefährden oder den Dienstpflichten zuwiderlaufen. Gemäss § 24 Abs. 3 GOG dürfen nebenamtliche Richterinnen und Richter vor der Abteilung des Gerichts, der sie angehören, respektive vor dem Bezirksgericht oder der Schlichtungsbehörde für Miete und Pacht, dem beziehungsweise der sie angehören, nicht als Parteivertretung auftreten. Bei Ersatzrichterinnen und Ersatzrichtern des Obergerichts gilt dieser Ausschluss für den entsprechenden Spruchkörper (Kammer einer Abteilung des Obergerichts).

4.1 Vorliegend ist zu entscheiden, ob die von der Gesuchstellerin abgelehnten Richterinnen und Richter des Handelsgerichts wegen äusserer Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur den Anschein der Parteilichkeit erwecken. Es geht um die Befürchtung der Gesuchstellerin, die Mitglieder des Gerichts seien nicht mehr unparteiisch und unabhängig, weil der Rechtsvertreter der Gesuchsgegnerin infolge seiner Ersatzrichtertätigkeit an diesem Gericht über ein Beziehungsnetz, ein Solidaritätsnetz und über Insiderwissen verfüge.

4.2 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vermag der Umstand allein, dass ein teil- oder nebenamtlicher Richter in seiner privaten Tätigkeit eine Partei vor diesem Gericht vertritt, die Unbefangenheit der Richter nicht generell in Frage zu stellen; vielmehr müssen konkrete Umstände hinzutreten, welche bei objektiver Betrachtungsweise die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen.

4.3 Im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann der Regelung in § 24 Abs. 3 GOG die Verfassungskonformität nicht abgesprochen werden. Zu prüfen ist jedoch, ob die beiden Kammern des Handelsgerichts als «Spruchkörper» im Sinne von § 24 Abs. 3 Satz 2 zu betrachten sind.

4.4 Als problematisch erweist sich vor allem der Umstand, dass sämtliche zwölf Fachrichter des Handelsgerichts beiden Kammern zugewiesen sind (Geschäftsordnung, Anhang 2). Wirken am handelsgerichtlichen Verfahren Fachrichter mit, tritt Rechtsanwalt A. also zwangsläufig immer auch vor Mitgliedern «seiner» Kammer auf. Es kann sich damit die Konstellation einstellen, dass Rechtsanwalt A. an einem Tag als Ersatzrichter mit Fachrichtern im Spruchkörper der einen Kammer sitzt und einen Tag später dieselben Fachrichter – nun in der andern Kammer – ein Urteil in einem Verfahren fällen, an welchem er als Rechtsvertreter einer Partei beteiligt ist. Diese Situation erscheint nicht nur mit Blick auf die richterliche Unabhängigkeit heikel; fraglich ist insbesondere auch, ob sie sich mit Sinn und Zweck der Regelung in § 24 Abs. 3 Satz 2 GOG vereinbaren lässt.

4.5 Am Aargauer Handelsgericht war es während mindestens 17 Jahren strikt gehandhabte Praxis, dass praktizierende Rechtsanwälte, die als Ersatzrichter am

Handelsgericht tätig waren, vor diesem Gericht nicht als Parteivertreter auftreten durften. Dieser im Dienst der richterlichen Unabhängigkeit stehende Ausschluss wurde mit dem Inkrafttreten des GOG am 1. Januar 2013 relativiert. Die Regelung der Nebenbeschäftigungen in § 24 Abs. 3 Satz 2 GOG erscheint zwar mit Blick auf die richterliche Unabhängigkeit als heikel, ist aber nach dem Gesagten im Lichte der – nicht unbestrittenen – bundesgerichtlichen Praxis zulässig (vgl. vorne E. 3.4.1 f.). Immerhin hat das Bundesgericht darauf hingewiesen, es wäre grundsätzlich zu begrüssen, wenn ein Richter vor dem Gericht, dem er angehört, nicht als Parteivertreter auftreten würde (vgl. vorne E. 3.4.2).

4.6 Die Vorschrift, dass Ersatzrichterinnen und -richter des Obergerichts nicht als Parteivertreter vor dem Spruchkörper auftreten dürfen, dem sie angehören, soll verhindern, dass Mitglieder eines Gerichts in einem Verfahren mitwirken, in welchem eine Partei durch ein Mitglied des Gerichts vertreten wird, mit dem sie in anderen Fällen zusammenarbeiten. Diese Regelung bezweckt, den Anschein der Befangenheit zu vermeiden, der durch eine solche Zusammenarbeit entstehen kann. Da nach dem Anhang 2 zur Geschäftsordnung des Obergerichts die Fachrichterinnen und Fachrichter beiden Kammern angehören, wird die mit dem Verbot gewisser Nebenbeschäftigungen angestrebte Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit (§ 24 Abs. 1 GOG) vereitelt, weil der Ausschluss der Parteivertretung durch Ersatzrichter am Handelsgericht bezüglich der Fachrichterkollegen keine Wirkung entfaltet, selbst wenn der Rechtsvertreter formell nur vor dem Spruchkörper auftritt, dem er nicht angehört. Ist also Rechtsanwalt A. weiterhin als Rechtsvertreter im hängigen handelsrechtlichen Verfahren tätig und wirken an diesen Verfahren auch Fachrichterinnen und Fachrichter mit, steht dies im Widerspruch zu Sinn und Zweck von § 24 Abs. 3 Satz 2 GOG und stellt eine Verletzung des Anspruchs auf Unabhängigkeit der Gerichte dar. Im Ergebnis kann der Ausschluss von Parteivertretern gemäss § 24 Abs. 3 Satz 2 GOG sein Ziel bezüglich des Handelsgerichts nur dann erreichen, wenn die Fachrichterinnen und Fachrichter fest den einzelnen Kammern zugewiesen sind und nicht in beiden Kammern eingesetzt werden. Man könnte auch sagen, beim heutigen System seien die Kammern des Handelsgerichts keine «Spruchkörper» im Sinne von § 24 Abs. 3 Satz 2 GOG.

5. Das Ausstandsbegehren gegen das Handelsgericht ist nach dem Gesagten gutzuheissen und es ist für das vorliegende Verfahren ein Spruchkörper zu bestellen, der im Einklang mit den Anforderungen von § 24 GOG steht, was bedeutet, dass an diesem Verfahren keine Personen mitwirken dürfen, die am Handelsgericht des Kantons Aargau als Fachrichterinnen und Fachrichter amten. Es ist dem Handelsgericht überlassen, wie es diese Anforderungen umsetzen will; doch gilt der Ausschluss der Fachrichterinnen und Fachrichter auch für den Entscheid darüber, wie der Spruchkörper gesetzeskonform zu bilden ist. Eine Möglichkeit besteht darin, die vorgesehene Fünferbesetzung mit Mitgliedern der Zivilkammer

des Obergerichts zu erfüllen, eine andere, das Verfahren vor das in der Zivilgerichtsbarkeit allgemein zuständige Gericht zu weisen. Sollte in diesem Zusammenhang handelsrichterlicher Fachverstand erforderlich sein, besteht die Möglichkeit, diesem Bedürfnis mit dem Beizug externer Fachgutachten Rechnung zu tragen. Das Handelsgericht wird auch darüber befinden müssen, wie es in Zukunft garantieren will, dass die Unabhängigkeit der beiden Kammern im Sinne von § 24 Abs. 2 Satz 3 GOG sichergestellt ist. Es kann zur früheren Praxis zurückkehren und den Ersatzrichterinnen und -richtern untersagen, vor dem Handelsgericht als Parteivertreter aufzutreten, oder die Fachrichterinnen und Fachrichter ausschliesslich einer der beiden Kammern zuteilen.

6. Steht nach dem Gesagten fest, dass der Anspruch auf ein unabhängiges Gericht verletzt ist, kann offen bleiben, ob die Parteivertretung von Rechtsanwalt A. vor dem Handelsgericht Aargau gleichzeitig auch den Grundsatz der Waffengleichheit (Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK) verletzt (vgl. BGE 139 I 121 E. 4.2.2 und 4.3 S. 124 f.; 133 I 1 E. 5.3 S. 4). Damit sind die weiteren Anträge im Zusammenhang mit dem Ausstandsbesuch gegenstandslos. [...]

Aus den *Erwägungen des Bundesgerichts* vom 9. Juli 2018:

1. Die Beschwerde richtet sich gegen einen selbständig eröffneten Zwischenentscheid über den Ausstand (Art. 92 BGG) und die Beschwerde ist innert Frist eingereicht worden. [...] Dass der Streitwert erreicht ist, kann daraus abgeleitet werden, dass das Handelsgericht des Kantons Aargau die Klage instruiert hat (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO). Ob allerdings der kantonale Instanzenzug im Sinne von Art. 75 BGG ausgeschöpft ist, nachdem das Bundesrecht für Ausstandsbegehren keine einzige kantonale Instanz vorsieht und das Justizgericht als spezielles oberes kantonales Gericht (zuständig gemäss § 38 Abs. 1 lit. e GOG, über Ausstandsbegehren gegen eine Abteilung des Obergerichts in ihrer Mehrheit oder Gesamtheit zu entscheiden) nicht als Rechtsmittelinstanz entschieden hat, erscheint fraglich. Die Frage kann aber ebenso offen bleiben wie die Beurteilung, ob die Beschwerdeführerin gemäss Art. 76 BGG legitimiert ist, ob sie namentlich angesichts ihrer Anträge im kantonalen Verfahren ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung des angefochtenen Entscheids hat. Denn auf die Beschwerde ist aus anderen Gründen nicht einzutreten.

2. Neue Begehren sind im Verfahren vor Bundesgericht unzulässig (Art. 99 Abs. 2 BGG). [...]

Die Vorinstanz hat den Hauptantrag auf Überweisung der Streitsache an einen anderen Spruchkörper gutgeheissen und den Eventualantrag nicht geprüft. Die Beschwerdeführerin bringt in diesem Zusammenhang nicht vor, ihre Anträge seien rechtswidrig ausgelegt worden, wenn ihr Hauptantrag so verstanden wurde, dass die Streitsache an ein anderes Gericht zu überweisen sei. Wenn sie nun sinn-

gemäss verlangt, der Verstoss gegen die Unabhängigkeit des Gerichts sei in der Weise zu beheben, dass der Ersatzrichter zu verpflichten sei, sein Mandat als Parteivertreter vor dem Spruchkörper niederzulegen, dem er angehört, ist ihr Begehren neu und unzulässig.

Wenn die Beschwerdeführerin nun im bundesgerichtlichen Verfahren hauptsächlich beantragt, dass die Fachrichter, die demselben Spruchkörper wie der Anwalt der Gegenpartei angehören, nicht in den Ausstand zu treten hätten, so stellt sie ein anderes Begehren, als sie dies in ihrem Hauptantrag vor dem kantonalen Justizgericht getan hatte. Dieses Begehren ist neu; darauf kann nicht eingetreten werden.

3. Beiläufig ist immerhin Folgendes zu bemerken.

Das Justizgericht kommt zum Schluss, dass der Ersatzrichter demselben Spruchkörper angehört wie die Fachrichter des Handelsgerichts, die von Gesetzes wegen in jedem Streitfall vor Handelsgericht beizuziehen sind. Das Justizgericht stellt damit fest, dass der Ersatzrichter vor Handelsgericht dem Spruchkörper angehört, vor dem er gemäss § 24 Abs. 3 GOG nicht als Vertreter einer Partei auftreten darf. Es versteht sich von selbst, dass sich der Richter von sich aus an dieses gesetzliche Verbot halten muss, ebenso wie jeder Richter verpflichtet ist, sich auch ohne Antrag einer Partei in den Ausstand zu begeben, wenn er einen Grund erkennt, der den Anschein der Befangenheit begründet. Der Ersatzrichter ist nach § 24 Abs. 3 GOG verpflichtet, die Übernahme eines Mandats abzulehnen bzw. ein übernommenes Mandat niederzulegen, wenn der Spruchkörper, dem er angehört, zur Entscheidung des Streitfalles zuständig ist. Missachtet der Ersatzrichter dieses gesetzliche Verbot, so obliegt dem Gericht, dem er angehört, auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung, für die Einhaltung der Ausstandsvorschriften zu sorgen, wie dies nach der Stellungnahme des Handelsgerichts an das Justizgericht bis vor wenigen Jahren denn auch der Fall war. Jedenfalls ist nicht nachvollziehbar, dass eine Ausnahmeregelung getroffen werden soll, wenn die gesetzliche Regelung zu Verhinderung der Befangenheit nicht eingehalten wird. Denn Gerichte, die eigens für die Beurteilung einer Angelegenheit gebildet werden, sind gemäss Art. 30 Abs. 1 BV grundsätzlich unzulässig (Urteil 1B_517/2017 vom 13. März 2018 E. 5.1, zur Publikation vorgesehen; BGE 144 I 37 E. 2.1; 137 I 340 E. 2.2.1).

4. Auf die Beschwerde ist nicht einzutreten. [...]

Kommentar von *Johannes Reich*

1. Sprachliche Nuancen lassen zuweilen tief blicken. Die zunächst durch das Justizgericht des Kantons Aargau und anschliessend durch die I. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts beurteilte *Parteivertretung durch einen Rechtsanwalt vor*

dem Handelsgericht des Kantons Aargau, dem er gleichzeitig als nebenamtlicher Richter (Ersatzrichter) angehört, belegt diesen Umstand exemplarisch. «Wesenskern des gerichtlichen Verfahrens» ist die «Streitentscheidung zwischen verschiedenen Parteien» (BGE 126 I 228 E. 2c/aa S. 231). Aufgabe eines Gerichts ist es daher, rechtliche Streitigkeiten als «rechter Mittler» (BGE 33 I 146 E. 2 S. 146) auf rechtsnormativer Grundlage verbindlich zu entscheiden, indem es den ihm zur Beurteilung vorgelegten Sachverhalt als rechtswidrig oder rechtskonform beurteilt (eingehender Johannes Reich, in: Basler Kommentar BV, 2018, Art. 30 N 13, Art. 191c N 1–6, 14). Das Justizgericht taxiert die infrage stehende Vereinigung anwaltlicher Parteivertretung mit nebenamtlicher richterlicher Tätigkeit am identischen Gericht vor dem Hintergrund des Anspruchs auf ein unparteiisches Gericht (Art. 30 Abs. 1 BV) aber weder als rechtskonform noch als rechtswidrig, sondern lediglich als «heikel» (vgl. Justizgericht, E. 4.4, 4.5). Sodann verweist das Justizgericht auf die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach es «grundsätzlich zu begrüessen» sei, «wenn ein Richter vor dem Gericht, dem er ersatzweise angehört, nicht als Parteivertreter» auftritt, obwohl sich «ein entsprechendes generelles Verbot» weder «aus Art. 30 Abs. 1 noch aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK» ergebe (Justizgericht, E. 3.4.2; BGE 139 I 121 E. 5.4.2 S. 128; Kursivdruck hinzugefügt). Diese sprachlichen Nuancen deuten darauf hin, dass beide Gerichte die klare personelle Trennung richterlicher und anwaltlicher Funktionen befürworten. Beide Instanzen verstehen ihre subtil kommunizierte Präferenz aber nur als *rechtspolitische*, nicht als rechtsnormativ verbindliche. Für diese Einschätzung mag die in kleinräumigen Kantonen schmale Rekrutierungsbasis für qualifiziertes Gerichtspersonal mitverantwortlich sein. Das Kandidatenfeld liesse sich jedoch durch die Errichtung interkantonalen Gerichte (vgl. Art. 191b Abs. 2 BV) oder den Verzicht auf das Wohnsitzerfordernis für Gerichtspersonen deutlich erweitern (vgl. Benjamin Schindler, Richterliche Unabhängigkeit in kleinräumigen Verhältnissen, ZBl 117/2016, S. 113 f.). Die gesetzliche Ausgestaltung des Aargauer Justizgerichts ist hierfür exemplarisch: Für seine Mitglieder existiert im Unterschied zu den übrigen richterlichen Behörden des Kantons weder eine Wohnsitzpflicht noch eine Altersgrenze (vgl. § 16 Abs. 1 Satz 2, § 18 Abs. 3 GOG).

2. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, «wonach die *blosse Kollegialität unter Gerichtsmitgliedern*» den Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht nach Art. 30 Abs. 1 BV *nicht verletzt* und daher «keine Ausstandspflicht gebietet», beruht auf der Überlegung, dass die einzelnen Mitglieder eines Kollegialgerichts in ihrer rechtlichen Stellung voneinander unabhängig und je einzeln dem Recht verpflichtet sind (vgl. BGE 133 I 1 E. 6.6.3 S. 10 f.; Kursivdruck hinzugefügt). Daher soll die durch die gemeinsame Angehörigkeit geschaffene «Möglichkeit kollegialer Gefühle» für sich allein keinen objektiv begründeten «Anschein der Befangenheit» erwecken (vgl. BGE 133 I 1 E. 6.4.4 S. 8). Auch wenn diese Argumentation rhetorisch «Objektivität» für sich in Anspruch nimmt, bleibt ihre Überzeugungskraft erkenntnistheoretisch überschaubar. Sie beruht mit dem Verweis auf

einen beim Publikum tatsächlich oder vermeintlich geschaffenen «Anschein» auf einer analytisch gewonnenen Hypothese. Deren empirische Belastbarkeit dürfte aber bestenfalls brüchig sein. Immerhin bietet langjährige kollegiale Zusammenarbeit unter Gleichgestellten einen optimalen Nährboden sowohl für vertrauensvolle Wertschätzung als auch für sorgsam gepflegte Animositäten. Diese gegensätzlichen Effekte kollegialer Nähe können auch negative Folgen für das Verhältnis zwischen Rechtsanwalt und Klient zeitigen, indem ein Richterkollegium geneigt sein kann, den Eindruck vertrauensvoller kollegialer Nähe durch Zurücksetzung eines Rechtsanwalts, der dem entsprechenden Gericht als Ersatzrichter angehört, zu zerstreuen (Reich, Art. 30 N 30). Die Vereinigung richterlicher und anwaltlicher Funktionen in einer Person gefährdet daher nicht nur die Unparteilichkeit des Gerichts (Art. 30 Abs. 1 BV), sondern auch die *unabhängige Ausübung des Anwaltsberufs* im Interesse des Klienten oder der Klientin (Art. 12 Bst. a BGFA).

3. Die infrage stehende Verbindung zwischen der anwaltlichen und der richterlichen Funktion bezog sich vorliegend auf einen am *Handelsgericht des Kantons Aargau* tätigen Ersatzrichter.

3.1. Die Schweizerische Zivilprozessordnung ermächtigt die Kantone, «ein Fachgericht» zu bezeichnen, das «als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig ist» (Art. 6 Abs. 1 ZPO). Neben den Kantonen Bern, St. Gallen und Zürich hat auch der Kanton Aargau von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Das Handelsgericht des Kantons Aargau bildet eine Abteilung des Obergerichts, ist in zwei Kammern aufgeteilt und setzt sich aus einem Präsidenten oder einer Präsidentin, einer Vizepräsidentin oder einem Vizepräsidenten, den Fachrichterinnen und Fachrichtern sowie den Ersatzrichterinnen und Ersatzrichtern zusammen (vgl. Justizgericht, E. 2.1). Ersatzrichterinnen und Ersatzrichter sind einer der beiden Kammern zugeteilt (vgl. Justizgericht, E. 2.1). Demgegenüber können die zwölf Fachrichterinnen und Fachrichter aufgrund der Geschäftsordnung des Obergerichts mangels einer entsprechenden dauernden Zuweisung in *beiden* Kammern eingesetzt werden (vgl. Justizgericht, E. 2.1, 4.4). Wie das Justizgericht feststellt, führt diese Konstellation dazu, dass das auch an Ersatzrichterinnen und Ersatzrichter des Handelsgerichts gerichtete Verbot, «vor der Abteilung des Gerichts, der sie angehören, [...] als Parteivertretung» aufzutreten (§ 24 Abs. 3 GOG), leerläuft (vgl. Justizgericht, E. 2.1). § 24 Abs. 3 GOG deutet das Justizgericht teleologisch und misst ihm den «Sinn und Zweck» der «Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit» zu (vgl. Justizgericht, E. 4.6). Indem das Justizgericht an § 24 Abs. 3 GOG anknüpft, lässt sich die Frage des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf ein unparteiisches Gericht (Art. 30 Abs. 1 BV) als *blosser Normkonflikt innerhalb des kantonalen Rechts* zwischen dem Gerichtsorganisationsgesetz (GOG) als Gesetz im formellen Sinn und der nachgeordneten Geschäftsordnung des Obergerichts als Verordnung darstellen. Damit kommt der Geschäftsleitung des Obergerichts als Verordnungsgeberin im entsprechenden Bereich der Justizver-

waltung (vgl. § 37 Abs. 3 GOG) die Pflicht zu, fragliche Konstellationen fortan zu vermeiden.

3.2. Indem das Justizgericht das Ausstandsbegehren auf der Grundlage von § 24 Abs. 3 GOG gutheisst und das Handelsgericht anweist, das Verfahren ohne Fachrichterinnen und Fachrichter – entweder durch die Ergänzung des Spruchkörpers mit Mitgliedern der Zivilkammer des Obergerichts oder aber durch die Überweisung an das allgemein zuständige Zivilgericht (Justizgericht, E. 5) – zu führen, löst es zwar den Anspruch auf ein unparteiisches Gericht (Art. 30 Abs. 1 BV) ein, gerät aber gleichzeitig nicht nur mit dem Anspruch auf ein *durch Gesetz geschaffenes und zuständiges Gericht* (Art. 30 Abs. 1 BV), sondern auch mit dem *Vorrang des Bundesrechts* (Art. 49 Abs. 1 BV) in Konflikt. Aufgrund von Art. 49 Abs. 1 i.V.m. Art. 122 Abs. 2 BV geht die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) widersprechenden kantonalen Regelungen zur Organisation der Gerichte und zur Rechtsprechung in Zivilsachen, wie sie sich für den Kanton Aargau im GOG finden, vor (vgl. allgemein *Alexander Brunner*, in: ders. et al., *Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO*, Dike-Kommentar, 2. Aufl., 2016, Art. 3 N 2). Das gilt auch für die Bestimmungen der ZPO über die sachliche und funktionelle Zuständigkeit (Art. 3–8 ZPO). Ist eine streitige Zivilsache im Sinn von Art. 6 Abs. 2 ZPO «handelsrechtlich» und existiert wie im Kanton Aargau ein Handelsgericht, ist dessen sachliche Zuständigkeit *zwingend* (vgl. statt anderer *Bernhard Berger*, *Berner Kommentar ZPO*, Bern 2012, Art. 6 N 7). Sowohl die klagende als auch die beklagte Partei des fraglichen Verfahrens waren Aktiengesellschaften und damit im Handelsregister eingetragen (vgl. Art. 643 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 6 Abs. 2 Bst. c ZPO). Daher muss davon ausgegangen werden, dass die Voraussetzungen der zwingenden handelsgerichtlichen Zuständigkeit gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO erfüllt waren. Entscheidet ein Handelsgericht aber ohne Fachrichterinnen und Fachrichter, verliert es seinen Charakter als «Fachgericht» i.S.v. Art. 6 Abs. 1 ZPO, woran auch der vom Justizgericht angeregte, notwendig auf die Klärung gerichtlich formulierter und isolierter Einzelfragen beschränkte Beizug externer Fachgutachten nichts zu ändern vermag. Der Einbezug von Fachrichterinnen und Fachrichtern in den Spruchkörper bildet jedoch die Rechtfertigung für den ausnahmsweisen Verzicht auf das Erfordernis des doppelten Instanzenzugs in Zivilsachen, entscheiden Handelsgerichte im Unterschied zu den ordentlichen Zivilgerichten doch als *einzig* kantonale Instanzen (vgl. Art. 6 Abs. 1 ZPO; Art. 75 Abs. 2 Bst. b BGG; vgl. *Brunner*, Art. 6 N 6). Daher ist weder die durch das Justizgericht auf der Grundlage kantonalen Rechts (§ 24 Abs. 3 GOG) verlangte Entscheidung durch einen ohne Fachrichterinnen und Fachrichter besetzten Spruchkörper des Handelsgerichts noch die als Alternative erwähnte Überweisung an «das in der Zivilgerichtsbarkeit allgemein zuständige Gericht» mit der in Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO *bundesgesetzlich zwingend vorgesehenen sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts* vereinbar. Daraus folgt unmittelbar, dass beide durch das Justizgericht skizzierten alternativen Szenarien sowohl mit dem *Vorrang des Bundesrechts vor kantonalem*

Recht (Art. 49 Abs. 1 BV) als auch mit dem *Anspruch auf ein zuständiges Gericht* i.S.v. Art. 30 Abs. 1 BV kollidieren.

4. Sowohl die Kollision zwischen den Ansprüchen auf ein *unparteiisches* und auf ein sachlich *zuständiges* Gericht als auch die Missachtung des Vorrangs des Bundesrechts hätten sich vermeiden lassen, wäre der betreffende Rechtsanwalt und Ersatzrichter am Aargauer Handelsgericht seiner Pflicht, das Herbeiführen eines Ausstandsgrunds zu verhindern (vgl. BGE 137 I 227 E. 2.6.3 S. 233), durch die Niederlegung des betreffenden Mandats nachgekommen. Diese Pflicht hätte nicht nur durch eine Anzeige an die Aargauer Anwaltskommission, die kantonale Aufsichtsbehörde über die Anwältinnen und Anwälte (vgl. § 6 Abs. 1 Satz 1 Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte [EG BGFA; SAR 290.100]), aufgrund der Berufspflicht zur unabhängigen Ausübung des Anwaltsberufs gemäss Art. 12 Bst. a BGFA i.V.m. § 7 Abs. 1 Bst. a EG BGFA (vgl. dazu vorne Ziff. 2), sondern auch unmittelbar auf der Basis von § 24 Abs. 3 GOG durch das Handelsgericht bzw. durch einen entsprechenden Entscheid des Justizgerichts eingefordert werden können. Letzteres deutet das Bundesgericht inhaltlich zutreffend trotz des von ihm gefällten negativen Prozessurteils «beiläufig» an (vgl. Bundesgericht, E. 3). «Nebenbei Gesagtes» (lat.: obiter dictum) ist indessen mit der Aufgabe von Gerichten, nur jene Rechtsstreitigkeiten verbindlich zu entscheiden, die ihnen von den Parteien vorgetragen werden, unvereinbar (vgl. vorne unter Ziff. 1). Gerichte sind keine Verwaltungsbehörden, die befugt sind, Geschäfte nachgeordneter Einheiten zur Beurteilung an sich zu ziehen (vgl. Art. 47 Abs. 4 RVOG). Nachdem die sorgfältige Abgrenzung der verschiedenen Aufgaben der Rechtspflege Gegenstand des angefochtenen justizgerichtlichen Urteils bildete, kommt dem bundesgerichtlichen Obiter Dictum daher im spezifischen Kontext eine widersprüchliche und unfreiwillig ironische Note zu.

5. Die Entscheide des Justizgerichts und des Bundesgerichts werfen zusammengefasst zunächst ein Schlaglicht auf die *Amtspflichten* auch jener nebenamtlichen Gerichtspersonen, die anwaltlichen Tätigkeiten nachgehen. Sie sind nicht nur gehalten, Handlungen zu unterlassen, mit denen sie einen Ausstandsgrund herbeiführen würden, sondern auch verpflichtet, beim Vorliegen eines Ausstandsgrunds von sich aus in den Ausstand zu treten. Mit den monetären Vorteilen und dem Prestige einer nebenamtlichen richterlichen Tätigkeit sind notwendig Amtspflichten verbunden, die sich im Einzelfall geschäftlich negativ bemerkbar machen können. Daneben illustrieren die beiden Urteile, dass die Parteivertretung vor jenem Gericht, dem die betreffende Person nebenamtlich angehört, nicht nur mit dem Anspruch auf ein unparteiisches Gericht, sondern auch mit der *unabhängigen Ausübung des Anwaltsberufs* im Interesse der Klientin oder des Klienten unweigerlich in Konflikt gerät.

473 **Von Proporzglück und Doppelproporzpech.**
Giovanni Biaggini

475 **Politische und religiöse Werbung an Fahrzeugen und Anlagen öffentlicher Verkehrsbetriebe.**
Andreas Stöckli/Elisabeth Joller

Rechtsprechung

501 **Verfahren. Zug. Anspruch auf einen unvoreingenommenen Richter, Beziehungen eines Richters zur Kanzlei, in der die Rechtsvertreterin einer Prozesspartei angestellt ist; Art. 47 Abs. 1 ZPO und Art. 30 Abs. 1 BV. Kommentar (Gerold Steinmann)**

508 **Verfahren. Aargau:**
– **Entscheid des Justizgerichts des Kantons Aargau vom 28. Februar 2018, JG/2017/01: Unvoreingenommenheit des Handelsgerichts Aargau, Kumulation von Ersatzrichteramt und Rechtsvertretung vor Gericht; Art. 30 Abs. 1 BV, § 95 Abs. 1 KV/AG, § 24 GOG/AG;**
– **Entscheid des Bundesgerichts, I. zivilrechtliche Abteilung, vom 9. Juli 2018, 4A_263/2018: Unvoreingenommenheit des Handelsgerichts des Kantons Aargau, Ausstandspflicht des Rechtsvertreters, Unzulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen; Art. 30 Abs. 1 BV, § 24 GOG/AG, Art. 99 Abs. 2 BGG.**
Kommentar (Johannes Reich)

520 **Abgaberecht – Meinungsfreiheit. St. Gallen. Kundgebung auf öffentlichem Grund, Gebühr für die Erteilung einer Bewilligung; Art. 16 und 22 BV, Art. 10 und 11 EMRK, Art. 21 UNO-Pakt II.**

Besprechung

525 **Jagmetti Riccarda: Johann Jakob Rüttimann (1813–1876). Mitgestalter der Schweiz im Aufbruch (Stefan G. Schmid)**