

Die X. AG (nachfolgend «Beschwerdeführerin») hatte sich im Konkurs der Y. AG Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit abtreten lassen und in der Folge beim Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden gegenüber den verantwortlichen Personen Klage auf Zahlung von CHF 647 111.– erhoben. Das Kantonsgericht hatte die Klage abgewiesen. Das erstinstanzliche Urteil war vom Obergericht auf Appellation der Beschwerdeführerin hin bestätigt worden.

Die von der Beschwerdeführerin dagegen erhobene zivilrechtliche Berufung war vom Bundesgericht teilweise gutgeheissen worden (BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001). Das Bundesgericht hatte daraufhin die Angelegenheit zur Ergänzung des Sachverhalts sowohl in Bezug auf den unmittelbaren als auch auf den mittelbaren Schaden an das Obergericht zurückgewiesen. Das Obergericht hatte ein neuerliches Beweisverfahren durchgeführt und die Appellation der Beschwerdeführerin erneut abgewiesen. Hinsichtlich des mittelbaren Schadens hatte es – entgegen seiner früheren gegenteiligen Feststellung – die Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin verneint, da die Y. AG am 24. April 2007 von Amtes wegen im Handelsregister gelöscht worden war und die abgeleitete Prozessführungsbefugnis der Beschwerdeführerin als Nebenrecht untergegangen sei.

Das Bundesgericht hatte die gegen diesen zweiten Entscheid des Obergerichts erhobene Beschwerde wiederum teilweise gutgeheissen und die Angelegenheit abermals an das Obergericht zurückgewiesen, damit dieses die im ersten Rückweisungsentscheid angeordneten Sachverhaltsergänzungen vornehme (BGer 4A_5/2008 vom 22. Mai 2008).

Vor Obergericht beantragte die Beschwerdeführerin daraufhin, dass der Fall von anderen Richtern, welche an den vorangegangenen zwei Entscheiden nicht beteiligt gewesen waren, beurteilt werde, da die Richter gegen ihre eigene Beurteilung entscheiden müssten und daher befangen seien. Die Ausstandsbegehren wurden vom Obergericht – in anderer Besetzung – abgewiesen.

Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde ans Bundesgericht und beantragte, den Entscheid des Obergerichts aufzuheben und die Ausstandsbegehren gutzuheissen. Sie rügte die Verletzung ihres Anspruchs auf einen unbefangenen, unvoreingenommenen und unparteiischen Richter nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Zur Begründung führte sie an, das Obergericht habe bereits zweimal falsch entschieden. Obwohl es nach der ersten Rückweisung ein Gutachten veranlasst hatte, welches vollständig zu ihren Gunsten ausgefallen sei, habe es die Klage entgegen dem Resultat des Gutachtens plötzlich zufolge angeblichen Fehlens der Aktivlegitimation abgewiesen. Da die Aktivlegitimation im ersten Entscheid ausdrücklich bejaht worden sei, erwecke dieses Vorgehen den Eindruck, dass die Richter die Klage partout nicht gutheissen wollten. Deshalb sei ernsthaft zu befürchten, dass

Kein Ausstand wegen zweimaliger Vorbefassung des Gerichts

Art. 30 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK

Ob eine unzulässige, den Verfahrensausgang vorwegnehmende Vorbefassung eines Richters vorliegt, ist im Einzelfall anhand der tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände zu beurteilen. Fehlerbehaftetes richterliches Handeln, welches eine zweimalige Rückweisung durch das Bundesgericht notwendig machte, begründet für sich allein genommen keinen Anschein der Voreingenommenheit. [316]

BGer 4A_381/2009 vom 16. Oktober 2009

die gleichen Richter die Klage auch ein drittes Mal abweisen würden, wobei zu berücksichtigen sei, dass diese Richter sich bereits an den ersten Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts nicht gehalten hätten. Unter diesen Umständen seien die Gründe, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen, offensichtlich gegeben.

Unter Bezugnahme auf seine frühere Rechtsprechung hielt das Bundesgericht einleitend fest, dass der Umstand der richterlichen Mitwirkung am im Rechtsmittelverfahren aufgehobenen Urteil für sich allein keinen Ausstandsgrund darstellt. Der Anspruch auf einen verfassungsmässigen Richter umfasst nicht die Garantie auf fehlerfreies richterliches Handeln, und entsprechende Mängel begründen grundsätzlich keinen Anschein der Befangenheit. Verfahrensverstösse oder ein materiell falscher Entscheid sind im Rechtsmittelverfahren zu rügen. Nur bei besonders krassen oder wiederholten Irrtümern, die einer schweren Amtspflichtverletzung gleichkommen und sich einseitig zu Lasten einer der Prozessparteien auswirken, verhält es sich anders.

Vorliegend, so das Bundesgericht, habe das Obergericht in seinem ersten Entscheid den Begriff der Sanierung verkannt, im zweiten Entscheid den rechtlichen Rahmen verlassen, den das Bundesgericht mit seinem ersten Rückweisungsentscheid vorgegeben hatte. Obwohl es ungewöhnlich sei, dass das Bundesgericht einen Entscheid zweimal zum Zwecke der gleichen Sachverhaltsergänzung aufheben und an die Vorinstanz zurückweisen müsse, erwecke dieser Mangel allein nicht den Anschein der Voreingenommenheit. Der angebliche Zusammenhang zwischen den Ergebnissen des Gutachtens und der Klageabweisung mangels Aktivlegitimation sei von der Beschwerdeführerin nicht hinreichend aufgezeigt worden, weshalb keine zur zweimaligen Rückweisung durch das Bundesgericht hinzutretenden Hinweise vorlägen, die auf eine behauptete Voreingenommenheit schliessen liessen. Mangels konkreter Umstände, die einen Anschein der Befangenheit zu begründen vermochten, wies das Bundesgericht die Beschwerde daher ab.

gesehenen Rechtsmittelverfahren zu rügen ist. Diese Rechtsprechung wird zum Teil in der ZPO CH kodifiziert, welche in Art. 45 Abs. 2 ausdrücklich vorsieht, dass allein die Mitwirkung am Entscheid über unentgeltliche Rechtspflege, im Schlichtungs-, Rechtsöffnungs- oder Eheschutzverfahren und bei der Anordnung von vorsorglichen Massnahmen keinen Ausstandsgrund darstellt.

Peter Hostansky

Kommentar

Obwohl es in der Tat aussergewöhnlich ist, dass das Bundesgericht einen Entscheid zweimal aufheben und mit identischer Vorgabe zur Sachverhaltsergänzung an die Vorinstanz zurückweisen muss, ist der Entscheid richtig. Mit ihm hat das Bundesgericht seine gefestigte Rechtsprechung, wonach die Vorbefassung des Gerichts – selbst eine zweimalige – für sich allein keinen Anschein der Befangenheit erweckt, zu Recht bestätigt und konsequent weiterentwickelt. Gleiches gilt in Bezug auf fehlerbehaftetes richterliches Handeln, das richtigerweise im dafür vor-