



dRSK

Kommentar zu: Urteil: [4A_243/2020](#) vom 5. November 2020, zur Publikation vorgesehen

Sachgebiet: Immaterialgüter-, Wettbewerbs- und Kartellrecht

Gericht: Bundesgericht

Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung

dRSK-Rechtsgebiet: Immaterialgüterrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) | 

Richterliche Befangenheit bei administrativer Tätigkeit?

Anwendbarkeit der Ausstandsprinzipien auf (rein) administrative Tätigkeiten bei Personen mit Doppelfunktion

Autor / Autorin

Daniel Donauer, Saskia Markiewicz



Redaktor / Redaktorin

Beat Brändli



Im vorliegenden Entscheid äusserte sich das Bundesgericht eingehend zu den Grundsätzen der richterlichen Befangenheit, welche nach Art. 47 ZPO i.V.m. Art. 30 BV infolge einer parallelen anwaltlichen Tätigkeit Relevanz erlangen können. Im Vordergrund stehen dabei (lediglich) administrative Tätigkeiten eines Anwalts bzw. seines Arbeitgebers in einem anderweitigen (Dritt-)Verfahren.

Sachverhalt

[1] Am 29. November 2017 erhob die B. GmbH (Klägerin, Beschwerdegegnerin) am Bundespatentgericht eine Patentverletzungsklage gegen die A. AG (Beklagte, Beschwerdeführerin). Die Klägerin macht darin eine Verletzung von Patenten durch die Einweg-Injektionspens «C.» der Beklagten geltend. **In diesem Verfahren mit der Verfahrensnummer O2017_022 setzt sich der Spruchkörper des Bundespatentgerichts aus den Richtern Christoph Gasser (Instruktionsrichter), Tobias Bremi (Referent) und Kurt Sutter zusammen.**

[2] Am 13. Januar 2020 ging am Bundespatentgericht eine weitere Patentverletzungsklage gegen die Beklagte ein (Verfahren Nr. O2020_001). In diesem Verfahren wird durch eine Drittgesellschaft die Verletzung ihres Patents durch die gleichen «C.» Injektionspens der Beklagten geltend gemacht, die auch Anfechtungsgegenstand des ersten Verfahrens O2017_022 sind.

[3] **Am 14. Februar 2020 stellte die Beklagte das Gesuch, Richter Tobias Bremi habe im ersten Patentverletzungsverfahren O2017_022 in den Ausstand zu treten. Die Arbeitgeberin von Richter Bremi, die Kanzlei E. AG, sei als Vertreterin von Patenten der Klägerin des zweiten Verfahrens O2020_001 gegenüber dem Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum eingetragen.** Mit Beschluss vom 8. April 2020 wies die Verwaltungskommission des Bundespatentgerichts das Ausstandsgesuch ab. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.

Erwägungen

[4] «Strittig ist, ob Richter Bremi im ersten Patentverletzungsverfahren O2017_022 in den Ausstand zu treten hat. Dabei ist von folgenden Tatsachen auszugehen:

- Tobias Bremi übt zwei Funktionen aus: Einerseits ist er der zweite hauptamtliche Richter (im Teilpensum) am Bundespatentgericht, andererseits ist er Patentanwalt in der Patentanwalts- und Markenrechtskanzlei E. AG. In seiner Funktion als Bundespatentrichter ist er im vorliegenden ersten Patentverletzungsverfahren O2017_022 Referent.
- Im zweiten Patentverletzungsverfahren O2020_001 ist Tobias Bremi weder als Richter beteiligt, noch vertritt seine Kanzlei eine der Prozessparteien als Rechtsvertreter.
- Gemäss Feststellung der Vorinstanz (angefochtener Beschluss, Erwägung 12, S. 10 oben) erschöpft sich die Tätigkeit der Kanzlei E. AG für die Klägerin des zweiten Verfahrens O2020_001 in der **administrativen Vertretung gegenüber dem Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum (IGE)**» (E. 2).

[5] «Nach ständiger Rechtsprechung erscheint ein als Richter amtierender Anwalt als befangen, wenn zu einer Partei ein noch offenes Mandat besteht oder er für eine Partei in dem Sinne mehrmals anwaltlich tätig geworden ist, dass zwischen ihnen eine Art Dauerbeziehung besteht. Das gilt unabhängig davon, ob das Mandat in einem Sachzusammenhang mit dem zu beurteilenden Streitgegenstand steht oder nicht (BGE [140 III 221](#) E. 4.3.1; [139 III 433](#) E. 2.1.4 S. 437; [138 I 406](#) E. 5.3 S. 407; [135 I 14](#) E. 4.1 S. 15 f.). **Der als Richter amtierende Anwalt kann in einer solchen Situation, wenn auch unbewusst, versucht sein, seinen Mandanten nicht durch einen für diesen ungünstigen Entscheid vergrämen zu wollen** (BGE [135 I 14](#) E. 4.3 S. 18). **Darüber hinaus hat das Bundesgericht anerkannt, dass ein als Richter bzw. Schiedsrichter amtierender Anwalt nicht nur dann als befangen erscheint, wenn er in einem anderen Verfahren eine der Prozessparteien vertritt oder kurz vorher vertreten hat, sondern auch dann, wenn im anderen Verfahren ein solches Vertretungsverhältnis zur Gegenpartei einer der Prozessparteien besteht bzw. bestanden hat** (BGE [139 III 433](#) E. 2.1.4 S. 437; [138 I 406](#) E. 5.3 S. 407 f.; [135 I 14](#) E. 4.1–4.3; vgl. auch BGE [139 I 121](#) E. 5.1 S. 126 und [139 III 120](#) E. 3.2.1 S. 124). Das Bundesgericht erwog dazu, in Fällen, in denen der Richter in anderen Verfahren zwar nicht die Prozesspartei selbst, sondern deren Gegenpartei vertritt oder vertrat, bestehe insofern ein Anschein der Befangenheit, als die Prozesspartei objektiv gesehen befürchten könne, der Richter könnte nicht zu ihren Gunsten entscheiden wollen, weil sie im anderen Verfahren Gegenpartei seines Mandanten sei. Daran ändere nichts, dass von einem Anwalt, der als (nebenamtlicher) Richter oder als Schiedsrichter tätig sei, erwartet werden können sollte, dass er in einem zu beurteilenden Fall beiden Prozessparteien gleichermaßen Gerechtigkeit widerfahren lässt, unabhängig davon, dass er in einem anderen Verfahren als Anwalt gegen eine der Prozessparteien auftritt oder auftrat. Das Bundesgericht wies dazu auf die Erfahrungstatsache hin, dass eine Prozesspartei ihre negativen Gefühle gegenüber der Gegenpartei oft auf deren anwaltlichen Vertreter überträgt, da dieser die Gegenpartei in der Auseinandersetzung mit ihr unterstützt. Für viele Parteien gelte der Anwalt der Gegenpartei ebenso als Gegner wie die Gegenpartei selbst, umso mehr, als er als der eigentliche Stratege im Prozess wahrgenommen werde. Es sei deshalb nachvollziehbar, dass eine Partei von einem Richter, der sie in einem anderen Verfahren als Vertreter der dortigen Gegenpartei bekämpft(e) und sie – aus ihrer Sicht – möglicherweise um ihr Recht bringen wird oder gebracht hat, nicht erwartet, er werde ihr plötzlich völlig unbefangen gegenüberreten (BGE [138 I 406](#) E. 5.3; [135 I 14](#) E. 4.3 S. 18). Das gelte unabhängig davon, ob das Mandat des Anwalts in einem Sachzusammenhang mit dem als Richter zu beurteilenden Streitgegenstand stehe oder nicht (BGE [138 I 406](#) E. 5.4.1 S. 409). In solchen Fällen geht das Bundesgericht ungeachtet der weiteren konkreten Umstände, also abstrakt ohne eine konkrete fallbezogene Prüfung, von einem Anschein der Befangenheit aus (BGE [139 III 433](#) E. 2.1.4 S. 437; [138 I 406](#) E. 5.4.1). **Insbesondere kann es etwa bei einem offenen Auftragsverhältnis zu einer Verfahrenspartei aufgrund der damit einhergehenden Interessenbindungen und Loyalitätspflichten des nebenamtlich als Richter tätigen Anwalts nicht darauf ankommen, ob das wahrgenommene Mandat von der Partei bzw. vom Anwalt als wichtig oder weniger bedeutsam erachtet wird** (BGE [139 III 433](#) E. 2.1.4 S. 437 f.)» (E. 4.2.2).

[6] «Ein Anschein der Befangenheit ergibt sich nach der Rechtsprechung auch daraus, dass nicht der nebenamtliche Richter selbst, sondern ein anderer Anwalt seiner Kanzlei ein Mandat mit einer

Prozesspartei unterhält bzw. kurz zuvor oder im Sinn eines Dauerverhältnisses mehrmals unterhalten hat.

Der Mandant erwartet nicht nur von seinem Ansprechpartner innerhalb der Anwaltskanzlei, sondern von deren Gesamtheit Solidarität. Die einheitliche Betrachtung entspricht auch dem anwaltlichen Berufsrecht, das im Hinblick auf einen Interessenkonflikt alle in einer Kanzleigemeinschaft zusammengefassten Anwälte wie einen Anwalt behandelt (BGE [140 III 221](#) E. 4.3.2; [139 III 433](#) E. 2.1.5 S. 438)» (E. 4.2.3).

[7] «Zur **Annahme einer besonderen Verbundenheit des Richters mit einer Verfahrenspartei, die den Anschein der Befangenheit erweckt, kommt auch eine andere Beziehung als ein direktes Mandatsverhältnis zu dieser Partei oder deren Gegenpartei in Betracht. So hat das Bundesgericht es etwa als unzulässig erachtet, dass ein Anwalt als Richter in einer Sache mitwirkt, die für ein gleichgelagertes Verfahren, in dem er eine Drittpartei als Anwalt vertritt, eine erhebliche präjudizielle Bedeutung haben kann** (BGE [139 III 433](#) E. 2.1.6 S. 439). **So bestünde ein Anschein der Befangenheit, wenn ein nebenamtlicher Richter in einer Sache zur Entscheidung berufen wird, in der sich die gleichen Rechtsfragen stellen wie in einem anderen hängigen Verfahren, in dem er als Anwalt auftritt** (BGE [128 V 82](#) E. 2a S. 85 und E. 3d; [124 I 121](#) E. 3). Unter Verweis auf diese beiden Entscheide hat das Bundesgericht später erwogen, dass sich die Ausstandsfrage stellen könne, wenn ein Richter in einem parallelen Verfahren ohne Bezug zu den Parteien eine Drittperson vertrete, welche die gleichen Interessen wie eine der Verfahrensparteien verfolge. Damit solle vermieden werden, dass der Richter in einer Weise über eine Streitfrage entscheide, die seine anwaltliche Stellung im Parallelverfahren verbessern könnte (BGE [133 I 1](#) E. 6.4.3 S. 8)» (E. 4.2.4).

[8] «Bei der zitierten Rechtsprechung bezüglich des Anscheins der Befangenheit von nebenamtlichen Richtern geht es um Befangenheiten, die aufgrund einer anwaltlichen Tätigkeit eines Richters entstehen können. Damit sind Situationen angesprochen, in denen eine anwaltliche Mandatsbeziehung im Sinne der eigentlichen, berufsspezifischen Rechtsanwalts-tätigkeit zwischen den oben genannten Personen besteht oder bestanden hat. Zur typischen Anwaltstätigkeit gehört die Wahrung von Klienteninteressen im Rahmen der Rechtsberatung, das Abfassen von juristischen Eingaben und die Vertretung vor einer Verwaltungsbehörde oder vor Gericht (vgl. BGE [135 III 410](#) E. 3.3 S. 414, 597 E. 3.3 S. 601). **Für solche Anwaltstätigkeiten rechtfertigt sich bezüglich der richterlichen Unabhängigkeit eine strikte Haltung:** Denn dabei hat der Anwalt für die Wahrung der Klienteninteressen den Standpunkt seines Klienten in einem gewissen Masse zu seinem eigenen zu machen, was den Anschein erwecken kann, dass er einen gleichgelagerten Fall als Richter nicht unbefangen beurteilen könnte. Sodann können die Parteien in solchen Mandaten oft nicht eindeutig zwischen der Partei und dem Rechtsvertreter unterscheiden und nehmen jenen als eigentlichen Prozessstrategen wahr» (E. 5.1).

[9] «**Das bedeutet aber nicht, dass rein administrative Tätigkeiten des als nebenamtlicher Richter tätigen Anwalts bzw. seiner Kanzlei für eine Verfahrenspartei per se unbedenklich wären.** Aber nicht jede irgendwie geartete Beziehung wirtschaftlicher, beruflicher oder persönlicher Natur begründet für sich allein den Anschein der Befangenheit (vgl. BGE [125 II 541](#) E. 4b). **Damit eine solche Beziehung Besorgnis der Befangenheit zu begründen vermag, müssen objektive Umstände auf eine gewisse Intensität der Beziehung hindeuten** (Urteile [9C 257/2016](#) vom 29. Juni 2016 E. 4.2.1; [8C 467/2014](#) vom 29. Mai 2015 E. 4; [4A 256/2010](#) vom 26. Juli 2010 E. 2.4). Ob eine Beziehung diesen Grad der Intensität erreicht, beurteilt sich aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls (vgl. etwa Urteil [4A 256/2010](#) vom 26. Juli 2010 E. 2.5 bezüglich einer Patentanmeldung). Besteht die beanstandete Beziehung nicht zu einer Verfahrenspartei, sondern zu deren Gegenpartei oder einer Drittpartei in einem anderen Verfahren, ist auch die Wirkung der beiden Verfahren aufeinander beim Entscheid über den Ausstand zu berücksichtigen» (E. 5.2).

[10] «Nach den Feststellungen der Vorinstanz beschränkt sich die Tätigkeit der Kanzlei E. AG für die Klägerin des zweiten Patentverletzungsverfahrens auf die rein administrative Vertretung gegenüber dem IGE. Die Kanzlei ist mithin einzig als (administrative) Vertreterin von Schweizer Teilen von europäischen Patenten im Patentregister eingetragen, d.h. von Patenten, die durch das europäische Patentamt geprüft und erteilt wurden und in der Schweiz auf entsprechenden Antrag und gegen Bezahlung der Jahresgebühr im Patentregister eingetragen werden (Art. 117, Art. 118a der Verordnung vom 19. Oktober 1977 über die Erfindungspatente; [SR 232.141](#)). Die Aufgabe des Vertreters eines nationalen Teils eines europäischen Patents gegenüber dem nationalen Patentamt

erschöpft sich darin, als Zustelladresse zu fungieren und Mitteilungen des nationalen Patentamtes an den Patentinhaber weiterzuleiten. Je nach Umfang des Auftrages kann auch die rechtzeitige Bezahlung fälliger Gebühren zum Auftrag hinzukommen. Es handelt sich damit bei der Tätigkeit als administrative Zustelladresse um eine bloss passive Übermittlerrolle. Diese ist notwendig, weil Parteien, die keinen Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz haben, ein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnen müssen (Art. 13 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente; [SR 232.14](#)). Damit soll vermieden werden, dass das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum Schriftstücke ins Ausland senden muss (MARK SCHWEIZER, in: Schweizer/Zech [Hrsg.], Stämpfli's Handkommentar, Patentgesetz [PatG], 2019, N. 2 zu Art. 13 PatG). Diese gesetzliche Regelung führt dazu, dass grössere Patentanwaltskanzleien oftmals bei mehreren Tausend Patenten als Vertreter gegenüber dem IGE eingetragen sind (vgl. Beschluss der Gerichtsleistung des Bundespatentgerichts vom 9. Juni 2016, O2014_013, E. 7; MARCO ZARDI, [I problemi pratici di applicazione delle Direttive sull'indipendenza del Tribunale federale dei brevetti](#), Justice - Justiz - Giustizia [Richterzeitung], 2012/3, Rz. 28). Ein solches Mandat als Zustelladresse kann nicht mit einer aktiven Vertretung im Rahmen eines typischen (Patent-)Anwaltsmandats verglichen werden. Während der (Patent-)Anwalt für eine wirkungsvolle Vertretung die Standpunkte seines Klienten bis zu einem gewissen Grad zu eigen machen muss, vertritt der nationale Vertreter gegenüber dem Patentamt keine anderen Interessen des Patentinhabers als diejenigen, die Mitteilungen des Patentamtes zu erhalten (und eventuell fällige Gebühren zu bezahlen). **Aufgrund dieser Unterschiede rechtfertigt es sich bei rein administrativen Tätigkeiten wie dem Zurverfügungstellen einer Zustelladresse nicht, für den Ausstand die gleiche, strenge Haltung wie bei einem (patent) anwaltlichen Mandat anzuwenden. Die Anwendung der oben genannten, für die anwaltliche Tätigkeit entwickelte strenge Rechtsprechung zum Ausstand kommt damit vorliegend nicht zum Tragen (Erwägung 5.1)» (E. 6.2).**

[11] «Dementsprechend ist nachfolgend nach den oben genannten Grundsätzen (Erwägung 5.2) zu beurteilen, ob die Beziehung zwischen der Kanzlei E. AG und der Klägerin des zweiten Patentverletzungsverfahrens unter den konkreten Umständen den notwendigen Grad der Intensität erreicht, damit Richter Bremi im ersten Patentverletzungsverfahren als befangen erscheint. Dafür ist einerseits das Ausmass der Beziehung der Kanzlei E. AG zur Klägerin des zweiten Verfahrens zu berücksichtigen. Andererseits ist auch die Wirkung des ersten auf den zweiten Patentverletzungsprozess im Ausstandsentscheid zu berücksichtigen» (E. 7).

[12] «Bezüglich der Wirkung des ersten auf das zweite Patentverletzungsverfahren ist im vorinstanzlichen Sachverhalt einzig festgestellt, dass im zweiten Verfahren eine nicht namentlich genannte Drittpartei eine Verletzung eines nicht spezifisch genannten anderen Patents durch den gleichen «C.» Injektionspens der Beschwerdeführerin geltend macht, der auch Anfechtungsgegenstand des ersten Verfahrens ist. Weitere Angaben fehlen; nicht einmal der Name der Klägerin des zweiten Verfahrens ist bekannt. Es ist auch nicht festgestellt, auf welches Patent sich die Klägerin im zweiten Verfahren stützt und ob sich die beiden Klagen gegen die gleiche Ausführungsform des «C.» Injektionspens richten. Ebenso wenig ist bekannt, ob es sich bei der Klägerin des zweiten Verfahrens um eine Konkurrentin der Beschwerdeführerin handelt, welche von einer Gutheissung der ersten Klage profitieren könnte. Immerhin kann festgehalten werden, dass die Klägerin des zweiten Patentverletzungsverfahrens sich auf ihr eigenes und damit auf ein anderes Patent als die klagende Beschwerdegegnerin im ersten Verfahren stützt. Aufgrund der unterschiedlichen Streitpatente stellen sich im zweiten Patentverletzungsverfahren gegen die Beschwerdeführerin mutmasslich andere technische und rechtliche Fragen wie im vorliegenden ersten Patentverletzungsprozess. **Trotzdem kann eine unter dem Blickwinkel der Befangenheit heikle Wechselwirkung bestehen, etwa wenn die Klägerin des zweiten Verfahrens die gleichen Interessen wie die klagende Beschwerdegegnerin im ersten Prozess verfolgt (Erwägung 4.2.4). Solches könnte hier zutreffen: Nach den durch die Vorinstanz noch beweismässig festzustellenden Vorbringen der Beschwerdeführerin, könnte die Klägerin des zweiten Verfahrens die gleichen Interessen wie die klagende Beschwerdegegnerin im ersten Prozess verfolgen, nämlich ein Verbot der Herstellung und des Vertriebs des «C.» Injektionspens.** Entsprechend würde ein solches Verbot im ersten Verfahren auch der Klägerin des zweiten Verfahrens und Klientin der Kanzlei von Richter Bremi dienen. Die Beschwerdeführerin könnte zwar bei Gutheissung der Klage der Beschwerdegegnerin eine alternative Lösung entwickeln, die ausserhalb des Schutzbereichs der im Verfahren O2017_022 geltend gemachten Patente liegt. Wie die Beschwerdeführerin aber zutreffend vorbringt, ist allgemein bekannt, dass Medizinalprodukte nicht von heute auf

morgen angepasst und auf den Markt gebracht werden können, sondern regulatorische Hürden zu überwinden haben, sodass für die Klägerin des zweiten Verfahrens durchaus ein Interesse an der Gutheissung der Klage der Beschwerdegegnerin bestehen könnte. Bei dieser Sachlage hätte die Vorinstanz für die Frage des Ausstandes von Richter Bremi im ersten Patentverletzungsverfahren die konkreten Auswirkungen der beiden hängigen Patentverletzungsprozesse abklären müssen. Einzig aufgrund der im angefochtenen Entscheid festgestellten Sachverhaltselemente ist es für das Bundesgericht nicht möglich, die konkreten Wirkungen des ersten Patentverletzungsverfahrens O2017_022 auf das zweite Verfahren O2020_001 abschliessend zu prüfen. **Die Vorinstanz hat somit nicht alle relevanten Tatsachen für die korrekte Anwendung des materiellen Rechts festgestellt, womit das Bundesgericht an der richtigen Anwendung der Ausstandsvorschriften gehindert ist» (E. 7.1.3).**

[13] «Bezüglich der Beziehungen zwischen der Klägerin des zweiten Verfahrens und der Kanzlei E. AG ist im angefochtenen Entscheid nur festgestellt, dass sich die Tätigkeit der Kanzlei von Richter Bremi für die Klägerin des zweiten Verfahrens auf die rein administrative Vertretung gegenüber dem IGE erschöpfe» (E. 7.2.1).

[14] Die Vorinstanz stellte im angefochtenen Entscheid ohne weitere Angaben fest, dass sich die Tätigkeit der Kanzlei von Richter Bremi für die Klägerin des zweiten Verfahrens auf die rein administrative Vertretung beschränke. Ein Beleg für diese Feststellung fehlt, was die Beschwerdeführerin zu Recht rügt. Die Beschwerdeführerin präsentiert nicht blosse, von vornherein haltlose Mutmassungen, wenn sie vorbringt, dass bei einer über 15 Jahre langen dauernden Geschäftsbeziehung nicht ohne weitere Abklärungen davon ausgegangen werden könne, die Kanzlei vertrete keine anderen Interessen der Klägerin des zweiten Verfahrens als die Post des Patentamtes zu erhalten. Unter diesen Umständen hätte die Vorinstanz die Art, den Umfang und die Dauer der konkreten Geschäftsbeziehung zwischen der Klägerin des zweiten Verfahrens und der Kanzlei E. AG abklären und insbesondere verifizieren müssen, ob die Kanzlei die Klägerin des zweiten Verfahrens nicht doch weitergehend (patent) anwaltlich beraten hat, wie die Beschwerdeführerin behauptet (E. 7.2.3).

[15] «Zusammenfassend kann das Bundesgericht bei dieser Sachlage nicht beurteilen, ob Richter Bremi im ersten Patentverletzungsverfahren O2017_022 befangen ist. Der angefochtene Entscheid ist daher zur weiteren Feststellung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen, sofern auch die Eventualerwägung der Vorinstanz nicht trägt» (E. 7.3).

Kommentar

Übersicht

[16] Vorliegend bot sich dem Bundesgericht die Möglichkeit, sich zu den Ausstandspflichten nach Art. 47 i.V.m. Art. 30 [BV](#) zu äussern. Im Vordergrund stand einerseits die Beurteilung einer (möglichen) Befangenheit auf Grundlage der *anwaltlichen* Tätigkeit des Richters und andererseits der generellen Einordnung von administrativen Tätigkeiten (hier: der Vertretung vor dem IGE). Die Vorinstanz sah in den schwerpunktmässig *administrativen* Aufgaben keinen ausreichenden Ausstandsgrund und lehnte daher das nach Art. 49 [ZPO](#) fristgerecht eingereichte Ausstandsgesuch ab. Die dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Bundesgericht gutgeheissen und an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Ausstandsgründe im Allgemeinen

[17] Gemäss Art. 30 Abs. 1 BV hat jeder ein verfassungsmässiges Recht auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht. Es soll damit garantiert werden, dass sachfremde Umstände, die ausserhalb eines Prozesses liegen, nicht in sachwidriger Weise zugunsten oder zulasten einer Partei auf das gerichtliche Urteil einwirken können (E. 4.1). Die Befangenheit eines Richters ist grundsätzlich dann anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die dazu geeignet sind, Misstrauen in dessen Unparteilichkeit zu erwecken (MARC WEBER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Auflage, Basel 2017 [zit. BSK ZPO-AUTOR], zu Art. 47 Rz. 3). Entscheidend für die Beurteilung der Befangenheit ist dabei, ob bei objektiver Betrachtung Umstände vorliegen, die den *Anschein der Befangenheit* und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Ein Nachweis, ob ein Richter in concreto tatsächlich befangen

ist, wird hingegen nicht verlangt (vgl. BGE [114 Ia 50](#) E. 3b). Diese objektiv festgestellten Umstände können entweder aus einem *bestimmten Verhalten* des betreffenden Richters oder aus gewissen *äusseren Gegebenheiten funktioneller* sowie *organisatorischer Natur* resultieren (BSK ZPO-WEBER, Art. 47 Rz. 3).

Ausstandsgründe im Einzelnen

[18] In Art. 47 Abs. 1 lit. a–f ZPO werden einzelne Ausstandsgründe aufgeführt. Neben Ausstandsgründen aufgrund von persönlichen Beziehungen in Art. 47 Abs. 1 lit. b–e ZPO statuieren Art. 47 Abs. 1 lit. a und f ZPO generalklauselartige Bestimmungen aus «anderen Gründen» bzw. aus «persönlichem Interesse» (FRANÇOISE BOHNE/LORENZ DROESE, Präjudizienbuch ZPO, Bern 2018, Art. 47 Rz. 4). Die Gründe für einen Ausstand gelten in gleicher Weise für die Mitglieder der ersten sowie der zweiten kantonalen Instanz und ebenso beim Bundespatengericht (STEPHAN WULLSCHLEGER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 47 Rz. 2). Vor Bundespatentgericht ist die Garantie eines verfassungsmässigen Richters insbesondere deshalb relevant, weil das für die Gerichtsorganisation gewählte Modell sich aus einer überwiegenden Mehrzahl von *nebenamtlichen Richtern* zusammensetzt (vgl. E. 4.2.1).

Anwaltliche Tätigkeit

[19] Ein als Richter amtierender Anwalt kann zunächst dann als Befangen erscheinen, wenn zu einer Partei ein noch *offenes Mandat* besteht oder er für eine Partei entsprechend mehrmals anwaltlich tätig geworden ist, so dass eine *Art Dauerbeziehung* besteht. Irrelevant ist, ob das Mandat in einem Sachzusammenhang mit dem zu beurteilenden Streitgegenstand steht oder nicht. Es darf zudem nicht darauf abgestellt werden, ob das wahrgenommene Mandat von der Partei bzw. von deren Anwalt als wichtig oder weniger bedeutsam erachtet wird (E. 4.2.2 m.w.H.). Sodann kann ein als Richter amtierender Anwalt nicht nur dann befangen sein, wenn er *in einem anderen Verfahren eine Prozesspartei vertritt oder kurz vorher vertreten hat*, sondern auch dann, wenn in einem anderen Verfahren ein solches *Vertretungsverhältnis zur Gegenpartei* einer der Prozessparteien besteht oder bestanden hat. Begründet wird dies unter anderem damit, dass eine Prozesspartei ihre negativen Gefühle gegenüber der Gegenpartei häufig auf deren anwaltlichen Vertreter überträgt, da dieser die Gegenpartei in der Auseinandersetzung mit ihr unterstützt. Es kann deshalb gemäss Bundesgericht nachvollzogen werden, dass eine Partei von einem Richter, der sie in einem anderen Verfahren als Gegenpartei bekämpfte, nicht erwartet, dass dieser ihr plötzlich völlig unbefangen gegenübertritt. In entsprechenden Fällen kann ohne Beizug weiterer Umstände, also ohne eine Prüfung im Einzelfall, von einem Anschein der Befangenheit ausgegangen werden. Auch dies gilt unabhängig davon, ob das Mandat des Anwalts in einem sachlichen Zusammenhang mit dem als Richter zu beurteilenden Streitgegenstand steht oder nicht (E. 4.2.2 m.w.H.). Der Anschein einer Befangenheit besteht auch dann, wenn nicht der nebenamtliche Richter selbst, sondern ein anderer Anwalt von derselben Kanzlei ein Mandat mit einer Prozesspartei unterhält oder dieses im Sinne eines Dauerschuldverhältnisses erfüllt (E. 4.2.3). Unabhängig von einem direkten Mandatsverhältnis kann der Anschein einer Befangenheit auch daraus resultieren, dass ein Anwalt als Richter in einer Sache mitwirkt, die für ein *gleichgelagertes Verfahren*, in welchem der fragliche Richter eine Drittpartei als Anwalt vertritt, eine erhebliche *präjudizielle Bedeutung* haben kann. So kann es unter dem Aspekt der Befangenheit zu einer *Wechselwirkung* kommen, wenn ein nebenamtlicher Richter in einer Sache entscheidet, in der sich die gleichen Rechtsfragen stellen wie in einem anderen hängigen Verfahren, in dem er als Anwalt auftritt (E. 4.2.4 m.w.H. vgl. auch E. 7.1.3).

Administrative Aufgaben

[20] Im vorliegenden Entscheid vertrat der Arbeitgeber des Richters die Klägerin in einem anderen Verfahren rein administrativ vor dem IGE. Die Vertretung vor dem IGE bestand hauptsächlich darin, gegenüber dem nationalen Patentamt als Zustelladresse zu fungieren und die Mitteilungen jeweils an den Patentinhaber weiterzuleiten (E. 6.2). Auch wenn sich das Bundesgericht aufgrund von fehlenden relevanten Tatsachen nicht dazu in der Lage sah, die Ausstandsvorschriften richtig anzuwenden, äusserte es sich dennoch zum Massstab dieser im Zusammenhang mit administrativen Tätigkeiten. So rechtfertigt es sich beispielsweise bei rein administrativen Aufgaben *nicht* – so das Bundesgericht –, für den Ausstand die *gleiche, strenge Haltung* wie bei einem anwaltlichen Mandat anzuwenden (E. 6.2). Abzulehnen ist jedoch auch die Auffassung, dass rein administrative

Tätigkeiten des als nebenamtlichen Richters tätigen Anwalts bzw. seiner Kanzlei für eine andere Verfahrenspartei per se unbedenklich sein können (E. 5.2). Eine rein administrative Aufgabe begründet eine Befangenheit, wenn objektive Umstände auf eine gewisse *Intensität der Beziehung* hindeuten (vgl. Urteil [9C_257/2016](#) vom 29. Juni 2016 E. 4.2.1). Dies ergibt sich jeweils aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls. Geht es hierbei nicht um die Beziehung zu einer Verfahrenspartei, sondern zu deren Gegenpartei oder einer Drittpartei in einem anderen Verfahren, ist zudem *die Wirkung der beiden Verfahren aufeinander* in die Entscheidung miteinzubeziehen (E. 5.2 m.w.H.).

Würdigung

[21] Einen weniger strengen Massstab in Bezug auf die Befangenheit im Zusammenhang mit administrativen Aufgaben anzuwenden, diese jedoch als «nicht per se unbedenklich» anzusehen, erscheint nach dem Gesagten durchaus sinnvoll. Allerdings kann eine Abgrenzung von anwaltlicher zu rein administrativer Tätigkeit im Einzelfall zu Herausforderungen führen. So kann beispielsweise bei einer über 15 Jahre andauernden, rein administrativ erscheinenden Tätigkeit nicht ohne weitere Abklärungen davon ausgegangen werden, dass keine über die administrative Tätigkeit hinausgehenden Interessen vertreten werden (E. 7.2.3). Insbesondere im Zusammenhang mit einer möglichen Befangenheit aufgrund einer (rein) administrativen Tätigkeit ist eine eingehende Einzelfallbeurteilung folglich unerlässlich.

Dr. iur. DANIEL DONAUER, LL.M. (*Univ. of Washington, Health Law*), ist Rechtsanwalt in Zürich mit Schwerpunkt Life Sciences & Healthcare sowie Immaterialgüterrecht.

SASKIA MARKIEWICZ, MLaw, ist Substitutin in Zürich.

Zitiervorschlag: Daniel Donauer / Saskia Markiewicz, Richterliche Befangenheit bei administrativer Tätigkeit?, in: dRSK, publiziert am 28. Januar 2021

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

[weblaw.ch](https://www.weblaw.ch)