

# **BGer 4A 17/2019 vom 6. September 2019**

Bundesgericht, 2019-09-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_17\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_17_2019)

FR: TF 4A 17/2019 du 6 septembre 2019

IT: TF 4A 17/2019 del 6 settembre 2019

## **Regeste**

Honorarforderung; Ausstand | Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Wird ein Ablehnungsgrund gegen einen bei einem kantonalen Entscheid mitwirkenden Richter erst nach Abschluss des Verfahrens entdeckt, kann dies mit Beschwerde in Zivilsachen gerügt werden ( BGE 139 III 120 E. 3.1.1 S. 122 f.; Urteil 4A\_62/2014 vom 20. Mai 2014 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 140 III 221 ). Das Urteil der Vorinstanz wurde auf dem Zirkulationsweg gefällt, was den Parteien mit Verfügung vom 3. Juli 2018 mitgeteilt wurde, ohne dass dabei die personelle Zusammensetzung des Spruchkörpers genannt wurde. Der Beschwerdeführer kann somit mit der Beschwerde in Zivilsachen die Befangenheit der Richterin rügen.

### **E. 2**

Nach Art. 99 Abs. 1 BGG können neue Tatsachen und Beweismittel nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt. Dabei kann es sich namentlich um Tatsachen und Beweismittel handeln, die sich auf das vorinstanzliche Verfahren beziehen, etwa eine behauptete Unregelmässigkeit in der Zusammensetzung des vorinstanzlichen Spruchkörpers ( BGE 139 III 120 E. 3.1.2 S. 123; zit. Urteil 4A\_62/2014 E. 1.4, nicht publ. in: BGE 140 III 221 ; je mit Hinweisen).

### **E. 3**

Das Ausstandsgesuch richtet sich gegen eine nebenamtliche Richterin der Vorinstanz, die beim angefochtenen Entscheid mitgewirkt hat.

#### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer beruft sich einerseits darauf, dass die besagte Richterin die Tochter des dienstältesten Präsidenten der Erstinstanz sei. Es erstaune, dass sie in der gleichen Stadt (und im gleichen Gerichtsgebäude) Zivilfälle in zweiter Instanz mitbeurteile. Aus Sicht einer ordnungsgemässen Justiz sei zu erwarten, dass die Richterin keine Zivilsachen beurteile; es gehe nicht darum, ob ihr Vater konkret am (angefochtenen) erstinstanzlichen Entscheid mitgewirkt habe. Denn es sei nicht auszuschliessen, dass er in einer anderen Streitsache über ähnliches oder gleiches zu richten habe (oder dies bereits getan habe) und so direkt oder indirekt die zweite Instanz beeinflusse. Weiter verweist der Beschwerdeführer darauf, dass die Richterin am xxx. November 2017 - also rund ein Jahr vor Bekanntgabe des angefochtenen Urteils - den Preis yyy für ihre Dissertation erhalten habe, der von der Beschwerdegegnerin gestiftet worden sei. Aus öffentlichen Quellen sei nicht ersichtlich, wie hoch der Preis dotiert sei, doch dürften es zwischen Fr. 2'000.-- und

Fr. 5'000.-- sein. Die Richterin habe Auskunft zur Höhe des Preises zu erteilen. In der Replik ergänzte er, gemäss einer zwischenzeitlich eingeholten Auskunft der Universität sei der Preis mit Fr. 5'000.-- dotiert. Schliesslich beruft sich der Beschwerdeführer darauf, dass die Richterin am 28. September 2018 zusammen mit Rechtsanwalt H. \_\_\_\_\_ an einer Tagung der Universität Y. \_\_\_\_\_ aufgetreten sei. Bei Rechtsanwalt H. \_\_\_\_\_ handle es sich um denjenigen Partner, der seinerzeit bei der Beschwerdegegnerin als fallführender Anwalt das Mandat betreut habe, um das es bei der streitgegenständlichen Honorarforderung gehe.

### **E. 3.2**

Die Beschwerdegegnerin wendet ein, wenn gemäss BGE 133 I E. 6.4.1 und 6.4.2 (gemeint wohl: 133 I 1) ein Mitglied eines Gerichts am gleichen Gericht gleichzeitig als Anwalt auftreten könne, ohne dass dies Befangenheit begründe, könne auch keine Befangenheit bestehen, wenn die Tochter eines Gerichtspräsidenten der unteren Instanz als Richterin an der oberen Instanz wirke. Die Richterin weist in ihrer Vernehmlassung zusätzlich darauf hin, dass sie immer in den Ausstand trete in einer Sache, mit der ihr Vater befasst war. Hinsichtlich des Preises betont die Beschwerdegegnerin, die Evaluation der Preisträger erfolge ausschliesslich durch die Juristische Fakultät, ihre Zusage zum Sponsoring beruhe auf einer jederzeit widerrufbaren mündlichen Zusage und sie habe keinen Anspruch auf irgendeine Gegenleistung. Eine - zumal direkte - wirtschaftliche oder sonstwie geartete Beziehung zwischen ihr und der Richterin bestehe bei dieser Sachlage nicht. Der Entscheid sei zudem mehr als ein Jahr nach der Preisverleihung gefällt worden. Es könne nicht angehen, dass eine Richterin auf unbestimmte Zeit oder gar lebenslänglich von der Behandlung von Fällen ausgeschlossen werde, in welche die Beschwerdegegnerin involviert gewesen sei. Die Richterin weist in ihrer Vernehmlassung ebenfalls auf die Unabhängigkeit der Fakultät und den Zeitraum zwischen Preisverleihung und Urteilsfällung hin und ergänzt, es sei nicht singulär, dass grössere Anwaltskanzleien als finanzielle Förderer mit ihrer Alma Mater verbunden seien. Für sie sei der Preis nicht aus monetären Gründen, sondern wegen der damit ausgedrückten Anerkennung von Bedeutung im Hinblick auf ihren weiteren beruflichen Werdegang. Die Beschwerdegegnerin weist schliesslich darauf hin, der Beschwerdeführer habe zu Recht nicht behauptet, die Richterin und Rechtsanwalt H. \_\_\_\_\_ hätten wiederholt an gleichen Veranstaltungen referiert und dies hätte zu einer engen persönlichen Beziehung geführt, was die Richterin bestätigt.

### **E. 4.1**

Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch darauf, dass ihre Streitsache von einem unbefangenen, unvoreingenommenen und unparteiischen Richter beurteilt wird. Es soll garantiert werden, dass keine sachfremden Umstände, die ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zugunsten oder zulasten einer Partei auf das gerichtliche Urteil einwirken. Art. 30 Abs. 1 BV soll zu der für einen korrekten und fairen Prozess erforderlichen Offenheit des Verfahrens im Einzelfall beitragen und damit ein gerechtes Urteil ermöglichen ( BGE 144 I 159 E. 4.3 S. 162; 142 III 732 E. 4.2.2 S. 736; 140 III 221 E. 4.1 S. 221 f.; 139 III 120 E. 3.2.1 S. 124, 433 E. 2.1.2 S. 435 f.). Die Garantie des verfassungsmässigen Richters wird verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Voreingenommenheit und Befangenheit in diesem Sinne werden nach der Rechtsprechung angenommen, wenn im Einzelfall anhand

aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände Gegebenheiten aufscheinen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Dabei ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit hervorrufen. Für die Ablehnung wird nicht verlangt, dass der Richter tatsächlich befangen ist ( BGE 144 I 159 E. 4.3 S. 162; 142 III 521 E. 3.1.1 S. 536; 140 III 221 E. 4.1 S. 222; 139 III 433 E. 2.1.2 S. 436; je mit Hinweisen).

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer beruft sich auf keinen der spezifischen Ausstandsgründe gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. a-e ZPO , sondern (sinngemäss) auf eine Befangenheit " aus anderen Gründen " im Sinn von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO .

##### **E. 4.2.1**

Dass das blosses Auftreten als Referenten an der gleichen Weiterbildungsveranstaltung Befangenheit begründen könnte, ist ohne weiteres zu verneinen.

##### **E. 4.2.2**

Das Bundesgericht hatte verschiedentlich die Unabhängigkeit eines nebenamtlichen Richters zu beurteilen, der gleichzeitig vor dem betreffenden Gericht als Anwalt auftrat. In einem neueren als dem von der Beschwerdegegnerin zitierten BGE 133 I 1 hat es bestätigt, dass diese Tatsache allein keine Befangenheit begründe. Vielmehr müssten über die äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur hinaus Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit zu begründen vermöchten. Immerhin hielt es fest, es wäre grundsätzlich zu begrüssen, wenn ein Richter vor dem Gericht, dem er ersatzweise angehöre, nicht als Parteivertreter auftrete ( BGE 139 I 121 E. 5.2-5.4). Vorliegend geht es allerdings nicht genau um diese Konstellation, sondern um eine geltend gemachte Befangenheit der oberinstanzlichen Richterin im Hinblick auf eine mögliche "Rücksichtnahme" auf die untere Instanz aus persönlichen Gründen. Unter Hinweis auf die soeben zitierten Entscheide hat das Bundesgericht allerdings auch entschieden, es sei nicht verfassungswidrig, wenn ein Ersatzrichter einer oberen Gerichtsbehörde über ein Rechtsmittel gegen einen Entscheid einer unteren Gerichtsbehörde befände, der er selber als ordentliches Mitglied angehöre. Dass ein Richter einen Entscheid zu überprüfen habe, an dessen Fällung Personen mitgewirkt hätten, mit denen er zusammen in derselben (erstinstanzlichen) Kollegialbehörde als Richter tätig sei, vermöge für sich allein noch nicht den Anschein der Befangenheit zu bewirken. Die blosses Kollegialität unter Behördenmitgliedern habe auch in diesem Zusammenhang keine Ausstandspflicht zur Folge. Mit Blick auf das Vertrauen in die Justiz möge es allerdings wünschenswert erscheinen, dass eine Gerichtsperson, die bei mehreren einander im Instanzenzug über-respektive untergeordneten rechtsprechenden Behörden tätig sei, nicht an einem Rechtsmittelverfahren gegen eine Entscheidung ihrer eigenen Behörde mitwirke (Urteil 4A\_388/2014 vom 24. September 2014 E. 3.3). In einer Kommentierung dieses Entscheids sowie von BGE 139 I 121 wurde deren Stossrichtung begrüsst, jedoch kritisiert, das Bundesgericht habe die Rechtsanwendung zu überprüfen und nicht zu sagen, was wünschenswert sei; das Bundesgericht wage offenbar (noch) nicht, sich in dieser Frage in die kantonale Organisationshoheit einzumischen (CHRISTOPH LEUENBERGER, Die

Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2014, ZBJV 152/2016 S. 515 f.; derselbe, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2013, ZBJV 3/2015 S. 242 f.). Darauf muss hier nicht weiter eingegangen und auch nicht beurteilt werden, inwieweit eine vergleichbare Konstellation vorliegt, wenn die nebenamtliche Richterin der oberen Instanz nicht selber Mitglied der unteren Instanz ist, deren Entscheid angefochten ist, sondern ihr Vater. Denn das Ausstandsgesuch ist aus den nachfolgenden Gründen gutzuheissen.

#### **E. 4.2.3**

Es steht ausser Diskussion, dass die Beschwerdegegnerin keinen irgendwie gearteten Einfluss auf die Auswahl der auszuzeichnenden Absolventin hatte. Das ist jedoch nicht entscheidend. Es ist sodann auch ohne weiteres nachvollziehbar, wenn die Richterin ausführt, der Preis habe für sie in erster Linie nicht monetären Wert, sondern sei von Bedeutung als Anerkennung ihrer akademischen Leistungen und für ihren weiteren beruflichen Werdegang. Der Preis hat in diesem Sinn einen Anerkennungswert. Grundsätzlich ist ein höher dotierter Preis gewichtiger und bedeutsamer als ein tief dotierter und insofern hat dessen Höhe auch einen Einfluss auf den Anerkennungswert. Auch wenn es sich beim Preis um einen solchen der Universität Y. \_\_\_\_\_ handelt, ist dessen Sponsorin von Bedeutung, zumal Sponsoring häufig erst solche Preise ermöglicht. Entsprechend wurde auch vorliegend in der Verleihungsurkunde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Preis von der Beschwerdegegnerin gestiftet worden sei. Aus der Sicht eines Aussenstehenden kann daher der Eindruck erweckt werden, eine solchermassen ausgezeichnete Absolventin könnte sich gegenüber einem Sponsor irgendwie zu Dank verpflichtet fühlen, jedenfalls diesem gegenüber eine positive Grundhaltung einnehmen. Vorliegend kann zudem die Art der Streitsache nicht ausser Acht gelassen werden. Es geht um eine eigene Forderung der Beschwerdegegnerin, und zwar um eine Honorarforderung. Der Beschwerdeführer bestreitet, dass diese im Hinblick auf das Geleistete angemessen ist und wirft der Beschwerdegegnerin sinngemäss vor, unnötigen Mehraufwand verrechnet zu haben. Der Streitgegenstand betrifft damit nicht nur das Bestehen oder Nichtbestehen einer Forderung, sondern enthält einen über das rein Monetäre hinausgehenden Aspekt. Der Beschwerdegegnerin ist schliesslich ohne weiteres zuzugestehen, dass eine Richterin nicht wegen eines von der Beschwerdegegnerin gestifteten Preises "auf unbestimmte Zeit oder gar lebenslänglich von der Behandlung von Fällen ausgeschlossen" werden kann, in welche die Beschwerdegegnerin "involviert" sei. Mit dem Zeitverlauf verflacht sich die Bedeutung des Anerkennungswerts eines Preises. Vorliegend wurde der Preis aber am xxx. November 2017 verliehen und der angefochtene Entscheid am 11. Dezember 2018 gefällt. Er erging im Zirkulationsverfahren und aus den Akten ist nicht ersichtlich, wann der Spruchkörper bestellt wurde. Jedenfalls wurde am 3. Juli 2018 mitgeteilt, dass keine mündliche Verhandlung vorgesehen sei. Angesichts dieser zeitlichen Nähe kann nicht von "unbestimmte Zeit" oder "lebenslänglich" gesprochen werden. Im Übrigen ging es - wie dargelegt - auch nicht um irgendeine "Involvierung" der Beschwerdegegnerin, z.B. lediglich als Rechtsvertreter einer Partei.

#### **E. 4.2.4**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass bei objektiver Betrachtung Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit erwecken. Das angefochtene Urteil ist aus diesem Grund aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung, durch einen verfassungs- und gesetzmässig zusammengesetzten Spruchkörper, an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die

Beschwerde in der Sache (ergänzte Beschwerde vom 11. Januar 2019) wird damit gegenstandslos.

#### **E. 5**

Die Beschwerdegegnerin hat beantragt, die Beschwerde sei (auch) hinsichtlich des geltend gemachten Ausstands abzuweisen. Sie gilt daher als unterliegende Partei und wird entsprechend kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG ; vgl. zit. Urteil 4A\_62/2014 Sachverhalt C und E. 6, nicht publ. in: BGE 140 III 221 ; Urteil 4A\_425/2012 vom 26. Februar 2013 E. 4.2, nicht publ. in: BGE 139 III 120 ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.