

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2017.49 vom 7. Februar 2018**

BS Appellationsgericht, 2018-02-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_BEZ.2017.49](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BEZ.2017.49)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2017.49 du 7 février 2018

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2017.49 del 7 febbraio 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten ist ein Entscheid des Zivilgerichtspräsidenten betreffend Ausstand der das Scheidungsverfahren F.2015.493 instruierenden Zivilgerichtspräsidentin C\_\_\_\_\_. Ausstandsentscheide sind mit Beschwerde anfechtbar (Art. 50 Abs. 2 und Art. 319 lit. b der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]). Zuständig zur Beurteilung der Beschwerde ist das Dreiergericht des Appellationsgerichts (§ 92 Abs. 1 Ziff. 6 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG; SG 154.100]). Da es sich beim Entscheid über ein Ausstandsbegehren, soweit er nicht gleichzeitig mit dem Endentscheid gefällt wird, um eine prozessleitende Verfügung handelt (Rüetschi, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 50 ZPO N 5; AGE BEZ.2015.56 vom 29. Oktober 2015 E. 1.1), beträgt die Beschwerdefrist 10 Tage (Art. 321 Abs. 2 ZPO). Der Entscheid wurde dem Beschwerdeführer am 6. September 2017 zugestellt, womit die Frist gemäss Art. 142 Abs. 1 und 3 ZPO am 18. September 2017 endete. Die Beschwerde ist mit Postaufgabe an diesem Tag rechtzeitig erhoben worden (Art. 143 Abs. 1 ZPO), so dass auf sie einzutreten ist.

### **E. 2**

2.1 Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich falsche Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). In der Beschwerdebegründung ist darzulegen, auf welchen Beschwerdegrund sich der Beschwerdeführer beruft und an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leiden soll. Der Beschwerdeführer muss erklären, weshalb der vorinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll, und es wird verlangt, dass er sich mit der Begründung des angefochtenen Entscheids auseinandersetzt (vgl. Spühler, in: Basler Kommentar, 3. Auflage 2017, Art. 321 ZPO N 4; vgl. auch BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375 f.).

2.2 Zur Begründung der Abweisung des Ausstandsbegehrens hat die Vorinstanz erwogen, die Ablehnung einer Gerichtspräsidentin müsse unverzüglich nach Kenntnis des Ausstandsgrunds erfolgen. Soweit sich das Ausstandsgesuch daher auf Verhalten der Instruktionsrichterin vor Juni 2017 stütze, sei es eindeutig verspätet. Inwiefern sich C\_\_\_\_\_ in der Zeit unmittelbar vor seinem Ausstandsbegehren in einer Art und Weise verhalten haben sollte, welche den Verdacht der Befangenheit erwecken könne, lege der Beschwerdeführer nicht substantiiert dar. Soweit er Verfügungen oder Entscheide der Instruktionsrichterin als nicht korrekt erachtet haben sollte, hätte er diese mittels eines Rechtsmittels anfechten können und müssen, was er aber unterlassen habe. Allfällige Fehler in der Verfahrensführung könnten einen Ausstandsanspruch im Übrigen nur begründen, wenn es sich um besonders krasse und/oder wiederholte Fehler zu seinen Lasten handelte.

Solche Fehler mache er aber weder glaubhaft noch seien solche ersichtlich. Auch soweit der Beschwerdeführer Anstände im Zusammenhang mit seinen Akteneinsichtsbegehren geltend mache, könne ihm nicht gefolgt werden. Eine zu späte Gewährung der Einsicht hätte mit einer Rechtsverzögerungsbeschwerde gerügt werden können. Soweit sich seine Rügen schliesslich auf die Einsicht in das Verfahrensprotokoll beziehen würden, beinhalte dieses keine Informationen, die sich nicht auch aus den übrigen Akten ergäben. Es handle sich beim Verfahrensprotokoll allein um eine chronologische Übersicht über den Verfahrensverlauf.

### **E. 3**

BV; Art. 52 ZPO) ab, welches verlangt, dass Organmängel so früh wie möglich und damit nach deren Kenntnis bei erster Gelegenheit geltend gemacht werden (BGE 139 III 120 E. 3.2.1 S. 124 f., 136 III 605 E. 3.2.2 S. 609; BGer 5A\_697/2015 vom 9. Februar 2016 E. 2.3; Wullschleger, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 49 N 7). Wer den Mangel nicht unverzüglich vorbringt, wenn er davon Kenntnis erhält, sondern sich stillschweigend auf ein Verfahren einlässt, verwirkt den Anspruch auf spätere Anrufung der angeblich verletzten Ausstandsbestimmung (BGE 143 V 66 E. 4.3 S. 69, 134 I 20 E. 4.3.1 S. 21; BGer 5A\_153/2016 vom 29. August 2016 E. 2.3; jeweils mit Hinweisen). Liegt der Ausstandsgrund während einer Gerichtsverhandlung offen, so ist er noch während der Verhandlung geltend zu machen. Äusserungen die Befangenheit begründen sind sofort mit einem Ausstandsbegehren zu rügen. Gründe, die bei der Klageeinreichung bekannt sind, sind mit ihr geltend zu machen (vgl. Wullschleger, a.a.O., Art. 49 N 7, mit Hinweisen).

Die Säumnis hat grundsätzlich die Verwirkung des Ablehnungsrechts mit der entsprechenden Begründung zur Folge. Immerhin können aber bereits früher bekannte Motive für ein Ausstandsgesuch zu dessen Begründung herangezogen werden, wenn dieses mit einem neuen, damit zusammenhängenden Umstand begründet wird, welcher nach Ansicht der gesuchstellenden Partei ■das Mass voll gemacht■ und dazu geführt hat, dass ein Gerichtsmitglied nun als befangen angesehen werden muss (Wullschleger, a.a.O., Art. 49 N 12, mit Hinweisen). Leitet eine Partei den Anschein der Befangenheit aus verschiedenen behaupteten Verfahrensfehlern eines Gerichtsmitglieds ab, so handelt sie rechtzeitig, wenn sie ihr Ausstandsgesuch so bald als möglich nach dem letzten geltend gemachten Fehler stellt, welcher ihrer Ansicht nach "das Mass voll" gemacht hat (BGer 1P.333/2003 vom 14. November 2003 E. 2.2).

3.2.3 Daraus folgt, dass mit der Rüge des Beschwerdeführers auch das vor Juni 2017 erfolgte prozessuale Verhalten der Instruktionsrichterin dann von Bedeutung ist, wenn auch ab Juni 2017 konkrete Anhaltspunkte für ein parteiliches oder voreingenommenes Verhalten der Instruktionsrichterin vorliegen. In diesem Fall müssten für die Beurteilung des Ausstandsgesuchs auch die Rügen früheren Verhaltens einbezogen werden.

### **E. 3.2**

3.2.1 Mit seiner Beschwerde rügt der Beschwerdeführer, dass die Vorinstanz unter Hinweis auf die Obliegenheit zur unverzüglichen Geltendmachung von Ausstandsgründen zu Unrecht nur auf die Rüge bezüglich Vorkommnissen ab Juni 2017 eingetreten sei. Unter Berufung auf das Sprichwort ■steter Tropfen höhlt den Stein■ macht er eine feindselige Prozessführung von C\_\_\_\_\_ im Jahr 2017 geltend. Dabei habe die Verfügung vom 26. Juni 2017 ■das Fass zum Überlaufen gebracht■.

3.2.2 Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, hat eine Partei, die eine Gerichtsperson ablehnen will, dem Gericht unverzüglich ein entsprechendes Gesuch zu stellen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat (vgl. Art. 49 Abs. 2 ZPO). Diese Obliegenheit zur sofortigen Geltendmachung von Ausstandsgründen leitet sich aus dem Prinzip von Treu und Glauben (Art. 5 Abs.

#### **E. 3.2.4**

3.2.4.1 In Bezug auf den relevanten, unmittelbaren Zeitraum vor der Einreichung des Ausstandsbegehrens verweist der Beschwerdeführer mit seinem Ausstandsbegehren vom 2. Juli 2017 in erster Linie auf die Verfügung der Instruktionsrichterin vom 26. Juni 2017, mit welcher sie von ihm einen Kostenvorschuss von CHF 1'600.─ erhoben habe. Da er ─ wie in seinem Schreiben vom 23. Juni 2017 erwähnt ─ zwei Vorschüsse von insgesamt CHF 1'200.─ an das Verwaltungsgericht habe leisten müssen, habe er den Kostenvorschuss nicht kurzfristig leisten können.

Dieser Umstand ist aber weder neu noch vermag er eine Befangenheit der Instruktionsrichterin gegenüber dem Beschwerdeführer zu begründen. Bereits mit Entscheid vom 15. September 2015 ist dem Beschwerdeführer die für das Scheidungsverfahren beantragte Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung mit einem Selbstbehalt von CHF 3'350.─ bewilligt worden. Gleichzeitig ist ihm Frist zur Zahlung eines Kostenvorschusses von CHF 1'600.─ gesetzt worden. Die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wies das Appellationsgericht mit Entscheid vom 30. Dezember 2015 (BEZ.2015.63) ab. In der Folge ist dem Beschwerdeführer daher bereits mit Verfügung vom 11. Januar 2016 eine neuerliche Frist zur Leistung dieses Kostenvorschusses gesetzt worden. Obwohl der Kostenvorschuss innert der Frist bis zum 10. Februar 2016 nicht bezahlt worden ist, wies die Instruktionsrichterin die Kanzlei am 10. Februar 2016 an, mit weiteren Schritten zuzuwarten bis das Bundesgericht in einem ausstandsrechtlichen Verfahren 5A\_973/2015 über die aufschiebende Wirkung entschieden hat. In der Folge erkannte das Bundesgericht jener Beschwerde mit Verfügung vom 17. Februar 2016 aufschiebende Wirkung zu (act. 59 ZG-Verfahren F.2015.493), worauf auf weitere Inkassomassnahmen bezüglich des verfügten Kostenvorschusses weiter verzichtet worden ist. Erst nach dem Urteil des Bundesgerichts 5A\_973/2015 vom 17. Januar 2017 ordnete die Instruktionsrichterin mit Verfügung vom 2. Februar 2017 an, dass das Verfahren fortgesetzt werde. Gleichzeitig wurde dem Beschwerdeführer eine neu Frist zur Leistung des verfügten Kostenvorschusses bis zum 28. Februar 2017 gesetzt. In der Folge blieb das Verfahren aber erneut ─ bis zum Abschluss eines vom Beschwerdeführer gegen die Instruktionsrichterin angehobenen aufsichtsrechtlichen Verfahrens beim Appellationsgericht (DG.2016.15) ─ sistiert. Auf diese Anzeige trat das Appellationsgericht mit Entscheid DG.2016.15 vom 16. März 2017 nicht ein. In der Folge hob die Instruktionsrichterin die Sistierung des Verfahrens auf und setzte dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 5. Mai 2017 wiederum eine einmal erstreckbare Frist zur Leistung des Kostenvorschusses. Nachdem der Beschwerdeführer innert dieser Frist weder den Kostenvorschuss bezahlt noch eine Fristerstreckung beantragt hatte, gewährte die Instruktionsrichterin ihm mit Verfügung vom 2. Juni 2017 eine siebentägige Nachfrist. Mit Eingabe vom 23. Juni 2017 (act. 76 ZG-Verfahren F.2015.493) teilte der Beschwerdeführer dem Zivilgericht darauf mit, dass er den Kostenvorschuss von CHF 1'600.─ innert dieser Frist nicht leisten könne. Zur Begründung machte er geltend, dass er für zwei am Verwaltungsgericht hängige Verfahren in Sachen Advokat [...] einen Kostenvorschuss von CHF 1'200.─ leisten müsse, was er

bereits mit Eingabe vom 29. Mai 2017 mitgeteilt habe (act. 75 ZG-Verfahren F.2015.493). Dies berücksichtigend verlängerte die Instruktionsrichterin die Nachfrist zur Leistung des verfügbaren Kostenvorschusses mit Verfügung vom 26. Juni 2017 abermals bis zum 10. Juli 2017. Zur Begründung wies sie darauf hin, dass der Beschwerdeführer seine Obliegenheit zur Leistung dieses Gerichtskostenvorschusses seit dem rechtskräftigen Entscheid des Appellationsgerichts vom 30. Dezember 2015 kenne. Sie stellte fest, auch wenn er zwischenzeitlich weitere Kostenvorschüsse für anderweitige von ihm anhängig gemachte Verfahren habe leisten müssen, sei er mit seinem monatlichen Überschuss von CHF 372.■ in der Lage gewesen, die notwendigen Rückstellungen zu tätigen. Insgesamt ist das instruktionsrichterliche Verhalten im Zusammenhang mit der praxisgemäss vorzunehmenden Kostenvorschusserhebung aber von Nachsicht und Rücksichtnahme auf den Beschwerdeführer gekennzeichnet. Aus den entsprechenden Verfügungen kann eine Voreingenommenheit der Instruktionsrichterin gegenüber dem Beschwerdeführer nicht abgeleitet werden.

3.2.4.2Des Weiteren sieht der Beschwerdeführer in den Verfügungen vom 2. und 15. Juni 2017, wonach seine Eingaben vom 8. und 29. Mai 2017 von der Instruktionsrichterin zur Verbesserung zurückgeschickt worden seien, Ausstand begründende Tatsachen und macht pauschal Rechtsverzögerung und -behinderung geltend. Abgesehen davon, dass der Beschwerdeführer diesbezüglich eine Rechtsverzögerungsbeschwerde hätte erheben können, ist weder hinreichend substantiiert noch ist ersichtlich, inwiefern die Instruktionsrichterin hier fehlerhaft gehandelt haben soll.

3.2.4.3Nicht eingetreten werden kann auf die Ausführungen des Beschwerdeführers, soweit er sich auf die mit Entscheid vom 12. September 2017 erfolgte Beendigung des Scheidungsverfahrens aufgrund der ausgebliebenen Leistung des Kostenvorschusses bezieht. Im Beschwerdeverfahren sind neue Tatsachenbehauptungen ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Es kann diesbezüglich auf die Ausführungen des Appellationsgerichts in dem ebenfalls den Beschwerdeführer betreffenden ersten Beschwerdeverfahren bezüglich Ausstand der Instruktionsrichterin verwiesen werden (AGE BEZ.2015.56 vom 29. Oktober 2015 E. 2.2 in fine).

3.2.5Weiter beanstandet der Beschwerdeführer, dass die Vorinstanz von ■angeblichen■ Äusserungen der Instruktionsrichterin spreche. Die Instruktionsrichterin Frau C\_\_\_\_ habe ■[ ] an der Eheaudienz vom 03.05.2012 tatsächlich gesagt, dass sie etwas gegen den Anwalt [...] unternehmen werde■. Die Instruktionsrichterin sei mit diesen Vorwürfen zu konfrontieren. Darauf kann verzichtet werden. Soweit ersichtlich macht der Rekurrent keine Aussagen der Instruktionsrichterin im Juni oder Juli 2017 geltend, aus denen sich ihre Voreingenommenheit gegenüber dem Beschwerdeführer ergeben könnte. Wie bereits die Vorinstanz richtig festgestellt hat, liegen die der Instruktionsrichterin vorgeworfenen Äusserungen, welche mit den von ihm gegen seine früheren Vertreter erhobenen Verfahren zusammenhängen, weiter zurück. Gleiches gilt in Bezug auf die angeblich unzutreffende Äusserung der Gerichtspräsidentin in der Stellungnahme vom 1. Dezember 2015 im Verfahren BEZ.2015.67. Das Ausstandsgesuch ist auch insofern verspätet. Abgesehen davon, dass sie nicht belegt wurden, ist auch inhaltlich betrachtet nicht ersichtlich, inwiefern die gemäss der Eingabe des Beschwerdeführers vom 2. Juli 2017 mit Faktenbezug erfolgten, behaupteten Äusserungen einen Ausstandsgrund begründen könnten. Soweit ersichtlich leitet der Beschwerdeführer einen Ausstandsgrund aus der Tatsache ab, dass die Instruktionsrichterin eine seiner Ansicht nach vorliegende

anwaltsrechtliche Berufspflichtverletzung (des Anwalts [...]) bei der Aufsichtsbehörde nicht beanzeigt habe und eine entsprechende Zusicherung zu Unrecht bestreite. Bei der Frage, ob und inwiefern eine meldepflichtige anwaltsrechtliche Berufsregelverletzung vorliegt, ist einer Gerichtsbehörde ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen. Aus einem mündlichen Hinweis der Zivilgerichtspräsidentin, dass sie ■eventuell etwas gegen den Anwalt [...] unternehmen werde■, kann kein verbindlicher Anspruch auf Folgeleistung der Meldepflicht abgeleitet werden. Auch wenn zu Unrecht bestritten worden wäre, dass dieser Hinweis je gemacht wurde, würde damit keine gravierende Richterpflichtverletzung im Sinne der vorgenannten Ausstandsgründe vorliegen (vgl. E. 3.1). Ob und inwiefern die Instruktionsrichterin in der Stellungnahme vom 1. Dezember 2015 gelogen haben sollte, ist nicht ersichtlich.

3.2.6 Der Beschwerdeführer bezieht sich mit seiner Beschwerde sodann auf seine ■Anstände bezüglich Akteneinsicht■. Im Ausstandsgesuch macht der Beschwerdeführer geltend, dass er am 13. Februar 2017 in die Verfahren F.2015.493 (Scheidung) und EA.2011.12739 (Trennung) Akteneinsicht beantragt habe. Am 3. März 2017 habe er die Gerichtspräsidentin gemahnt, da keine Antwort gekommen sei. Dabei habe er ausdrücklich darum gebeten, die beiden entsprechenden Aktenverzeichnisse beizulegen. Mit Verfügung vom 20. März 2017 (5 Wochen Wartezeit) sei ihm die Akteneinsicht genehmigt worden, wobei er das Aktenrodel habe einsehen, aber keine Kopie davon erstellen können. Bei der 2. Akteneinsicht wurde ihm eine solche Kopie plötzlich bewilligt. Mit dem Aktenverzeichnis bzw. Verfahrensprotokoll sei es möglich, die Akten auf Vollständigkeit hin zu überprüfen. Bei der 2. Akteneinsicht habe er ein ■Post-it■ vorgefunden mit dem Text ■Bitte Akten nach Unterlagen, die nicht vorgelegt werden durchsuchen■. Es nicht ersichtlich, in welcher Weise die Instruktionsrichterin den Beschwerdeführer damit in seinen Rechten verkürzt haben sollte. So ist unbestritten, dass dem Beschwerdeführer im Verfahren jeweils Akteneinsicht gewährt wurde und ihm auch Kopien bewilligt wurden. Sofern er der Auffassung ist, dass die Bewilligung der Akteneinsicht zu lange gedauert habe, hätte er hierfür mit den zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz eine Rechtsverzögerungsbeschwerde anstrengen müssen. Die Behandlung eines Akteneinsichtsgesuchs im Rahmen der Zeitspanne von 5 Wochen erscheint im Übrigen nicht ohne Weiteres als zu lange. Der Beschwerdeführer substantiiert nicht, ob und inwiefern er im Einzelfall auf eine besonders zügige Akteneinsicht angewiesen gewesen wäre. Abgesehen davon vermag auch eine verzögerte Gewährung der Akteneinsicht keinen qualifizierten Verfahrensmangel darzustellen, welcher eine Ausstandspflicht der instruierenden Gerichtspräsidentin begründet. Zudem liegen auch die Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit der vom Beschwerdeführer verlangten Akteneinsicht zeitlich wiederum zu weit zurück, als dass von einer unverzüglichen Geltendmachung der behaupteten Ausstandsgründe gesprochen werden könnte.

3.2.7 Schliesslich bezieht sich der Beschwerdeführer zur Begründung seines Ablehnungsbegehrens auf einen eigenen ■feindseligen Akt■ (vgl. act. 83 ZG-Verfahren F.2015.493) gegenüber der Instruktionsrichterin im Hinblick auf die Richterwahlen 2016, zu dem er sich in seinem grossen Ärger habe hinreissen lassen. Dabei habe er die Unterstützer der Instruktionsrichterin bei den Richterwahlen 2008 angeschrieben und ihnen seine Meinung über diese kundgetan. Solche E-Mails schreibe man nicht einfach, sie seien Ausdruck einer Feindschaft. Über diese Aktion sei die Instruktionsrichterin sicher informiert, weshalb sie ihm gegenüber wohl befangen sein müsse.

Daraus kann der Beschwerdeführer offensichtlich keinen Ausstandsgrund ableiten. Gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO tritt eine Gerichtsperson in den Ausstand, wenn sie wegen Feindschaft mit einer Partei befangen sein könnte. Notwendig ist dabei aber, dass die Gerichtsperson selber gegenüber der Partei feindschaftliche Gefühle zum Ausdruck bringt. Es genügt nicht, dass eine Partei der Gerichtsperson gegenüber solche zum Ausdruck bringt (Wullschleger, a.a.O., Art. 47 N 32 mit Hinweisen). Auch wenn eine Partei gegen ein Gerichtsmitglied polemisiert und dessen Wiederwahl bekämpft, vermag dies für sich allein keinen Ausstandsgrund zu begründen. Soweit eine Partei damit die Ablehnung eines Gerichtsmitglieds verlangt, verstösst sie offensichtlich gegen das Gebot zum Handeln nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV), was keinen Rechtsschutz finden kann (BGer 1B\_365/2009 vom 22. März 2010 E. 3.1 und 3.3).

3.2.8 Abschliessend ist auch nicht ansatzweise zu erkennen, welchen Einfluss die vom Beschwerdeführer unternommenen Schritte gegen den Gegenanwalt auf die Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit der Instruktionsrichterin haben sollte. Jeder Grundlage entbehrt auch die Behauptung, diese sei ein Opfer der beiden Advokaten [...] und [...] geworden, woraus eine Feindschaft ihm gegenüber entstanden sei. Die in diesem Zusammenhang erhobenen Vorwürfe gegenüber C\_\_\_\_\_ werden durch nichts substantiiert. Es ist nicht ersichtlich, worin sich eine solche Feindschaft im Verfahren konkret manifestiert hätte.

3.3 Aus dem Gesagten folgt, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist.

#### **E. 4**

Der unterliegende Beschwerdeführer trägt die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 500.– (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Der Beschwerdeführer stellt ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Aus den obigen Ausführungen folgt, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet und aussichtslos ist, weshalb das Gesuch nicht bewilligt werden kann.

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