

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT DG.2017.29 vom 12. September 2017**

BS Appellationsgericht, 2017-09-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_DG.2017.29](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_DG.2017.29)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT DG.2017.29 du 12 septembre 2017

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT DG.2017.29 del 12 settembre 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Zuständig zur Beurteilung der Berufung gegen den Entscheid des Zivilgerichts ist das Appellationsgericht als Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 6 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Über streitige Ausstandsbegehren gegen Gerichtspersonen entscheidet das Dreiergericht des betreffenden Gerichts ohne die abgelehnte Gerichtsperson (Art. 50 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272] in Verbindung mit § 56 Abs. 4 Ziff. 2 GOG). Als Gerichtsperson gilt jede Person, welche an der Willensbildung des Gerichts mitentscheidend oder beratend beteiligt ist, mithin Richterinnen und Richter wie auch Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber (statt vieler Wullschleger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 47 N 1). Die abgelehnte Gerichtsperson wird für die Beurteilung des Ausstandsbegehrens durch ein ihr entsprechendes Gerichtsmitglied ersetzt (§ 56 Abs. 5 GOG).

### **E. 2**

2.1 Die beiden Gesuchsteller begründen ihr Ausstandsbegehren wie folgt (dazu Berufungsantwort, Rz 5 ff.): Seit Dezember 2014/Januar 2015 führe der Erbe H\_\_\_\_, Verwaltungsratspräsident der beiden Berufungsklägerinnen, im Kanton Basel-Landschaft zwei Prozesse gegen sie wegen ihrer Absetzung als Willensvollstrecker. Hierbei habe er mehrfach Auszüge aus einer noch nicht veröffentlichten Publikation des abgelehnten Gerichtsschreibers zitiert, der ihm diese hierfür freundschaftlich zur Verfügung gestellt habe. Der abgelehnte Gerichtsschreiber habe zudem dem Rechtsvertreter der Berufungsklägerinnen beratend seine Lehrmeinung betreffend eine Frage zur Notwendigkeit einer Streitgenossenschaft in Verfahren betreffend Gültigkeit der Einsetzung von Willensvollstreckern mitgeteilt. Dies belege, dass der Gerichtsschreiber Herrn H\_\_\_\_, den Alleinaktionär der Berufungsklägerinnen, resp. dessen Rechtsvertreter in den beiden Prozessen, wo es auch um die erbrechtliche Auseinandersetzung im Nachlass gehe, in derselben Angelegenheit beraten habe. Damit sei der Gerichtsschreiber befangen im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. b ZPO.

### **E. 2.2**

2.2.1 Die Schweizerische Zivilprozessordnung regelt den Ausstand in Art. 47<sup>51</sup>. Gemäss Art. 47 Abs. 1 ZPO tritt eine Gerichtsperson unter anderem in den Ausstand, wenn sie in einer anderen Stellung, insbesondere als Mitglied einer Behörde, als Rechtsbeiständin oder Rechtsbeistand, als Sachverständige oder Sachverständiger, als Zeugin oder Zeuge, als Mediatorin oder Mediator in der gleichen Sache tätig war (lit. b) oder wenn sie aus anderen Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder ihrer

Vertretung, befangen sein könnte (lit. f). Die den Ausstand begründenden Tatsachen sind von der Partei, die eine Gerichtsperson ablehnen will, glaubhaft zu machen (Art. 49 Abs. 1 ZPO). Art. 47<sup>51</sup> ZPO konkretisieren den verfassungs- und menschenrechtlichen Anspruch der Parteien auf ein unparteiisches Gericht (Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung [BV, SR 101], Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK, SR 0.101]; AGE DG.2017.9 vom 9. März 2017 E 2.2.2; vgl. Kiener, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 47 N 1). Befangenheit und damit ein Ausstandsgrund ist generell anzunehmen, wenn Umstände bestehen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit der Gerichtsperson zu erwecken. Das subjektive Empfinden einer Partei ist bei der Beurteilung solcher Umstände nicht massgebend. Vielmehr müssen die Umstände bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit oder Voreingenommenheit begründen. Dass die Gerichtsperson tatsächlich befangen ist, wird nicht verlangt (AGE DG.2017.9 vom 9. März 2017 E. 2.2.2; vgl. BGE 140 I 240 E. 2.2 S. 242, 139 I 121 E. 5.1 S. 125; Kiener, a.a.O., Art. 47 N 2).

2.2.2 Der Begriff der gleichen Sache im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO ist umstritten. Gemäss einer Auffassung muss es sich um dasselbe Verfahren handeln, in dem die Unabhängigkeit der Gerichtsperson in Frage gestellt wird (Kiener, a.a.O., Art. 47 N 11). Nach einer anderen Lehrmeinung kann nicht der identische Rechtsstreit im Sinne des gleichen Streitgegenstands zwischen den gleichen Parteien gemeint sein. Erfasst werde vielmehr jedes Verfahren, in dem der gleiche Konflikt im Sinne des gleichen Lebenssachverhalts zu beurteilen gewesen ist und sich die Gerichtsperson deshalb bereits eine Meinung gebildet hat (Rüetschi, in: Berner Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 47 N 16). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Art. 47 Abs. 1 lit. b ZPO entsprechenden Art. 56 lit. b der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) ist der Begriff der gleichen Sache im formellen Sinn zu verstehen (BGE 143 IV 69 E. 3.1 S. 73). Eine gleiche Sache im Sinne von Art. 56 lit. b StPO setzt deshalb eine Identität der betroffenen Parteien, des Verfahrens und der zur Beantwortung stehenden Streitfragen voraus (BGE 143 IV 69 E. 3.1 S. 74; BGer 1B\_348/2015 vom 17. Februar 2016 E. 3). Es besteht kein Grund, weshalb der Begriff der gleichen Sache im Zivilprozess weiter definiert werden sollte als im Strafprozess. Folglich ist die zweite Lehrmeinung als mit der Praxis des Bundesgerichts nicht vereinbar zurückzuweisen. Im Übrigen kann eine gleiche Sache jedenfalls nur dann angenommen werden, wenn sich die Beteiligung nicht nur auf den gleichen Sachverhaltszusammenhang, sondern auf die im jeweiligen Verfahren konkret zu entscheidende Sache bezieht (KGer GR ZK1 16 93 vom 8. August 2016 E. 4a [abrufbar unter [www.swisslex.ch](http://www.swisslex.ch)]; Wullschleger, a.a.O., Art. 47 N 17).

2.2.3 Für die Frage, ob eine Befassung einer Gerichtsperson mit der konkreten Streitsache in einem früheren Verfahren Befangenheit im Sinne der Generalklausel von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO begründet, ist massgebend, ob sie sich durch ihre Mitwirkung an einer früheren Entscheidung in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt hat, das sie nicht mehr als unvoreingenommen und dementsprechend das Verfahren nicht mehr als offen erscheinen lässt (vgl. BGE 140 I 326 E. 5.1 S. 329 und 133 I 89 E. 3.2 S. 92; AGE DG.2017.9 vom 9. März 2017 E. 2.2.2). Der Unterschied zwischen zulässiger und unzulässiger Vorbefassung besteht darin, ob die vorbereitete Person erst ihre vorläufige Einschätzung zur Streitsache zum Ausdruck bringt oder aber der Eindruck entsteht, sie habe

sich über den Ausgang des Verfahrens bereits eine feste Meinung gebildet (BGE 140 I 326 E. 6.3 S. 333; AGE DG.2017.9 vom 9. März 2017 E. 2.2.2). Aufgrund eines freundschaftlichen Verhältnisses zwischen einer Gerichtsperson und einem Parteivertreter kann Befangenheit nur bei Vorliegen spezieller Umstände und mit Zurückhaltung angenommen werden. Erforderlich wäre, dass die Intensität und Qualität der beanstandeten Beziehung vom Mass des sozial Üblichen abweicht und bei objektiver Betrachtung geeignet ist, sich auf die Partei selbst und deren Prozess auszuwirken, und derart den Anschein der Befangenheit hervorzurufen vermag (BGE 139 I 121 E. 5.1 S. 125 f.).

2.3 Zu prüfen ist zunächst, ob ein Sachverhalt im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. b ZPO vorliegt, der den Ausstand des abgelehnten Gerichtsschreibers im laufenden Berufungsverfahren ZB.2017.29 gebieten würde. Die Gesuchsteller behaupten, der abgelehnte Gerichtsschreiber habe den Erben H\_\_\_\_\_ in zwei vor dem Zivilkreisgericht West des Kantons Basel-Landschaft und später vor dem Kantonsgericht Basel-Landschaft und nun vor dem Bundesgericht hängigen Verfahren in derselben Angelegenheit beraten, was ihn befangen im Sinne der genannten Vorschrift erscheinen lasse (Berufungsantwort, Rz 6 f.). Zum Beweis reichen die Gesuchsteller Auszüge von Rechtsschriften in einem Verfahren betreffend Willensvollstrecker (Berufungsantwortbeilage [BAB] 3) und eine E-Mail des abgelehnten Gerichtsschreibers vom 18. Juli 2016 an den Rechtsvertreter der Berufungsklägerinnen (BAB 4) ein. Die eingereichten Auszüge stammen ausschliesslich aus einer Stellungnahme im Verfahren 130 16 24 II vor dem Zivilkreisgericht West zwischen H\_\_\_\_\_ und dem Berufungsbeklagten 2 und aus der Berufung von H\_\_\_\_\_ an das Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft vom 18. Juli 2017 gegen den Entscheid des Zivilkreisgerichts West vom 1. Juli 2016. Eine Tätigkeit des Gerichtsschreibers in den übrigen von den Gesuchstellern genannten Verfahren ist damit auch nicht ansatzweise glaubhaft gemacht.

Die Gesuchsteller behaupten, bei den beiden Verfahren gegen die Gesuchsteller vor Zivilkreisgericht West bzw. Kantonsgericht einerseits und dem vorliegenden Verfahren andererseits handle es sich um die gleiche Sache. Aus den von ihnen eingereichten Auszügen der Rechtsschriften sind jedoch weder der Betreff noch die Rechtsbegehren ersichtlich. Damit haben die Gesuchsteller nicht glaubhaft gemacht, was Gegenstand der beiden genannten Verfahren im Kanton Basel-Landschaft ist bzw. war. Folglich ist ihr auf Art. 47 Abs. 1 lit. b ZPO gestütztes Ausstandsgesuch bereits mangels Glaubhaftmachung der den Ausstand begründenden Tatsache abzuweisen. Am Verfahren, auf das sich die Tätigkeit des abgelehnten Gerichtsschreibers ausgewirkt hat, sind bzw. waren nur der Gesuchsteller 2 und H\_\_\_\_\_ beteiligt, während sich im vorliegenden Verfahren die Gesuchsteller 1 und 2 einerseits und die Berufungsklägerinnen 1 und 2 andererseits gegenüberstehen. Formell besteht damit ausser in der Person des Berufungsbeklagten 2 keine Identität der Parteien. Damit ist die Annahme einer gleichen Sache nach richtiger Auffassung (oben E. 2.2.2) ausgeschlossen, auch wenn sich materiell aus dem Umstand, dass H\_\_\_\_\_ Präsident des Verwaltungsrats beider Berufungsklägerinnen ist, ein gewisser Zusammenhang ergibt.

Aufgrund des eingereichten Auszugs der Berufung gegen den Entscheid des Zivilkreisgerichts West im Verfahren 130 16 24 II kann vermutet werden, dass Gegenstand jenes Verfahrens eine Klage auf Ungültigerklärung der Einsetzung des Gesuchstellers 2 und möglicherweise auch des Gesuchstellers 1 als Willensvollstrecker ist bzw. war (vgl. Berufung H\_\_\_\_\_ vom 18. Juli 2016, Rz 47, 56, 100 und 105 [BAB 3]). In jenem Verfahren

scheint es damit um die Gültigkeit der Einsetzung als Willensvollstrecker als solche zu gehen bzw. gegangen zu sein. Im vorliegenden Verfahren ist hingegen zu entscheiden, ob den Berufungsklägerinnen vorsorglich zu verbieten ist, sich als Bewirtschaftungsbeauftragte des Nachlasses hinsichtlich der Nachlassliegenschaften auszugeben und als angebliche Bewirtschaftungsbeauftragte des Nachlasses Handlungen in Bezug auf die Nachlassliegenschaften vorzunehmen, und ob sie vorsorglich anzuweisen sind, Zustellungen, Anfragen, Korrespondenzen etc. betreffend die Bewirtschaftung der Nachlassliegenschaften zurückzusenden oder weiterzuleiten, nachdem die Gesuchsteller als Willensvollstrecker den Bewirtschaftungsauftrag der Berufungsklägerin 1 per 31. Dezember 2016 gekündigt hatten. Damit ist im vorliegenden Verfahren nicht der gleiche Konflikt im Sinne des gleichen Lebenssachverhalts zu beurteilen.

Zudem sind in den beiden Verfahren unterschiedliche Streitfragen zu beantworten. Die Gültigkeit der Einsetzung der Willensvollstrecker ist in keiner Art und Weise Thema des vorliegenden Verfahrens. Die Tätigkeit des abgelehnten Gerichtsschreibers im Zusammenhang mit den im Kanton Basel-Landschaft geführten Verfahren bezog sich ausschliesslich auf die Frage, ob bei einer Ungültigkeitsklage eines Erben gegen die Einsetzung eines Willensvollstreckers die übrigen Erben und die Vermächtnisnehmer eine notwendige Streitgenossenschaft bilden und ob ein Urteil über eine Klage eines Erben gegen den Willensvollstrecker auch gegenüber den übrigen Erben und den Vermächtnisnehmern Wirkung entfaltet (vgl. Stellungnahme H\_\_\_\_\_ vom 29. März 2016 im Verfahren 130 16 24 II, Rz 17; Berufung H\_\_\_\_\_ vom 18. Juli 2016, Rz 79 ff. [BAB 3]). Diese Fragen sind im vorliegenden Verfahren ohne jede Bedeutung. Damit fehlt es nach sämtlichen vorstehend dargelegten Auffassungen (oben E. 2.2.2) an einer gleichen Sache im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. b ZPO. Aus diesem Grund kann offen bleiben, ob überhaupt von einer Tätigkeit des abgelehnten Gerichtsschreibers im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. b ZPO in den beiden basellandschaftlichen Verfahren gesprochen werden kann. Der von den Berufungsbeklagten geltend gemachte Ausstandsgrund des Art. 47 Abs. 1 lit. b ZPO ist somit nicht gegeben.

2.4 Aus den nachstehenden Gründen hat der abgelehnte Gerichtsschreiber aber auch nicht gestützt auf die Generalklausel von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO in den Ausstand zu treten. Aufgrund der eingereichten Auszüge von Rechtsschriften, der eingereichten E-Mail und der Stellungnahme des Gerichtsschreibers ist der folgende Sachverhalt glaubhaft: Der Parteivertreter von H\_\_\_\_\_ in den beiden basellandschaftlichen Verfahren und der Berufungsklägerinnen im vorliegenden Verfahren einerseits und der Gerichtsschreiber andererseits kennen sich seit vielen Jahren. Da der Parteivertreter wusste, dass der Gerichtsschreiber eine Habilitationsschrift verfasste, in der er sich unter anderem mit der Frage der Passivlegitimation bei einer Ungültigkeitsklage gegen einen Willensvollstrecker befasst, kontaktierte der Parteivertreter den Gerichtsschreiber vor Einreichung der Klage im Verfahren 130 16 24 II bezüglich dieser Frage (Stellungnahme H\_\_\_\_\_ vom 29. März 2016 im Verfahren 130 16 24 II, Rz 17 [BAB]). Die beiden tauschten sich über die Frage aus, ob bei der Anfechtung einer Einsetzung eines Willensvollstreckers mittels erbrechtlicher Ungültigkeitsklage von einer notwendigen passiven Streitgenossenschaft auszugehen sei oder nicht (Stellungnahme des Gerichtsschreibers, S. 2). Der Gerichtsschreiber teilte dem Parteivertreter seine aktuelle Lehrmeinung betreffend die Frage der Passivlegitimation bei einer Ungültigkeitsklage gegen einen Willensvollstrecker mit und stellte ihm Vorabzüge seiner Habilitationsschrift zu diesem Thema zur Verfügung (Stellungnahme H\_\_\_\_\_ vom

29. März 2016 im Verfahren 130 16 24 II, Rz 17). Im Frühjahr 2017 wurde die Habilitationsschrift des abgelehnten Gerichtsschreibers inhaltlich unverändert publiziert (Stellungnahme, S. 2). Mit E-Mail vom 18. Juli 2016 teilte der Gerichtsschreiber dem Parteivertreter zudem mit, dass er die von I\_\_\_\_\_ und ihm in einem Aufsatz aus dem Jahr 2014 vertretene Meinung nach vertiefter Prüfung im Rahmen seines Habilitationsprojekts revidiert habe und sich I\_\_\_\_\_ seiner revidierten Meinung angeschlossen habe (BAB 4).

Eine über die vorstehenden Tätigkeiten hinausgehende Beratung von H\_\_\_\_\_ oder dessen Rechtsvertreter durch den Gerichtsschreiber wird von den Gesuchstellern nicht glaubhaft gemacht. In seiner Stellungnahme vom 29. März 2016 im Verfahren 130 16 24 II und seiner Berufung vom 18. Juli 2016 an das Kantonsgericht zitierte der Parteivertreter mehrfach aus den Vorabzügen der damals noch nicht veröffentlichten Habilitationsschrift des Gerichtsschreibers (BAB 3). Entgegen der Behauptung der Berufungsbeklagten stellte der Gerichtsschreiber somit nicht H\_\_\_\_\_, sondern dessen Parteivertreter Auszüge einer noch nicht veröffentlichten Publikation zur Verfügung. Zudem machen die Gesuchsteller ihre Behauptung, dies sei "freundschaftlich" geschehen (Berufung, Rz 6), nicht glaubhaft. Der Gerichtsschreiber, der Parteivertreter der Berufungsklägerinnen und auch der Parteivertreter der Gesuchsteller sind Mitautoren des von I\_\_\_\_\_ und anderen herausgegebenen und im Jahr 2010 in erster Auflage erschienenen Kommentars zur ZPO. Gemäss der Stellungnahme des Gerichtsschreibers hat dieser den Parteivertreter der Berufungsklägerinnen ausschliesslich anlässlich der mit diesem Projekt zusammenhängenden Anlässe (Autorenessen, ZPO-Tagungen) persönlich getroffen. Damit handle es sich um eine sog. einfache Bekanntschaft (Stellungnahme, S. 2). Allein aus den Tatsachen, dass sich der Gerichtsschreiber und der Parteivertreter seit vielen Jahren kennen und per Du sind und dass der Gerichtsschreiber dem Parteivertreter seine aktuelle Lehrmeinung mitgeteilt und Vorabzüge seiner Habilitationsschrift zur Verfügung gestellt hat, kann nicht auf ein freundschaftliches Verhältnis zwischen den beiden geschlossen werden. Erst recht bestehen keine Hinweise darauf, dass die Beziehung zwischen dem Gerichtsschreiber und dem Parteivertreter das sozial Übliche übersteigen würde (vgl. oben E. 2.2.3). Da sich die in den beiden basellandschaftlichen Verfahren verwendeten Äusserungen des Gerichtsschreibers auf im vorliegenden Verfahren irrelevante Themen bezogen haben, hat er sich damit in keiner Art und Weise bezüglich der im vorliegenden Verfahren zu beantwortenden Streitfragen festgelegt. Bei objektiver Betrachtung sind daher weder die Tätigkeit des Gerichtsschreibers im Zusammenhang mit den im Kanton Basel-Landschaft geführten Verfahren noch das Verhältnis zwischen ihm und dem Parteivertreter der Berufungsklägerinnen geeignet, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Gerichtsschreibers zu erwecken und eine Befangenheit im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO zu begründen.

### **E. 3**

Ist das Ausstandsgesuch nach dem Gesagten abzuweisen, haben die Gesuchsteller die Kosten des Verfahrens zu tragen (Wullschleger, a.a.O., Art. 50 N 13). Die Gebühr für Entscheide über Ablehnungsbegehren beträgt CHF 200.■ bis CHF 3'000.■ (Ziff. 11 Abs. 1 Ziff. 9 der Verordnung über die Gerichtsgebühren [GebV, 154.810]). Die Gebühr wird vorliegend auf CHF 500.■ festgesetzt. Den Berufungsklägerinnen sind in diesem Verfahren keine Aufwendungen entstanden, sodass ihnen auch keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

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