

# GR\_GERICHTE ZK2 2023 55 vom 15. Januar 2024

GR Gerichte, 2024-01-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK2 2023 55](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2023_55)

FR: GR\_GERICHTE ZK2 2023 55 du 15 janvier 2024

IT: GR\_GERICHTE ZK2 2023 55 del 15 gennaio 2024

## Regeste

Ausstand | Beschwerde Prozessrecht (319 ZPO, ohne die Endentscheide)

## Erwägungen

### E. 1

Die allgemeinen Voraussetzungen des Rechtsmittels wie die Beschwerdefähigkeit (Art. 319 lit. b Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 50 Abs. 2 ZPO), die zehntägige Frist (Art. 321 Abs. 2 ZPO) und das Erfordernis von Antrag und Begründung (Art. 321 Abs. 1 ZPO) geben zu keinen besonderen Bemerkungen Anlass. Über den Antrag betreffend aufschiebende Wirkung wurde mit Verfügung vom 27. Oktober 2023 entschieden (act. D.1): Der Beschwerde wurde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt. 2.1. Der Beschwerdeführer beanstandet wie in erster Instanz, dass sich der Einzelrichter in seinem Schreiben an die Beschwerdegegnerin zu seiner Eingabe vom 11. April 2023 dahingehend geäußert habe, er werfe der Beschwerdegegnerin zu Unrecht unzulässiges Verhalten vor. Damit habe er den Anschein erweckt, sich zur Zulässigkeit der Anträge (in der Eingabe vom 11. April 2023) bereits eine Meinung gebildet zu haben. Das erwecke den Anschein der Befangenheit, weil er seine Beurteilung bekannt gegeben und diese nicht als "vorläufig" bezeichnet habe, bevor er den Entscheid gefällt gehabt habe. Bevor die Beschwerdegegnerin ihr Recht zur Stellungnahme ausgeübt habe, habe sie demnach bereits Kenntnis davon erhalten, wie der Einzelrichter entscheiden werde. Es gehe bei seiner Eingabe vom 5. Mai 2023 im Übrigen nicht darum, dass sich die Gegenpartei am 11. April 2023 unzulässigerweise geäußert hätte – dazu sei sie ja ausdrücklich und unter Ansetzung einer Frist aufgefordert worden, sondern ob die dort formulierten Behauptungen (un-)zulässig seien. Der Beschwerdeführer erkennt in diesem Zusammenhang beim angefochtenen Entscheid eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts und eine Verletzung der Art. 47 ZPO, Art. 30 BV und Art. 6 EMRK, ferner eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (im Einzelnen act. A.1). 2.2. Die Grundlagen des Ausstandsrechts dürften unbestritten sein: die Parteien haben Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht (Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 47 Abs.1 lit. f ZPO), und Bedenken in dieser Hinsicht müssen nicht bewiesen werden, insbesondere muss eine Gerichtsperson nicht tatsächlich befangen sein, sondern es genügt, wenn das glaubhaft gemacht ist (Art. 49 Abs. 2 ZPO). Glaubhaftmachen bedeutet in diesem Zusammenhang mehr als einen wenn auch vielleicht verständlichen negativen Eindruck der Partei. Wenn auch die entsprechenden Anforderungen nicht allzu hoch angesetzt werden dürfen (BGE 120 II 398), bedarf es einer bei objektiver Betrachtung begründeten Besorgnis (BGE 131 I 24). Das Recht auf den Ausstand steht auch in einer gewissen Spannung zum Anspruch auf den gesetzlichen Richter und eine beförderliche Rechts-

### E. 6

/ 12 pflege (Guido E. Urbach, in Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. Zürich 2023, N 6 zu Art. 49 ZPO [in fine]). Ferner muss eine Partei einen Ausstandsgrund unverzüglich geltend machen (Art. 49 Abs. 1 ZPO); insbesondere darf sie nicht zuwarten, bis sie erkennt, ob sich die betreffende Sache zu ihren (Un-)Gunsten entwickelt (so schon vor dem Inkrafttreten der ZPO BGE 117 Ia 322). Generell ist es kein ausreichender Grund für den Ausstand, wenn einem Gerichtsmitglied ein Verfahrens- oder ein Rechtsfehler unterläuft (prägnant dazu François Bohnet, in: Bohnet et al. [Hrsg.], Commentaire romand, Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2018, N 43 zu Art. 47 ZPO: [verlangt ist nicht] "une activité judiciaire exempte d'erreurs"). Der Beschwerdeführer bezieht sich in seiner Beschwerde besonders auf das Prinzip der "Entscheid-Offenheit": dass nicht besorgt werden muss, der Entscheid stehe vor Anhörung der Betroffenen und dem Studium der Akten schon fest resp. habe schon festgestanden (BGE 131 I 113). Diese "Entscheid-Offenheit" ist allerdings, wiewohl als Grundsatz unbedingt einleuchtend, im Einzelfall durchaus schwierig zu beurteilen. Aus nicht zuletzt ganz praktischen Gründen betrachtet das Gesetz verschiedene Konstellationen als grundsätzlich unbedenklich (wenn auch im Einzelfall besondere Umstände gleichwohl zum Ausstand führen können): so insbesondere, wenn ein Gerichtsmitglied vor dem Entscheid über die Hauptsache vorsorgliche Massnahmen erlässt oder verweigert, oder wenn es die unentgeltliche Rechtspflege beurteilt – wenn vorsorgliche Massnahmen erlassen wurden, weil die Sache aussichtsreich sei (Art. 261 Abs. 1 ZPO), oder wenn die unentgeltliche Prozessführung wegen Aussichtslosigkeit verweigert wurde (Art. 117 lit. b ZPO), wird sich die betreffende Partei nur bedingt damit trösten, diese Entscheide seien aufgrund einer erst vorläufigen Beurteilung getroffen worden. Im Rahmen der partiellen Revision der Zivilprozessordnung wurde von den eidgenössischen Räten erwogen, die Mitwirkung an einer Vergleichsverhandlung zum unbedingten Ausstandsgrund für das weitere Verfahren zu erklären; erst in der Einigungskonferenz scheiterte der entsprechende Antrag ([www.parlament.ch / Geschäft 20.026 / "Fahnen"](http://www.parlament.ch/Ge-schaft/20.026/)). Besonders einzugehen ist auf die Frage, wann eine im Laufe des Verfahrens geäußerte Auffassung zu einer Tat- oder Rechtsfrage die betreffende Gerichtsperson im Hinblick auf einen späteren Entscheid als voreingenommen erscheinen lässt (wie vorstehend ausgeführt, genügt dafür der begründete Anschein, wie der Beschwerdeführer zutreffend geltend macht: act. A.1 Rz. 12 und 23; gleich [und ebenso richtig] schon im Ausstandsgesuch: RG Dossier "Ausstand" act. I/1 Rz. 2 und 11). Insbesondere bei Vergleichsgesprächen darf und soll das Gericht eine

## **E. 7**

/ 12 vorläufige Einschätzung der Sache vornehmen. Eine Partei, deren Auffassung dabei widersprochen wird, mag sich wünschen, das Dossier werde einem anderen Richter zugeteilt, welcher vielleicht zu einer für die Partei günstigeren Ansicht komme. Das Bundesgericht erachtet das allerdings nicht als ausreichend für den Ausstand (instruktiv dazu BGer 4A\_424/2012 v. 19.9.2012); es folgt ohne Weiteres aus den einzelnen Sachverhalten von Art. 47 Abs. 2 ZPO, und wie vorstehend dargestellt haben es auch die eidgenössischen Räte gerade jüngst ausdrücklich verworfen. In allen diesen Beispielen ist vorausgesetzt, dass die seitens des Gerichts geäußerte Beurteilung nur eine vorläufige ist – insbesondere bei vorsorglichen Massnahmen, bei der Rechtsöffnung oder bei einem Vergleichsgespräch vor dem Abschluss des Schriftenwechsels oder vor den Beweisabnahmen. Allerdings ist diese Einschränkung mitunter eher theoretischer Natur. Wenn ein Gericht Beweiserhebungen zur Höhe einer Forderung anordnet, hat es damit implizit die Einrede der Verjährung oder der fehlenden Aktivlegitimation bereits

verworfen; dass es formell bei der Urteilsberatung darauf zurückkommen kann, ist formell richtig, aber so wenig wahrscheinlich, dass man unter dem Blickwinkel des "Glaubhaftmachens" davon ausgehen muss, dieser Entscheid sei bereits gefallen. Ähnlich ist es nach einem durchgeführten Beweisverfahren. Sind die Zeugen einvernommen und haben sich die Parteien dazu geäußert, kann eine gütliche Lösung für die Parteien nicht weniger sinnvoll sein als in einem früheren Stadium des Prozesses. Wenn die Richterin hier in einem Vergleichsgespräch rekapituliert, was ausgesagt worden und wie überzeugend das aus Sicht einer unbeteiligten Person (der Richterin) ist, ist anzunehmen, dass sie das auch im Urteil so sehen wird. – Die allgemeinen Grundsätze des Ausstandsrechts behalten auch hier ihre uneingeschränkte Gültigkeit. So ist es denkbar, dass die Richterin in ihre Ausführungen unsachliche Elemente einfließen lässt, welche die Besorgnis ihrer Befangenheit erwecken können. Das davon abzugrenzen, dass es jene Partei als negativ empfinden wird, deren Standpunkt vom Gericht kritisiert wird, ist nicht einfach. Letztlich geht es darum, ob das Verhalten oder die Äußerung des Gerichts bei objektiver Betrachtung als Ausdruck einer unsachlichen, insbesondere die Partei gegenüber der anderen bevorzugenden inneren Haltung zu verstehen ist. 2.3. Für die Anwendung dieser Grundsätze und Überlegungen auf den vorliegenden Fall ist zunächst zu rekapitulieren, worum es ging und geht: die Beschwerdegegnerin verdächtigt den Beschwerdeführer, er habe in Verletzung vertraglicher Pflichten Kunden abgeworben. Um die Chancen und Risiken eines kommenden Prozesses dazu abzuschätzen, stellte die heutige Beschwerdegegnerin den Antrag für eine vorsorgliche Beweisaufnahme im Sinne von Art. 158 Abs. 1 ZPO (RG act. I/1). Der heutige Beschwerdeführer widersetzte

## **E. 8**

/ 12 sich dem (RG act. I/2). Der zuständige Richter kam im Entscheid vom \_\_\_\_\_ 2023 zum Ergebnis, das Begehren sei begründet, und er ordnete das Einholen zahlreicher schriftlicher Auskünfte an (RG act. IV/1, Dispositiv Ziff. 1 und S. 8 ff.). Der Beschwerdeführer focht diesen Entscheid nicht an, und jedenfalls bei summarischer Durchsicht ist nicht leicht erkennbar, was für einen Mangel oder einen Irrtum der Beschwerdeführer erfolgreich hätte rügen können. Mit dem erwähnten Entscheid war die Sache fürs Erste entschieden, aber noch nicht endgültig erledigt. Der Einzelrichter hatte zutreffend erwogen, die angefragten Personen könnten sich allenfalls auf ein Recht zur Verweigerung der Mitwirkung, namentlich auf das Bankkunden-Geheimnis berufen (Art. 166 ZPO). Tatsächlich kamen zwar zum Teil die erwünschten Antworten in der Sache (beispielhaft RG act. XI/39, Schreiben von R. G. \_\_\_\_\_, ebenfalls etwa von der Bank K. \_\_\_\_\_, RG act. XI/30), aber mehrere der Angefragten lehnten es ab. Der Einzelrichter leitete diese letzteren Eingaben den Parteien weiter und gab ihnen mittels einer kurzen und unmissverständlichen ("Stempel-")Verfügung Gelegenheit, sich dazu zu äussern (beispielhaft RG act. XI/24). Davon machte die Beschwerdegegnerin Gebrauch: sie beantragte dem Einzelrichter, eine Bank und zwei natürliche Personen anzuweisen, die gestellten Fragen zu beantworten, unter der gleichzeitigen Feststellung, dass das Bankkundengeheimnis dem nicht entgegenstehe (RG act. I/6). Der Beschwerdeführer nahm seinerseits dazu Stellung; er führte aus, im summarischen Verfahren gebe es nur je einen Parteivortrag, über die Sache sei entschieden, und neue Begehren seien daher nicht mehr zulässig. Im Übrigen seien auch alle Behauptungen in der Eingabe vom 11. April 2023 bestritten, und weil dafür keine Beweise genannt würden, wären die gestellten Anträge eventuell abzuweisen (RG act. I/7). Der Einzelrichter reagierte auf diese letzte Eingabe damit, dass er sie der Beschwerdegegnerin mit einem Brief zustellte; dabei hielt er fest, für die Eingabe vom 11. April 2023 habe er

Frist angesetzt, und sie sei daher nicht unzulässig. Zudem gehe es um eine Beweiserhebung, bei welcher die Parteien Mitwirkungsrechte hätten (RG act. V/8). Der Beschwerdeführer nimmt diesen Brief zum Anlass, den Ausstand des Einzelrichters zu verlangen. Der Einzelrichter hat den (nicht angefochtenen) Entscheid über die Beweiserhebungen an sich und dann diese selbst mit grosser Sorgfalt und unter sorgfältiger Wahrung der Parteirechte beider Seiten getroffen resp. eingeleitet. Und die Sache ist tatsächlich nicht trivial. Der grundlegende Entscheid, die beantragten Beweismittel vorläufig zu erheben, war nur das eine – auf die

#### **E. 9**

/ 12 abwehrenden Reaktionen der angefragten Personen zu reagieren, war und ist das andere. Der Einzelrichter erwog im Entscheid über die Sache, es möge Diskussionen über Verweigerungsgründe geben, namentlich über das Bankkundengeheimnis; das könne und solle aber nicht antizipiert werden, sondern darüber werde erst in Kenntnis konkreter Einwendungen zu entscheiden sein. Der Beschwerdeführer kritisiert das soweit ersichtlich nicht – es scheint auch dem Kantonsgericht plausibel, ohne dass dieses den Punkt in allen Details abhandeln kann und muss. Und wenn es denn auch unrichtig sein sollte, wäre es eine rechtlich unzutreffende Beurteilung, welche mit einem Ausstandsgrund im Sinne einer unsachlichen Haltung des Richters nichts zu tun hätte. Der abgelehnte Richter fasste die Einwendungen des Beschwerdeführers offenkundig so auf, dass dieser jegliche Vorbringen der Beschwerdegegnerin als unzulässig erachte, und er hielt dem im beanstandeten Brief entgegen, für die Vorbringen sei ja ausdrücklich Frist angesetzt worden. Das letztere ist richtig. Der Beschwerdeführer verwahrt sich nun gegen dieses Verständnis und sagt, es sei ihm inhaltlich um Ausführungen zur Sache gegangen, und eben das sei im summarischen Verfahren nicht zulässig. Das letztere ist durchaus richtig – in diesem Verfahren. Das war und ist aber nicht der Punkt: der Einzelrichter hatte den Parteien Gelegenheit gegeben, sich zum Widerstand der betreffenden angeschriebenen Personen gegen ihre Auskunftspflicht zu äussern. Das war ein neuer Gesichtspunkt, zu dem sich die Parteien in den grundsätzlich abschliessenden Vorträgen zur Sache nur allgemein, aber nicht mit Blick auf die konkreten Argumente der Angefragten äussern können. Wie der Einzelrichter zutreffend bemerkte, verlangte es der fundamentale Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 53 ZPO), dass die Parteien dazu Stellung nehmen konnten. Es mag sein, dass er den Einwand des Beschwerdeführers in diesem Punkt (teilweise) missverstanden hat. Eine Besorgnis der Befangenheit, dass er aus unsachlichen Gründen zu Ungunsten des Beschwerdeführers entscheiden werde, was im Rahmen der konkreten Beweiserhebungen allenfalls noch zu entscheiden sein wird, ist daraus allerdings nicht abzuleiten. Dass über die Frage der allenfalls angerufenen Mitwirkungsverweigerung (Art. 166 ZPO) noch zu entscheiden sein werde, hatte der Einzelrichter wie dargestellt bereits im (nicht angefochtenen) Entscheid über die Sache in Aussicht gestellt. Auch das kann den Ausstand nicht begründen.

#### **E. 10**

/ 12 Der Beschwerdeführer stösst sich daran, dass der Einzelrichter zwar seinen Brief vom 5. Mai 2023 der Beschwerdegegnerin zustellte, aber gleichzeitig zu erkennen gab, er betrachte die Einwendungen als nicht stichhaltig (act. A.1, Rz. 14 ff.). Das erweckt allerdings in diesem Fall und unter diesen Umständen keine Bedenken. Wie soeben gesehen, äusserte der Einzelrichter seine Auffassung dazu, ob die Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 11. April 2023 an sich überhaupt zulässig gewesen sei. Das war

nach seiner (vielleicht auf einem Missverständnis beruhen- den) Lesart der sehr kurzen Eingabe des Beschwerdeführers sinnvoll oder jedenfalls vertretbar, um einem weiteren und vielleicht endlosen und unergiebigem Hin und Her zu einem letztlich unerheblichen Punkt vorzubeugen. Dazu, ob die angeschriebenen Personen ihre Mitwirkung an der Beweiserhebung berechtigterweise verweigerten, äusserte er sich wie gesehen nicht. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers gab er damit keine Einschätzung zu der offenen Frage bekannt. Der Kritik des Beschwerdeführers, der Einzelrichter habe einen Entscheid vorweggenommen und sich damit befangen gemacht, fehlt daher schon im Ansatz das Fundament. Ob es zum Ausstand hätte führen können und müssen, wenn der Einzelrichter sich in dem beanstandeten Brief an beide Parteien zur Tragweite von Art. 166 ZPO in diesem Fall geäußert hätte, ist nicht zu entscheiden. Es bleibt damit die möglicherweise wesentliche Frage offen, ob sich in der Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 11. April 2023 Passagen finden, welche nicht ausschliesslich durch die Mitwirkungsverweigerung der angeschriebenen Personen veranlasst sind, und die richtigerweise schon in den Parteivorträgen der Hauptsache hätten eingebracht werden müssen. Zu diesem durchaus interessanten und nicht ganz banalen Punkt äussert sich der Beschwerdeführer allerdings soweit ersichtlich weder in seinem Ausstandsbegehren noch in der aktuellen Beschwerde, und das Kantonsgericht hat das nicht näher abzuklären. Möglicherweise wird es der Einzelrichter tun, wenn er gegenüber den betreffenden Personen auf deren Einwendungen gegen ihre Mitwirkungspflicht reagiert. Dann kann sich die Frage stellen, ob es in der Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 11. April 2023 (auch) um Vorbringen geht, mit welchen die Beschwerdegegnerin wegen des im summarischen Verfahrens geltenden Prinzips der nur einmaligen Äusserung ausgeschlossen ist. Es ist aber nicht zu sehen, wie der Punkt heute zum Ausstand des Einzelrichters führen könnte. Unzutreffend ist damit der Vorwurf des Beschwerdeführers, der Einzelrichter habe sein rechtliches Gehör verletzt (act. A.1, Rz. 28 ff.). Wozu er sich selber hätte äussern wollen, legt er nicht dar; in der analogen Situation der Abweisung eines Gesuches oder eines Rechtsmittels ohne Anhörung der Gegenpartei (Art. 253, Art. 312 und 322 ZPO) wird bekanntlich das Gehör der Partei, deren Anträge verwor-

## **E. 11**

/ 12 fen werden, nicht verletzt (BGE 143 III 153; Myriam A. Gehri, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., Zürich 2023, N 2 zu Art. 312 ZPO). Wie der Einzelrichter der Beschwerdegegnerin mit seinem Brief vom 8. Mai 2023 einen Vorteil verschafft habe (so der Beschwerdeführer in act. A.2, Rz. 28 ff. mit Hinweis auf RG Dossier "Ausstand" act. I/1 Rz. 10 und 11), ist ebenfalls nicht zu sehen. Dass die Parteien vom Gericht gleich zu behandeln sind, ist ein wichtiger und nicht verhandelbarer Grundsatz. In diesem Fall steht das aber vernünftigerweise nicht zur Diskussion. Wie dargestellt hat sich der Einzelrichter zu zwei Punkten geäußert, die jedenfalls nach seinem vertretbaren Verständnis in diesem Zeitpunkt überhaupt keine relevante Bedeutung hatten. Dass er mit seinen Bemerkungen versuchte, einen "ewigen" Abtausch von Eingaben zu diesen unbedeutenden Nebenpunkten zu verhindern, gehörte im weiteren Sinn zu seiner Amtspflicht, hängige Verfahren mit vernünftiger Beschleunigung zu führen und zum Entscheid zu bringen. Letztlich profitierte auch der Beschwerdeführer davon, wenn seine Gegenpartei nicht noch eine weitere Eingabe verfasste, für welche er am Ende möglicherweise entschädigungspflichtig werden würde. Es liegen keine Gründe vor, welche den Ausstand des Einzelrichters J.\_\_\_\_\_ rechtfertigen könnten. Und damit ist auch das Begehren des Beschwerdeführers unbegründet, es seien alle Prozesshandlungen von

J. \_\_\_\_\_ in dieser Sache – vorweg die bisher nicht angefochtene Anordnung der vorsorglichen Beweisführung an sich – aufzuheben. 3. Die Kosten des Verfahrens gehen ausgangsgemäss zu Lasten des Beschwerdeführers (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie sind im Rahmen von CHF 1'000.00 bis CHF 30'000.00 (Art. 9 VGZ [BR 320.210]) als Entscheidgebühr von CHF 2'000.00 festzusetzen und aus dem vom Beschwerdeführer in dieser Höhe geleisteten Vorschuss zu beziehen. Da die Beschwerdegegnerin auf eine Beschwerdeantwort verzichtet hat, ist keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**E. 12**

/ 12

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