

# **SZ\_GERICHTE ZK1 2018 37 vom 6. Dezember 2018**

SZ Gerichte, 2018-12-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sz\\_gerichte\\_ZK1\\_2018\\_37](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sz_gerichte_ZK1_2018_37)

FR: SZ\_GERICHTE ZK1 2018 37 du 6 décembre 2018

IT: SZ\_GERICHTE ZK1 2018 37 del 6 dicembre 2018

## **Regeste**

Ausstand (Ehescheidung, Nebenfolgen) | Diverses

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Im Rahmen des beim Kantonsgericht zwischen ihm und C.\_\_\_\_\_ hängigen Berufungsverfahrens betreffend Ehescheidung (ZK1 2017 20) stellte der Gesuchsteller am 8. November 2018 ein Ausstandsgesuch gegen den dortigen Vorsitzenden B.\_\_\_\_\_ (ZK1 2018 37; KG-act. 1). Letzterer be- streitet das Vorliegen eines Ausstandsgrundes (KG-act. 3). C.\_\_\_\_\_ liess sich innert Frist nicht vernehmen.

### **E. 2**

Eine Partei, die eine Gerichtsperson ablehnen will, hat dem Gericht un- verzüglich ein entsprechendes Gesuch zu stellen, sobald sie vom Ausstands- grund Kenntnis erhält. Die den Ausstand begründenden Tatsachen sind glaubhaft zu machen. Die betroffene Person nimmt zum Gesuch Stellung (Art. 49 ZPO). Auch die Gegenpartei hat ein Recht zur Stellungnahme, da sie in ihrem Anspruch auf den gesetzlichen Richter tangiert sein kann (vgl. Rüet- schi, Berner Kommentar, 2012, N 4 zu Art. 50 ZPO; Kiener, in: Oberham- mer/Domej/Haas, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. A. 2014, N 8 zu Art. 49 ZPO und N 2 zu Art. 50 ZPO; Wullschleger, in: Sutter- Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilpro- zessordnung, 3. A. 2016, N 14 zu Art. 49 ZPO). Anwendung findet das sum- marische Verfahren (Wullschleger, a.a.O., N 5 zu Art. 50 ZPO; Kiener, a.a.O., N 1 zu Art. 50 ZPO).

### **E. 3**

Der Gesuchsteller hält dem Gesuchsgegner in erster Linie vor, ver- schiedene Beweismittel (Einholung eines Obergutachtens, Zeugenbefragun- gen, Abklärungen über das Haus in Russland) nicht abgenommen und „die Gutachterin“ – entgegen § 110 JG – nicht angezeigt zu haben. Der Gesuchsgegner teilte den Parteien im Scheidungsverfahren ZK1 2017 20 mit Verfügung vom 14. September 2018 auf entsprechende Anfrage zwar mit, der Fall sei zurzeit in Bearbeitung und in absehbarer Zeit könne mit der Zu-

Kantonsgericht Schwyz 3 stellung eines Urteils gerechnet werden (vgl. act. 24 aus ZK1 2017 20). Je- doch erging noch kein Entscheid, weshalb noch nicht definitiv feststeht, ob von weiteren Beweisabnahmen abgesehen wurde bzw. wird. Die (bisher) un- terlassene Abnahme von Beweisen sowie auch die Frage der Beweistauglich- keit des kinderpsychologischen Gutachtens des Instituts für Forensisch- Psychologische Begutachtung vom 29. April 2014 vermögen demnach derzeit von vornherein keinen Ausstandsgrund glaubhaftzumachen. Soweit der Ge- suchsteller auf in weiteren Verfahren

nicht abgenommene Beweismittel Bezug nimmt (ZK2 2017 22 und 43, je Beschluss vom 10. April 2018), erfolgt das Ausstandsgesuch ausserdem offenkundig verspätet. Dies gilt gleichermassen für die angeblich zu Unrecht unterlassene Anzeige der „Gutachterin“, da deren Gutachten aus dem Jahre 2014 stammt und der Gesuchsteller sich nicht zum Zeitpunkt der Kenntnisnahme des angeblichen Ausstandsgrundes äussert (vgl. Wullschleger, a.a.O., N 11 zu Art. 49 ZPO). Unbesehen davon stützt der Gesuchsteller sein Begehren auf den Ausstandsgrund gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO, wonach eine Gerichtsperson in den Ausstand tritt, wenn sie aus anderen als in Art. 47 Abs. 1 lit. a-e ZPO typisier- ten Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder ihrer Vertretung, befangen sein könnte. Freundschaft oder Feind- schaft macht der Gesuchsteller nicht geltend. In sachlicher Hinsicht legt er des Weiteren nicht konkret dar, weshalb der Gesuchsgegner zur Abnahme weite- rer Beweise verpflichtet gewesen wäre, so dass die Verweigerung überhaupt fehlerbehaftet erscheinen könnte. Ohnehin hätte der Gesuchsteller allfällige Rechtsfehler nicht mittels Ausstandsbegehrens, sondern auf dem Rechtsmit- telweg geltend zu machen (vgl. Wullschleger, a.a.O., N 35 zu Art. 47 ZPO; BGer, Urteil 5A\_497/2009 vom 20. Oktober 2009 E. 3.2). Abgesehen davon, dass der Gesuchsteller wie erwähnt keine Verfahrensfehler glaubhaft machen kann, würde der Anspruch auf einen unabhängigen und unparteiischen Rich- ter nicht auch die Garantie auf einen jederzeit fehlerfrei arbeitenden Richter umfassen. Allfällige Verfahrens- oder Einschätzungsfehler wären deshalb

Kantonsgericht Schwyz 4 ebenso wenig Ausdruck von Voreingenommenheit wie ein inhaltlich falscher Entscheid in der Sache oder Fehler in der Verhandlungsführung. Um bei sol- chen Fehlern ausnahmsweise die Unbefangenheit einer Gerichtsperson in Frage stellen zu können, müssten objektiv gerechtfertigte Gründe zur Annah- me bestehen, dass sich in Rechtsfehlern gleichzeitig eine Haltung manifes- tiert, die auf fehlende Distanz und Neutralität beruht (vgl. Weber, Basler Kommentar, 3. A. 2016, N 3 f. zu Art. 47 ZPO mit Verweisen). Nach dem Dafürhalten des Gesuchstellers gehe es spätestens mit der Verfügung der Staatsanwaltschaft nicht mehr um seine subjektiven Eindrücke, wenn jahre- lang stillschweigend und absolut ignorant gegenüber den Rechten von Vater und Tochter Beweismittel nicht abgenommen und der Anzeigepflicht nicht nachgekommen werde. Dass der Gesuchsgegner mit der verweigerten Ab- nahme gewisser Beweise oder der unterlassenen Anzeige wiederholte oder besonders krasse Rechts- bzw. Einschätzungsfehler begangen hätte, so dass sie als schwere Verletzung der Richterpflichten bewertet werden müssten, vermag der Gesuchsteller mit den allgemein gehaltenen Vorbringen indessen nicht glaubhaft zu machen bzw. er bringt keine zusätzlichen, besonderen Um- stände vor, die auf Befangenheit des Gesuchsgegners schliessen liessen (vgl. Weber, a.a.O., N 4 zu Art. 47 ZPO; Diggelmann, in: Brun- ner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. A. 2016, N 38 zu Art. 47 ZPO; BGer, Urteil 5A\_194/2014 vom 21. Mai 2014 E. 3.2). Das vom Gesuchsteller erwähnte, gegen den Gesuchsgegner geführ- te Strafverfahren wegen Amtsmissbrauchs nahm die Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz entgegen den Vorbringen des Gesuchstellers mit Verfügung vom 25. Oktober 2018 nicht an die Hand (vgl. KG-act. 3/1). Hinsichtlich der Einkommens- und Vermögensverhältnisse weist der Gesuchsgegner zudem darauf hin, im Verfahren GPR 2017 12 zusätzlich zum Beweisverfahren vor erster Instanz zahlreiche Beweise beider Parteien abgenommen zu haben. Des Weiteren nimmt der Gesuchsteller keinen Bezug auf die Erwägungen in den bereits ergangenen Beschlüssen vom 10. April 2018 (ZK2 2017 22 und 43), auf welche auch der Gesuchsgegner in seiner Stellungnahme verweist,

Kantonsgericht Schwyz 5 bzw. der Gesuchsteller beanstandet diese nicht. Schliesslich legt der Gesuchsteller nicht dar, welche konkreten Gründe den Gesuchsgegner zu einer Strafanzeige gegenüber der Gutachterin hätten bewegen sollen, weshalb eine Verletzung der Anzeigepflicht gemäss § 110 Abs. 1 JG nicht glaubhaft ist, und als Folge davon ebenso wenig die Begründung eines Ausstandsgrunds.

#### **E. 4**

Nach Ansicht des Gesuchstellers hätte der Gesuchsgegner ihm sodann mitteilen müssen, ob er (der Gesuchsteller) für seine Ausgaben in Russland, welche vor dem Güterrechtsstichtag angefallen seien und die ihm in erster Instanz aufgerechnet worden seien, nachträglich wider Erwarten noch Belege beschaffen müsse. Auch an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass im Scheidungsverfahren noch kein Urteil erging. Ungeachtet dessen legt der Gesuchsteller nicht dar, gestützt auf welche Grundlage der Gesuchsgegner hierzu verpflichtet gewesen wäre, was gleichermassen für die beanstandeten fehlenden Abklärungen des Wertes des Hauses in Russland gilt. Für die güterrechtliche Auseinandersetzung sind auf jeden Fall der Verhandlungsgrundsatz (Art. 277 Abs. 1 ZPO) und die Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) anzuwenden und aus den Vorbringen des Gesuchstellers ergibt sich nicht, dass bzw. inwieweit der Gesuchsgegner gestützt auf Art. 277 Abs. 2 ZPO zu einem entsprechenden Handeln verpflichtet gewesen wäre. Selbst wenn dem Gesuchsgegner diesbezüglich ein falsches Vorgehen anzulasten wäre, bestünden mithin keinerlei objektiv gerechtfertigte Gründe zur Annahme, dass sich hierin eine Haltung des Gesuchsgegners manifestiert hätte, die auf fehlende Distanz und Neutralität beruhen würde (Weber, a.a.O., N 4 zu Art. 47 ZPO; vgl. auch E. 3 oben).

#### **E. 5**

Der Gesuchsteller macht als weiteren Ausstandsgrund die angeblich „lapidare“ Bemerkung des Gesuchsgegners anlässlich der „Einigungsverhandlung 2017“ geltend, wonach ein überdurchschnittliches väterliches Besuchsrecht gewährt worden und es immer schlechter geworden sei. Jedoch legt der Gesuchsteller den weiteren Zusammenhang, in welchem der Gesuchsgegner

Kantonsgericht Schwyz 6 die Äusserung gemacht haben soll, nicht dar. Unbesehen davon kann es sich nicht um eine unzulässige Vorbefassung im Sinne einer sachfremden Meinungsbildung handeln, wenn der Richter sich im Verlaufe des Verfahrens aufgrund der Akten eine vorläufige Meinung bildet, soweit er bis zum Abschluss des Verfahrens frei bleibt, später aufgrund prozessual zulässig eingebrachter Argumente oder abgenommener Beweise sein vorläufiges Urteil zu revidieren und nicht durch Äusserungen oder durch ein Verhalten den Anschein des Gegenteils erweckt (Wullschleger, a.a.O., N 49 zu Art. 47 ZPO mit Verweisen). Gerade bei Einigungsverhandlungen ist es typisch, dass der Richter den Parteien unpräjudiziell eine vorläufige Einschätzung der Prozesschancen kundtut, was nicht zu dessen Befangenheit führt (Platz, der Vergleich im schweizerischen Recht, Diss. 2014, S. 290; Killias, Berner Kommentar, 2012, N 3 zu Art. 226 ZPO; vgl. auch BGE 131 I 113 E. 3.6; BGE 134 I 238 E. 2.4). Dass dem ausnahmsweise doch so gewesen sein soll, legt der Gesuchsteller jedenfalls nicht substantiiert dar, entsprechende Belege fehlen ebenso. Weil die vom Gesuchsteller erwähnte Verhandlung im Jahre 2017 stattfand, ist zudem von einer verspäteten Geltendmachung des angeblichen Ausstandsgrunds auszugehen. Insgesamt ist das Ausstandsbegehren auch in diesem Punkt abzuweisen, soweit überhaupt auf dieses einzutreten ist.

## **E. 6**

Zusammenfassend ist das Ausstandsgesuch abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Ausgangsgemäss wird der Gesuchsteller kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Infolge Aussichtslosigkeit fällt eine Prozesskostenbe- vorschussung bzw. ein Kostenerlass oder eine allfällige Entschädigung von Vorneherein ausser Betracht.

Kantonsgericht Schwyz 7

## **E. 7**

Weil das Kantonsgericht mit einem Rechtsmittelverfahren ■ dem Beru- fungsverfahren ZK1 2017 20 betreffend Ehescheidung ■ befasst ist, ist der vorliegende Entscheid als Zwischenentscheid einzustufen, gegen welchen die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht zulässig ist (vgl. Art. 72 ff. und Art. 92 Abs. 1 BGG; BGE 137 III 424, E. 2.2);-

Kantonsgericht Schwyz 8 beschlossen: 1. Das Ausstandsgesuch wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist. 2. Die Kosten des Verfahrens von Fr. 800.00 werden dem Gesuchsteller auferlegt. 3. Gegen diesen Zwischenentscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Massgabe von Art. 72 ff. BGG Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden (Art. 92 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG ent- sprechen. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.00 und ist im Übrigen un- bestimmt. 4. Zufertigung an A. \_\_\_\_\_ (1/R), B. \_\_\_\_\_ (1/ES), Rechtsanwalt D. \_\_\_\_\_ (2/R), in die Akten ZK1 2017 20 (1/ü) sowie nach definitiver Erledigung an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv). Namens der 1. Zivilkammer Der Kantonsgerichtsvizepräsident Die Gerichtsschreiberin Versand 6. Dezember 2018 kau

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