

# ZH\_OBERGERICHT PD200006 vom 17. Juli 2020

ZH Obergericht, 2020-07-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PD200006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PD200006)

FR: ZH\_OBERGERICHT PD200006 du 17 juillet 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT PD200006 del 17 luglio 2020

## Erwägungen

### E. 2

Eventualiter zu Rechtsbegehren 1 hiervor sei der Beschluss der VORINSTANZ vom 7. Mai 2020 (Verfahren Nr. BV200002-K) zur rechtskonformen Sachverhaltsermittlung und Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### E. 2.1

Die Vorinstanz stellte in einem ersten Schritt Erwägungen zur Frage an, ob und in welchem Umfang die Schlichtungsakten im mietgerichtlichen Verfahren beigezogen werden dürfen, und sie kam insgesamt zu Schluss, der vollständige Beizug der Schlichtungsakten sei im vorliegenden Fall unproblematisch (act. 15 E. 4.b). Zur Frage des Ausstands erwog die Vorinstanz sodann in einem zweiten Schritt, ausser dem Beizug und der Sichtung der Schlichtungsakten hätten die Kläger keine anderen Handlungen konkret dargelegt, durch welche Mietgerichts- präsidentin G.\_\_\_\_\_ oder Gerichtsschreiberin I.\_\_\_\_\_ den Verdacht der Vorein- genommenheit erweckt hätten, und es sei damit bei der Rüge der Umstände "organisatorischer Natur" geblieben, aus welchen die Kläger den Anschein der Be-

- 5 - fangenheit herleiteten. In diesem Zusammenhang erwog die Vorinstanz, gemäss Art. 47 Abs. 2 lit. b ZPO stelle die Mitwirkung im Schlichtungsverfahren für sich allein genommen keinen Ausstandsgrund dar – eine solche Konstellation für sich alleine bewirke keine Betriebsblindheit bzw. Vorbefassung. Dasselbe habe für den Beizug bzw. die Einsichtnahme in die Schlichtungsakten zu gelten. Es bedürfe vielmehr ganz konkreter Handlungen und/oder Äusserungen der Gerichtspersonen, welche diese gesetzliche Vermutung zu widerlegen vermöchten. Solche Umstände würden nicht geltend gemacht (act. 15 E. 4.d).

#### E. 2.2

Die Kläger tragen dagegen – wie bereits vor Vorinstanz – im Wesentlichen vor, der Beizug der Schlichtungsakten durch das Mietgericht sei zum einen im Erkenntnisverfahren nicht bzw. nicht im erfolgten Umfang zulässig, zum andern ergebe sich durch den Beizug und die Einsichtnahme in die Schlichtungsakten der Anschein der Befangenheit (act. 15).

### E. 3

Der Beschwerde sei superprovisorisch, d.h. ohne Anhörung des BESCHWERDEGEGNERS 1, des BESCHWERDEGEGNERS 2 und der VORINSTANZ, die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

#### E. 3.1

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass hier auf die Frage, ob bzw. in welchem Umfang die Akten des Schlichtungsverfahrens im Erkenntnisverfahren beigezogen werden dürfen (dazu die Ausführungen der Kläger, act. 16 Rz. 31 ff. u. Rz. 58 ff.), nicht weiter

eingegangen werden muss. Wie gezeigt, wurden die Akten beigezogen, ein Wiedererwägungsgesuch wurde abgewiesen sowie eine gegen den Aktenbeizug erhobene Beschwerde abgeschrieben. Die Akten befinden sich damit in den Akten des Mietgerichtes, und die Gerichtspersonen haben erklärt, vom Inhalt der Akten Kenntnis, bzw. "kurz in sie Einsicht" genommen zu haben (act. 6/12 E. 2.3.). In diesem Verfahren geht es nicht mehr um die Frage, ob dieser Beizug rechtmäßig war. Hier relevant ist einzig noch die Frage, ob mit den Klägern davon auszugehen ist, die Gerichtspersonen hätten aufgrund der Sichtung der Schlichtungsakten (unabhängig davon, ob diese in die Mietgerichtsakten beigezogen werden dürfen oder nicht) als befangen zu gelten (act. 14 Rz. 48 f.).

### **E. 3.2**

Art. 47 ZPO konkretisiert den Anspruch jeder Person, dass ihre Sache von einem unbefangenen, unvoreingenommenen und unparteiischen Richter ohne Einwirkung sachfremder Umstände entschieden wird (vgl. auch: Art. 30 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II), durch einen nicht abschliessenden Beispielkatalog an Ausstandsgründen, vgl. Abs. 1 lit. a–e. Diese

- 6 - konkret normierten Ausstandsgründe werden durch eine Generalklausel ergänzt, wonach eine Gerichtsperson in den Ausstand zu treten hat, wenn sie "aus anderen Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder ihrer Vertretung" befangen ist (Abs. 1 lit. f). Wie dies bereits die Vorinstanz zutreffend festhielt, lassen sich Ausstandsgründe unterteilen in solche, die in der Person der Gerichtsperson liegen, in ihren Beziehungen zu den Beteiligten oder in einem weiteren Sinn in organisatorischen Gründen, wobei letztere unter die genannte Generalklausel zu fassen sind (act. 15 E. 3; DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 47 N 7). Unter die Generalklausel bzw. unter diese organisatorischen Gründe zu fassen ist insbesondere der Fall, dass eine Gerichtsperson in mehreren Funktionen im selben Verfahren tätig gewesen ist ("Vorbefassung") und sich in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt hat, das sie nicht mehr als unvoreingenommen erscheint; nicht anwendbar ist in diesem Fall Abs. 1 lit. b, da dessen Anwendbarkeit sich auf den Fall beschränkt, wo eine Gerichtsperson in der konkreten Streitsache "in anderer Stellung" (Mitglied einer Behörde, Rechtsanwalt, Sachverständiger) befasst war (ZK ZPO-WULLSCHLEGER, 3. Aufl. 2016, Art. 47 N 48). In Bezug auf den Fall, dass eine Gerichtsperson in derselben Sache in verschiedenen Funktionen tätig war, zählt der Gesetzgeber in Art. 47 Abs. 2 ZPO typische Situationen auf, welche für sich alleine genommen den Ausstand nicht zu begründen vermögen, bzw. in denen die Vorbefassung aus Gründen der Verfahrensökonomie zulässig ist. Namentlich betrifft dies die Mitwirkung beim Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege, beim Schlichtungsverfahren, bei der Rechtsöffnung, bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen und im Eheschutz. Das Gesetz stellt in diesen Konstellationen somit die Vermutung auf, dass die Gerichtspersonen innerlich frei bleiben, bei einem folgenden Entscheid die Frage aufgrund einer neuen Prüfung anders zu beurteilen (DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 47 N 50 ff.). Diese explizite Normierung des Gesetzgebers bietet auch in anderen, nicht ausdrücklich normierten Fällen eine Referenz für die Beurteilung, inwieweit eine Vorbefassung allenfalls zu einer Befangenheit führt. In Konstellationen von Art. 47 Abs. 2 ZPO ist die Befangenheit im Sinne der

- 7 - Generalklausel daher nur anzunehmen, wenn objektive Umstände hinzukommen, die das Misstrauen in die Befangenheit zu begründen vermögen und namentlich bei objektiver

Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken. Es muss mithin glaubhaft erscheinen, dass eine Gerichtsperson aufgrund ihres Verhaltens objektiv betrachtet befangen sein könnte, wobei die Befangenheit einer Gerichtsperson nicht leichthin anzunehmen ist (z.B. BGE 137 I 227, E. 2.1 sowie BGE134 I 238, E. 2.1, je m.w.H.; vgl. auch Botschaft ZPO, BBl 2006 7221 ff., S. 7272; DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 47 N 7; BK ZPO-RÜETSCHI, Art. 47 N 3). 3.3.1 Auch wenn die Kläger ausführen, der Ansicht der Vorinstanz, ihre Rüge betreffe einen Ausstandsgrund organisatorischer Natur, könne nicht gefolgt werden (act. 16 Rz. 49 f.), ergibt sich aus dem von ihnen geltend Gemachten nichts anderes: So stören sie sich an der Kenntnisnahme der Schlichtungsakten und insbesondere des Urteilsvorschlages bzw. daran, dass sich "das Mietgericht mit der vorliegend zu beurteilenden Rechtssache gestützt auf Akten, welche in das Erkenntnisverfahren überhaupt nicht hätten einfließen dürfen", auseinandergesetzt habe (act. 16 Rz. 53). Damit machen sie eine ihrer Ansicht nach unzulässige "Vorbefasstheit" im oben dargelegten Sinne geltend, bzw. eine – so die Kläger – damit vergleichbare Sachlage (act. 16 Rz. 51 sowie hiernach E. 3.3.2). Insbesondere nicht geltend machen sie einen anderen, unter lit. a–d speziell normierten Ausstandsgrund. Die pauschale und wie gezeigt auch unbegründete Kritik der Kläger an der Subsumtion des geltend Gemachten unter die Generalklausel von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO durch die Vorinstanz überzeugt damit nicht. 3.3.2 Unter Hinweis auf diverse Kommentarstellen führen die Kläger sodann aus, eine mögliche Befangenheit sei insbesondere dann anzunehmen, wenn ein Gerichtspräsident den Parteien während eines vorangegangenen Schlichtungsverfahrens in gleicher Sache einen Urteilsvorschlag unterbreitet habe (act. 16 Rz. 50 u.H.a.: BK ZPO-RÜETSCHI, Art. 47 N 22; BSK ZPO-WEBER, 3. Aufl. 2017, Art. 47 N 54; ZK ZPO-WULLSCHLEGER, 3. Aufl. 2016, Art. 47 N 55). Die Kläger räumen zwar ein, dass weder Richterin G.\_\_\_\_\_ noch Gerichtsschreiberin I.\_\_\_\_\_ die Parteien direkt angehört hätten. Die Situation, in welcher das erstinstanzliche Ge-

- 8 - richt die Akten des Schlichtungsverfahrens beiziehe und u.a. Kenntnis von den Plädoyernotizen und dem Urteilsvorschlag der Schlichtungsbehörde nehme, sei aber mit dieser Situation vergleichbar, kenne doch das erstinstanzliche Gericht die Einschätzung der vorgelagerten Instanz und allenfalls auch den Verhandlungsspielraum der Parteien, wodurch das Gericht zumindest unbewusst in seiner Entscheidungsfindung beeinflusst werde. Es bestehe die Gefahr einer Voreingenommenheit (act. 16 Rz. 51 ff.). 3.3.3 Dieser Argumentation der Kläger kann nicht gefolgt werden: a) So ist zum einen kritisch anzumerken, dass es gerade Sinn des Schlichtungsverfahrens ist, zwischen den Parteien eine gütliche Einigung herbeizuführen. In diesem Rahmen werden die Parteien angehört und ihnen wird regelmässig durch die Schlichtungsbehörde zwecks Vergleichsgesprächen eine erste Einschätzung der Sach- und Rechtslage dargelegt, mithin hat sich die Schlichtungsbehörde dazu eine Meinung zu bilden. Trotz diesem dem Schlichtungsverfahren inhärenten Umstand erachtet der Gesetzgeber es dennoch als vereinbar, dass die Gerichtsperson, welche beim Schlichtungsverfahren mitwirkte, auch im Erkenntnisverfahren mitwirkt (Art. 47 Abs. 2 lit. b ZPO). Inwiefern diese vorläufige Meinungsbildung weniger zu einer möglichen Vorbefasstheit führte als die Ausarbeitung eines Urteilsvorschlages, erschliesst sich nicht ohne Weiteres, hat sich die Schlichtungsbehörde doch in beiden Fällen mit dem Streitgegenstand und den Standpunkten der Parteien auseinanderzusetzen und eine eigene Wertung vorzunehmen. Bereits aus diesem Grund kann der Argumentation der Kläger nicht gefolgt werden. In diesem Zusammenhang ist zudem darauf hinzuweisen, dass immerhin zwei der drei angerufenen Autoren ihre

Meinung dahingehend konkretisieren, dass die bereits mit dem Schlichtungsverfahren befasste Gerichtsperson die Klage im Erkenntnisverfahren dann nicht mehr beurteilen dürfe, wenn der Urteilsvorschlag im Schlichtungsverfahren nach Durchführung eines Beweisverfahrens i.S.v. Art. 203 Abs. 2 ZPO ergangen ist (BSK ZPO-WEBER, a.a.O., Art. 47 N 54; ZK ZPO-WULLSCHLEGER, 3. Aufl. 2016, Art. 47 N 55; vgl. auch. Botschaft ZPO, BBl 2006 7221 ff., 7272 f.), was hier nicht einschlägig ist.

- 9 - b) Zum andern ist es aber – entgegen den Klägern – wohl ein relevanter Unterschied, ob eine Gerichtsperson überhaupt am Schlichtungsverfahren teilgenommen hat oder erst im Nachhinein von den Akten Kenntnis nimmt. So hat die Gerichtsperson, welche am Schlichtungsverfahren mitgewirkt hat, im Rahmen desselben (wie soeben ausgeführt) die Parteien bereits persönlich angehört, sich mit der Sache befasst und daraufhin eine erste (persönliche) Meinung gebildet, welche allenfalls Eingang in einen Urteilsvorschlag gefunden hat. In einem Fall wie dem vorliegenden, in welchem die Gerichtsperson lediglich Einsicht in die Schlichtungsakten bzw. den Urteilsvorschlag nimmt, hat sie hingegen die gedankliche Leistung nicht selbst vollbracht, welche zum darin aufgeführten Ergebnis führt. Mithin handelt es sich nicht um ihre nach Prüfung des Prozessstoffes (und in diesem Sinne der "Befassung" mit demselben) selbst gebildete Meinung. Bereits unter diesem Gesichtspunkt sind diese Sachverhalte der tatsächlichen Mitwirkung und der blossen Kenntnisnahme der entsprechenden Akten – entgegen den Klägern – keine gleichgelagerten Fälle. Geht somit der Gesetzgeber – wie gezeigt – davon aus, dass die Mitwirkung am Schlichtungsverfahren für sich allein nicht den Anschein der Befangenheit für das Erkenntnisverfahren zu begründen vermag, so gilt dies erst recht, wenn eine erst im Erkenntnisverfahren beteiligte Gerichtsperson von den Schlichtungsakten lediglich Kenntnis nimmt. c) An dieser Einschätzung vermögen auch die Ausführungen der Kläger zum psychologischen "Ankereffekt" bzw. "Kompromisseffekt", welche sich bei den Gerichtspersonen durch Einsichtnahme in die Schlichtungsakten allenfalls eingestellt haben könnten (act. 16 Rz. 52), nichts zu ändern. Solche müssten – folgte man der Argumentation der Kläger – bei der persönlichen Teilnahme am Schlichtungsverfahren mit Blick auf das oben Ausgeführte umso mehr eintreten. Dennoch sieht der Gesetzgeber in der Mitwirkung am Schlichtungsverfahren für sich keinen Ausstandgrund. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass Gerichtspersonen in ihrer täglichen Tätigkeit immer wieder mit Umständen konfrontiert werden, welche sie bei der Entscheidung ausser Acht zu lassen haben. Beispielsweise zu denken ist hierbei an unverwertbare Beweise, welche im Falle von deren Verwertbarkeit gegeben-

- 10 - falls den Ausgang eines Verfahrens änderten. Ebenso liegt ein solcher Fall bei neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln vor, wenn diese gestützt auf prozessuale Bestimmungen unzulässig und nicht beachtlich sind (Noven). Auch diese muss die Gerichtsperson ausser Acht lassen, selbst wenn deren Berücksichtigung allenfalls zu einem anderen Entscheid führte. Eine ähnliche Situation, wie wenn eine Gerichtsperson am Schlichtungsverfahren mitwirkte, stellt sich zudem ein, wenn im Laufe des Erkenntnisverfahrens Vergleichsgespräche mit den Parteien geführt werden, erhält das Gericht dadurch doch Einblick in den Verhandlungsspielraum der Parteien und wird regelmässig eine vorläufige Einschätzung zur Sache bekannt geben. Die Führung solcher Vergleichsgespräche vermag aber ebenfalls für sich alleine keinen Ausstand zu begründen, muss doch die Gerichtsperson in der Lage sein, sich von ihrer ersten Einschätzung zu lösen und trotz Kenntnis des Verhandlungsspielraums einen einzig auf die

Parteibehauptungen und Beweismittel basierenden Entscheidung zu fällen (vgl. z.B. auch: BGer 4A\_424/2012 vom 19. September 2012, E. 3.2. m.w.H.; auch: ZK ZPO-WULLSCHLEGER, 3. Aufl. 2016, Art. 47 N 49 zur Frage der "Meinungsbildung während des Prozesses", m.w.H.). Folgte man aber der Argumentation der Kläger, müssten sich die Gerichtspersonen in all diesen Fällen aufgrund des sich möglicherweise einstellenden "Anker-" bzw. "Kompromisseffektes" konsequent in den Ausstand begeben. Dass dies weder sachgerecht ist noch sich mit einer ökonomischen Verfahrensführung vereinbaren lässt, versteht sich von selbst. Zudem zeigt sich anhand der dargelegten Beispiele, dass es schlicht zu den grundlegenden Aufgaben des Gerichts gehört, bei der Entscheidungsfindung nicht beachtliche Umstände im dargelegten Sinn ausser Acht zu lassen, und es darf den in die Entscheidungsfindung involvierten Gerichtspersonen ohne weiteres zugestanden werden, dass sie dazu in der Lage sind. Dies hat zu gelten, so lange keine konkreten Umstände hinzukommen, welche bei objektiver Betrachtung auf eine Befangenheit schliessen lassen. Solche werden hier weder dargetan (worauf bereits die Vorinstanz hinwies, vgl. act. 15 E. 4.d), noch sind solche ersichtlich. Vielmehr haben die Mietgerichtspräsidentin G.\_\_\_\_\_ und die leitende Gerichtsschreiberin I.\_\_\_\_\_ (wie ebenfalls bereits durch die Vorinstanz festgehalten, act. 15 E. 4.d S. 8) klar zum Ausdruck gebracht, sich

- 11 - in der Entscheidungsfindung auf die Ausführungen und Beweismittel im Erkenntnisverfahren zu stützen (act. 5). Daran ändert im Übrigen auch das Vorbringen der Kläger nichts, es bestehe im Hinblick auf unpräjudiziell getätigte Aussagen der Parteien im Schlichtungsverfahren ein Verwertungsverbot (z.B. act. 14 Rz. 38, 40). Die Gerichtspersonen sind sich dieses Umstands offenbar bewusst und sie haben wie gezeigt zum Ausdruck gebracht, sich daran zu halten. 4. Die Vorinstanz schloss damit im Ergebnis zutreffend, Ausstandsgründe i.S.v. Art. 47 Abs. 1 ZPO seien nicht glaubhaft gemacht, und sie wies die Ausstandsbegehren gegen die Mietgerichtspräsidentin G.\_\_\_\_\_ und die leitende Gerichtsschreiberin I.\_\_\_\_\_ zu Recht ab. Die dagegen erhobene Beschwerde ist abzuweisen. IV. In Anwendung von § 9 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.– für das Beschwerdeverfahren als angemessen. Sie ist ausgangsgemäss den Klägern aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Den Klägern nicht, da sie mit ihrer Beschwerde unterliegen, den Beklagten nicht, da ihnen im vorliegenden Verfahren keine Aufwände entstanden sind, die zu entschädigen wären. Es wird erkannt:

#### **E. 4**

Eventualiter zu Rechtsbegehren 3 sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung vorsorglich zu erteilen.

#### **E. 5**

Subeventualiter zu Rechtsbegehren 3 und 4 sei der Beschwerde im Entscheidungsverfahren die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

#### **E. 6**

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Beschwerdegegner und der VORINSTANZ."