

ZH_OBERGERICHT PP160037 vom 16. November 2016

ZH Obergericht, 2016-11-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PP160037

FR: ZH_OBERGERICHT PP160037 du 16 novembre 2016

IT: ZH_OBERGERICHT PP160037 del 16 novembre 2016

Erwägungen

E. 1

Zum Prozess FV140017

E. 1.1

Der Beklagte und Beschwerdegegner ist Facharzt für orthopädische Chirurgie und Traumatologie. In seiner Eigenschaft als Belegarzt des Spitals C._____ operierte der Beklagte den Kläger und Beschwerdeführer am 1. April 2011 im Spital C._____ und setzte ihm ein neues Hüftgelenk ein. Seit dieser Operation ist der Kläger gehbehindert. Der Kläger ist der Auffassung, der Beklagte hafte für die damit verbundenen Schäden.

E. 1.2

Unter Vorlage der Klagebewilligung vom 12. März 2014 machte der Kläger beim Bezirksgericht Hinwil (Einzelgericht) am 6. Juni 2014 die Klage anhängig. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 2. September 2014 stellte der Kläger im Sinne einer Teilklage (vgl. Urk. 9/94 S. 2 und Urk. 9/1 und 9/2) das folgende Rechtsbegehren (Urk. 9/9 S. 1): "Es sei der Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine Genugtuung von Fr. 30'000.-- zu bezahlen; alles unter ausgangsgemässer Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten."

E. 1.3

Das Geschäft wurde vom Einzelgericht unter Proz.-Nr. FV140017 geführt. Während des ganzen erstinstanzlichen Verfahrens amtierte Bezirksrichter lic. iur. N._____, ... [Funktion] des Bezirksgerichts Hinwil, als Einzelrichter. Während des Verfahrens nahm das Gericht die folgenden wesentlichen Prozesshandlungen vor: – 2. September 2014: 1.

Hauptverhandlung mit Klagebegründung des Klägers (Urk. 9 Prot. I S. 5-6). – 5. September 2014: Verfügung, Fristansetzung für schriftliche Klageantwort (Urk. 9 Prot. I S. 7). – 20. Januar 2015: 2. Hauptverhandlung mit Parteivorträgen (Urk. 9 Prot. I S. 9 ff.). – 15. Juni 2015: Beweisverfügung (Urk. 9/33). – 12. Januar 2016: 3. Hauptverhandlung bzw. "Beweisverhandlung" (Urk. 9 Prot. I S. 46-81) mit - Parteibefragungen beider Parteien (Urk. 9 Prot. I S. 46-79);

- 3 - - Befragung des Zeugen D._____ (Urk. 9/67); - Befragung des Zeugen Dr. E._____ (Urk. 9/68); - Befragung des Zeugen Prof. Dr. F._____ (Urk. 9/69); - Befragung des Zeugen Dr. G._____ (Urk. 9/70); - Befragung der Zeugin Dr. H._____ (Urk. 9/71); - Befragung des Zeugen Dr. I._____ (Urk. 9/72); - Befragung der Zeugin J._____ (Urk. 9/73). – 11. Mai 2016: 4. Hauptverhandlung bzw. "Beweisverhandlung" und Schlussvorträge mit - Befragung des Zeugen Dr. K._____ (Urk. 9/87); - Befragung der Zeugin L._____ (Urk. 9/88); - Befragung des Zeugen M._____ (Urk. 9/89); - Schlussvortrag des Klägers (Urk. 9 Prot. I S. 87 bzw. Urk. 9/90); - Schlussvortrag des Beklagten (Urk. 9 Prot. I S. 87-91 bzw. Urk. 9/92). Das mit der Beweisverfügung vom 15. Juni 2015 (Urk. 9/33) zu 13 Beweis-

sätzen angeordnete gerichtliche Gutachten wurde nicht eingeholt.

E. 1.4

Am Ende des Protokolls beider Verhandlungen mit Beweisabnahmen finden sich Protokollnotizen des Gerichts: – Bezüglich der Verhandlung vom 12. Januar 2016 lautet die Protokollnotiz wie folgt (Urk. 9 Prot. I S. 81): "Der Vorsitzende erläutert die weiteren Verfahrensschritte." – Und bezüglich der Verhandlung vom 11. Mai 2016 lautet die Protokollnotiz wie folgt (Urk. 9 Prot. I S. 91): "Der Vorsitzende empfiehlt den Parteien, noch einmal Vergleichsgespräche zu führen. Er stellt in Aussicht, dass im Hinblick darauf mit der Fällung des Urteils zugewartet werden könnte. RA X._____ verlangt einen begründeten Entscheid."

E. 1.5

Am 12. Mai 2016 fällte das Einzelgericht das Urteil, mit dem es die Klage abwies (Urk. 9/94). Dieses Urteil wurde vom Gericht aber erst 99 Tage später, am 19. August 2016, versandt (vgl. Urk. 9/94 S. 37). Zugestellt wurde es dem Kläger am 22. August 2016 und dem Beklagten am 29. August 2016 (Urk. 9/95).

E. 2

Vorinstanzliches Verfahren BV160005 betreffend das Ausstandsgesuch des Klägers und anschliessendes Beschwerdeverfahren

E. 2.1

Mit Eingabe an die Präsidentin des Bezirksgerichts Hinwil vom 20. Mai 2016 (zur Post gegeben ebenfalls an diesem Tage) verlangte der Kläger, dass die

- 4 - Sache FV140017 "wegen Befangenheit des ... lic. iur. N._____ einem andern Richter/in zuzuteilen" sei (Urk. 1). Der Kläger wirft dem Einzelrichter vor, er habe anlässlich der Verhandlungen vom 12. Januar und 11. Mai 2016 seine Prozesschancen einseitig und zu seinen Lasten beurteilt. Bereits nach der Verhandlung vom 12. Januar 2016 habe sich die Frage gestellt, "ob ... N._____ überhaupt noch in der Lage sein würde, sich im weiteren Prozessverlauf von dieser antizipierten Prozesschancenbeurteilung zu lösen" (Urk. 1 S. 3). Nach den Beweisabnahmen vom 11. Mai 2016 habe Bezirksrichter N._____ gar erklärt, "es könne durchaus auch ein Missbrauch des Gerichts darstellen, auf einem begründeten Urteil zu bestehen" (Urk. 1 S. 5).

E. 2.1.1

In der Folge nahm Bezirksrichter N._____ mit Eingabe vom 31. Mai 2016 an das Präsidium des Bezirksgerichts Hinwil zum Ausstandsgesuch des Klägers Stellung (Urk. 2). Dieses sei, so führte er aus, "in doppelter Hinsicht" zu spät gestellt worden: Einerseits sei das vom 20. Mai 2016 datierende Gesuch nicht unverzüglich im Sinne des Gesetzes gestellt worden. Und andererseits sei bereits am 12. Mai 2016 das Urteil ergangen, weshalb das Ausstandsgesuch gegenstandslos sei. Im Folgenden nahm Bezirksrichter N._____ zu den konkreten Vorwürfen des Klägers Stellung. Unter anderem führte er dazu aus, dass der Anwalt des Klägers im Anschluss an die Beweisabnahmen vom 11. Mai 2016 kategorisch Vergleichsverhandlungen ausgeschlossen habe, indem er erklärt habe, dass ihn die Begründung der in Aussicht gestellten Klageabweisung doch interessiere. Er wolle sich überdies auch alle Weiterzugsmöglichkeiten offenhalten (Urk. 2 S. 4 f.). In seiner Stellungnahme führte Bezirksrichter N._____ weiter aus, dass ein "solches Vorgehen"

(gemeint ist ein Vorgehen von Anwälten) "nicht selten zu beobachten" sei, was "nicht immer im Interesse der Prozessparteien" stehe. Im Hinblick darauf, Recht zu bekommen bzw. ein Präjudiz herbeizuführen, würden beide, nämlich "der Prozess bzw. die Prozessparteien ... in einem gewissen Sinne instrumentalisiert". Die Stellungnahme von Bezirksrichter N._____ endet mit dem folgenden Passus (Urk. 2 S. 5): "Ungut ist, dass ich nicht nur von 'Instrumentalisierung' im oben erwähnten Sinn gesprochen, sondern auch gesagt habe, dass es mir manchmal 'wie ein Missbrauch' der Prozessparteien vorkommt, wenn 'auf ihrem Buckel' bzw. anhand ihres persönlichen Unglücks à tout prix eine Rechtslage geklärt oder

- 5 - ein Präjudiz geschaffen werden soll. Solche (sprachlich missglückte) richterliche Ausführungen, welche nicht den Inhalt des Entscheids, sondern den Nutzen eines Vergleichsgesprächs zum Gegenstand haben, beweisen aber keine Voreingenommenheit des Richters und sind auch nicht geeignet, einen solchen Eindruck zu erwecken."

E. 2.1.2

Mit seiner folgenden Eingabe vom 20. Juni 2016 (Urk. 4) hielt der Kläger an seinem Ausstandsgesuch fest. So führte er aus, mit seiner Stellungnahme vom 31. Mai 2016 habe Bezirksrichter N._____ nicht nur den Missbrauchsvorwurf an die Adresse des Klägers bestätigt, sondern darüber hinaus den Anwalt des Klägers des Klientenverrats bezichtigt. Demgegenüber sieht der Beklagte mit seiner Eingabe vom 5. Juli 2016 an die Vorinstanz (Urk. 6) den Versuch des Klägers, "das Rad in dem Verfahren zurückzudrehen, weil das Beweisverfahren nicht die vom Kläger gewünschten Ergebnisse" gebracht habe.

E. 2.1.3

Mit Beschluss vom 11. August 2016 wies die nach der internen Ordnung des Bezirksgerichts Hinwil zuständige Kanzleikommission des Bezirksgerichts Hinwil das Ausstandsgesuch des Klägers ab (Urk. 12). Das Urteil des Einzelgerichts vom 12. Mai 2016 wurde am 19. August 2016 zusammen mit dem Beschluss der Kanzleikommission vom 11. August 2016 versandt (vgl. Urk. 10 S. 7). In der Folge wurden den Parteien diese Entscheide gleichzeitig zugestellt, nämlich dem Kläger am 22. August 2016 und dem Beklagten am 29. August 2016 (Urk. 11).

E. 2.2

Gegen den Beschluss der Kanzleikommission vom 11. August 2016 erhob der Kläger mit Eingabe vom 1. September 2016 Beschwerde (Urk. 12). Er stellt den folgenden Antrag: "Es sei der angefochtene Beschluss der Kanzleikommission des Bezirksgerichtes Hinwil vom 11. August 2016 aufzuheben und das am 20. Mai 2016 vom Kläger/Beschwerdeführer gegen ... N._____ gestellte Ausstandsbegehren gutzuheissen und dementsprechend das Urteil des Einzelgerichts Hinwil vom 12. Mai 2016 aufzuheben und der Forderungsprozess A._____ c. B._____ zur Weiterführung durch ein neu bestelltes Einzelgericht an das Bezirksgericht Hinwil zurückzuweisen; Das Kostendispositiv des angefochtenen Beschlusses sei aufzuheben und die Kosten dieses und des vorinstanzlichen Verfahrens dem Bezirksgericht Hinwil aufzuerlegen und dieses zu verpflichten, den Kläger/Beschwerdeführer für diese Verfahren angemessen zu entschädigen."

- 6 -

E. 2.3

Mit Verfügung vom 12. Oktober 2016 wurde dem Beschwerdegegner Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt. Diese Verfügung wurde dem Beschwerdegegner am 26. Oktober 2016 zugestellt (Prot. II S. 3). Mit Eingabe vom

E. 2.4

Gegen das Urteil des Einzelgerichts vom 12. Mai 2016 ergriff der Kläger mit Eingabe vom 21. September 2016 die Berufung. Das Berufungsverfahren ist bei der Kammer unter Proz.-Nr. NP160039 pendent, wurde indessen mit Verfügung vom 12. Oktober 2016 bis zur rechtskräftigen Erledigung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sistiert. 3.

Prozessuales 3.1. Der Kläger verlangte mit Gesuch vom 20. Mai 2016, zur Post gegeben gleichentags, den Ausstand des Einzelrichters. Er knüpft sein Ausstandsgesuch an die ausserhalb des Protokolls getätigten Äusserungen des zuständigen Einzelrichters im Anschluss an die Beweisverhandlung vom 11. Mai 2016 (Urk. 1). 3.2. Gemäss Art. 49 Abs. 1 ZPO ist ein Ausstandsgesuch "unverzüglich" zu stellen, d.h. "sobald" die das Gesuch stellende Partei "vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat". Der Einzelrichter hielt in seiner Stellungnahme gemäss Art. 49 Abs. 2 ZPO vom 31. Mai 2016 dafür, das Ausstandsgesuch sei nicht rechtzeitig gestellt worden (Urk. 2 S. 2). Mit zutreffender Begründung, auf die zu verweisen ist (vgl. Urk. 13 E. 4.1), hat die Vorinstanz das Ausstandsgesuch als noch rechtzeitig erachtet. Hinzuweisen ist namentlich auch darauf, dass zwischen dem 11. und dem 20. Mai 2016 keine weiteren Prozesshandlungen mehr stattfanden. Mit den vorinstanzlichen Überlegungen setzt sich der Beklagte in seiner Beschwerdeantwort (Urk. 19) nicht auseinander. Unrichtig ist allerdings die Meinung des Beklagten, der Kläger behaupte "das Vorhandensein des Ausstandsgrunds bereits für den 12. Januar 2016" (Urk. 19

- 7 - S. 2). Wohl ist der Kläger der Meinung, der Einzelrichter habe schon damals die Prozesschancen "höchst einseitig" beurteilt und er weist darauf hin, dass er sich schon damals die Frage gestellt habe, "ob ... N._____ überhaupt noch in der Lage sein würde, sich im weiteren Prozessverlauf von dieser antizipierten Prozesschancenbeurteilung zu lösen" (Urk. 1 S. 3). Zum Anlass eines Ausstandsgesuchs machte der Kläger diesen Vorfall aber nicht. Vielmehr knüpft er das Ausstandsgesuch an die Vergleichsgespräche vom 11. Mai 2016 an. 3.3. In seiner Stellungnahme vom 31. Mai 2016 stellt sich der Einzelrichter sodann auf den Standpunkt, dass er das Urteil bereits am 12. Mai 2016 gefällt habe. Das "Ablehnungsgesuch" des Klägers sei daher gegenstandslos (Urk. 2 S. 2). Das ist offensichtlich unrichtig: Fest steht auf Grund der Akten, dass dem Kläger das einzelrichterliche Urteil vom 12. Mai 2016 erst am 22. August 2016 (Urk. 9/95) eröffnet wurde. Ein Entscheid im Rechtssinne liegt indessen erst vor, wenn er den Parteien mitgeteilt wurde. Bevor der Entscheid in den vom Gesetz vorgesehenen Formen eröffnet ist, liegt ein Nichtentscheid bzw. ein blosser Entscheidentwurf vor (BGE 122 I 97; Kriech, DIKE-Komm-ZPO, Art. 239 N 1; BSK ZPO-Steck, Art. 239 N 6; ZK ZPO-Staehelin, Art. 239 N 10). Hätte der Kläger demgegenüber im Sinne der Ausführungen des Einzelrichters das Ausstandsgesuch erst mit der Berufung verbunden, dann wäre es in der Tat nicht im Sinne von Art. 49 Abs. 1 ZPO "unverzüglich" gestellt worden und damit verwirkt gewesen, weil das Ausstandsgesuch an einen Vorfall anknüpft, den er und sein Anwalt bereits am 11. Mai 2016 erlebt haben. Der Kläger durfte daher den Sachentscheid des Einzelgerichts bzw. die Eröffnung dieses Entscheides nicht abwarten, wenn er den Einzelrichter ablehnen wollte. 3.4. Mit dem Ausstandsgesuch beanstandete der Kläger eine Äusserung des Einzelrichters nach den Beweisabnahmen vom 11. Mai 2016, wonach

es einen Missbrauch darstellen könne, auf einem begründeten Urteil zu bestehen (Urk. 1 S. 5). Wenn der Einzelrichter im weiteren Verfahrensverlauf die ihm zum Vorwurf gemachten Aussagen bestreiten sollte, seien – so der Kläger – "die Tonmittschnitte, wie sie anlässlich beider Beweisverhandlungen vom Gericht gemacht wurden", zum Beweis beizuziehen und abzuhören. Ferner seien die damals anwesend ge-

- 8 - wesenen Personen "als Zeugen zu befragen" (Urk. 1 S. 6). Mit seiner folgenden Rechtsschrift vom 20. Juni 2016 kommentierte der Kläger die in der Zwischenzeit erfolgte Stellungnahme des Einzelrichters gemäss Art. 49 Abs. 2 ZPO. Dort führte der Kläger eingangs aus (Urk. 4 S. 1): "Auch nach Einsichtnahme in die Stellungnahme von BR N._____ muss der Kläger an seinem Ausstandsbegehren festhalten. BR N._____ hat nicht nur den in der zweiten Vergleichsverhandlung erhobenen Missbrauchsvorwurf bestätigt, sondern neu auch noch den Unterzeichnenden des 'Klientenverrats' bezichtigt, ein Vorwurf, der jeglicher Grundlage entbehrt und seine Befangenheit nun sogar schriftlich dokumentiert." Damit gab der Kläger klar zu erkennen, dass er durch die Stellungnahme des Einzelrichters den Sachverhalt als erstellt erachtete. Es war daher nur folgerichtig, dass er seine früheren Beweisanträge nicht wiederholte. Wenn der Kläger nun demgegenüber mit der Beschwerde dennoch wieder auf der Durchführung eines Beweisverfahrens beharrt (vgl. Urk. 12 S. 7), ist das unzulässig. 4. Die Beurteilung des Ausstandsgesuchs 4.1. Nach Art. 30 Abs. 1 Satz 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Es soll garantiert werden, dass keine sachfremden Umstände, die ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zugunsten oder zulasten einer Partei auf das gerichtliche Urteil einwirken. Art. 30 Abs. 1 BV soll zu der für einen korrekten und fairen Prozess erforderlichen Offenheit des Verfahrens im Einzelfall beitragen und damit ein gerechtes Urteil ermöglichen (BGE 140 III 221 E. 4.1 S. 221; 139 III 433 E. 2.1.2 S. 435 f.; 139 III 120 E. 3.2.1 S. 124; 138 I 1 E. 2.2 S. 3; je mit Hinweisen). Die Garantie des verfassungsmässigen Richters wird bereits verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Voreingenommenheit und Befangenheit in diesem Sinne werden nach der Rechtsprechung angenommen, wenn im Einzelfall anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände Gegebenheiten aufscheinen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Solche Umstände können in einem bestimmten Verhalten des betreffenden Rich-

- 9 - ters oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein (BGer 4A_118/2016 vom 15. August 2016, E. 3.3.). Gewährleistet sein muss, dass der Prozess aus der Sicht aller Beteiligten als offen erscheint (BGE 134 I 1 E. 6.2). Art. 47 Abs. 1 ZPO zählt in den Buchstaben a bis f exemplifizierend mögliche Ausstandsgründe von Gerichtspersonen auf. Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO enthält sodann abschliessend eine Generalklausel. Gemäss dieser liegt ein Ausstandsgrund vor, wenn die Gerichtsperson "aus anderen Gründen ... befangen sein könnte". Unter diese Bestimmung kann das richterliche Verhalten im Prozess fallen (ZK ZPO-Wullschleger, Art. 47 N 33). Allerdings sind fehlerhafte Verfahrenshandlungen von Gerichtsperson nicht dazu geeignet, einen Ausstandsgrund anzunehmen, es wäre denn, es lägen besonders krasse oder wiederholte Irrtümer vor, die eine schwere Verletzung der Amtspflicht darstellen (BGE 141 IV 178 E. 3.2.3). In aller Regel genügt es nämlich, wenn Verfahrensfehler auf

dem Rechtsmittelweg gerügt und korrigiert werden können. Das gilt namentlich auch bei willkürlicher Würdigung der Beweise. Wird den Parteien im Rahmen von Vergleichsverhandlungen eine provisorische Einschätzung der Prozesschancen dargestellt, entsteht jedenfalls dann kein Anschein der Voreingenommenheit, wenn die vorläufige Auffassung mit der nötigen Zurückhaltung und unter dem Vorbehalt der förmlichen Streitentscheidung zum Ausdruck gebracht wird (Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, Rz 2.37). Das heisst nicht, dass die Parteien dennoch in Vergleichsverhandlungen seitens des Gerichts unter einen gewissen Druck geraten können, was insbesondere bei anwaltlich vertretenen Parteien gemeinhin hinzunehmen ist. Auch wenn das Gericht in Vergleichsgesprächen zum Nutzen beider Parteien einen solchen mehr oder weniger sanften Druck ausüben mag, muss dennoch unter objektiven Gesichtspunkten für beide Parteien stets klar sein, dass das Gericht ein neutraler Mittler bleibt.

4.2. Nach den Verhandlungen vom 12. Januar und 11. Mai 2016, an denen die Parteien sowie insgesamt zehn Zeugen vernommen worden waren, gab Bezirksrichter N._____ den Parteien ausserhalb des Protokolls seine vorläufige Ein-

- 10 - schätzung der Prozesschancen bekannt (vgl. Protokollnotizen in Urk. 9 Prot. I S. 81 und 91). Allein diese Äusserungen macht der Kläger zum Gegenstand seiner Vorwürfe. Soweit der Kläger dem Einzelrichter vorwirft, er habe am 11. Mai 2016 eine "einseitig negative Prozesschanceneinschätzung" vorgenommen und seine frühere "völlig einseitige und beweisantizipierte Stellungnahme" wiederholt (Urk. 12 S. 5), vermag das unter dem Gesichtspunkt der gesetzlichen Ausstandsgründe von vornherein nicht zu interessieren: Sowohl die Beweiswürdigung als auch die Frage, welche Beweise abzunehmen sind und welche nicht, sind Fragen der Rechtsprechung, die nur in ausgesprochenen und hier offensichtlich nicht gegebenen Ausnahmefällen zur Besorgnis der Befangenheit der verantwortlichen Gerichtspersonen führen können. Es kann daher nicht darauf ankommen, ob die Beweisverhandlungen für den Kläger aus seiner Sicht "günstig" verlaufen sind oder nicht (vgl. Urk. 1 S. 4). Zu akzeptieren hat der Kläger nämlich, dass der zuständige Richter den Parteien im Rahmen von ausserprotokollarischen Gesprächen seine persönliche Einschätzung mitteilt, wie immer auch diese lauten mag. Nicht thematisiert wurden vom Kläger vor Vorinstanz die erst mit der Beschwerde erhobenen Vorwürfe, wonach Bezirksrichter N._____ den Beklagten an der ersten Hauptverhandlung vom 2. September 2014 nicht zum Plädieren angehalten und ihm auch später "grosszügig" weitere zusätzliche Vorbringen gestattet habe (Urk. 12 S. 9 f.). Es sind dies im Beschwerdeverfahren unbeachtliche Noven (Art. 326 Abs. 1 ZPO), die überdies wiederum die Rechtsprechung beschlagen und daher unter dem Gesichtspunkt der Ausstandsgründe ohnehin ohne Belang wären.

4.3. Im Sinne des oben Ausgeführten (E. 3.4.) ist die Frage, ob ein Ausstandsgrund gegen Bezirksrichter N._____ vorliegt, einzig auf Grund seiner Stellungnahme gemäss Art. 49 Abs. 2 ZPO vom 31. Mai 2016 zu beurteilen. Die Sachdarstellung von Bezirksrichter N._____ wird von den Parteien nicht bestritten (Urk. 2 S. 4 f.; vgl. auch die Zusammenfassung im angefochtenen Entscheid, Urk. 13 S. 3 f.). In dieser Stellungnahme schildert Bezirksrichter N._____, was er den Parteien ausser Protokoll nach den Beweisabnahmen vom 11. Mai 2016 gesagt hat. Auf Grund dieser Stellungnahme ist von folgendem Ablauf sowie von folgender inne-

- 11 - rer Haltung und den damit verbundenen ausserprotokollarischen Bemerkungen des Einzelrichters auszugehen (vgl. Urk. 2 S. 4 f.): – Bezirksrichter N._____ war bestrebt, die Parteien zu einem Vergleich zu führen. – Dabei ging er davon aus, dass "eine pflichtwidrige

Unvorsorgfalt" des Be- klagten nicht bewiesen werden kann (Urk. 2 S. 4). – Thematisiert wurde sodann die Frage der hypothetischen Zustimmung des Klägers zur Operation, wobei vom Einzelrichter darauf hingewiesen wurde, dass deren Bejahung ohne weiteres zur Abweisung der Klage führen wird und dass in diesem Fall zur "missratenen Operation noch die Folgen eines verlorenen Prozesses" hinzukämen (Urk. 2 S. 4). – Bezirksrichter N._____ stellte damit mehr oder weniger unverblümt für den Fall, dass sich die Parteien nicht sollten einigen können, die Abwei- sung der Klage in Aussicht. Namentlich ergab sich aus den Ausführun- gen von Bezirksrichter N._____, dass auf die Einholung eines Gutach- tens zur Frage, ob ein Behandlungsfehler vorliegt, verzichtet werden sollte. – In der Folge lehnte der Anwalt des Klägers Vergleichsverhandlungen "kategorisch" ab, weil er wissen wollte, wie das Gericht die Klageabwei- sung begründen werde, und weil er sich die Weiterzugsmöglichkeiten of- fenhaltend wollte (Urk. 2 S. 4 f.). – Nach der Überzeugung von Bezirksrichter N._____ ist ein "solches Vor- gehen" von Anwälten "nicht selten zu beobachten": Nach seiner Auffas- sung werden in derartigen Fällen der Prozess bzw. die Prozessparteien von den Prozessanwälten "in einem gewissen Sinne instrumentalisiert", und zwar im Hinblick auf das Ziel, "Recht zu bekommen bzw. ein Präju- diz herbeizuführen" (Urk. 2 S. 5). – Das geschieht nach der Auffassung von Bezirksrichter N._____, obwohl in Fällen der vorliegenden Art der "Ausgleich zwischen den Interessen

- 12 - der Parteien" nur durch einen Vergleich und nicht durch ein Urteil er- reicht werden kann (Urk. 2 S. 5). – Bezirksrichter N._____ sprach daher diese Thematik an und sprach in diesem Zusammenhang ausdrücklich auch von "Instrumentalisierung", und zwar "im oben erwähnten Sinn", d.h. wie er sie in seiner Stellung- nahme beschreibt (Urk. 2 S. 5). – Weiter sagte Bezirksrichter N._____, dass es ihm manchmal "wie ein Missbrauch" der Prozessparteien vorkomme, wenn im Sinne des Gesag- ten "auf ihrem Buckel bzw. anhand ihres persönlichen Unglücks à tout prix eine Rechtslage geklärt oder ein Präjudiz geschaffen werden soll". (Urk. 2 S. 5). Diese Äusserungen von Bezirksrichter N._____ können nur so verstanden werden, dass sie auf das Verhalten und die Art der Prozessführung des klägeri- schen Anwaltes, Rechtsanwalt Dr. X._____, gemünzt sind. Seine am 11. Mai 2016 erfolgten Äusserungen wertet Bezirksrichter N._____ denn auch im Nach- hinein, nämlich mit seiner Stellungnahme vom 31. Mai 2016, selber als "ungut" sowie überdies als "sprachlich missglückt". Der Kläger nahm zu dieser Erklärung von Bezirksrichter N._____ seinerseits mit einer weiteren Eingabe vom 20. Juni 2016 Stellung (Urk. 4). Mit dieser Einga- be an die Vorinstanz stellte sich der Kläger auf den Standpunkt, Bezirksrichter N._____ werfe seinem Anwalt nun gar Klientenverrat vor und dokumentiere so seine Befangenheit schriftlich (Urk. 4 S. 1 ff.). An diesen Vorwürfen hält der Klä- ger mit seiner Beschwerde fest (Urk. 12 S. 4 ff.). 4.4. In Prozessen betreffend Personenschäden ist es weit verbreitet, Teilklagen zu erheben mit dem Ziel, bei einem verhältnismässig geringen Streitwert einen Grundsatzentscheid für den konkreten Fall zu erlangen. In aller Regel wird ein Streitwert von mindestens Fr. 30'000.00 gewählt, damit gegebenenfalls das Bun- desgericht auf dem Wege der Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG angerufen werden kann. Eine solche Teilklage ist jedenfalls dann zulässig, wenn präzisiert wird, welcher Anspruch mit der Teilklage geltend gemacht werden soll

- 13 - (vgl. dazu BGer 4A_99/2016 vom 18. Oktober 2016, zur amtlichen Publikation be- stimmt). Das trifft im vorliegenden Fall denn auch ohne weiteres zu, verlangt doch der Kläger mit seiner Teilklage im Zusammenhang mit der vom Beklagten durch- geführten Operation eine Genugtuung von Fr. 30'000.00 (vgl. Urk. 9/9). Es liegt in der Natur der

Sache, dass bei derartigen Teilklagen vergleichsweise Lösungen schwieriger zu erzielen sind, weil ein solcher Prozess bei einem verhältnismässig geringen Streitwert auf die Grundsatzfrage fokussiert ist, ob überhaupt eine Haftung besteht oder nicht. Das Urteil über eine solche Teilklage wird entweder auf Gutheissung oder auf Abweisung der Klage lauten. Will ein Kläger Klarheit darüber gewinnen, ob ein grundsätzlicher Haftungsanspruch besteht, dann bleibt ihm nichts anderes übrig, als gegebenenfalls den Rechtsmittelweg einzuschlagen. Das erschwert die Vergleichsgespräche über die erhobene Teilklage. Will man im Rahmen einer solchen Teilklage nämlich Vergleichsgespräche führen, muss in der Regel der gesamte Schaden in diese Vergleichsgespräche miteinbezogen werden, also auch derjenige Schaden, der eben gerade nicht Gegenstand der Teilklage ist. Es ist dies ein Umstand, der Vergleichsgespräche nicht erleichtert und den das Gericht aber bei der Behandlung von Teilklagen und insbesondere auch bei der Führung von Vergleichsgesprächen zu beachten hat.

4.5. Prozessgegenstand ist zunächst die Frage, ob ein eigentlicher Behandlungsfehler seitens des Beklagten vorliegt (vgl. Urk. 9/9 und 9/20); diese Frage wurde vom Einzelrichter im Rahmen der ausserprotokollarischen Gespräche allerdings verneint (Urk. 2 S. 4). Weiterer Prozessgegenstand ist die mangelnde Aufklärung des Klägers durch den Beklagten und damit verbunden die Frage der hypothetischen Zustimmung des Klägers zur Operation. Wenn das Gericht nach den Zeugenbefragungen vom 11. Mai 2016 die Abweisung der Klage in Aussicht stellte, ist es angesichts der beschriebenen Ausgangslage nachvollziehbar, dass der Anwalt des Klägers wissen wollte, wie denn ein Abweisung der Klage begründet werden sollte (so die Stellungnahme Bezirksrichter N. _____, Urk. 2 S. 4 f.). In Arzthaftungsprozessen ist nämlich in aller Regel ein Gerichtsgutachten das zentrale Beweismittel. Ein solches Gutachten lässt sich denn auch kaum durch die Vernehmung von Zeugen ersetzen, selbst wenn diese als sachverständig im Sinne von Art. 175 ZPO gelten sollten (vgl. dazu Rückweisungsbeschluss der Kam-

- 14 - mer vom 17. Juni 2016, Proz.-Nr. LB160009 zur Publikation in den ZR bestimmt). Im vorliegenden Fall wurde denn auch mit der Beweisverfügung vom 15. Juni 2015 (Urk. 9/33) zu den Beweissätzen 1, 2, 5, 7 - 10, sowie 13 - 17 die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens förmlich angeordnet. Dennoch wurde vom Einzelrichter nach den Zeugenbefragungen vom 11. Mai 2016 die Abweisung der Klage und im Ergebnis der Verzicht auf ein solches Gutachten in Aussicht gestellt. So stellte er sich im Rahmen dieser Vergleichsgespräche auf den Standpunkt, dass "eine pflichtwidrige Unsorgfalt" des Beklagten "nicht bewiesen" werden könne (so Urk. 2 S. 4). Wenn der Kläger unter diesen Umständen nicht im Sinne des richterlichen Vorschlages auf Vergleichsgespräche eintreten wollte, war das vom Gericht ohne weiteres hinzunehmen. Ein erfahrener Richter, wie Bezirksrichter N. _____ es ist (gemäss Rechenschaftsbericht des Obergerichts für das Jahr 2015: Jahrgang 19..., Amtsantritt 19...), darf selbst bei einem solchen Aktenstand den Parteien für den Fall, dass es zu keiner Einigung kommen sollte, mehr oder weniger deutlich die Abweisung der Klage in Aussicht stellen, wenn das seiner Überzeugung entspricht. Er sollte sich aber davor hüten, das Verhalten der Parteien oder ihrer Anwälte moralisch zu werten. Vielmehr sollte er sich bei der Erörterung seiner Haltung auf die rechtliche Argumentation sowie auf die Würdigung der Beweise konzentrieren, denn in einem Arzthaftungsprozess befindet sich ein Vergleichsvorschlag ohne Gerichtsgutachten in vielen Fällen auf dünnem Eis.

4.5.1. Im vorliegenden Fall beschränkte sich Bezirksrichter N. _____ aber nicht auf die vorläufige Würdigung der Beweise und auf die vorläufige Einschätzung der Rechtslage: So übte er im Rahmen der Vergleichsgespräche nach der

Beweisab- nahme vom 11. Mai 2016 vielmehr unverhohlene Kritik am Anwalt des Klägers, indem er ihm offenkundig vorwarf, er instrumentalisiere seinen Klienten und stelle sich auf dessen "Buckel" einer vergleichweisen Lösung entgegen. Die allgemei- ne Feststellung von Bezirksrichter N._____, dass es eben vorkomme, dass ein Anwalt "anhand des persönlichen Unglücks" des Klienten eine Rechtslage "à tout prix", d.h. koste es, was es wolle, geklärt haben möchte, war nämlich in der gege- benen Situation einzig gegen den Kläger und seinen Anwalt gerichtet. Mit dieser Beurteilung schob Bezirksrichter N._____, ohne dass er dazu den geringsten An- lass gehabt hätte, einen Keil zwischen den Anwalt und seinen Klienten. Das ist

- 15 - unzulässig bzw. im Sinne der von Bezirksrichter N._____ in seiner Stellungnahme gewählten Worte "ungut". Ohne Zweifel hat sich Bezirksrichter N._____ intensiv um die gütliche Beilegung des Streites der Parteien bemüht. Wenn dieses Bemü- hen indessen, wie hier, erfolglos bleibt, darf ein Richter seinen Ärger nicht in der Weise durch die Abqualifizierung eines Anwaltes ausdrücken, den er für das Scheitern seiner Vergleichsbemühungen verantwortlich hält, wie das hier gesche- hen ist. Auf Grund der Äusserungen von Bezirksrichter N._____ konnten der Klä- ger und sein Anwalt durchaus Anlass zur Befürchtung gehabt haben, ihr Anliegen könnte vom Gericht im weiteren Verfahrensverlauf nicht unvoreingenommen ge- prüft werden, so dass das Verfahren aus der Sicht des Klägers jedenfalls nicht mehr offen erschien. Damit besteht gegenüber Bezirksrichter N._____ der An- schein der Befangenheit, indem im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO angenom- men werden muss, Bezirksrichter N._____ "könnte" "aus andern Gründen" "be- fangen sein". 4.5.2. Abgerundet und bestätigt wird diese Beurteilung durch Folgendes: Die Ver- gleichsgespräche im Anschluss an die Beweisabnahmen vom 11. Mai 2016 emp- fanden alle Beteiligten offensichtlich als wenig erfreulich. Das ergibt sich einer- seits bezüglich des Klägers aus seinem Ausstandsgesuch vom 20. Mai 2016 (Urk. 1) und bezüglich Bezirksrichter N._____ aus dessen Stellungnahme vom 31. Mai 2016, wo er bestätigte, dass es von seiner Seite zu "unguten" Äusserun- gen gekommen ist und jene des Vertreters des Klägers als "deutlich" beschreibt (Urk. 2 S. 2 und 5). Mit dieser Stellungnahme vom 31. Mai 2016 gab Bezirksrich- ter N._____ sodann bekannt, dass er das Urteil bereits am 12. Mai 2016 gefällt habe, wobei der Entscheid wegen der erwähnten "deutlichen Äusserungen des Rechtsvertreters des Klägers ... erst nach Ausfertigung der schriftlichen Begrün- dung zugestellt" werde (Urk. 2 S. 2). Im Umstand, dass er sein Urteil bereits am

E. 7

November 2016 wurde die Beschwerde vom Beschwerdegegner beantwortet (Urk. 19). Er verlangt die Abweisung der Beschwerde "alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten des Beschwerdefüh- rers" (Urk. 19 S. 2).

E. 12

Mai 2016 gefällt hatte, sah Bezirksrichter N._____ einen Grund dafür, dass das Ausstandsgesuch des Klägers "in doppelter Hinsicht zu spät gestellt" worden sei, denn zu einer Wiedererwägung "des noch nicht zugestellten Entscheides" bestehe keine Veranlassung (Urk. 2 S. 2). Die Auffassung von Bezirksrichter N._____, wonach das Ausstandsgesuch aus diesem Grunde verspätet gestellt worden sein soll, ist indessen offensichtlich rechtsirrtümlich, denn ein noch nicht

- 16 - eröffnetes Urteil ist ein Nichtentscheid (vgl. oben E. 3.3.); und solange kein Entscheid vorlag, hatte der Kläger das Ausstandsgesuch gemäss Art. 49 Abs. 1 ZPO "unverzüglich" zu stellen. In der Folge dauerte es nach der Stellungnahme von Bezirksrichter N._____ vom 31. Mai 2016 weitere 80 Tage, bis sein Entscheid schliesslich am 19. August 2016 zum Versand gelangte. Mit einem gewissen Recht weist der Kläger daher mit der Beschwerde darauf hin, dass dieses Vorgehen irritiere (Urk. 12 S. 13 f.), weil der Kläger so dazu gezwungen worden sei, nicht nur die vorliegende Beschwerde zu erheben, sondern auch gegen das Urteil vom 12. Mai 2016 die Berufung zu ergreifen, was "mit erheblichem Aufwand und Kosten" verbunden sei. Vor diesem Hintergrund, so der Kläger weiter, erscheine die von Bezirksrichter N._____ in seiner Stellungnahme vom 31. Mai 2016 bekundete Fürsorglichkeit, den Kläger vor hohen Kosten bewahren zu wollen, als nicht glaubhaft (Urk. 12 S. 13 f.). Angespielt wird damit auf den Hinweis in der Stellungnahme vom 31. Mai 2016 von Bezirksrichter N._____, wonach es ihm in der Verhandlung vom 11. Mai 2016 darum gegangen sei, dass den Parteien namentlich mit einem Vergleich besser gedient gewesen wäre als "mit dem Beharren auf einem Urteil" (vgl. Urk. 2 S. 4). Dieses Empfinden des Klägers ist angesichts der gleichzeitigen Zustellung von Sachurteil und Entscheid über den Ausstand verständlich. Das Urteil vom 12. Mai 2016 nahm der Kläger nämlich am 22. August 2016 – 103 Tage nach seiner Fällung – entgegen, und zwar mit der gleichen Postsendung, mit der ihm auch der Beschluss der Kanzleikommission vom 11. August 2016 betreffend das Ausstandsgesuch zugeing (Urk. 9/95). Dieses Vorgehen führte dazu, dass der Kläger zur Wahrung seiner Rechte zwei Rechtsmittel zu ergreifen hatte, nämlich die Berufung gegen das Urteil und die Beschwerde gegen den Beschluss der Kanzleikommission. Das sind in der Tat doppelte Umtriebe, die sich hätten vermeiden lassen, wenn mit der Zustellung des Sachurteils bis zum rechtskräftigen Entscheid über das Ausstandsgesuch zugewartet worden wäre; gegebenenfalls hätte der Forderungsprozess sistiert werden können, denn das Urteil vom 12. Mai 2016 war nach der Stellung des Ausstandsgesuchs noch längst nicht eröffnet. 4.6. Der Beklagte trägt mit seiner Beschwerdeantwort nichts vor, was die gemachte Beurteilung zu entkräften vermöchte. Namentlich kann hinsichtlich der

- 17 - Frage, ob gegen den vorinstanzlichen Richter ein Ausstandsgrund vorliegt oder nicht, der mit der Beschwerdeantwort ausführlich thematisierte Umstand keine Rolle spielen, ob der Beklagte die Führung von Vergleichsgesprächen verweigert hat oder nicht. Liegt aber nach dem Gesagten der Ausstandsgrund von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO vor, dann ist die Beschwerde gutzuheissen und Bezirksrichter lic. iur. N._____ ist anzuweisen, künftig in der Angelegenheit der Parteien (vorinstanzliches Verfahren Proz.-Nr. FV140017) den Ausstand zu beachten. Der Beschluss der Kanzleikommission, mit dem dem Kläger Kosten auferlegt wurden, ist aufzuheben. 5. Aufhebung des Urteils des Bezirksgerichts Hinwil vom 12. Mai 2016 (Proz.- Nr. FV140017) 5.1. Der Kläger verlangt mit seiner Beschwerde vom 1. September 2016 sodann die Aufhebung des Urteils vom 12. Mai 2016. Gemäss Art. 51 Abs. 1 ZPO sind Amtshandlungen, an denen eine zum Ausstand verpflichtete Gerichtsperson mitgewirkt hat, aufzuheben und zu wiederholen, "sofern dies eine Partei innert zehn Tagen verlangt, nachdem sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat". Vom Ausstandsgrund hatte der Kläger zwar bereits seit dem 11. Mai 2016 Kenntnis. Dennoch ist die Zehntagesfrist von Art. 51 Abs. 1 ZPO eingehalten, denn im Sinne des oben Ausgeführten war das Urteil vom 12. Mai 2016 bis zu seiner Eröffnung am 22. August 2016 ein Nichtentscheid bzw. ein blosser Entwurf (vgl. oben E. 3.3.). Eine Amtshandlung, die gemäss Art. 51 ZPO aufgehoben werden kann, lag erst mit der Eröffnung des Entscheides

vor. Innerhalb der zehntägigen Beschwerdefrist verlangte der Kläger die Aufhebung des Urteils, mithin rechtzeitig. Fristauslösend im Sinne von Art. 51 Abs. 1 ZPO war daher erst die Eröffnung des Urteils vom 12. Mai 2016. Mit der Beschwerde wurde die Zehntagesfrist eingehalten. Unter diesen Umständen ist das Urteil vom 12. Mai 2016 gestützt auf Art. 51 Abs. 1 ZPO aufzuheben. Da der Ausstandsgrund erst am 11. Mai 2016, d.h. nach allen von Bezirksrichter N._____ vorgenommenen Beweisabnahmen, eintrat, werden die früheren Amtshandlungen vom Ausstandsgrund nicht erfasst.

- 18 - 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen 6.1. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren geht es darum, ob vor Vorinstanz ein verfassungsmässiger Richter die Sache des Klägers behandelt bzw. ob dem Beklagten durch den Beschwerdeentscheid der verfassungsmässige Richter entzogen werden darf. Beide Parteien verfechten im Beschwerdeverfahren in dieser Hinsicht ihre gegenteiligen Standpunkte. Bei dieser Konstellation ist daher nicht der Staat die Gegenpartei, sondern es sind dies die Prozessparteien des Hauptprozesses. 6.2. Die Kosten des Beschwerdeverfahren sind gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO nach Obsiegen und Unterliegen zu verteilen. Ausgangsgemäss sind daher die Gerichtskosten dem Beklagten aufzuerlegen, der sich im Übrigen mit seiner Beschwerdeantwort mit dem angefochtenen Entscheid identifiziert hat. Eine Parteientschädigung ist indessen gemäss der Dispositionsmaxime nur auf Antrag hin zuzusprechen (ZK ZPO-Suter/von Holzen, Art. 95 N 11; Leuenberger/Uffer-Tober, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Rz 10.31). Der obsiegende Kläger verlangt, dass das Bezirksgericht Hinwil, d.h. der Staat bzw. der Kanton Zürich, zu verpflichten sei, ihm eine Parteientschädigung zu bezahlen. Dazu besteht keine Grundlage, weil im vorliegenden Verfahren der Beklagte die Gegenpartei ist. Ein Antrag, dass der Beklagte zur Bezahlung einer Parteientschädigung zu verpflichten ist, wurde nicht gestellt. Folglich ist für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen. Es wird erkannt:

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