

# ZH\_OBERGERICHT VV110012 vom 4. Juli 2011

ZH Obergericht, 2011-07-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_VV110012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_VV110012)

FR: ZH\_OBERGERICHT VV110012 du 4 juillet 2011

IT: ZH\_OBERGERICHT VV110012 del 4 luglio 2011

## Erwägungen

### E. 1

Im Rahmen eines am Bezirksgericht Bülach hängigen Verfahrens betreffend Forderung (Werkeigentümerhaftung, CG100065) stellten A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Gesuchsteller) mit Eingabe vom 21. April 2011 beim Bezirksgericht Bülach ein Ablehnungsbegehren gegen [...] lic. iur. D.\_\_\_\_\_ wegen Vorbefassung und Befangenheit (act. 1).

### E. 2

Mit Schreiben vom 4. Mai 2011 überwies der Abgelehnte das Ablehnungs- begehren an die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zü- rich zur Behandlung. Gleichzeitig gab er die gewissenhafte Erklärung ab, es liege kein Ausstandsgrund vor und er fühle sich nicht befangen (act. 2).

### E. 3

Der Abgelehnte führt in seiner Erklärung vom 4. Mai 2011 aus, er habe an- lässlich besagter Beweisverhandlung die Parteien ausserhalb des Protokolls gefragt, ob nach dem Rückweisungsentscheid der Rechtsmittelinstanz Ver- gleichsgespräche geführt worden seien. Dies sei verneint worden. Er habe dann die Parteien gefragt, ob ein Vergleich an diesem Tag möglich wäre. Die Gesuchsgegnerin habe dies verneint, habe aber darauf hingewiesen, dass bei einem Klagerückzug allenfalls auf eine Prozessentschädigung ver- zichtet werde. Erst aufgrund dessen habe er von der klägerischen Seite wis- sen wollen, wie sie zu einem Klagerückzug stehe, und habe er diesbezüglich den Hinweis angebracht, dass er das Prozessrisiko der Gesuchsteller als erheblich einstufe. Es treffe nicht zu, so der Abgelehnte, dass er sich bereits eine abschliessende Meinung gebildet habe. Die Aussagen der beiden Zeu- gen könnten für den Ausgang des Verfahrens durchaus von wesentlicher - 5 - Bedeutung sein. Es dürfte den Parteien jedoch auch klar sein, dass die Zeu- gen zu einem zwanzig Jahre zurückliegenden Sachverhalt Aussagen ma- chen müssten und die Beweislast bei den Gesuchstellern liege, weshalb seine, des Richters, Einschätzung durchaus realistisch sei (act. 2).

#### E. 3.1

Die Gesuchsteller machen sodann geltend, durch die oberwähnte Äusse- rung des Abgelehnten anlässlich der Beweisverhandlung vom 8. April 2011 habe er den Anschein der Befangenheit erweckt (act. 1). Der Abgelehnte bestreitet nicht, sich dementsprechend geäussert zu haben, anerkennt aber einen Ablehnungsgrund nicht (act. 2).

#### E. 3.2

Sowohl gestützt auf Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung wie auch Art. 6 Zif- fer 1 EMRK, welche Bestimmungen für das kantonale Verfahrensrecht in den §§ 95 ff. des

Gerichtsverfassungsgesetzes konkretisiert werden, hat jedermann Anspruch darauf, dass seine Streitsache von einem unparteiischen Richter beurteilt wird. Jeder Justizbeamte gemäss § 95 GVG kann u.a. abgelehnt werden oder selbst den Ausstand verlangen, wenn andere Umstände als die in § 96 Ziff. 1-3 GVG aufgezählten vorliegen, die ihn als befangen erscheinen lassen (§ 96 Ziff. 4 GVG). Befangenheit ist die unsachliche innere Einstellung des Richters zu den Beteiligten und dem Gegenstand des konkreten Verfahrens, aufgrund welcher er in die Entscheidung unsachliche und sachfremde Elemente einfließen lässt. Zu entscheiden ist, ob es unter den konkreten Umständen Anlass zu objektiv berechtigtem Misstrauen an der Unparteilichkeit des abgelehnten Justizbeamten gibt. Massgebend ist,

- 7 - ob bestimmte Umstände vorliegen, die auch in den Augen eines objektiven, vernünftigen Menschen geeignet sind, Misstrauen an der Unparteilichkeit des abgelehnten Richters zu wecken (BGE 115 V 263 mit Hinweisen; Pra. 1989 Nr. 221 S. 769). Bloss subjektives Empfinden der Befangenheit durch eine Partei genügt damit nicht. Nicht verlangt wird, dass der Richter tatsächlich voreingenommen ist; es genügt vielmehr bereits der objektiv gerechtfertigte Anschein, die für ein gerechtes Urteil notwendige Offenheit des Verfahrens sei nicht mehr gewährleistet. Angesichts der Bedeutung des Anspruchs auf ein unparteiisches und unabhängiges Gericht für die Akzeptanz des Urteils beim Rechtsuchenden bzw. bei den Rechtsunterworfenen sowie für die Legitimation der Rechtsprechung in einem demokratischen Rechtsstaat lässt sich eine restriktive Auslegung und Anwendung der zitierten Gesetzesbestimmungen nicht vertreten. Andererseits steht die Ablehnung eines Richters in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Anspruch auf den gesetzlichen Richter. Der Eindruck der Befangenheit darf nicht leichthin angenommen werden und der Ausstand muss deshalb die Ausnahme bleiben, damit nicht die gesamte Verfahrensordnung ausgehöhlt und der Rechtsgang empfindlich gestört wird (BGE 114 Ia 53 E. 3b und c). Die Beurteilung eines Ablehnungsgrundes liegt im freien, pflichtgemässen Ermessen der erkennenden Behörde (Zum Ganzen Hauser/Schweri, a.a.O., § 96 N 31).

### **E. 3.3**

In seiner neusten Rechtsprechung hält das Bundesgericht fest, eine Kontaktaufnahme des Referenten mit dem Rechtsvertreter des Beschuldigten während des Verfahrens und die Mitteilung an diesen, er, der Referent, werde gestützt auf die Akten wohl einen Antrag auf Abweisung der Berufung stellen, lasse Letzteren als befangen erscheinen. Der Kontakt erwecke den Anschein, der Referent sei in der Sache nicht mehr offen und voreingenommen. Die Partei könne mit Grund befürchten, der Referent unterziehe seine geäusserte Auffassung anlässlich der Verhandlung und Beratung nicht mehr einer unvoreingenommenen Prüfung. Daran vermöge der Einwand, es solle tatsächlich vorkommen, dass der Referent - soweit trotz entsprechender Mitteilung an der Berufung festgehalten werde - nach durchgeführter Verhandlung auf seine vorläufige Einschätzung zurückkomme, unter dem Gesicht-

- 8 - winkle des blossen Anscheins der Voreingenommenheit nichts zu ändern (BGE 134 I 238 E. 2.6). In seiner Entscheidung vom 4. Mai 2011 erwägt das Bundesgericht sodann, generell sollte das Gericht mit Blick auf den Anspruch auf einen unbefangenen Richter vorläufige Einschätzungen der Prozessaussichten nur mit grosser Zurückhaltung vornehmen (1B\_407/2010, Entscheid des Bundesgerichts vom 4. Mai 2011, E. 2).

### **E. 3.4**

Vorliegend ist strittig, ob die Prozessrisikoabschätzung des Abgelehnten im Rahmen von Vergleichsgesprächen nach einer angeblichen Vergleichsoffer- te der Gesuchsgegnerin stattgefunden hat oder nicht (act. 2, act. 5 S. 3). Wäre dem so, so könnte dem Abgelehnten hinsichtlich der Darlegung seiner Einschätzung gegenüber den Parteien kein Vorwurf gemacht werden, da ei- ne solche Beurteilung in der Regel gerade Bestandteil von Vergleichsver- handlungen ist. Im Rahmen von Vergleichsgesprächen ist es die Aufgabe des Richters herauszufinden, wozu die Parteien bereit sind und ob sie allen- falls einem Vergleich zustimmen würden. Dabei darf der Richter den Partei- en seine Sicht der Dinge darlegen und die klagende Partei über ihre Ansicht zu einem Klagerückzug befragen. Dieses Vorgehen ist geradezu in der rich- terlichen Tätigkeit selbst begründet und entspricht dem Zweck von Ver- gleichsgesprächen, nämlich u.a. gestützt auf die Einschätzung des Falles durch den Richter eine Einigung zwischen den Parteien zu erlangen bzw. zu einem Verfahrensabschluss zu gelangen (Hauser/Schweri, a.a.O., § 96 N 45; ZR 83 Nr. 62 E. 3 ff.; siehe zum neuen Recht auch: Staehelin in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm/Hasen- böhler/Leuenberger [Hrsg.], Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 124 N 10). Hat der Abgelehnte somit im konkreten Fall die massgebende Aussage tatsächlich im Rahmen von Vergleichsgesprächen gemacht - wie er geltend macht und worauf auch die unangefochten gebliebene Protokollnotiz "Die Parteien sind nicht vergleichsbereit" im Protokoll hindeutet (act. 3/Protokoll S. 8) - so kann daraus kein objektiv begründeter Anschein von Befangenheit abgeleitet werden. Vielmehr ist der Abgelehnte seiner Aufgabe als Richter, auf eine Ei- nigung zwischen den Parteien hinzuwirken, nachgekommen.

- 9 -

### **E. 3.5**

Selbst wenn die vorliegend massgebende Äusserung nicht anlässlich von konkreten Vergleichsgesprächen, sondern aus eigener Initiative des Abge- lehnten erfolgt wäre, wie seitens der Gesuchsteller geltend gemacht wird, so wäre sie doch im Zusammenhang mit der Diskussion über eine allfällige Vergleichsbereitschaft bzw. einen möglichen Verfahrensabschluss erfolgt. Dies bestreiten denn auch die Gesuchsteller nicht; in ihrer Eingabe vom 21. April 2011 führten sie selbst aus, nach der Eröffnung der Beweisver- handlung habe der Abgelehnte zuerst über das Nichterscheinen des Zeugen G.\_\_\_\_\_ informiert und sich in der Folge bei den Rechtsvertretern erkundigt, ob Vergleichsgespräche geführt worden seien, was verneint worden sei. Daraufhin habe der Abgelehnte aus eigener Initiative das Prozessrisiko der Gesuchsteller als hoch bezeichnet und sie gefragt, ob sie sich einen Klage- rückzug vorstellen könnten (act. 1 S. 4). Damit ist unbestritten, dass die Äusserung des Abgelehnten nicht gänzlich unabhängig und losgelöst von der Diskussion über einen allfälligen Vergleich erfolgt ist. Insofern unter- scheidet sich der vorliegende Fall von jenem in BGE 134 I 238. Es trifft zwar zu und ist an dieser Stelle nochmals zu betonen, dass Richter hinsichtlich vorläufiger Einschätzungen von Prozessaussichten zurückhaltend sein müs- sen. Angesichts der vorliegenden Umstände und insbesondere des Verfah- rensstadiums, in welchem diese Aussage gemacht wurde, ist aber festzuhal- ten, dass die Aussagen des Abgelehnten im Rahmen dieser gebotenen Zu- rückhaltung gemacht wurden. Die Aussage vermag deshalb keinen An- schein von Befangenheit zu begründen. In der Erklärung vom 4. Mai 2011 hat der Abgelehnte ausgeführt, er habe sich keine abschliessende Meinung gebildet. Vielmehr sei ihm bewusst,

dass die angerufenen Zeugen wesentliche Aussagen machen könnten (act. 2 S. 2). Dies erscheint - auch aus der Sicht eines objektiven, vernünftigen Menschen - überzeugend. Der Abgelehnte machte seine Äusserung gestützt auf die bisherigen Erkenntnisse und Beweismittel vor der Abnahme der weiteren, allenfalls massgebenden Weise und im Wissen darum, dass noch nicht alle Beweismittel erhoben waren. Damit muss davon ausgegangen werden, dass der Abgelehnte seine Äusserung - wenn auch implizit - unter dem Vorbehalt der Vorläufigkeit ge-

- 10 - macht hat und dass er für allfällige, im weiteren Verfahren erlangte neue Aspekte und Argumente offen sein und seine bisherige Ansicht daran überprüfen wird. Allein durch die Aussage über das Prozessrisiko der Gesuchsteller anlässlich der Diskussion über eine allfällige Vergleichsbereitschaft hat der Abgelehnte weder zu objektiv berechtigtem Misstrauen hinsichtlich seiner Unparteilichkeit Anlass gegeben, noch hat er dadurch den Eindruck entstehen lassen, er würde auf seiner Ansicht unabhängig vom Ausgang der noch durchzuführenden Zeugeneinvernahmen beharren, zumal das Gericht gestützt auf § 148 ZPO/ZH ohnehin verpflichtet ist, alle massgebenden Beweismittel in die Beweiswürdigung miteinzubeziehen. Dem Argument der Gesuchsteller, die Beisitzer am massgebenden "Landgericht" seien keine Juristen, sondern Laienrichter, weshalb der Meinung des Abgelehnten prozessentscheidende Bedeutung zukomme (act. 1 S. 6), kann sodann nicht gefolgt werden: Auch sogenannte Laienrichter sind gewählte Richter, welche in der Lage sind, sich eine eigenständige Meinung zu bilden und unabhängig zu entscheiden.

#### **E. 4**

Abschliessend ist festzuhalten, dass den Akten keine Anzeichen auf ein voringenommenes Verhalten des Abgelehnten entnommen werden können, welches geeignet wäre, in den Augen eines objektiven, vernünftigen Menschen Misstrauen an der Unparteilichkeit des abgelehnten Richters zu wecken. Unter Hinweis auf die gewissenhafte Erklärung des Abgelehnten erscheint mithin auch in den Augen eines ausenstehenden Dritten hinreichend gewährleistet, dass er sein Amt bei der Beweiswürdigung und Entscheidefällung unvoreingenommen und unparteilich wird ausüben können, wie dies Aufgabe und Pflicht eines jeden Richters gegenüber jeder Partei und jedem Rechtsvertreter ist. Das Ablehnungsbegehren ist daher abzuweisen. V. Ausgangsgemäss sind die Kosten den Gesuchstellern aufzuerlegen.

- 11 - VI. Für die Rechtsmittel gilt gemäss den Übergangsbestimmungen der Schweizerischen ZPO das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 ZPO). In Bezug auf die Rechtsmittel findet das kantonale Recht somit keine Anwendung mehr, weshalb das (kantonale) Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde (vgl. § 281 ff. ZPO/ZH) vorliegend nicht gegeben ist. Es wird beschlossen:

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