

# ZH\_OBERGERICHT VV110013 vom 21. November 2011

ZH Obergericht, 2011-11-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_VV110013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_VV110013)

FR: ZH\_OBERGERICHT VV110013 du 21 novembre 2011

IT: ZH\_OBERGERICHT VV110013 del 21 novembre 2011

## Erwägungen

### E. 1

Im Rahmen eines am Bezirksgericht Zürich hängigen Verfahrens betreffend Klage auf Unterhalt (FP0902060) liess A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Gesuchsteller) durch seinen Rechtsvertreter mit Eingabe vom 26. Mai 2011 bei der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich ein Ausstandsbegehren gegen Bezirksrichterin lic. iur. C.\_\_\_\_\_ stellen und Folgendes beantragen (act. 1): "1. Es sei das Verfahren in Sachen B.\_\_\_\_\_ gegen A.\_\_\_\_\_ betreffend Unterhalt (Prozess Nr.: FP090260-L) Frau Bezirksrichterin lic. iur. C.\_\_\_\_\_, Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, wegen Befangenheit zu entziehen und es sei die Sache einer anderen Einzelrichterin bzw. einem anderen Einzelrichter am Bezirksgericht Zürich zuzuteilen.

#### E. 1.1

Sowohl gestützt auf Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung wie auch Art. 6 Ziffer 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, 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 empfind-

- 8 - lich 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, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 96 N 31).

### **E. 1.2**

Das Bundesgericht hat in seiner neusten Rechtsprechung den Anschein von Befangenheit für den Fall bejaht, dass der Referent in einem hängigen Berufungsverfahren mit dem Rechtsvertreter des Beschuldigten Kontakt aufgenommen und diesem mitgeteilt hat, er, der Referent, werde gestützt auf die Akten wohl einen Antrag auf Abweisung der Berufung stellen. Das Bundesgericht hielt fest, dieses Vorgehen lasse den Referenten als befangen erscheinen. Der Kontakt erwecke den Anschein, er 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 (BGE 134 I 238 E. 2.6). In seiner Entscheid vom 4. Mai 2011 erwog 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. 2**

Eventualiter sei Frau Bezirksrichterin lic. iur. C.\_\_\_\_\_ zu ermahnen, sich inskünftig nicht mehr voreingenommen gegenüber dem Antragsteller zu äussern und verhalten.

### **E. 2.1**

Vorliegend ist strittig, ob die Abgelehnte durch ihre Ausführungen zu allfälligen rückwirkenden Unterhaltsverpflichtungen und zur Aktivlegitimation der Klägerin in der Hauptsache anlässlich der Verhandlungen vom 2. November 2010 bzw. vom 19. Mai 2011 den Anschein von Befangenheit erweckt hat. Unbestritten ist, dass die Aktivlegitimation der Klägerin und Gesuchsgegnerin sowie die rückwirkenden Unterhaltsverpflichtungen zumindest im Rahmen der Verhandlung vom 19. Mai 2011 Thema waren und dazu namentlich Ausführungen von beiden Rechtsvertretern wie auch von der Einzelrichterin gemacht wurden (act. 5 S.3, act. 10 S. 2, siehe auch Protokoll Vorinstanz S. 12, S. 14 f.). Strittig ist hingegen, ob über diesen Streitpunkt auch anlässlich der Referentenaudienz bzw. der Vergleichsverhandlung vom 2. November 2010 gesprochen wurde (act. 5 S. 3, act. 1 S. 7). Wäre dem

- 9 - so, so könnte der Abgelehnten hinsichtlich der Darlegung ihrer Einschätzung gegenüber den Parteien kein Vorwurf gemacht werden, da eine solche Beurteilung in aller Regel gerade Bestandteil von Vergleichsverhandlungen ist. Im Rahmen von Vergleichsgesprächen ist es die Aufgabe des Gerichts herauszufinden, wozu die Parteien bereit sind und ob sie allenfalls einem Vergleich zustimmen würden. Dabei darf das Gericht den Parteien seine Sicht der Dinge darlegen und auch Vorschläge unterbreiten, welche im Falle eines begründeten Urteils zwar allenfalls mit dessen Ergebnis nicht übereinstimmen würden, welche aber als angemessen und fair erscheinen. Die Darlegung der eigenen Sicht ist geradezu in der richterlichen Tätigkeit selbst begründet und entspricht dem Zweck von Vergleichsgesprächen, nämlich u.a. gestützt auf die Einschätzung des Falles durch das Gericht eine billige und adäquate 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/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 124 N 10). Dabei darf keine Rolle spielen, dass das Gericht in rechtlicher Hinsicht allenfalls nicht dieselbe Ansicht vertritt wie einer der Parteivertreter. Insoweit kann der Abgelehnten vorliegend nicht vorgeworfen werden, den Anschein von Befangenheit begründet zu haben, indem sie anlässlich der Referentenaudienz bzw. der Vergleichsverhandlung vom 2. November 2010 ihre Ansicht hinsichtlich der in der Vergangenheit aufgelaufenen Unterhaltsbeiträge darlegte.

## **E. 2.2**

Am 19. Mai 2011 erfolgte sodann die Fortsetzung der Hauptverhandlung mit persönlicher Befragung der Parteien (act. 7/34, Protokoll Vorinstanz S. 10). Offiziell wurde zwar nicht zu einer Vergleichsverhandlung vorgeladen und es wurden auch keine Vergleichsgespräche geführt. Offenbar wurde aber trotzdem über einen Vergleichsvorschlag diskutiert, wurde seitens des Gesuchstellers doch festgehalten, er habe diesen erneut abgelehnt (act. 1 S. 5). Dem Protokoll kann denn auch entnommen werden, dass die Frage der Aktivlegitimation der Klägerin in der Hauptsache für die rückwirkenden Unterhaltsbeiträge in der Verhandlung immer wieder thematisiert wurde, sei es

- 10 - von den Parteivertretern oder von der Abgelehnten (Protokoll Vorinstanz S. 12, 14-15, 18-19), und dass zahlreiche Äusserungen und Feststellungen ausserhalb der Parteivorträge erfolgten (siehe die zahlreichen Protokollnotizen). Wenn die Abgelehnte im Rahmen dieser Diskussionen ihre Sicht der Dinge darlegte, mehrfach ihr Bedauern über das Scheitern einer konstruktiven Lösung aussprach (Protokoll Vorinstanz S. 18 und 19) und insgeheim allenfalls doch noch hoffte, trotz der verhärteten Fronten eine Einigung zwischen den Parteien zu erwirken, so vermag dies für sich allein keinen Anschein von Befangenheit zu begründen. Auch der Einwand seitens des Gesuchstellers, die Abgelehnte sei nicht mehr unbefangen, weil davon ausgegangen werden müsse, sie werde im Falle einer gerichtlichen Beurteilung von ihrer bisherigen Ansicht nicht gänzlich abweichen (act. 1 S. 8), vermag nicht zu überzeugen; der Spielraum der Abgelehnten für eine konstruktive Lösung im Rahmen einer gerichtlichen Beurteilung geht aufgrund ihrer Bindung an das Gesetz weniger weit als im Rahmen eines Vergleichsvorschlages, in welchen in der Regel auch Überlegungen zur Angemessenheit der Regelung mit einfließen. Insoweit kann die Abgelehnte den Vergleichsvorschlag nicht ohne Weiteres als Entscheidung übernehmen, weshalb sich die Befürchtungen des Gesuchstellers als unbegründet erweisen. Überdies kann ein Ausstandsgrund nicht damit begründet werden, die Abgelehnte sei im Hinblick auf einen allfälligen späteren Prozess zwischen dem Gesuchsteller und dem Gemeinwesen wegen Vorbefassung befangen (vgl. act. 1 S. 6). Im jetzigen Zeitpunkt ist gänzlich offen, ob ein solcher Prozess je stattfinden wird, und eine allfällige Befangenheit wäre erst in diesem Verfahren zu prüfen. Weiter kann ein Ablehnungsgrund auch nicht damit begründet werden, der betreffende Richter führe vorab Vergleichsgespräche und habe im Falle des Scheiterns eine Entscheidung zu fällen (vgl. act. 1 S. 6). Ein solches Vorgehen entspricht gerade dem Willen des Gesetzgebers (vgl. § 118 ZPO/ZH; vgl. auch Hauser/Schweri, a.a.O., § 96 N 44). Damit unterscheidet sich der vorliegende Fall auch von jenem in BGE 134 I 238. Im Weiteren kommt hinzu, dass die Ausführungen der Abgelehnten anlässlich der massgebenden Verhandlung einzig auf einer einstweiligen Meinungsbildung basierten, mit-

- 11 - hin - wenn auch implizit - unter dem Vorbehalt der Vorläufigkeit gemacht wurden, was sich bereits aus § 148 ZPO/ZH ergibt, wonach das Gericht verpflichtet ist, im Rahmen der Entscheidungsfindung alle bis zu diesem Zeitpunkt erhobenen massgebenden Beweismittel in die Beweiswürdigung miteinzubeziehen. Richter sollten zwar hinsichtlich vorläufiger Einschätzungen von Prozessaussichten ausserhalb von Vergleichsgesprächen zurückhaltend sein; angesichts der vorliegenden Umstände, namentlich der zahlreichen Diskussionen ausserhalb der Parteivorträge, wurden aber die Aussagen der Abgelehnten über die Aktivlegitimation und die rückwirkenden Unterhaltsverpflichtungen im Rahmen dieser gebotenen Zurückhaltung gemacht und gab sie dadurch weder zu objektiv berechtigtem Misstrauen hinsichtlich der Unparteilichkeit Anlass, noch liess sie den Eindruck entstehen, sie würde auf ihrer Ansicht selbst in Rahmen einer gerichtlichen Beurteilung beharren. Ein Ablehnungsgrund besteht somit nicht.

### **E. 2.3**

Der Gesuchsteller macht sodann geltend, aufgrund ihrer ungehaltenen und erzürnten Reaktion auf die mehrfache Ablehnung des Vergleichsvorschlags durch den Gesuchsteller sowie ihrer einseitigen Sichtweise des Falles habe die Abgelehnte den Anschein von Befangenheit erweckt (act. 1 S. 8, act. 10 S. 6). Der Vorwurf der einseitigen Sichtweise wird seitens der Abgelehnten bestritten (act. 5 S. 4) und geht aus den Akten nicht hervor. Vielmehr hat die Abgelehnte beispielsweise gerade hinsichtlich der Frage der Aktivlegitimation der Gesuchsgegnerin betreffend rückwirkende Unterhaltsverpflichtungen die rechtliche Würdigung des Gesuchstellers gestützt (Protokoll Vorinstanz S. 18). Auch enthält das vorinstanzliche Protokoll eine Protokollnotiz, worin die Abgelehnte anlässlich der Verhandlung vom 19. Mai 2011 explizit erklärte, sie schiebe die Schuld des Scheiterns der Vergleichsgespräche nicht dem Gesuchsteller zu (Protokoll Vorinstanz S. 18). Insoweit vermögen die Ausführungen des Gesuchstellers zur einseitigen Sichtweise der Abgelehnten nicht zu überzeugen. Dem vorinstanzlichen Protokoll kann indes entnommen werden, dass zumindest während der Verhandlung vom 19. Mai 2011 teilweise eine etwas angespannte Stimmung herrschte (Protokoll Vorinstanz S. 18). Wenn der Tonfall der Abgelehnten in dieser Situation etwas

- 12 - härter ausfiel als üblich (was sie indes bestreitet, act. 5 S. 4), so war dies wohl in der konkreten Gemütslage begründet, basierte aber kaum auf persönlicher Vorliebe oder Abneigung gegenüber der gesuchstellenden Partei. Dafür bestehen in den Akten denn auch keine begründeten Anzeichen. Der Eindruck beruht damit auf einem individuellen Empfinden des Gesuchstellers, und eine Edition der Tonaufzeichnung drängt sich unter diesen Umständen nicht auf.

### **E. 2.4**

Soweit der Gesuchsteller sodann ausführt, die Tatsachen, dass die Abgelehnte die massgebenden Gesetzesbestimmungen nicht kenne bzw. die Fremdplatzierungskosten von über Fr. 4'000.- pro Monat nicht auf ihre Richtigkeit hin überprüft habe (act. 10 S. 2 und 5), stellten Hinweise für deren Voreingenommenheit dar, so überzeugt dies nicht. Aus den Akten geht nicht hervor, die Abgelehnte kenne die massgebenden Gesetzesbestimmungen nicht. Vielmehr hat sie die Problematik der allenfalls fehlenden Aktivlegitimation der Klägerin in der Hauptsache erkannt (Protokoll Vorinstanz S. 18). Wenn die Abgelehnte aber gleichzeitig festhielt, das Problem der rückwirkenden Unterhaltsverpflichtungen des Gesuchstellers sei damit jedoch nicht gelöst, so würdigte sie die Sachlage lediglich anders

als der Gesuchsteller. Daraus kann jedoch kein Ablehnungsgrund infolge Befangenheit abgeleitet werden.

### **E. 2.5**

Schliesslich beanstandet der Gesuchsteller, anlässlich der Verhandlung vom 19. Mai 2011 sei ihm erst auf Intervention seines Rechtsvertreters hin das rechtliche Gehör gewährt worden. Dies sei ein weiteres Indiz für die Voreingenommenheit der Abgelehnten (act. 10 S. 7). Dem vorinstanzlichen Protokoll ist zu entnehmen, dass der Gesuchsteller persönliche Ausführungen machen wollte, die Abgelehnte eine Stellungnahme zur Sache selbst jedoch zuerst ablehnte, da bereits der Rechtsvertreter Ausführungen hierzu gemacht habe (Protokoll Vorinstanz S. 18), den Gesuchsteller in der Folge aber seine Vorbringen vortragen liess (act. 7/43). Selbst wenn der Abgelehnten im Hinblick auf dieses Vorgehen eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs vorgeworfen werden könnte, so hätte dies - als prozessualer Fehler -

- 13 - nur zur Ablehnung wegen des Anscheins von Befangenheit geführt, wenn sie gegenüber der Partei offensichtlich nicht das sonst übliche Mass an Sorgfalt aufgewendet hätte, mithin eine schwere Verletzung der Richterpflichten vorliegen würde (Lebrecht, Der Ausstand von Justizbeamten nach zürcherischem Prozessrecht, SJZ 86, 1990, S. 300; BGE 115 Ia 400). Dass dies vorliegend der Fall sei, macht der Gesuchsteller zu Recht nicht geltend. Ein Ablehnungsgrund liegt nicht vor. 3. Abschliessend ist damit festzuhalten, dass den Akten keine Anzeichen auf ein voreingenommenes Verhalten der Abgelehnten entnommen werden können, welches geeignet wäre, in den Augen eines objektiven, vernünftigen Menschen Misstrauen an der Unparteilichkeit der abgelehnten Richterin zu wecken. Unter Hinweis auf die gewissenhafte Erklärung der Abgelehnten erscheint mithin auch in den Augen eines aussenstehenden Dritten hinreichend gewährleistet, dass sie ihr Amt bei der Beweiswürdigung und Entscheidung unvoreingenommen und unparteilich ausüben können, wie dies Aufgabe und Pflicht eines jeden Richters gegenüber jeder Partei und jedem Rechtsvertreter ist. Insoweit besteht auch keine Veranlassung zur Ermahnung der Abgelehnten entsprechend dem Antrag des Gesuchstellers (act. 1). Das Ablehnungsbegehren ist daher abzuweisen. V.

### **E. 3**

Es sei die Vernehmlassung von Frau Bezirksrichterin lic. iur. C. \_\_\_\_\_ zum vorliegenden Ausstandsbegehren dem Antragsteller zur Stellungnahme, ev. zur blossen Kenntnisnahme zuzustellen.

### **E. 4**

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gerichtskasse des Bezirksgerichts Zürich.

### **E. 5**

In seiner persönlichen Eingabe vom 11. Juli 2011 macht der Gesuchsteller im Wesentlichen geltend, die seitens der Abgelehnten gemachten Ausführungen seien bloss Schutzbehauptungen (act. 9).

- 7 - IV.