

Obergericht des Kantons Zürich

Verwaltungskommission



Geschäfts-Nr.: VV110023-O/U

Mitwirkend: Obergerichtsvizepräsident lic. iur. R. Naef, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. J. Zürcher sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Leu

Beschluss vom 4. Juni 2012

in Sachen

A._____,
Gesuchsteller

gegen

B._____,
Angestellte,
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

sowie

Y._____, lic. iur.
Gesuchsgegner und Kinderbeistand

betreffend **Ablehnungsbegehren gegen Richter C.**_____, BG Bülach, im Prozess **FE080030-C** in Sachen der Parteien Ehescheidung

Erwägungen:

I.

1. Im Rahmen eines am Bezirksgericht Bülach hängigen Verfahrens betreffend Ehescheidung (FE080030) stellte A._____ (nachfolgend: Gesuchsteller) mit Eingabe vom 7. Oktober 2011 beim Bezirksgericht Bülach ein Ablehnungsbegehren gegen Richter lic. iur. C._____ wegen Befangenheit (act. 2). Mit Schreiben vom 10. Oktober 2011 überwies der Abgelehnte das Ablehnungsbegehren an die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich zur Behandlung. Gleichzeitig gab er die gewissenhafte Erklärung ab, es liege kein Ausstandsgrund vor und er fühle sich nicht befangen (act. 1).
2. Mit Verfügung vom 12. Oktober 2011 wurde dem Gesuchsteller eine Kopie der gewissenhaften Erklärung zur allfälligen Stellungnahme innert 10 Tagen zugestellt. Gleichzeitig wurde B._____ und dem Kinderbeistand (nachfolgend: Gesuchsgegner) Frist zur allfälligen Stellungnahme angesetzt (act. 6), woraufhin sich der Kinderbeistand am 20. Oktober 2011 vernehmen liess und ausführte, keinen Ablehnungsgrund zu erkennen (act. 8). Mit Eingaben vom 21. Oktober 2011, 22. Oktober 2011 sowie 26. Oktober 2011 hielt der Gesuchsteller sodann an seinen Anträgen fest (act. 9-11). Auf eine weitere Fristansetzung seitens des Gerichts hin (act. 12) reichten die Gesuchsgegnerin am 17. November 2011 und der Gesuchsteller am 21. November 2011 je eine Stellungnahme ins Recht (act. 14 und 15). In der Folge wurde den Parteien mit Verfügung vom 2. Dezember 2011 erneut Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 16), woraufhin sich der Gesuchsteller am 6. Dezember 2011 (act. 17 und 18), der Kinderbeistand am 9. Dezember 2011 (act. 19) und die Gesuchsgegnerin nach einmaliger Fristerstreckung am 10. Januar 2012 (act. 21) vernehmen liessen. Schliesslich erging am 25. Januar 2012 eine weitere Verfügung (act. 22). Die Gesuchsgegnerin

verzichtete mit Eingabe vom 30. Januar 2012 und der Kinderbeistand mit Eingabe vom 9. Februar 2012 auf eine Stellungnahme (act. 23 und 24).

II.

1. Seit dem 1. Januar 2011 gilt die neue schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), welche die bis anhin gültigen kantonalen Zivilprozessordnungen ablöst. Bei Verfahren, die - wie das vorliegende - bei Inkrafttreten des neuen Gesetzes rechtshängig sind, gelten die bisherigen kantonalen Prozessvorschriften (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Das sind ZPO/ZH und GVG.
2. Nach § 101 Abs. 1 GVG sowie § 18 lit. k Ziff. 1 der Verordnung des Obergerichts über die Organisation vom 3. November 2010 (LS 212.51) entscheidet die Verwaltungskommission des Obergerichts als Aufsichtsbehörde über Ausstandsbegehren, die sich gegen Mitglieder der Bezirksgerichte richten. Die Verwaltungskommission ist daher zur Behandlung des Ablehnungsbegehrens gegen den abgelehnten Richter zuständig.

III.

1. Nach Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziffer 1 EMRK sowie §§ 95 ff. GVG hat jedermann Anspruch darauf, dass seine Streitsache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter beurteilt wird. So kann gemäss § 96 GVG jeder Justizbeamte 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). Die Beurteilung eines Ablehnungsbegehrens liegt im freien, pflichtgemässen Ermessen der erkennenden Behörde. Zu entscheiden ist, ob die geltend gemachten Ablehnungsgründe unter den konkreten Umständen Anlass zu objektiv berechtigtem Misstrauen an der Unparteilichkeit des abgelehnten Justizbeamten geben. Massgebend ist, ob bestimmte Umstände vorliegen, die auch in den Augen eines objektiven, vernünftigen Men-

schen 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 (zum Ganzen Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 96 N 31). Nach § 98 GVG kann das Ausstandsbegehren während des ganzen Verfahrens gestellt werden; es muss aber unverzüglich nach der Kenntnisnahme des Ablehnungsgrundes erfolgen. Eine rechtsmissbräuchliche Verzögerung des Begehrens hat Rechtsverwirkung zur Folge (Hauser/Schweri, a.a.O., § 99 N 2; BGE 117 Ia 323; vgl. auch BGE 121 I 225).

2. Prozessuale Fehler sind mit ordentlichen oder ausserordentlichen Rechtsmitteln zu rügen, führen aber nicht dazu, dass Befangenheit der Mitwirkenden anzunehmen wäre. In diesem Sinne ist das Ausstandsbegehren subsidiär zu den Rechtsmitteln und hat vor allem den Zweck, dass sich die Parteien gegenüber sachfremden Einflüssen, die von den Mitwirkenden ausgehen und nicht mit einem Rechtsmittel oder Rechtsbehelf geltend gemacht werden können, zur Wehr setzen können. Im Ablehnungsverfahren ist daher die Prozessführung des Richters nicht zu überprüfen wie in einem Rechtsmittelverfahren (BGE 125 I 119 E. 3e S. 124; 116 Ia 14 E. 5b S. 20 und 135 E. 3a S. 138; 115 Ia 400 E. 3b S. 404; 114 Ia 153 E. 3b/bb S. 158/9 mit Hinweisen). Unter dem Gesichtspunkt der Ablehnung wegen Befangenheit (§ 96 Ziff. 4 GVG) wären prozessuale Fehler also nur dann relevant, wenn ein Richter gegenüber einer bestimmten Partei offensichtlich nicht das sonst übliche Mass an Sorgfalt beim Studium und der Führung des Falles aufwenden würde, mithin krasse und wiederholte Irrtümer vorlägen, welche als schwere Verletzung der Richterplichten beurteilt werden müssten (BGE 115 Ia 400). Nach ständiger Praxis ist selbst dann, wenn einem Richter beim Erlass eines prozessleitenden Entscheids ein gravierender Fehler unterläuft, daraus ohne weitere stichhaltige Anhaltspunkte nicht auf eine Befangenheit

des Richters zu schliessen. Prozessleitende Anordnungen des Richters sind im Ablehnungsverfahren nicht im Detail zu überprüfen, vielmehr sind Rügen zur Rechtsanwendung mit dem Rechtsmittel gegen den Endentscheid vorzubringen (Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich AA100027 vom 1. Juni 2010, E. 2d).

- 3.1. Der Gesuchsteller beantragt den Ausstand des Richters lic. iur. C._____ im Verfahren FE080030. Er begründet dies zusammengefasst damit, der Abgelehnte verweigere ihm zu Unrecht die unentgeltliche Rechtspflege. Die diesbezüglich seitens des Gesuchstellers ins Recht gelegten Belege bzw. Beweismittel habe der Abgelehnte falsch gewürdigt; er, der Gesuchsteller, habe klarerweise nachweisen können, dass er mittellos sei. Der Abgelehnte habe ihm ein hypothetisches Einkommen von Fr. 8'000.- pro Monat angerechnet, was nicht richtig sei (act. 2 S. 1, act. 15 S. 2, act. 10 S. 1). Sodann habe der Abgelehnte den Antrag der Sicherstellung der Scheidungsansprüche des Gesuchstellers gegenüber der Gesuchsgegnerin verweigert und Beweismittel des Gesuchstellers zu Unrecht nicht beachtet (act. 15 S. 2). Er benachteilige den Gesuchsteller in allen Belangen und führe gegen ihn eine persönliche Fehde (act. 2 S. 1, act. 15 S. 3). Der Gesuchsteller rügt damit nebst der Befangenheit infolge Parteilichkeit bzw. Feindschaft insbesondere die Begehung von prozessualen Fehlern des Abgelehnten während des laufenden Scheidungsverfahrens und leitet daraus einen Ablehnungsgrund ab.
- 3.2. Vorab ist zu prüfen, ob das Ablehnungsbegehren des Gesuchstellers rechtzeitig erfolgt ist. Der Entscheid betreffend die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege erging am 14. Januar 2011 (act. 26/159). Der Gesuchsteller leitet aus der Abweisung des Gesuchs - wie dargelegt - den Anschein von Befangenheit des Abgelehnten ab. Gestützt auf § 98 GVG und die ständige bundesgerichtliche Rechtsprechung hätte der Gesuchsteller die Rüge der Befangenheit infolge Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege unverzüglich nach Kenntnisnahme des Entscheids geltend machen müssen. Mit der Einreichung des Ablehnungsbegehrens am 7. Oktober 2011 und damit etliche Monate nach dem Entscheid erfolgte die Beanstandung ver-

spätet, weshalb von der Verwirkung des Rechts auf Geltendmachung des besagten Ablehnungsgrundes auszugehen ist. Gleiches gilt hinsichtlich der Rüge betreffend die unterlassene Sicherstellung der Scheidungsansprüche und der fehlerhaften Beweiswürdigung (act. 15 S. 2). Der diesbezügliche Entscheid des Abgelehnten datiert vom 14. Juli 2011 (act. 26/232). Hätte der Gesuchsteller aus dieser Verfügung einen Ablehnungsgrund ableiten wollen, so hätte er dies unverzüglich nach Kenntnisnahme des Entscheids geltend machen müssen. Die Beanstandungen in der Eingabe vom 7. Oktober 2011 erfolgten damit ebenfalls verspätet, weshalb der Gesuchsteller sein Recht auf Geltendmachung eines Ablehnungsgrundes insoweit verwirkt hat.

- 3.3. Selbst wenn der Gesuchsteller diese beiden Vorbringen rechtzeitig vorgebracht hätte, so wären sie, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, abzuweisen: Wie dargelegt vermögen prozessuale Fehler einen Ablehnungsgrund einzig dann zu begründen, wenn die betreffende Entscheidung offensichtlich haltlos ist und stichhaltige Hinweise auf Befangenheit vorliegen. Dies ist hinsichtlich der Abweisung des Antrags auf unentgeltliche Rechtspflege in der Verfügung vom 14. Januar 2011 nicht der Fall (act. 26/159). Besagter Verfügung ist zu entnehmen, dass der Abgelehnte dem Gesuchsteller ein hypothetisches Einkommen von Fr. 7'011.- pro Monat (Fr. 5'076.- netto für eine 80% Arbeitstätigkeit sowie Versicherungsleistungen von Fr. 1'935.-) anrechnete und aufgrund dessen die Mittellosigkeit verneinte. Dabei stützte er sich auf eine Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 9. August 2010 (act. 26/133 S. 10 ff.), worin dieses bereits über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu entscheiden hatte. In dieser Verfügung legte das Bezirksgericht die Berechnung des hypothetischen Einkommens ausführlich dar und nahm hierfür auf zahlreiche Arztberichte bzw. Gutachten, namentlich auf die Berichte von Dr. D._____ vom 8. April 2008 (act. 26/12/13) bzw. vom 11. November 2009 (act. 26/126) und auf das Gutachten der Reha-Klinik E._____ vom 22. Mai 2007, sowie auf Entscheide der Invalidenversicherung vom 26. März 2008 und 12. Juni 2008 Bezug. Dabei erwog es, der Gesuchsteller habe davon abgesehen, zuhanden des Gerichts das Gutachten der Reha-Klinik E._____ sowie die den Entscheiden der Invalidenversi-

cherung zugrunde liegenden Unterlagen zu edieren. Diese Dokumente hätte das Gericht benötigt, um die in den Berichten von Dr. med. D._____ enthaltenen Feststellungen überprüfen zu können; die Berichte von Dr. med. D._____ würden von den Ausführungen im Gutachten der Reha-Klinik E._____ erheblich abweichen. Infolge Verweigerung der Edition könne auf die ärztliche Beurteilung von Dr. med. D._____ nicht abgestellt werden (act. 26/133 S. 12 f.). Diese Erwägungen der Verfügung vom 9. August 2010 legte der Abgelehnte seinem Entscheid vom 14. Januar 2011 zugrunde (act. 26/159 S. 6); im Rahmen der Entscheidfindung konzentrierte er sich damit auf die im Prozess massgebenden Aspekte wie die Frage der Verwertbarkeit von Beweismitteln für die Berechnung des Einkommens und stellte auf die relevanten Aktenstücke, insbesondere die Arztberichte von Dr. med. D._____ und das Gutachten der Reha-Klinik E._____ bzw. die Entscheide der Invalidenversicherung vom 26. März 2008 und 12. Juni 2008, ab (act. 26/133). Wenn der Abgelehnte dabei im Rahmen der Würdigung der Sach- und Rechtslage zu einem anderen, aber durchaus vertretbaren Ergebnis als der Gesuchsteller gelangte, so kann daraus keine Parteilichkeit abgeleitet werden. Zu berücksichtigen ist sodann auch, dass der Gesuchsteller gegen die Verfügung vom 14. Januar 2011 eine Beschwerde ans Obergericht des Kantons Zürich erhob, welche mit Urteil vom 15. August 2011 abgewiesen wurde (act. 26/234). Inwiefern der Richter lic. iur. C._____ unter diesen Umständen den Anschein von Befangenheit erwecken soll, indem er die unentgeltliche Rechtspflege verweigerte, ist nicht ersichtlich. Sodann vermag auch das weitere Vorbringen des Gesuchstellers, der Abgelehnte müsse in den Ausstand treten, weil er rechtswidrig erlangte Beweise der Gesuchsgegnerin in die Beweiswürdigung mit einbeziehe, während er jene des Gesuchstellers hinsichtlich seiner Arbeitsunfähigkeit nicht beachte (act. 15 S. 2, act. 2 S. 4), keinen Anschein von Befangenheit zu begründen. So geht - wie dargelegt - aus der Verfügung vom 14. Januar 2011 hervor, dass der Abgelehnte diverse, seitens des Gesuchstellers ins Recht gereichte Beweismittel zu seiner Arbeitsfähigkeit in seine Entscheidfindung einbezog und entsprechend würdigte (act. 26/159 S. 5 f.). Dass er dabei auf einen

weiteren Entscheid verwies, ist nicht von Bedeutung. Hinsichtlich des Vorwurfs des Einbezugs von rechtswidrig erlangten Beweismitteln der Klägerin in der Hauptsache hat es der Gesuchsteller sodann unterlassen, eine über eine blossе Anschuldigung hinausgehende Begründung vorzubringen. Mit einem generellen Verweis auf angebliche Scheinbeweise (act. 15 S. 2) vermag er einen Anschein von Befangenheit des Abgelehnten nicht zu begründen.

- 3.4. Gleiches gilt hinsichtlich des Vorbringens, infolge unterlassener Sicherstellung angeblicher güterrechtlicher Ansprüche des Gesuchstellers gegenüber der Klägerin in der Hauptsache bestehe der Anschein von Befangenheit des Abgelehnten (act. 15 S. 2). Der Abgelehnte wies den diesbezüglichen Antrag mit Verfügung vom 14. Juli 2011 ab. Zur Begründung brachte er insbesondere vor, es fehle an einer glaubhaft gemachten ernsthaften konkreten Gefährdung eines güterrechtlichen Anspruchs des Gesuchstellers sowie an Ausführungen zur geltend gemachten "Fluchtgefahr" der Gesuchsgegnerin bzw. zum "rechtswidrigen Vermögensverzehr" (act. 26/232). Wie dargelegt ist vorliegend nicht Gegenstand des Verfahrens, ob der Entscheid in der Sache begründet war. Für eine solche Überprüfung hätte der Gesuchsteller ein Rechtsmittel erheben müssen. Dies hat er offenbar unterlassen (act. 26/254 S. 3). Für die Frage des Bestehens des Anscheins von Befangenheit ist einzig massgebend, ob sich der Abgelehnte bei der Würdigung der Sach- und Rechtslage einer schweren Pflichtverletzung schuldig machte, welche den Anschein von Befangenheit zu begründen vermag. Hierfür bestehen in den Akten keine Anhaltspunkte, hat sich das Gericht doch mit den massgebenden Voraussetzungen für eine Sicherung der güterrechtlichen Ansprüche, namentlich der konkreten Gefährdung eines solchen Anspruchs, ausführlich auseinandergesetzt und diese nach einer eingehenden Würdigung verneint (act. 26/232).

- 3.5. Im Weiteren vermag der Gesuchsteller auch aus der Präsidialverfügung vom 22. September 2011, worin ihm Frist angesetzt wurde, um zu begründen, weshalb er die geltend gemachten Forderungen aus Güterrecht bzw. an-

derweitige Forderungen gemäss Eingabe vom 4. September 2011 erst nach dem Hauptverfahren eingeklagt habe (act. 3), keinen Ablehnungsgrund gegenüber dem Richter lic. iur. C._____ abzuleiten (vgl. act. 1). Scheidungsverfahren unterstehen, soweit es sich nicht um Kinderbelange handelt, der Verhandlungsmaxime; jede Partei hat ihre Begehren zu begründen, zu substantiieren und zu beweisen (vgl. § 54 ZPO/ZH) und Forderungen, soweit möglich, zu beziffern (vgl. § 61 Abs. 2 e contrario ZPO/ZH, Art. 84 Abs. 2 ZPO). In besagter Verfügung wurde ausdrücklich festgehalten, dass der Gesuchsteller seine Anträge auf oberwähnte Forderungen weder beziffert noch begründet noch belegt habe (act. 3 S. 2). Seitens des Gerichts wurde dem Gesuchsteller damit eine Frist zur Nachbesserung bzw. Konkretisierung der Eingaben angesetzt. Inwiefern aus diesem Vorgehen ein Ablehnungsgrund gegen den Abgelehnten Richter lic. iur. C._____ resultieren soll, ist nicht ersichtlich.

- 3.6. Schliesslich bestehen in den Akten keine Hinweise, der Abgelehnte führe eine persönliche Fehde gegen den Gesuchsteller, wie dieser geltend macht (act. 15 S. 3). Allein aus der Tatsache, dass der Abgelehnte prozessleitende Entscheidungen getroffen hat, die der Gesuchsteller nicht für richtig hält, kann nicht abgeleitet werden, der Abgelehnte sei dem Gesuchsteller gegenüber feindlich gesinnt. Damit ist abschliessend festzuhalten, dass den Akten keine Anzeichen auf ein voreingenommenes 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 aussenstehenden Dritten hinreichend gewährleistet, dass er sein Amt bei der Beweiswürdigung und Entscheidung 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.

4. Auf die weiteren Anträge des Gesuchstellers, es sei ihm rückwirkend die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, es seien ihm und seinem Sohn angemessene Unterhaltsbeiträge sowie Schadenersatz und Genugtuung zuzusprechen (act. 15 S. 3, vgl. auch act. 2 S. 4), ist mangels Zuständigkeit der Verwaltungskommission als Aufsichtsbehörde nicht einzutreten. Ebenso ist dem Antrag auf Zuteilung des Scheidungsverfahrens ans Bezirksgericht Zürich (act. 15 S. 3) nicht stattzugeben. Eine solche Überweisung des Verfahrens hat zu erfolgen, wenn infolge Ausstands ein Gericht auch durch den Beizug von Ersatzmitgliedern nicht besetzt werden kann oder der Beizug von Ersatzmitgliedern nicht angebracht ist (§ 103 GVG, vgl. zum neuen Recht auch § 117 GOG). Dies ist vorliegend nicht der Fall, zumal gegen den Richter C. _____ keine Ausstandsgründe bestehen.

IV.

1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens dem Gesuchsteller aufzuerlegen.
2. 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. Hinzuweisen ist auf das Rechtsmittel der Beschwerde an die Rekurskommission.

Es wird beschlossen:

1. Das Ablehnungsbegehren wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten des Verfahrens werden dem Gesuchsteller auferlegt.

4. Schriftliche Mitteilung an:

- den Gesuchsteller (gegen Empfangsschein)
- den Rechtsvertreter der Gesuchsgegnerin, zweifach, für sich und zuhanden der Gesuchsgegnerin (gegen Empfangsschein)
- den Kinderbeistand, zweifach, für sich und zuhanden des Klienten (gegen Empfangsschein)
- die Vorinstanz unter Rücksendung der beigezogenen Akten (gegen Empfangsschein)

5. Rechtsmittel:

Gegen den Entscheid kann **innert 10 Tagen**, von der Zustellung an gerechnet, bei der Rekurskommission des Obergerichts, Hirschengraben 13/15, Postfach 2401, 8021 Zürich, schriftlich **Beschwerde** eingereicht werden.

Die Beschwerdeschrift muss einen Antrag und dessen Begründung enthalten. Der angefochtene Entscheid ist beizulegen. Die angerufenen Beweismittel sind genau zu bezeichnen und soweit möglich beizulegen. Materielle und formelle Entscheide der Rekursinstanz sind kostenpflichtig; die Kosten hat die im Verfahren unterliegende Partei zu tragen.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung.

Zürich, 4. Juni 2012

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Verwaltungskommission

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Leu

versandt am: