



ZA 22 12

**Urteil vom 19. September 2022
Zivilabteilung**

Besetzung

Vizepräsidentin Barbara Brodmann, Vorsitz,
Oberrichterin Franziska Ledergerber,
Oberrichter Franz Odermatt,
Gerichtschreiber Reto Rickenbacher.

Verfahrensbeteiligte

A.____,

vertreten durch Rechtsanwalt Sandor Horvath,
Horvath Rechtsanwälte AG, Stadthausstrasse 4,
6003 Luzern,

Gesuchstellerin,

gegen

**Marcus Schenker,
Kantonsgerichtspräsident I,
Rathausplatz 1, 6371 Stans,**

Gesuchsgegner.

Gegenstand

Ausstand

Gesuch vom 11. August 2022 in den erstinstanzlichen Verfahren betreffend Anordnung von Eheschutzmassnahmen (ZE 21 259) und Anordnung vorsorglicher Massnahmen (ZE 22 122).

Sachverhalt:**A.**

A.____ (nachfolgend: Gesuchstellerin) ist Partei in einem durch ihren Ehemann beim Kantonsgericht Nidwalden eingereichten Eheschutzverfahren (ZE 21 259). Ebenso hat ihr Ehemann gegen sie ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens (ZE 22 122) eingereicht. Während das Eheschutzverfahren beim Kantonsgericht Nidwalden hängig ist, hat dieses im vorsorglichen Massnahmeverfahren bereits einen Entscheid gefällt, den die Gesuchstellerin mittels Berufung ans Obergericht Nidwalden weitergezogen hat (ZA 22 9). Sowohl im Eheschutzverfahren als auch im vorsorglichen Massnahmeverfahren amtet beziehungsweise amtete der Kantonsgerichtspräsident I Marcus Schenker (nachfolgend: Gesuchsgegner) als Einzelrichter.

Nachdem das Kantonsgericht Nidwalden im vorsorglichen Massnahmeverfahren am 27. Juli 2022 einen Entscheid gefällt hat, beantragte die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 11. August 2022 den Ausstand des Gesuchsgegners.

B.

Mit Schreiben vom 18. August 2022 bestritt der Gesuchsgegner das Vorliegen eines Ausstandsgrundes und leitete das Gesuch zusammen mit einer Stellungnahme und dem Antrag, das Ausstandsgesuch sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, an das Obergericht Nidwalden weiter.

C.

Das Obergericht Nidwalden stellte das im eigenen Namen durch die Gesuchstellerin eingereichte Gesuch und die Stellungnahme des Gesuchsgegners dem gesuchstellerischen Rechtsanwalt zur Stellungnahme zu, der mit Eingabe vom 30. August 2022 zum Ausstandsgesuch Stellung nahm und daran festhielt, der Gesuchsgegner habe in den Ausstand zu treten.

D.

Die Zivilabteilung des Obergerichts Nidwalden hat die vorliegende Streitsache auf dem Zirkularweg beraten und beurteilt. Praxisgemäss wurden die Akten der betroffenen erstinstanzlichen Gerichtsverfahren (ZE 21 259 und ZE 22 122) beigezogen. Auf die Ausführungen der Parteien wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:

1.

1.1

Eine Partei, die eine Gerichtsperson ablehnen will, hat dem Gericht unverzüglich ein entsprechendes Gesuch zu stellen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat (Art. 49 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das Gesetz stellt keine nach Tagen bestimmte Frist auf, innert derer das Gesuch einzureichen ist. In der Lehre wird eine den massgebenden Umständen des Einzelfalles angepasste Frist in der Grössenordnung von zehn Tagen propagiert (vgl. REGINA KIE-
NER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 3. Aufl. 2021, N. 5 zu Art. 49 ZPO m.w.V.). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist tendenziell strenger, d.h. es wird ein Gesuch in den nächsten Tagen nach Kenntnisnahme verlangt. Wer den Richter nicht unverzüglich ablehnt, wenn er vom Ablehnungsgrund Kenntnis erhält, sondern sich stillschweigend auf den Prozess einlässt, verwirkt den Anspruch (BGE 117 Ia 322 E. 1 m.w.V.). Ein Gesuch das maximal sechs bis sieben Tage nach Kenntnis des Ausstandsgrundes eingereicht wird, gilt als rechtzeitig, unzulässig ist hingegen ein Zuwarten während zwei oder drei Wochen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 1B_266/2021 vom 25. August 2021 E. 2; 8C_456/2018 vom 12. September 2018 E. 4.2; 1B_377/2016 vom 25. November 2016 E. 2.3; 8C_933/2015 vom 2. März 2016 E. 2.2). Die Kenntnis der Vertretung oder Mitbeteiligter ist der Partei anzurechnen (BGE 139 III 120 E. 3.2.1; Urteil des Bundesgerichts 2C_440/2014, 2C_441/2014 vom 10. Oktober 2014 E. 4.3; STEPHAN WULLSCHLEGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2016, N 6 zu Art. 49 ZPO).

Die betroffene Gerichtsperson nimmt zum Gesuch Stellung (Art. 49 Abs. 2 ZPO). Wird der geltend gemachte Ausstandsgrund bestritten, so entscheidet das Gericht (Art. 50 Abs. 1 ZPO). Wenn Mitglieder des Kantonsgerichts (oder des Obergerichts) von einem Ausstandsbegehren betroffen sind, entscheidet das Obergericht in Dreierbesetzung über streitige Ausstandsbegehren (Art. 79 Abs. 1 Ziff. 3 GerG [NG 261.1]). Der Entscheid des Obergerichts ist mittels Beschwerde beim Verwaltungsgericht anfechtbar, das ebenfalls in Dreierbesetzung entscheidet (Art. 50 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 79 Abs. 2 Ziff. 1 GerG).

1.2

Die Gesuchstellerin begründet ihr Ausstandsgesuch zunächst damit, nachdem der Gesuchsgegner an der Verhandlung vom 23. Mai 2022 erfahren habe, dass sie nach Sarnen umziehe, habe er «völlig ungehalten reagiert» und sich seither «nur noch einseitig, zu Gunsten der

Gegenpartei, verhalten». In der Folge geht sie auf verschiedene angebliche Äusserungen und Verhaltensweisen des Gesuchsgegners an der besagten Verhandlung ein. Weiter führt sie aus, «die Spitze des Eisbergs» sei dann mit dem Urteil vom 27. Juli 2022 erreicht worden, von dem sie seit dem 4. August 2022 Kenntnis habe, worauf sie verschiedene Passagen der Urteilsbegründung zitiert, von welchen sie auf die Befangenheit des Gesuchsgegners schliessen will. Schliesslich nimmt sie Bezug darauf, dass der Gesuchsgegner auch in einem Verfahren ihrer erwachsenen Kinder gegen deren Vater geamtet habe und will auch daraus seine Befangenheit ableiten (amtl. Bel. 1 S. 1 f.).

Nach den Ausführungen der Gesuchstellerin schloss sie bereits aus dem Verhalten des Gesuchsgegners an der Verhandlung vom 23. Mai 2022 auf dessen Befangenheit. Ebenso will sie aus der Tatsache, dass er in einem Verfahren ihrer erwachsenen Kinder gegen deren Vater mitgewirkt hat, auf seine Befangenheit schliessen. Diesen Umstand hat der Gesuchsgegner an der Verhandlung vom 23. Mai 2022 offengelegt, den Parteien mitgeteilt, dass er sich nicht als befangen sehe und dass die Parteien – falls sie dies anders sehen würden – ein entsprechendes Gesuch zu stellen hätten (vi-act. ZE 21 159; B-6, Verhandlungsprotokoll vom 23. Mai 2022 S. 2). Soweit die Gesuchstellerin aus Informationen, die sie (spätestens) an der Verhandlung vom 23. Mai 2022 erfahren hat, auf eine Befangenheit des Gesuchsgegners schliessen will, ist ihr Ausstandsgesuch, welches sie am 12. August 2022 und damit mehr als zweieinhalb Monate später der Post übergeben hat, klarerweise verspätet erfolgt.

Auch hinsichtlich der übrigen Indizien für die angebliche Befangenheit des Gesuchsgegners, die die Gesuchstellerin aus der Begründung des Urteils vom 27. Juli 2022 (vi-act. ZE 22 122; A-1) ableiten will, ist das Ausstandsgesuch verspätet. Dies gilt selbst dann, wenn man diese gesondert betrachtet und nicht davon ausgeht, sämtliche Gründe für die angebliche Befangenheit seien der Gesuchstellerin schon seit der Verhandlung vom 23. Mai 2022 bekannt gewesen. Denn es ist grundsätzlich nicht zulässig, mit einem Ausstandsgesuch bis zum Ausgang des Verfahrens zuzuwarten (vgl. BGE 132 II 485 E. 4.3; BGE 117 Ia 322 E. 1; Urteil des Bundesgerichts 5D_137/2007 vom 14. Dezember 2007). Das Urteil vom 27. Juli 2022 wurde ihrem Rechtsvertreter am 2. August 2022 zugestellt (vi-act. ZE 22 122; 9, Sendungsverfolgung vom 4. August 2022). Dessen Kenntnis ist der Gesuchstellerin anzurechnen, auch wenn sie – ohne entsprechende Belege – behauptet, erst am 4. August 2022 vom Inhalt des Urteils erfahren zu haben. Sie hat ihr Ausstandsgesuch am 12. August 2022 und damit zehn Tage später der Post übergeben. Nach der zuvor dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein Ausstandsgesuch innert maximal sechs bis sieben Tagen einzureichen. Dies muss vorliegend umso mehr gelten, als der Ausstand eines Richters in familienrechtlichen Summarverfahren

verlangt wird, in welchen die Interessen von Kindern betroffen sind und die deshalb möglichst schnell und ohne Verzögerungen vorangetrieben und entschieden werden sollten. Damit ist das Ausstandsgesuch auch dann verspätet erfolgt, wenn davon ausgegangen würde, die Urteilsbegründung vom 27. Juli 2022 im Verfahren ZE 22 122 habe zusätzliche, eigenständige Befangenheitsgründe oder – indizien geliefert, die die Gesuchstellerin zuvor noch nicht gekannt hat.

1.3

Auf das Ausstandsgesuch ist somit zufolge Verspätung nicht einzutreten.

2.

2.1

Selbst wenn auf das Ausstandsgesuch einzutreten wäre, müsste es abgewiesen werden.

Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch darauf, dass ihre Streitsache von einem unbefangenen, unvoreingenommenen und unparteiischen Richter beurteilt wird. Art. 47 ZPO umschreibt die Ausstandsgründe auf Gesetzesesebene. Neben den persönlichen Beziehungen gemäss Abs. 1 lit. b-e, die ohne weiteres einen Ausstand begründen, enthält Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO eine Generalklausel («aus anderen Gründen»). Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO wird durch einen weiteren generalklauselartig umschriebenen Ausstandsgrund (Art. 47 Abs. 1 lit. a ZPO) ergänzt, für den Fall, dass ein «persönliches Interesse» auf Seiten der Gerichtsperson vorliegt. Im Rahmen der Konkretisierung der Generalklauseln sind die aus Art. 30 Abs. 1 BV fließenden Grundsätze zu beachten (BGE 140 III 221 E. 4.1 f. m.w.V.). Kein Ausstandsgrund für sich allein ist unter anderem die Mitwirkung bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen (Art. 47 Abs. 2 lit. d ZPO).

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. Dabei ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und

Voreingenommenheit hervorrufen. Für die Ablehnung wird nicht verlangt, dass der Richter tatsächlich befangen ist (BGE 140 III 221 E. 4.1 m.w.V.; Urteil des Bundesgerichts 5A_350/2022 vom

16. Juni 2022 E. 3). Entscheidendes Kriterium ist, ob bei objektiver Betrachtungsweise der Ausgang des Verfahrens als noch offen erscheint (BGE 142 III 732 E. 4.2.2).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Partei auch dann berechtigt, den Anschein der Befangenheit zu rügen, wenn der Richter durch Äusserungen vor oder während des Prozesses den Schluss zulässt, dass er sich schon eine Meinung über den Ausgang des Verfahrens gebildet hat. Dem verfahrensleitenden Richter kann es nicht verwehrt sein, sich aufgrund der Akten bereits eine (vorläufige) Meinung zu bilden, solange er nur innerlich frei ist, aufgrund der in der Verhandlung vorgetragenen Argumente und der aufgenommenen Beweise zu einem anderen Ergebnis zu gelangen. Vom Richter ist jedoch eine zurückhaltende Ausdrucksweise zu verlangen. Er hat sich um die nötige Gelassenheit zu bemühen, auch wenn sich Äusserungen der Ungeduld wohl nicht immer vermeiden lassen. Dieses Gebot hindert den Richter nicht daran, die Verfahrensführung der Beteiligten kritisch zu würdigen; derartige Bemerkungen können sogar erforderlich sein, um Verfahrensmissbräuche zu verhindern. Auf jeden Fall hat der Richter negative Bemerkungen zu unterlassen, die sich gegen die Person einer Verfahrenspartei richten (Urteil des Bundesgerichts 1P.697/2005 vom 9. Januar 2006 E. 7 m.w.V.).

In einem Scheidungsverfahren gehört auch zu den Aufgaben des Richters, auf eine gütliche Einigung der Parteien bezüglich der Nebenfolgen der Scheidung hinzuwirken, werden doch durch eine Einigung eher die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass die Regelungen über die Nebenfolgen seitens der Parteien akzeptiert werden und ohne nennenswerte Schwierigkeiten vollstreckt werden können. Im Lichte der Garantie gemäss Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK darf die Gerichtsperson Vergleichsgespräche aufgrund provisorischer Einschätzung der Sach- und Rechtslage führen und eine vorläufige Auffassung mit Zurückhaltung und unter dem Vorbehalt der förmlichen Streitentscheidung auch zum Ausdruck bringen. Ein Mitglied des Gerichts kann nur abgelehnt werden, wenn die vorhergehende Vermittlertätigkeit oder ein Vermittlungsvorschlag den objektiv begründeten Anschein der Befangenheit hervorruft. Dies trifft etwa zu, wenn die Richterin eine durch den Prozess erst noch abzuklärende Tatsache als schon erwiesen ansieht, sich bereits in einer Art festgelegt hat, dass Zweifel darüber bestehen, ob sie einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage aufgrund weiterer Abklärungen noch zugänglich ist oder wenn die Gerichtsperson auf die Parteien Druck ausgeübt hat (Urteil des Bundesgerichts 5A_895/2010 vom 21. Februar 2011 E. 3.2 m.w.V.).

Der Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht umfasst nicht auch die Garantie jederzeit fehlerfrei arbeitender Gerichtspersonen. Richterliche Verfahrens- und Einschätzungsfehler sind ebenso wenig Ausdruck einer Voreingenommenheit wie ein inhaltlich falscher Entscheid in der Sache oder Fehler in der Verhandlungsführung. Nach der Rechtsprechung können richterliche Verfahrensfehler nur ausnahmsweise die Unbefangenheit einer Gerichtsperson in Frage stellen. Es müssen objektiv gerechtfertigte Gründe zur Annahme bestehen, dass sich in Rechtsfehlern gleichzeitig eine Haltung manifestiert, die auf fehlender Distanz und Neutralität beruht. Mithin müssen besonders krasse Fehler oder wiederholte Irrtümer vorliegen, die eine schwere Verletzung der Richterplichten darstellen (Urteil des Bundesgerichts 5A_350/2022 vom 16. Juni 2022 E. 3 m.w.V.).

2.2

Die Gesuchstellerin macht zunächst geltend, der Gesuchsgegner habe auf die Information ihres Umzugs «völlig ungehalten reagiert» und sich danach nur noch sehr einseitig zu Gunsten der Gegenpartei verhalten. Der Gesuchsgegner habe ihren Anwalt kaum noch zu Wort kommen lassen, es hätten nur noch Betreuungsmodelle für Beckenried vorgeschlagen werden sollen, weil der Gesuchsgegner klar festgestellt habe, dass die Kinder nicht aus ihrem gewohnten Umfeld gerissen werden sollten und auf ihre Frage, ob nicht auch die Kinder zu befragen seien, habe er geantwortet «Kinderwunsch ist nicht gleich Kindeswohl».

Der Gesuchsgegner hat zu diesen Äusserungen nicht ausdrücklich Stellung genommen, in seiner Stellungnahme aber bestritten, dass ein Ausstandsgrund gegeben oder ersichtlich ist. Dem Verhandlungsprotokoll lassen sich jedenfalls keine Hinweise darauf entnehmen, dass der Gesuchsgegner «völlig ungehalten» reagiert haben soll. Auch ist aus dem Verhandlungsprotokoll und den weiteren Unterlagen nicht ersichtlich, dass der Gesuchsgegner sich völlig einseitig zu Gunsten der Gegenpartei verhalten hat und den Anwalt der Gesuchstellerin nicht mehr zu Wort kommen liess. Letzteres wird durch das Verhandlungsprotokoll vielmehr widerlegt, danach wurde dem gesuchstellerischen Rechtsanwalt auch nach Bekanntgabe des Umzugs mehrfach ausdrücklich das Wort erteilt (vi-act. ZE 21 159; B-6, Verhandlungsprotokoll vom 23. Mai 2022 S. 5 ff.). Auch die Aussage «Kinderwunsch ist nicht gleich Kindeswohl» ist nicht erstellt, wäre aber sowieso nicht geeignet, eine Befangenheit zu begründen. Denn diese Aussage ist rechtlich korrekt (vgl. statt vieler: Urteile des Bundesgerichts 5A_901/2017 vom 27. März 2018 E. 2.2 und 5A_707/2019 vom 18. August 2020 E. 3.1.1). Zusammengefasst sind die angeblichen Aussagen und das angebliche Verhalten des Gesuchsgegners während der Verhandlung vom 23. Mai 2022 nicht glaubhaft gemacht. Die Vorwürfe sind überdies sehr

pauschal gehalten und wären (zumindest teilweise) sowieso nicht geeignet, den Anschein einer Befangenheit zu begründen.

2.3

Die Gesuchstellerin will überdies aus verschiedenen Passagen der Urteilsbegründung im vorsorglichen Massnahmeverfahren vom 27. Juli 2022 ableiten, der Gesuchsgegner erwecke den Anschein der Befangenheit. Namentlich kritisiert sie die folgenden (angeblichen) Passagen:

- «(...) liess das Gericht (...) bewusst im Dunkeln tappen (...)»
- «(...) erschwerte Lösungsfindung in unnötiger Weise (...)»
- «(...) hat wenig Gespür für die Bedürfnisse der Kinder (...)»
- «(...) Verhalten ein 'Vorspuren' der Kinder steckt (...)»
- «(...) fehlt der Gesuchsgegnerin an Bindungstoleranz (...)»
- «(...) dass sich die Gesuchsgegnerin aus freien Stücken für einen Wohnortswechsel in einen anderen Kanton entschieden hat.»

Zunächst ist festzuhalten, dass diese Passagen aus der Begründung des Urteils im vorsorglichen Massnahmeverfahren stammen (vgl. vi-act. ZE 22 12; 1; Urteil vom 27. Juli 2022). Die Mitwirkung bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen begründet für sich allein keinen Ausstandsgrund (Art. 47 Abs. 2 lit. d ZPO). Die Offenheit eines Verfahrens ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht beeinträchtigt, wenn eine Hauptsachenprognose gestellt werden musste, weil diese prozessualen Anordnungen ein anderes Ziel verfolgen als der Entscheidung in der Hauptsache (vgl. BGE 131 I 113 E. 3.7 m.w.V.). Die zitierten Passagen müssten also, um einen Ausstand zu begründen, darüberhinausgehend – bei objektiver Betrachtung – den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit des Gesuchsgegners hervorrufen und der Ausgang des Verfahrens dürfte nicht mehr als offen erscheinen (vgl. BGE 140 III 221 E. 4.1 und BGE 142 III 732 E. 4.2.2 je m.w.V.).

Im vorsorglichen Massnahmeverfahren ging es im Wesentlichen um die Obhutszuteilung und den Aufenthaltsort der gemeinsamen Kinder während der Dauer des Eheschutzverfahrens. In diesem Zusammenhang hatte der Gesuchsgegner als Einzelrichter unter anderem zu prüfen, wie es – nach gegenwärtigem Kenntnisstand – um die Erziehungsfähigkeit der Eltern steht sowie welche Obhutszuteilung und welcher Aufenthaltsort für die Dauer des Eheschutzverfahrens dem Kindeswohl besser entspricht und eine tragfähigere vorläufige Lösung darstellt. Diesbezüglich war auch das bisherige diesbezügliche Verhalten der Eltern relevant und zu

prüfen. Die von der Gesuchstellerin – teilweise verkürzt respektive nicht ganz korrekt und ohne Zusammenhang – zitierten Passagen aus dem Massnahmenurteil sind deshalb nicht zu beanstanden. Sie sind Schlussfolgerungen aus dem bisherigen Verhalten der Gesuchstellerin mit Blick darauf, welche Lösung nach dem Kenntnisstand im Urteilszeitpunkt für die Dauer des Massnahmeverfahrens am sinnvollsten erschien. Mit den gewählten Formulierungen wird – entgegen den Behauptungen der Gesuchstellerin – nicht allgemein auf ihren Charakter geschlossen, sondern es werden spezifische Schlussfolgerungen aus ihrem Verhalten in klar bestimmten Situationen gezogen.

Im Urteil wird zudem mehrmals darauf hingewiesen, dass das Gericht für die definitive Beurteilung der Frage der Erziehungsfähigkeit der Eltern und die definitive Zuteilung der Obhut und die konkrete Ausgestaltung des Wohnorts und der Betreuungszeiten die Erstellung eines interventionsorientierten Gutachtens für angezeigt hält und dass es auf dessen Grundlage im Eheschutzverfahren einen Entscheid fällen wird (vi-act. ZE 22 12; 1; Urteil vom 27. Juli 2022 E. 6.3, E. 10.3, E. 14.2.3, E. 16). Daraus und aus den abwägenden und auf die Vorläufigkeit hinweisenden Formulierungen in der Urteilsbegründung erhellt, dass der Gesuchsgegner seinen vorläufigen Entscheid nach dem bisherigen Kenntnisstand gefällt hat und bereit ist, diesen Entscheid nach dem Vorliegen des interventionsorientierten Gutachtens gegebenenfalls zu revidieren. Es lassen sich somit auch der Urteilsbegründung vom 27. Juli 2022 keine objektiven Anhaltspunkte entnehmen, die darauf schliessen liessen, der Gesuchsgegner sei befangen oder der Ausgang des Verfahrens sei nicht mehr offen.

Soweit die Gesuchstellerin überdies den vorsorglichen Massnahmenentscheid inhaltlich kritisiert und überdies rügt, der Gesuchsgegner habe seinen Entscheid im vorsorglichen Massnahmeverfahren gefällt, ohne mit ihr eine Parteibefragungen durchzuführen und bisher auch noch keine Kinderanwälte eingesetzt, ist diese Kritik im Ausstandsverfahren unbeachtlich. Die inhaltliche Beurteilung des Massnahmenentscheids ist im Berufungsverfahren (ZA 22 9) vorzunehmen. Und selbst wenn der vorsorgliche Massnahmenentscheid inhaltlich als falsch beurteilt würde, könnte daraus nur ganz ausnahmsweise eine Befangenheit des Gesuchsgegners abgeleitet werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_350/2022 vom 16. Juni 2022 E. 3 m.w.V.).

2.4

Sofern die Gesuchstellerin schliesslich geltend macht, der Gesuchsgegner sei befangen, weil er schon das Verfahren ihrer erwachsenen Kinder gegen deren Vater beurteilt hat, ist sie

ebenfalls nicht zu hören. Selbst wenn der Gesuchsgegner bereits einen Fall mit Beteiligung der vorliegend beteiligten Ehegatten beurteilt hätte, wäre er deshalb grundsätzlich nicht befangen (BGE 129 III 445 E. 2.2.2 m.w.V). Dies muss somit umso mehr gelten, nachdem die vorliegend beteiligten Ehegatten im genannten Verfahren der erwachsenen Kinder der Gesuchstellerin gar keine Parteistellung hatten.

Die Gesuchstellerin kann überdies keine objektiven Indizien glaubhaft machen, weshalb der Gesuchsgegner mit der Erstellerin von Zeugenberichten, B.___, befreundet und mit deren Exmann C.___ verfeindet sein soll. Selbst die Gesuchstellerin schreibt, dass der Gesuchsgegner nur «möglicherweise» mit B.___ befreundet sei. Der von ihr genannten Website lassen sich denn auch keine entsprechenden Hinweise entnehmen. In diesem Zusammenhang ist überdies auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung hinzuweisen, wonach selbst bei heftigen Angriffen einer Partei gegen einen Richter nicht geschlossen werden kann, dass der Richter seinerseits mit der Partei verfeindet ist (BGE 134 I 20 E. 4.3.2). Weiter kommt hinzu, dass die entsprechenden Zeugenberichte im bisherigen Verfahren keine entscheidrelevante Rolle gespielt haben und deshalb aus den geschilderten Umständen sowieso keine objektiven Indizien für eine Befangenheit abgeleitet werden könnten, selbst wenn sie zutreffen würden.

Wenn die Gesuchstellerin in diesem Zusammenhang überdies eine Befangenheit aus Passagen der Stellungnahme des Gesuchsgegners zu ihrem Gesuch («Diese Anschuldigungen entbehren jeglicher Grundlage und sind völlig falsch» sowie «Ebenfalls falsch und ohne jede Faktengrundlage steht die Behauptung [...]») ableiten will, ist sie ebenfalls nicht zu hören. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern diese Formulierungen nicht zulässig sein und den Anschein der Befangenheit erwecken sollten. Es muss einem Richter, dem Befangenheit vorgeworfen wird, möglich sein, seine Sicht der Dinge darzulegen und er muss aus seiner Sicht falsche Anschuldigungen als solche benennen können. Die Wortwahl ist weder unnötig scharf noch indiziert sie eine Befangenheit des Gesuchsgegners.

Die Gesuchstellerin macht schliesslich geltend, massgebend für eine konstruktive Fortsetzung des Verfahrens sei ein gegenseitiges Vertrauen zwischen der Gesuchstellerin und der Gerichtsperson massgebend, und weil dieses vorliegend nicht mehr gegeben sei, habe der Gesuchsgegner in den Ausstand zu treten. Damit überdehnt sie den verfassungsmässigen Anspruch auf ein unvoreingenommenes Gericht und verkennt, dass ein fehlendes Vertrauen – insbesondere einer Partei – keinen Ausstand zu begründen vermag, zumal es sich dabei um ein rein subjektives Kriterium handelt.

2.5

Das Ausstandsgesuch der Gesuchstellerin wäre somit auch dann vollumfänglich abzuweisen, wenn es rechtzeitig eingereicht worden wäre und folglich darauf eingetreten werden könnte.

3.

3.1

Die Prozesskosten (Art. 95 Abs. 1 ZPO) werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten werden vorliegend auf Fr. 500.– festgesetzt (Art. 23 PKoG [NG 261.2] i.V.m. Art. 2 Abs. 1 PKOG) und ausgangsgemäss der Gesuchstellerin auferlegt.

3.2

Ausgangsgemäss wird keine Parteientschädigung gesprochen.

Demnach erkennt das Obergericht:

1. Auf das Ausstandsgesuch wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtskosten werden auf Fr. 500.– festgesetzt und der Gesuchstellerin auferlegt. Die Gesuchstellerin wird angewiesen die Gerichtskosten von Fr. 500.– innert 30 Tagen seit Rechtskraft dieses Entscheids an die Gerichtskasse Nidwalden zu überweisen.
3. Es wird keine Parteientschädigung gesprochen.
4. [Zustellungen].

Stans, 19. September 2022

OBERGERICHT NIDWALDEN

Zivilabteilung

Die Vizepräsidentin

lic. iur. Barbara Brodmann

Der Gerichtsschreiber

MLaw Reto Rickenbacher

Versand: _____

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen seit Zustellung beim Verwaltungsgericht Nidwalden, Marktgasse 4, Postfach 1244, 6371 Stans, Beschwerde eingereicht werden. Die Beschwerde ist schriftlich und begründet einzureichen und der angefochtene Entscheid ist beizulegen, soweit die Partei ihn in Händen hat (Art. 50 Abs. 2 i.V.m. Art. 319 ff. ZPO und Art. 79 Abs. 2 Ziff. 1 GerG). Die Frist von 10 Tagen steht im Summarverfahren trotz allfälliger Gerichtsferien nicht still (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO).