

**08/09 1 Zivilprozessordnung. Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Art. 30 Abs. 1 BV. Art. 4 Abs. 1 ZPO. Die persönliche Unbefangenheit des gesetzlichen Richters wird im Grundsatz vermutet. Von der regelhaften Zuständigkeitsordnung soll nicht leichthin abgewichen werden. Vorbefassung liegt vor, wenn ein Richter sich zu einem früheren Zeitpunkt in amtlicher Funktion mit der konkreten Streitsache befasst hat. Unerheblich ist, ob es sich bei der früheren Tätigkeit um die funktionell gleiche oder eine andere, eine richterliche oder nichtrichterliche Tätigkeit handelte. Vorbefassung kann aber nur bestehen, wenn auch die frühere Tätigkeit eine amtliche war. Diese Mehrfachbefassung setzt einen hinreichenden engen Sachzusammenhang zwischen dem aktuellen Verfahren und der früheren Beschäftigung voraus. Der Richter muss mit der konkreten Streitsache schon einmal befasst gewesen sein, ansonsten kein Vorbefassungstatbestand vorliegt. Eine Vorbefassung ist nicht generell verfassungswidrig. Ausschlaggebend ist, ob das Verfahren trotz der Vorbefassung in Bezug auf den konkreten Sachverhalt und die konkret zu beurteilenden Fragen offen und nicht vorbestimmt erscheint. Die Fairness eines Verfahrens wird demnach bejaht, wenn es trotz Mehrfachbefassung nach wie vor als offen und nicht vorbestimmt erscheint. Ob eine Vorbefassung vor der Verfassung standhält oder aber den Anspruch auf unabhängige Beurteilung verletzt, entscheidet sich im Wesentlichen danach, inwieweit die frühere Befassung mit der aktuellen Aufgabe zusammenhängt. Eine Befangenheit ist in der Praxis zu bejahen, wenn der Richter im Ergebnis zweimal dieselbe - materielle oder prozessuale - Rechtsfrage untersucht. Diese Fragen müssen nicht identisch sein, es genügt, wenn es sich um "ähnliche oder qualitativ gleiche" Fragen handelt. Allein die Tatsache, dass einem Verfahren der gleiche Lebenssachverhalt zugrunde liegt, begründet noch keinen Zusammenhang der entscheidungswesentlichen Fragen und genügt in der Praxis noch nicht zur Begründung einer Vorbefassung. Abweisung des Ausstandsbegehrens. Im ersten Verfahren stellten sich aufsichtsrechtliche Fragen. Im jetzigen Verfahren geht es zur Hauptsache um die Frage der Zuständigkeit zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren.**

Obergericht, 2. Oktober 2008, OG Z 08 13

#### **Aus den Erwägungen:**

2. Ist der Ausstand streitig, so entscheidet darüber die Aufsichtsbehörde oder, wenn es sich um den Ausstand des Mitgliedes einer Kollegialbehörde handelt, diese Behörde selbst unter Ausschluss des Mitgliedes, dessen Ausstand streitig ist (Art. 5 AusG). Das Ausstandsbegehren der Berufungsklägerin betrifft Obergerichtspräsident Rolf Dittli als Vorsitzender und Oberrichterin Cornelia Gamma Bissig als stv. Vorsitzende der Zivilrechtlichen Abteilung. Für die Beurteilung der vorliegenden Ausstandsstreitigkeit müssen deshalb Ersatzmitglieder ernannt werden (Art. 35 Abs. 1 i.V.m. Art. 24 GOG). Die ordentliche Zusammensetzung der Zivilrechtlichen Abteilung ist mit den beiden internen Stellvertretern dieser Abteilung zu ergänzen und setzt sich für die Beurteilung der Ausstandsstreitigkeit ausserordentlich wie folgt zusammen: Oberrichterin Yvette Zurfluh-Schürch (Vorsitz), Oberrichter Karl Muheim, Oberrichter Martin Blaser, Oberrichterin Agnes Frei-Föhn und Oberrichter Hansruedi Burgener.

3. Der Rekurrent begründet sein Ausstandsbegehren im Wesentlichen damit, dass Obergerichtspräsident Rolf Dittli und Oberrichterin Cornelia Gamma Bissig im Rekursentscheid (recte: Aufsichtsbeschwerdebeschluss) vom 13. Juni 2008 (OG AK 08 4)

als Mitglieder der Aufsichtskommission sich mit dieser Materie bereits eingehend vorbefasst und entschieden hätten, der Rekurrent könne aufgrund eines angeblich bestehenden Interessenkonfliktes sein Kind im Strafverfahren nicht gültig vertreten, da "nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Anzeiger gleichzeitig mit den Interessen der Anzeigerin und Tochter auch die den Interessen seiner Tochter möglicherweise entgegenstehenden Interessen seiner übrigen Familienmitglieder zu wahren versucht". Es sei dann auf die Ausführungen im Rekursentscheid des Landgerichtspräsidiums Uri vom 11. April 2008 E. 4.3 und 4.4 verwiesen worden. Gestützt auf diese Prämissen könne ein objektiver Betrachter nicht mehr davon ausgehen, dass die genannten beiden Richter/in in dieser Sache nicht befangen seien. Sie hätten daher den Ausstand zu wahren.

4. Nach der in Art. 30 Abs. 1 BV und in Art. 6 Ziff. 1 EMRK enthaltenen Garantie des verfassungsmässigen Richters hat der Einzelne Anspruch darauf, dass seine Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Liegen bei objektiver Betrachtungsweise Gegebenheiten vor, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen, so ist die Garantie verletzt (BGE 131 I 116 E. 3.4). Befangenheit ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken (vgl. dazu Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 58 ff.). Solche Umstände können entweder in organisatorisch-institutionellen Gründen (z.B. Personalunion zwischen untersuchendem und urteilendem Richter), in objektiven Gründen, die einen Richter im Einzelfall als befangen erscheinen lassen (z.B. Stellungnahme zum Prozessausgang vor Abschluss des Beweisverfahrens) oder in (tatsächlich nachweisbaren) subjektiven Befangenheitsgründen (z.B. Freundschafts- oder Feindschaftsverhältnis zu einer Partei [BGE 92 I 271 f.]) liegen (Entscheide Obergericht des Kantons Uri vom 18.09.2002, OG Z 01 3, E. 1b und vom 09.11.2000, OG AK 00 15, E. 3a; Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 577 f.). Bei der Beurteilung solcher Umstände ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen in die Voreingenommenheit des Richters muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen (BGE 1P.711/2004 vom 17.03.2005, E. 3.1).

Für den Ausstand wird indessen nicht verlangt, dass der Richter tatsächlich befangen ist. Unabhängigkeit ist zuerst ein innerer Zustand, der eine von falscher Rücksichtnahme freie Einstellung zur Sache oder die Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten ausdrückt. Was eine Richterin oder ein Richter im Innersten dachte oder fühlte, wird indessen niemals zu beweisen sein; entsprechende Vorgänge sind den Betroffenen u.U. selber auch gar nicht bewusst. Ob die von Verfassung und Menschenrechtsgarantien verlangte Offenheit gegeben, die richterliche Unabhängigkeit intakt oder aber beeinträchtigt ist, kann deshalb letztlich immer nur vermutet werden, förmlich beweisen lässt sich nichts. Aus diesem Grund stellt das Bundesgericht an den Nachweis fehlender Unabhängigkeit denn auch keine allzu strengen Anforderungen (BGE 113 Ia 409; Regina Kiener, a.a.O., S. 69 m.H.). Es genügt, wenn Umstände vorliegen, welche bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit erwecken. Angesichts der Bedeutung der Garantie des verfassungsmässigen Richters lässt sich eine restriktive Auslegung nicht rechtfertigen. Der Ausstand im Einzelfall steht indessen in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Anspruch auf den gesetzlichen Richter und muss deshalb die Ausnahme bleiben, damit die regelhafte Zuständigkeitsordnung für die Gerichte nicht illusorisch und die Garantie des verfassungsmässigen Richters nicht von dieser Seite her ausgehöhlt werden. Die persönliche Unbefangenheit des gesetzlichen Richters wird im Grundsatz vermutet (vgl. BGE 114 Ia 53 E. 3b); von der regelhaften Zuständigkeitsordnung soll nicht leichthin abgewichen werden (BGE 1P.711/2004 vom 17.03.2005, E. 3.1).

5. Der Rekurrent macht vorliegend Vorbefassung geltend. Vorbefassung liegt vor, wenn ein Richter sich zu einem früheren Zeitpunkt in amtlicher Funktion mit der konkreten

Streitsache befasst hat (Regina Kiener, a.a.O., S. 141 ff.). Unerheblich ist, ob es sich bei der früheren Tätigkeit um die funktionell gleiche oder eine andere, eine richterliche oder nicht-richterliche Tätigkeit handelte. Vorbefassung kann aber nur bestehen, wenn auch die frühere Tätigkeit eine amtliche war (Regina Kiener, a.a.O., S. 143 f. m.H.; vgl. Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 12.07.1999, OG V 99 27 [Zwischenentscheid], E. 3). Diese Mehrfachbefassung setzt einen hinreichenden engen Sachzusammenhang zwischen dem aktuellen Verfahren und der früheren Beschäftigung voraus. Der Richter muss mit der konkreten Streitsache schon einmal befasst gewesen sein, ansonsten kein Vorbefassungstatbestand vorliegt (BGE 126 I 73 E. 3c; Regina Kiener, a.a.O., S. 144). Eine Vorbefassung ist nicht generell verfassungswidrig. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ausschlaggebend ist, ob das Verfahren trotz der Vorbefassung in Bezug auf den konkreten Sachverhalt und die konkret zu beurteilenden Fragen offen und nicht vorbestimmt erscheint (BGE 114 Ia 59 E. 3d; Regina Kiener, a.a.O., S. 145). Die Fairness eines Verfahrens wird demnach bejaht, wenn es trotz Mehrfachbefassung nach wie vor als offen und nicht vorbestimmt erscheint (Regina Kiener, a.a.O., S. 145). Ausschlaggebend ist, ob die frühere Tätigkeit den berechtigten Eindruck entstehen lässt, Richter oder Richterinnen könnten sich von den getroffenen Feststellungen und geäußerten Wertungen nicht mehr lösen und würden die Sache deshalb nicht mehr mit der nötigen Distanz und Objektivität beurteilen. Ob dies zutrifft, muss für jeden Einzelfall gesondert untersucht und entschieden werden (Regina Kiener, a.a.O., S. 145).

Ob eine Vorbefassung vor der Verfassung Stand hält oder aber den Anspruch auf unabhängige Beurteilung verletzt, entscheidet sich im Wesentlichen danach, inwieweit die frühere Befassung mit der aktuellen Aufgabe zusammenhängt (Regina Kiener, a.a.O., S. 146). Eine Befangenheit ist in der Praxis zu bejahen, wenn der Richter im Ergebnis zweimal dieselbe - materielle oder prozessuale - Rechtsfrage untersucht. Diese Fragen müssen nicht identisch sein, es genügt, wenn es sich um "ähnliche oder qualitativ gleiche" Fragen handelt (BGE 114 Ia 69, Pra 1996 Nr. 5 S. 11 und 13; Regina Kiener, a.a.O., S. 146). Allein die Tatsache, dass einem Verfahren der gleiche Lebenssachverhalt zugrunde liegt, begründet noch keinen Zusammenhang der entscheidungswesentlichen Fragen und genügt in der Praxis noch nicht zur Begründung einer Vorbefassung (Regina Kiener, a.a.O., S. 146).

6. Vorliegend haben Obergerichtspräsident Rolf Dittli und Oberrichterin Cornelia Gamma Bissig im Aufsichtsbeschwerdeverfahren OG AK 08 4 mitgewirkt. Ein Vergleich der beiden Verfahren (OG AK 08 4 und OG Z 08 13) zeigt, dass verschiedene Fragen zu behandeln sind bzw. waren. Im ersten Verfahren der Aufsichtskommission über die richterlichen Behörden und die Rechtsanwälte ging es im Wesentlichen um die Frage der Zulässigkeit der Aufsichtsbeschwerde, nämlich ob der Anzeige des Rekurrenten (dannzumal Anzeiger) und seiner unmündigen Tochter (dannzumal Anzeigerin) überhaupt Folge geleistet werden könne. Es stellten sich aufsichtsrechtliche Fragen. Im jetzigen Verfahren geht es zur Hauptsache um die Frage der Zuständigkeit des Erlasses von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren (s. auch Rekurschrift: act. 2.1 Ziff. 3 - 6 und 12). Hier stellen sich zivilrechtliche Fragen. Es handelt sich somit nicht um "ähnliche oder qualitativ gleiche" Fragen, die allenfalls eine unzulässige Vorbefassung bedeuten würden.

Was die vom Rekurrenten angeführten Ausführungen im Beschluss der Aufsichtskommission über die richterlichen Behörden und die Rechtsanwälte betrifft, ist festzustellen, dass sich die Ausführungen mit dem Vertretungsverhältnis des Anzeigers gegenüber der Anzeigerin befassten und, was den Anzeiger anging, zurückhaltend sowie nicht abschliessend bzw. offen formuliert waren. Diese Ausführungen weisen mit der sich im Zivilverfahren zur Hauptsache stellenden Rechtsfrage keine Berührungspunkte auf. Es kann insbesondere nicht gesagt werden, dass sich der Richter und die Richterin bereits dermassen festgelegt hätten, dass sie nun nicht mehr als unvoreingenommen und deshalb das jetzige Verfahren nicht mehr als offen erscheinen lässt. Aus der Formulierung im Beschluss der Aufsichtskommission über die richterlichen Behörden und die Rechtsanwälte

ergibt sich, auch für einen objektiven Betrachter, nicht, dass sich der Richter und die Richterin schon eine Meinung über den Ausgang des jetzigen Verfahrens gemacht hätten.