

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PP120045-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stamm-  
bach sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler.

## Urteil vom 11. März 2013

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Beschwerdeführer

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Beschwerdegegner

betreffend **Forderung (Ausstandsgesuch)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerich-  
tes Bülach vom 5. November 2012; Proz. FV120032**

## Erwägungen:

### I.

1. Am 25. November 2010 machte der Kläger, der im Juli/August 2009 im Haus des Beklagten Malerarbeiten ausgeführt hatte, beim Einzelrichter des Bezirksgerichtes Bülach gegen den Beklagten eine Klage auf Bezahlung der in Rechnung gestellten Vergütung von Fr. 6'358.10 anhängig (act. 1). Der Einzelrichter führte am 5. April und 7. Juni 2011 die Hauptverhandlung durch (Prot. Gesch. FO100232 S. 2 ff. und 22 ff.). Am 23. September 2011 fällte er, ohne das in Aussicht gestellte Beweisverfahren durchgeführt zu haben, den Entscheid (act. 19, Prot. Gesch. FO100232 S. 35). Er schrieb das Verfahren im Umfang von Fr. 139.90 als durch Klagerückzug erledigt ab, verpflichtete den Beklagten, dem Kläger Fr. 5'755.50 zuzüglich Zins und Zahlungsbefehlskosten zu zahlen und hob in diesem Umfang den Rechtsvorschlag in der eingeleiteten Betreibung auf. Im Mehrbetrag wies er die Klage ab.

Auf Beschwerde des Beklagten hob das Obergericht das einzelgerichtliche Urteil mit Beschluss vom 31. Januar 2012 auf. Es erachtete den angefochtenen Entscheid in verschiedener Hinsicht als mangelhaft und wies die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück (act. 22).

Mit Verfügung vom 27. April 2012 ordnete der Einzelrichter die Durchführung einer Instruktionsverhandlung an, an welcher er die richterliche Fragepflicht ausüben und den Parteien Gelegenheit zur Nennung der Beweismittel geben wollte (act. 25). Am 9. Mai 2012 wurde vorgeladen, und am 22. Juni 2012 fand die Verhandlung statt (Prot. Gesch. FV120032 S. 3–31). Am 21. September 2012 erging die Beweisverfügung (act. 35). Am 26. bzw. 27. September 2012 wurde sie den Parteien zugestellt (act. 36).

2. Mit Eingabe an den Präsidenten des Bezirksgerichtes Bülach vom 27. September 2012 (Postaufgabe: 1. Oktober 2012) stellte der Beklagte gestützt auf Art. 49

ZPO ein Ausstandsgesuch gegen den Einzelrichter (act. 37). Er machte zusammengefasst geltend, dass die zahlreichen Mängel des vom Obergericht aufgehobenen einzelgerichtlichen Entscheides vom 23. September 2011 die Vermutung nahelegten, dass der Einzelrichter befangen gewesen sei; dass bei der gegebenen Aktenlage nicht nur ohne Beweisverfahren, sondern auch noch vollumfänglich zugunsten des Klägers entschieden worden sei, könne nicht anders interpretiert werden (act. 37 S. 2, 3 und passim). Der Richter habe einzig und allein das Ziel verfolgt, dem Kläger zu helfen (act. 37 S. 10). Der zweite Teil der Hauptverhandlung sei nichts anderes als ein freundschaftliches Tête-à-Tête zwischen Richter und Kläger gewesen (act. 37 S. 7). Anlässlich des ersten Teils der Hauptverhandlung habe der Richter gesagt: "Herr A. \_\_\_\_\_, Sie werden hier nicht schadlos rausgehen." Der Beklagte und die ihn an jener Verhandlung begleitende Anwältin hätten gewusst, dass der Richter aufgrund seiner fürsorglichen Haltung gegenüber dem Kläger und seiner offenkundig feindseligen Haltung gegenüber dem Beklagten zugunsten des Klägers entscheiden würde (act. 37 S. 7/8; vgl. S. 10). An der Instruktionsverhandlung habe sich gezeigt, dass der Richter offensichtlich extrem ungehalten darüber sei, dass der Beklagte das Obergericht angeufen habe und er von diesem derart gerügt worden sei. Er wolle nun "suggerieren", zugunsten des Klägers die nichtmarktüblich hohen Preise des Maler- und Gipserverbandes anzuwenden, obwohl der Kläger nie in diese Richtung argumentiert habe; mit "Genüsslichkeit" habe er dies zum Ausdruck gebracht (act. 37 S. 6/7, 8). Das in Angriff genommene Beweisverfahren habe bereits in den "versendeten Dokumenten" einzig das Ziel der Begünstigung des Klägers und eines – besonders mündlich zum Ausdruck gebrachten – "Rachefeldzuges" gegen ihn. Schon nach der "ersten Runde" des Beweisverfahrens stehe fest, dass der Richter nicht gewillt sei, einen Ausgang anzustreben, der nicht beim Obergericht lande; er habe dies genau so gesagt (act. 37 S. 10).

**3.** Der betroffene Einzelrichter nahm am 8. Oktober 2012 gegenüber dem Bezirksgerichtspräsidenten Stellung. Er machte geltend, dass der vom Beklagten sinngemäss erhobene Vorwurf, alle Handlungen des Richters zielten darauf ab, ihm zu schaden und den Kläger zu begünstigen, der Grundlage entbehre. Aufgrund der massiven und aus seiner Sicht unberechtigten Angriffe auf persönlicher

Ebene erachte er es jedoch als nicht sinnvoll, das Verfahren weiterzuführen, und trete in den Ausstand (act. 39).

Der Bezirksgerichtspräsident erwog, dass es in Anbetracht der Ausstandserklärung des Richters der Stellungnahme des Klägers bedürfe, um festzustellen, ob ein (vom Gericht zu entscheidendes) strittiges Ausstandsverfahren im Sinne von Art. 50 Abs. 1 ZPO vorliege. Mit Verfügung vom 8. Oktober 2012 setzte er dem Kläger Frist an, um zum Ausstandsbegehren des Beklagten Stellung zu nehmen. Die Stellungnahme des Einzelrichters legte er bei. Für den Säumnisfall stellte er in Aussicht, dass Ablehnung des Ausstandsbegehrens angenommen werde (act. 41 f.). Der Kläger äusserte sich nicht.

Zusammen mit der Verfügung vom 8. Oktober 2012 wurde auch dem Beklagten eine Kopie der Stellungnahme des Einzelrichters eingeschrieben zugestellt (act. 41 f.). Er äusserte sich nicht.

**4.** Mit Verfügung vom 5. November 2012 trat der Bezirksgerichtspräsident auf das Ausstandsgesuch des Beklagten nicht ein und ordnete die Rückgabe der Verfahrensakten an den Einzelrichter an (act. 5).

Er kam zum Schluss, dass das Ausstandsgesuch vom 27. September 2012 im Sinne von Art. 49 Abs. 1 ZPO offensichtlich verspätet sei. Die vom Beklagten vorgebrachten Gründe würden sich allesamt auf die Tatsache beziehen, dass der Einzelrichter im ersten Verfahren kein Beweisverfahren durchgeführt habe und vom Obergericht angehalten worden sei, Beweise zu erheben. Der obergerichtliche Entscheid sei dem Beklagten mehr als ein halbes Jahr zuvor (im Februar 2012) zugegangen. Die Instruktionsverhandlung schliesslich, anlässlich welcher die zu beweisenden Punkte besprochen und geklärt worden seien, habe am 22. Juni 2012 stattgefunden.

Eventualiter erwog er, dass das Ausstandsgesuch unbegründet sei. Eine falsche rechtliche Würdigung des Prozessstoffes bzw. eine unrichtige Rechtsanwendung durch eine Gerichtsperson und die deshalb unterbliebene Durchführung eines Beweisverfahrens aufgrund des vermeintlich erstellten und spruchreifen Sachver-

halts begründeten für sich allein nie einen Ausstandsgrund. Dass die unrichtige rechtliche Würdigung bewusst und absichtlich vorgenommen worden sei, um den Beklagten zu benachteiligen oder aufgrund eines Rachefeldzuges oder wegen Hasses gegen den Beklagten bzw. um dem Kläger zu helfen, sei eine durch nichts belegte Unterstellung, die in den Akten keine Stütze finde.

**5.** Gegen diesen Entscheid erhob der Beklagte beim Obergericht rechtzeitig Beschwerde, womit er an seinem Ausstandsgesuch festhält (act. 2). Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen. Der Kläger hat die Beschwerde nicht beantwortet (act. 11 und 13). Die Verfahrenskosten wurden vom Beklagten bevorschusst (act. 7–9).

## II.

**1.** Der Beklagte hat sich mit Eingabe vom 10. Dezember 2012 – nach Ablauf der Beschwerdefrist – noch einmal an die Beschwerdeinstanz gewandt, ergänzende Ausführungen gemacht und darum gebeten, die Kosten tief zu halten (act. 10). Soweit die Eingabe der Ergänzung der Beschwerdebegründung dient, ist sie verspätet und nicht zu beachten (Art. 321 Abs. 2 ZPO).

**2.** Der Beklagte begründet seine Beschwerde gegen den vorinstanzlichen Nichteintretensentscheid damit, ausschlaggebend für das Ausstandsgesuch sei eine Aussage des Richters während der "ersten Sitzung des Beweisverfahrens", d.h. der Instruktionsverhandlung vom 22. Juni 2012, gewesen, wo dieser klar zu verstehen gegeben habe, dass es für den Beklagten "weiterhin keine Waffengleichheit" geben werde. Der Richter habe unmissverständlich klar gemacht, dass der Beklagte das "Ganze" durch mangelnde Substanziierung verschuldet habe, obwohl er selber vom Obergericht in diesem Zusammenhang gerügt worden sei (act. 2 S. 1), und er habe seinen Unmut über das obergerichtliche Urteil kundgetan (act. 2 S. 8 Ziff. 20). Er habe Andeutungen gemacht, dass der Fall "eh" vor dem Obergericht lande. Dies bestätige die Befürchtung des Beklagten, ein bereits feststehendes Urteil gegen seine Person zu erhalten, welches ihn zum Weiterzug nötigen werde (denn den "keine Schriftlichkeiten" pflegenden Kläger könne der

Richter nicht als Rechtsmittelkläger gesehen haben; act. 2 S. 2). Nach Erhalt des Protokolls, welches der Einzelrichter der Beweisverfügung vom 21. September 2012 beigelegt hatte (s. act. 35 Disp. 14), habe er rechtzeitig innerhalb der ihm gemäss ZPO zur Verfügung stehenden 10 Tage das Ausstandsgesuch gestellt (act. 2 S. 1). "In der Schriftlichkeit des Protokolls" seien die Fakten enthalten, die die Fortführung eines gezielt gegen ihn geführten Verfahrens suggerierten (act. 2 S. 1, mit Hinweis auf act. 2 Ziff. 20 S. 8). Im Übrigen hielt der Beklagte an seiner Auffassung fest, dass das vom Obergericht aufgehobene Urteil des Einzelrichters sich nur dadurch erklären lasse, dass der Richter unter Verletzung seiner Pflichten wider besseres Wissen zu seinem Nachteil entschieden habe (act. 2 S. 8 Ziff. 18).

## **6.**

**2.1.** Nach Art. 49 Abs. 1 ZPO hat eine Partei, die eine Gerichtsperson ablehnen will, dem Gericht "unverzüglich" ein entsprechendes Gesuch zu stellen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat. Die den Ausstand begründenden Tatsachen sind glaubhaft zu machen.

Wenn, wie der Beklagte geltend macht, das Verhalten des Einzelrichters an der Instruktionsverhandlung den Ausschlag für das Ausstandsgesuch gab, hatte der Beklagte das Begehren unverzüglich nach der Verhandlung zu stellen. "Unverzüglich" im Sinne von Art. 49 Abs. 1 ZPO ist streng zu nehmen (Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Online-Stand: 03.11.2012, Art. 49 N 3 mit Hinweis auf Art. 51 Abs. 1 ZPO). Wartete der Beklagte mit seinem Gesuch drei Monate, hat er die Frist versäumt. Sein Argument, die Fakten, die die Fortführung eines gezielt gegen ihn geführten Verfahrens suggerierten, seien erst "in der Schriftlichkeit des [erst später zugestellten] Protokolls" enthalten (act. 2 S. 1), ist nicht nachvollziehbar. Das Protokoll ist nichts anderes als die schriftliche Fixierung des wesentlichen Inhaltes der an der Verhandlung gemachten Aussagen. Der Beklagte hat an der Verhandlung teilgenommen, und demzufolge waren ihm die Äusserungen des Richters schon damals bekannt. Inwieweit allenfalls der gleichzeitig mit dem Protokoll versandten Beweisverfügung ein Hinweis auf Befangenheit des Richters zu entnehmen sein könnte (vgl. act. 37 S. 6 unten), ist ebenfalls nicht ersichtlich.

**2.2.** Die Ausstandsvorschriften sind nicht nur im Interesse der Parteien statuiert, sondern liegen im öffentlichen Interesse (Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Online-Stand: 03.11.2012, Art. 51 N 2). Nach Art. 48 ZPO hat die betroffene Gerichtsperson einen möglichen Ausstandsgrund rechtzeitig offenzulegen und von sich aus in den Ausstand zu treten, wenn sie den Grund als gegeben erachtet. Verletzt der Richter die Ausstandspflicht bei ganz offensichtlichem Befangenheitsanschein, muss auch ein an sich verspätetes Ausstandsgesuch berücksichtigt werden, denn in solchen Fällen wiegt die Verletzung der Ausstandsregeln schwerer als das Interesse an der Verfahrensbeförderung (vgl. BGE 134 I 20 = Pra 97[2008] Nr. 73 Erw. 4.3; Livschitz, Stämpflis Handkommentar, ZPO, Art. 49 N 5; Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Online-Stand: 03.11.2012, Art. 49 FN 4). Der Richter hat, da die innere Einstellung kaum bewiesen werden kann, nicht nur bei tatsächlicher Befangenheit in den Ausstand zu treten. Es genügt, dass die Umstände den Anschein der Befangenheit erwecken und eine parteiische Tätigkeit des Richters befürchten lassen; indessen müssen nur die objektiv festgestellten Umstände berücksichtigt werden; rein persönliche Eindrücke sind nicht entscheidend (BGE 134 I 20 = Pra 97[2008] Nr. 73, Erw. 4.2).

Wenn der Einzelrichter den Beklagten an der Hauptverhandlung auf Prozessrisiken und mögliche Kostenfolgen hinwies ("Sie werden hier nicht schadlos rausgehen."), gibt dies keinen Anlass zu Zweifeln an seiner Objektivität; solche Hinweise sind grundsätzlich im Interesse der Parteien. Auch der Umstand, dass der Einzelrichter nach der Hauptverhandlung vom geplanten Beweisverfahren absah und sich sein Urteil vom 23. September 2011 im Beschwerdeverfahren als in verschiedenen Punkten mangelhaft erwies, ist bei objektiver Betrachtungsweise nicht geeignet, die richterliche Unparteilichkeit in Frage zu stellen. Dass das Verfahren schliesslich zur Ergänzung und neuen Entscheidung an den Einzelrichter zurückgewiesen wurde, begründet nach ständiger Praxis keine Ausstandspflicht. Rückweisungen gehören zum Berufsalltag des Richters. Es kann von ihm ohne weiteres erwartet werden, dass er die Streitsache nach Aufhebung seines Entscheides – mit oder ohne Unmut – objektiv und unparteiisch weiterbehandelt (vgl. BGE 113 Ia 407 Erw. 2b). Gab der Einzelrichter seinem Unmut über den obergerichtlichen Rückweisungsentscheid Ausdruck und liess er durchblicken, dass er damit rech-

ne, dass das Verfahren wiederum nicht zur Zufriedenheit des Beklagten ausgehen werde und es deshalb erneut zum Weiterzug an die Oberinstanz kommen werde, war dies ungeschickt. Anlass dazu, seine Bereitschaft und insbesondere auch seine Fähigkeit zur korrekten Verfahrenserledigung in Frage zu stellen, gibt es nicht. Objektiv betrachtet gibt das Verhalten des Einzelrichters nach der Verfahrensrückweisung keinen Grund zu Zweifeln an seiner Unparteilichkeit. Das Protokoll der 3½-stündigen Instruktionsverhandlung vom 22. Juni 2012 und die detaillierte Beweisverfügung zeigen seine Bereitschaft, den Sachverhalt sorgfältig abzuklären. Schlüssige Hinweise dafür, dass der Einzelrichter von Hassgefühlen oder persönlichen Interessen geleitet werde oder rassistisch motiviert sei, sind nicht glaubhaft gemacht. Die Voraussetzungen dafür, trotz erheblicher Verspätung auf das Ausstandsgesuch des Beklagten einzutreten, sind somit nicht erfüllt.

**2.3.** In seiner Stellungnahme zum Ausstandsgesuch hat der Einzelrichter selber den Ausstand erklärt, da er diesen Schritt aufgrund der massiven Angriffe des Beklagten als sinnvoll erachte (act. 39 S. 4). Der Bezirksgerichtspräsident hat die Erklärung sinngemäss nicht akzeptiert. Das ist nicht zu beanstanden. Der Einzelrichter hat keinen Ausstandsgrund dargelegt. Es darf nicht in der Macht der Parteien stehen, den Richter durch persönliche Angriffe dazu zu bewegen, ohne Vorliegen eines Ausstandsgrundes den Ausstand zu erklären (vgl. Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Online-Stand: 21.11.2012, Art. 48 N 2).

**7.** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist. Die Kosten sind ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen. Dem Kläger ist mangels erheblicher Umtriebe keine Entschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 350.– festgesetzt, dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 5'755.50.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: