

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RA120008-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. M. Kriech
und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. K. Montani Schmidt.

Urteil vom 9. November 2012

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

gegen

B. _____,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend **arbeitsrechtliche Streitigkeit (Ausstandsbegehren)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung,
vom 23. Mai 2012 (AH120021)**

Erwägungen:

1.1 Am 26. Januar 2012 ging bei der Vorinstanz die Klage der Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) gegen den Beklagten und Beschwerdeführer (fortan Beklagten) zusammen mit der Klagebewilligung vom 26. Oktober 2011 ein, mit welchem die Klägerin ausstehenden Lohn in der Höhe von Fr. 10'861.15 netto, das Ausstellen einer Arbeitsbestätigung sowie Lohnabrechnungen und die Herausgabe von drei persönlichen Ordnern verlangte (Urk. 9/1-2; Urk. 9/7 S. 1).

1.2 In der Folge lud die Vorinstanz die Parteien auf den 21. März 2012 zur Hauptverhandlung vor (Urk. 9/4-5/1-2). Anlässlich dieser Verhandlung war der Beklagte anwaltlich vertreten, erschien indes selber nicht (Urk. 9/6; Urk. 9/9; Prot. I S. 3). Mit Schreiben vom 29. März 2012 teilte der Beklagte mit, dass er nicht mehr vertreten werde (Urk. 9/13). Mit Eingabe vom 30. März 2012 ersuchte der Beklagte um "Fristansetzung für die Ergänzung der Klageantwort, evt. der Duplik", und um Beizug der Scheidungsakten der Klägerin (Urk. 9/15). Mit Verfügung vom 3. April 2012 erging die Beweisverfügung (Prot. I S. 11; Urk. 9/18). Gleichzeitig wurden die Parteien zur Fortsetzung der Hauptverhandlung auf den 11. Juni 2012 vorgeladen (Urk. 9/17).

1.3 Mit Schreiben vom 17. April 2012 stellte der Beklagte ein Ausstandsgesuch und ersuchte um entsprechendes Vorgehen gemäss Art. 49 ZPO (Urk. 9/20). Am 20. April 2012 ergingen die Stellungnahmen des Einzelrichters und der Gerichtsschreiberin, mit welcher beide den Ausstandsgrund bestritten (Urk. 9/24; Urk. 9/25). Mit Verfügung vom 25. April 2012 teilte der Leitende Gerichtsschreiber des Arbeitsgerichts Zürich das Ausstandsgesuch gegen den Einzelrichter und die Gerichtsschreiberin einem anderen Einzelrichter des Arbeitsgerichts zur Beurteilung zu (Urk. 9/26).

1.4 Mit Verfügung vom 23. Mai 2012 wies der Einzelrichter betreffend Ausstandsgesuch dasselbe ab (Urk. 9/35).

2.1 Mit Schreiben vom 4. Juni 2012 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 6. Juni 2012) reichte der Beklagte innert Frist Beschwerde ein und stellte folgende Anträge (Urk. 1 S. 2):

"In Gutheissung der Beschwerde sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und das Verfahren im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Eventuell: In Gutheissung der Beschwerde sei der angefochtene Entscheid aufzuheben, und es seien die beiden abgelehnten Gerichtspersonen für befangen zu erklären.

unter ausgangsgemässer Kosten- und Entschädigungsfolge.

Prozessualer Antrag: Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu verleihen, unter unverzüglicher Mitteilung an die Vorinstanz."

2.2 Mit Präsidialverfügung vom 8. Juni 2012 wurde das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung infolge zwischenzeitlich eingetretener Gegenstandslosigkeit (die Ladung der auf den 11. Juni 2012 angesetzten Fortsetzung der Hauptverhandlung wurde abgenommen) abgeschrieben (Urk. 8).

3.1.1 Zunächst bezweifelt der Beklagte, dass die erste Instanz zur Behandlung des Ausstandsbegehrens zuständig ist. Die vom Gesetz abweichende Regelung gemäss Kreisschreiben des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. Oktober 2010 sei nicht beachtlich, da das Ausstandsbegehren gemäss § 127 lit. d GOG dem Obergericht vorzulegen sei. Diese Regelung vermeide, dass auf derselben Stufe tätige Gerichtspersonen über den Ausstand von Arbeitskollegen im Nebenbüro entscheiden würden. Objektiver als bei dieser Konstellation könne der Anschein der Befangenheit nicht sein, weshalb die obergerichtliche Regelung Sinn und Zweck des Ausstandsverfahrens diametral entgegen laufe. Die Regelung der ZPO verlange keinen Instanzenzug von einer unteren zu einer oberen Instanz, sondern lediglich zwei verschiedene Instanzen. Diese würden mithin auch an einer Obergerichtsinstanz angesiedelt werden können (Urk. 1 S. 4 f.).

3.1.2 Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Gemäss Art. 50 Abs. 1 ZPO entscheidet das Gericht über ein Ausstandsbegehren, wenn der geltend gemachte Ausstandsgrund wie vorliegend bestritten wird. Dieser Entscheid ist ge-

mäss Art. 50 Abs. 2 ZPO auf kantonaler Ebene mit Beschwerde im Sinn von Art. 319 ff. ZPO anfechtbar. Die Rechtsprechung hat unterdessen geklärt, dass Ausstandsbegehren gegen erstinstanzliche Richter vom erstinstanzlichen Gericht (ohne Beteiligung des abgelehnten Gerichtsmitgliedes) und anschliessend auf Beschwerde von der kantonalen Beschwerdeinstanz behandelt werden müssen (Erfordernis der "double instance" gemäss Art. 75 Abs. 2 BGG); vom Erfordernis der zwei kantonalen Instanzen kann nur abgewichen werden, wenn ein Ausstandsbegehren gegen ein Mitglied eines oberen Gerichts gestellt wird (BGE 138 III E. 1.1 S. 42, bestätigt in 4A_158/2012 vom 7. Mai 2012). § 127 GOG widerspricht diesen bundesrechtlichen Vorgaben, weshalb das Obergericht die Tragweite dieser Bestimmung im Kreisschreiben vom 6. Oktober 2010 zu Recht präzisiert hat (Ziff. 9c des Kreisschreibens).

3.1.3 Im vorliegenden Fall entschied ein anderes Mitglied des Arbeitsgerichts über das Ausstandsbegehren. Dies ist angesichts der geschilderten Regelung nicht zu beanstanden.

3.2.1 Der Beklagte rügt weiter die Durchführung des Ausstandsverfahrens: Das Vorgehen der Vorinstanz sei insofern nicht korrekt, als der Leitende Gerichtsschreiber des Arbeitsgerichts den Fall einem anderen Abteilungspräsidenten zugeteilt habe. Einem Gerichtsschreiber und damit Untergebenen der Richter komme keine selbständige Befugnis zu, darüber zu befinden, welcher Richter bzw. welches Gericht über ein Ausstandsbegehren zu entscheiden habe. Denkbar wäre höchstens die Zuteilung durch eine andere Gerichtsabteilung, vorzugsweise diejenige des Gesamtgerichtspräsidiums, sofern diese nicht selbst betroffen sei. Die Geschäftsordnungsregelung des Bezirksgerichts Zürich, wonach die Kompetenz zur Zuteilung von Prozessen an den Leitenden Gerichtsschreiber delegiert worden sei, verletze den Anspruch auf den verfassungsmässigen Richter, handle es sich doch bei der Prozesszuteilung nicht um ein Geschäft der blossen Justizverwaltung im Sinne von § 18 Abs. 1 GOG. Ein unabhängiger Richter könne nur von einem unabhängigen Richter mit einem Verfahren betraut werden (Urk. 1 S. 4).

3.2.2 Gemäss § 31 Abs. 3 der Geschäftsordnung des Bezirksgerichts Zürich vom 3. Dezember 2010 teilt die Bereichsvertretung in ihrem Bereich die Prozesse zu und kann Prozesse innerhalb ihres Bereiches umteilen. Inwiefern es hierzu einer anderen Gerichtsabteilung, vorzugsweise des Gesamtgerichtspräsidiums bedarf (wie vom Beklagten angeführt), ist nicht einzusehen, kennen sich doch insbesondere in kleineren Bezirksgerichten ebenso sämtliche Gerichtsmitarbeiter wie auf einem Sondergericht am Bezirksgericht Zürich. Ein solches Vorgehen ist denn auch weder in der Zivilprozessordnung noch im Gerichtsorganisationsgesetz vorgesehen. Damit ist es ausreichend, dass die Bereichsleitung einen Prozess umteilt, dies auch im Falle eines Ausstandsbegehrens.

Die Vorinstanz hielt fest, dass das Arbeitsgericht Zürich und damit der Bereich die Kompetenz zur Zuteilung von Prozessen gestützt auf § 34 im Rahmen der Bereichsordnung in Abweichung von §§ 31-33 und 35 der Geschäftsordnung des Bezirksgerichts Zürich vom 3. Dezember 2010 dem Leitenden Gerichtsschreiber übertragen habe, was der Beklagte nicht bestreitet. Diese Kompetenzdelegation ist zulässig. Bei der Frage der Prozesszuteilung handelt es sich entgegen der Ansicht des Beklagten um einen Akt der Justizverwaltung, da diese alle Tätigkeiten umfasst, welche die sachlichen und personellen Voraussetzungen für das Funktionieren des Gerichtswesens sicherstellen (Hauser/Schweri/Lieber, GOG Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2012, N 4 zu Vorbemerkungen zu §§ 67 ff. GOG). Daher muss die Prozesszuteilung nicht durch einen Richter erfolgen. Wird sie an den Leitenden Gerichtsschreiber delegiert, entscheidet dieser nicht als "Untergebener" der Richter, sondern im Rahmen der ihm übertragenen Kompetenzen (vgl. § 46 Abs. 2 der Geschäftsordnung).

3.2.3 Damit erweist sich auch die Kritik am vorinstanzlichen Vorgehen als unbegründet.

3.3.1 Schliesslich beanstandet der Kläger den angefochtenen Entscheid auch in inhaltlicher Hinsicht, weil die Ausstandsgründe durch die Vorinstanz zu Unrecht abgewiesen worden seien.

a) Unbegründet ist die Beschwerde zunächst insoweit, als er einen Ausstandsgrund darin sieht, dass der erstinstanzliche Richter mit Verfügung vom 3. April 2012 eine Klageergänzung abgelehnt und damit seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt habe (Urk. 1 S. 5). Erstens ist der in diesem Zusammenhang gemachte Verweis auf die vorinstanzlichen Akten unzulässig, weil die Begründung in der Beschwerdeschrift *selbst* enthalten sein muss (Art. 321 Abs. 1 ZPO; BGE 4A_659/2011 vom 7. Dezember 2011 E. 3 mit Hinweis auf die zu Art. 42 BGG ergangene Rechtsprechung in BGE 131 III 384 E. 2.3 S. 387 f., 126 III 198 E. 1d S. 201). Zweitens setzt sich der Beklagte mit keinem Wort mit dem Argument der Vorinstanz auseinander, dass keine Gehörsverletzung vorliege, weil ihm uneingeschränkt die Möglichkeit zustehe, mit Replik und Duplik zum Streitgegenstand Stellung zu nehmen (Urk. 2 S. 11 f.); diese nicht gerügte Begründung hat Bestand. Und drittens hielt die Vorinstanz zutreffend fest, dass selbst unter der Annahme einer Gehörsverletzung kein Ausstandsgrund vorläge, weil Verfahrensfehler - von hier nicht zutreffenden Ausnahmen abgesehen - nicht zur Ablehnung des Gerichts führen, sondern auf dem Rechtsmittelweg zu beanstanden wären (Urk. 1 S. 13 f.).

b) Unbegründet ist die Beschwerde auch insoweit, als der Beklagte geltend macht, von der Befangenheit des erstinstanzlichen Richters sei auch deshalb auszugehen, weil er die Beweislastregeln verletzt habe, indem er ihm den Hauptbeweis für die Unentgeltlichkeit des Arbeitsverhältnisses auferlegt habe (Urk. 1 S. 5 f.). Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass vorliegend die Beweislastregeln verletzt worden wären und nicht dem Beklagten, sondern der Klägerin der Hauptbeweis dafür aufzuerlegen wäre, dass ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, resp. dem Beklagten der Gegenbeweis aufzuerlegen wäre, dass die Tätigkeit der Klägerin vereinbarungsgemäss in unentgeltlicher Weise erfolgt sei, wäre dies kein Ausstandsgrund: Die Falschanwendung von Beweislastregeln kann mit dem Entscheid angefochten werden und ist im Rechtsmittelverfahren zu rügen. Sodann hat sich der Beklagte vorliegend in keiner Weise mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandergesetzt, wonach Art. 8 ZGB eine vorweggenommene Beweiswürdigung nicht ausschliesse und es dem Gericht nicht verbiete, auf die Abnahme von Beweisen zu verzichten, wenn es aufgrund bereits abgenommener

Beweise seine Überzeugung gebildet habe und willkürfrei davon ausgehen dürfe, diese würde auch durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (Urk. 2 S. 13). Vielmehr beschränkt sich der Beklagte mit der Wiederholung der vor Vorinstanz vorgebrachten Einwendungen (Urk. 1 S. 5 f. im Vergleich mit Urk. 34 S. 3).

3.3.2 Abschliessend ist der Beklagte auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz in Erwägung 3 der Verfügung vom 23. Mai 2012 zu verweisen (Urk. 2 S. 9 f.), wonach allfällige Einschätzungsfehler, Verfahrensfehler oder inhaltlich falsche Entscheide keineswegs gleichzusetzen sind mit Befangenheit und nicht zwingend den Anspruch auf einen unabhängigen und unparteiischen Richter verletzen. So sind Entscheidungsfehler, Einschätzungsfehler, Verfahrensfehler wie erwähnt im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens zu rügen und von der Rechtsmittelinstanz zu prüfen und haben nicht zwingend den Ausstand des betroffenen Richters zur Folge.

3.4 Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet, und es kann auf das Einholen einer Beschwerdeantwort verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerde ist abzuweisen.

4.1 Das Verfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. c. ZPO).

4.2 Der Klägerin ist mangels relevanter Umtriebe im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage eines Doppels von Urk. 1, sowie an das Arbeitsgericht, 3. Abteilung, am Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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 unter Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 9. November 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:

mc