

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB120045-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-
Sørensen sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

Urteil vom 13. November 2012

in Sachen

A._____ S.àr.I,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Ausstandsgesuch**

**Beschwerde gegen einen Beschluss der 6. Abteilung des Bezirksgerichtes
Zürich vom 27. September 2012; Proz. CG110121**

Erwägungen:

I.

1. Mit Klageschrift vom 19. September 2011 und Einreichung der Klagebewilligung vom 27. Juni 2011 machte die Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) beim Bezirksgericht Zürich eine Forderungsklage über einen Betrag von Fr. 1'000'000.00 gegen den Beklagten und Beschwerdegegner (fortan Beklagter) anhängig (act. 5/1, 5/3). Der Prozess wurde der 6. Abteilung des Bezirksgerichts (Vorinstanz) zugewiesen.

2. Nach Erstattung der Klageantwort, anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 9. Mai 2012, erläuterte der Vorsitzende lic. iur. C. _____ den Parteien die vorläufige Einschätzung der Rechts- und Beweislage. Im Anschluss daran geführte Vergleichsgespräche scheiterten (Vi-Prot. S. 6).

Mit Vorladung vom 22. Mai 2012 wurde sodann zur Hauptverhandlung vorgeladen, welche auf den 18. September 2012 angesetzt wurde. In der Vorladung wurde unter anderem die Besetzung des Kollegialgerichts (Vorsitzender lic. iur. C. _____ sowie VP lic. iur. D. _____ und VP in Dr. iur. E. _____) aufgeführt (vgl. act. 5/22).

3. Mit Eingabe vom 31. Mai 2012 stellte die Klägerin ein Ablehnungsbegehren gegen den Vorsitzenden lic. iur. C. _____ (act. 5/24). Zudem stellte die Klägerin am 5. Juni 2012 den Antrag, der Prozess sei infolge sachlicher Unzuständigkeit des Arbeitsgerichts an das Bezirksgericht Zürich zu überweisen (act. 5/27).

4. Nach Eingang des Ablehnungsbegehrens nahm die Vorinstanz die Vorladung zur Hauptverhandlung vom 18. September 2012 ab (act. 5/30). Am 15. Juni 2012 nahm der Vorsitzende lic. iur. C. _____ zum Ablehnungsbegehren Stellung (act. 5/32). Die Stellungnahme wurde in der Folge den Parteien zugestellt (act. 5/33), und diese nahmen ihrerseits am 14. August 2012 bzw. am 19. September 2012 dazu Stellung (act. 5/35, 5/39).

5. Mit Beschluss vom 27. September 2012 wies die Vorinstanz das Ablehnungsbegehren gegen den Vorsitzenden lic. iur. C. _____ ab (ohne dessen Mitwirkung, vgl. act. 5/42 = act. 3/1 = act. 4). Zur Unzuständigkeitseinrede wurde erwogen, über diese werde nach dem Vorliegen des rechtskräftigem Entscheids über das Ablehnungsbegehren entschieden (act. 4 S. 2). Der Beschluss wurde der Klägerin am 2. Oktober 2012 zugestellt (act. 5/43/1).

6. Mit Eingabe vom 12. Oktober 2012, gleichentags der Post übergeben, erhob die Klägerin rechtzeitig Beschwerde gegen den Beschluss vom 27. September 2012. Darin stellte sie die folgenden Anträge (act. 2 S. 2):

- "1. Es sei der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 27. September 2012 aufzuheben;
2. Es sei das Bezirksgericht Zürich anzuweisen, lic. iur. C. _____, ... 3. Abteilung des Arbeitsgerichts Zürich, als Mitglied des Gerichts für den vorliegenden Prozess abzulehnen und durch einen unabhängigen und unparteiischen Richter zu ersetzen;
3. Eventuell, für den Fall der Abweisung des Hauptantrages Ziff. 2 sei die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen;
4. Es sei der vorliegenden Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

7. Mit Verfügung vom 18. Oktober 2012 wies die Präsidentin der Kammer den Antrag der Klägerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab und setzte der Klägerin Frist zur Leistung eines Vorschusses von Fr. 2'000.00 für die Kosten des Beschwerdeverfahrens an (act. 6). Der Vorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 8).

8. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (vgl. act. 5/1-43). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort wurde abgesehen (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Vorbemerkungen:

1.1 Gegen erstinstanzliche Entscheide über bestrittene Ausstandsgesuche nach Art. 50 Abs. 1 ZPO ist die Beschwerde zulässig (Art. 50 Abs. 2 ZPO). Auf die fristgemäss schriftlich und begründet (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO) eingereichte Beschwerde der Klägerin ist daher einzutreten.

1.2 Mit der Beschwerde kann unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (vgl. Art. 326 Abs. 1 ZPO; vgl. auch OGer ZH PF110053 vom 10. Mai 2012).

2. Zum angefochtenen Entscheid:

Die Vorinstanz erwog, das am 31. Mai 2012 gestellte Ausstandsbegehren der Klägerin stütze sich auf die anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 9. Mai 2012 gemachten Äusserungen des Vorsitzenden lic. iur. C. _____ sowie auf die der Klägerin am 24. Mai 2012 zugegangene Vorladung zur Hauptverhandlung vom 18. September 2012. Vorliegend seien zwischen den beanstandeten Äusserungen und dem Versand des Ausstandsgesuchs rund drei Wochen verstrichen. Das Ablehnungsbegehren sei daher nicht "unverzüglich" im Sinne von Art. 49 Abs. 1 ZPO gestellt worden.

In einer Eventualbegründung legte die Vorinstanz zudem dar, dass das Begehren, wäre es als rechtzeitig zu behandeln, aus materiellen Gründen abzuweisen wäre (act. 4 S. 6 ff.).

3. Zur Kenntnis der Klägerin vom Ausstandsgrund:

3.1 Die Beweis- bzw. Glaubhaftmachungslast für die Rechtzeitigkeit und mithin für den Zeitpunkt der Kenntnisnahme vom Ausstandsgrund trifft die gesuchstellende Partei (ZK ZPO-Wullschleger, Art. 49 N 11).

3.2 Die Klägerin stellte sich vor der Vorinstanz auf den Standpunkt, ihr sei erst mit Erhalt der Vorladung vom 22. Mai 2012 klar geworden, dass der Vorsitzende lic. iur. C._____ an der Hauptverhandlung vom 18. September 2012 als Vorsitzender fungieren und voraussichtlich an einem allfälligen Urteil mitwirken würde. Eine Gerichtsperson (konkret den abgelehnten Vorsitzenden C._____) bereits vor der Kenntnis von ihrer Mitwirkung im konkreten Fall gleichsam auf Vorrat ablehnen zu müssen, sei nicht zumutbar (act. 5/24 S. 2 ff. Rz. 2, 6).

Die Besetzung des Gerichts kann sich aus verschiedenen Gründen und in allen Stadien eines Prozesses ändern. Die Auffassung der Klägerin würde daher dazu führen, dass eine im Laufe des Prozesses entstandene Befangenheit einer Gerichtsperson erst nach dem Endentscheid geltend zu machen wäre (da die Mitwirkung dieser Person am Endentscheid erst dann mit Sicherheit feststeht). Ausstandsgründe könnten dann Monate oder gar Jahre nach deren Entdeckung noch geltend gemacht werden. Dies würde der gesetzlichen Konzeption, dass solche Sachverhalte unverzüglich geltend zu machen sind, krass zuwider laufen.

Der Auffassung der Klägerin, dass sie die behauptete Befangenheit des Vorsitzenden C._____ nach Treu und Glauben erst nach der Kenntnisnahme von der Vorladung zur Hauptverhandlung rügen musste bzw. konnte, ist daher mit der Vorinstanz (act. 4 S. 7) nicht zu folgen. Auch wenn die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden konnte, dass der Vorsitzende C._____ nach Durchführung der Instruktionsverhandlung vom 9. Mai 2012 zu einem späteren Zeitpunkt aus irgendwelchen Gründen durch eine andere Gerichtsperson ersetzt würde, war der Vorsitzende C._____ nach der Entdeckung seiner behaupteten Befangenheit unverzüglich abzulehnen (und nicht erst nach der Zustellung der Vorladung vom 22. Mai 2012, als seine weitere Mitwirkung am Verfahren feststand).

Ohnehin hätte die Klägerin, würde ihre Auffassung konsequent zu Ende gedacht, die Befangenheit des Vorsitzenden C._____ erst zu einem viel späteren Zeitpunkt geltend machen können bzw. müssen, da seine Mitwirkung am Endentscheid auch mit der Vorladung zur Hauptverhandlung noch keineswegs unverrückbar feststand – dies zeigt, dass die Auffassung der Klägerin in der Tat zu "unsinnigen" [so die Vorinstanz, act. 4 S.7] Folgen führen würde.

3.3 Weiter machte die Klägerin (ebenfalls bereits vor Vorinstanz) geltend, sie habe die Zusammensetzung des Spruchkörpers erst mit Entgegennahme der Vorladung vom 22. Mai 2012 erfahren. Dabei habe sich herausgestellt, dass sich der Spruchkörper aus dem Verbund dreier Präsidenten des Arbeitsgerichts zusammensetzen würde. Erst in diesem Zeitpunkt sei ihr, der Klägerin, klar geworden, dass der Vorsitzende C._____ den Ausgang des Prozesses faktisch alleine bestimmen würde, da er nicht damit rechnen müsse, irgendetwas gegen seine Kollegen Beisitzer, welche die übrigen zwei Vizepräsidenten des Arbeitsgerichtes seien, entscheiden zu müssen (act. 39 S. 5; vgl. auch act. 2 S. 6 f.).

3.3.1 Die Vorinstanz hat dem zutreffend entgegen gehalten, dass die Klägerin lediglich gegen den Vorsitzenden lic. iur. C._____, nicht aber gegen die weiteren mitwirkenden Richter VP lic. iur. D._____ und VPin Dr. iur. E._____ ein Ablehnungsbegehren gestellt habe, und dass ihr die Mitwirkung des Vorsitzenden C._____ am Verfahren bereits zuvor bekannt gewesen sei (act. 4 S. 7).

3.3.2 Die Klägerin macht dazu im Beschwerdeverfahren geltend, ein Ausstandsbegehren könne auch mit bereits früher bekannten Motiven begründet werden, wenn neue damit zusammenhängende Umstände "das Mass voll" gemacht und dazu geführt hätten, dass der Richter nun als befangen angesehen werden müsse (act. 2 S. 6).

Grundsätzlich mag dies zutreffen. Selbstverständlich können aber die entsprechenden neuen Umstände, welche das Mass voll machen, nur solche sein, welche auf die Befangenheit *der abgelehnten Gerichtsperson* hindeuten, d.h. welche den entsprechenden Eindruck verstärken.

3.3.3 Die Klägerin begründet ihr Ausstandsbegehren inhaltlich mit den Ausführungen des Vorsitzenden C._____ an der Instruktionsverhandlung vom 9. Mai 2012 (vgl. act. 24). Zwischen diesen Ausführungen einerseits und der Mitwirkung der Richter D._____ und E._____ ist kein Zusammenhang ersichtlich. Dass die Mitwirkung bestimmter anderer Gerichtspersonen eine Auswirkung auf eine abgelehnte Gerichtsperson haben kann, mag zwar nicht kategorisch auszuschliessen sein, setzt aber bestimmte, konkrete Gründe voraus.

Dem klägerischen Standpunkt liegt der Vorwurf zugrunde, die Richter D. _____ und E. _____ würden ohne weiteres der Ansicht des Vorsitzenden C. _____ folgen, ohne diese zu hinterfragen. Dafür gibt es keinerlei konkreten Anzeichen. Die Klägerin macht dazu nur den unbehelflichen Hinweis, dass es sich bei den beiden auch um Vizepräsidenten der 6. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich bzw. des Arbeitsgerichts Zürich handle. Weshalb gerade die anderen Vizepräsidenten der Ansicht ihres abgelehnten Kollegen unter keinen Umständen entgegen treten würden, ist jedoch nicht ersichtlich und wird von der Klägerin auch nicht ansatzweise verdeutlicht. Dass sich eine solche "Fraternisierung" (act. 2 S. 6) gerade im Zusammenhang mit den genannten Richtern eher als bei der Besetzung mit anderen Richtern verwirklichen sollte, ist daher nicht nachvollziehbar.

Dass Richterinnen und Richter einer bestimmten Gerichtsinstanz einander persönlich kennen und ein kollegiales Verhältnis zueinander entwickeln, ist unvermeidlich. Daraus den Vorwurf abzuleiten, die Richterinnen und Richter würden die Meinung eines Kollegen – insbesondere als Mitglieder des Spruchkörpers die Meinung des Referenten – nicht kritisch hinterfragen, kann jedoch nicht angehen. Andernfalls wäre die Besetzung einer Gerichtsinstanz mit mehreren Richterinnen und Richtern als Kollegialgericht letztlich sinnlos.

3.3.4 Konkrete Gründe, weshalb die Mitwirkung der Richter lic. iur. D. _____ und Dr. E. _____ mit Blick auf die geltend gemachte Befangenheit des abgelehnten Vorsitzenden lic. iur. C. _____ relevant sein könnte (oder, mit den Worten der Klägerin: Gründe dafür, dass das Mass der Befangenheit des Vorsitzenden C. _____ erst dann voll war), sind somit nicht im Ansatz ersichtlich.

Ob die Klägerin bereits am 9. Mai 2012 anlässlich der Instruktionsverhandlung oder erst bei Erhalt der Vorladung vom 22. Mai 2012 von der Gerichtsbesetzung mit Blick auf die anberaumte Hauptverhandlung Kenntnis nahm, und ob sie sich anlässlich der Instruktionsverhandlung oder danach nach der Besetzung erkundigte (vgl. act. 2 S. 7-11), ist dementsprechend ohne jede Relevanz. Entsprechend ist darüber auch nicht Beweis abzunehmen (Art. 150 ZPO: "erhebliche Tatsachen").

3.4 Der einzig relevante Zeitpunkt für die Bestimmung der Frage, wann die Klägerin Kenntnis vom geltend gemachten Ausstandsgrund erhielt und ab wann sie diesen daher geltend machen konnte, ist mithin der 9. Mai 2012 (Datum der vom abgelehnten Vorsitzenden C._____ durchgeführten Instruktionsverhandlung).

Wieso es der Klägerin nicht möglich oder zumutbar gewesen wäre, ab diesem Zeitpunkt ein Ausstandsbegehren gegen lic. iur. C._____ zu stellen, ist nicht ersichtlich.

4. Zur unverzüglichen Geltendmachung des Ausstandsgrundes:

4.1 Die Klägerin macht geltend, die Ansicht der Vorinstanz, wonach das Ausstandsgesuch in analoger Anwendung von Art. 51 Abs. 1 ZPO in einer Frist von ungefähr 10 Tagen ab Kenntnis des geltend gemachten Ausstandsgrundes zu stellen sei, sei abzulehnen. Der Gesetzgeber habe darauf verzichtet, eine explizite Frist für Ausstandsgesuche zu verankern. Der Begriff "unverzüglich" sei daher mit pflichtgemäßem Ermessen im Einzelfall zu interpretieren, unter Beachtung von Treu und Glauben. Allen massgeblichen Umständen, wie der Zumutbarkeit einer früheren Reaktion des Antragsstellers, der Schwere des Ausstandsgrundes und den Einwirkungen auf das Verfahren sei Rechnung zu tragen.

Weiter sei zu berücksichtigen, dass der Vorsitzende C._____ für die Einreichung seiner Stellungnahme zum Ausstandsbegehren über zwei Wochen benötigt habe, ohne dass er Instruktionen aus dem Ausland habe einholen müssen. Ein Schriftsatz zu Ausstandsfragen nehme schlicht und einfach mehr als nur 10 Tage in Anspruch.

Eine Abwägung der genannten Elemente fehle im angefochtenen Entscheid gänzlich. Der vorinstanzliche Schluss, das Ausstandsbegehren sei in analoger Anwendung der nächstgelegenen Frist der ZPO verspätet, sei überspitzt formalistisch (act. 2 S. 11-14).

4.2 Den Vorbringen der Klägerin kann nicht gefolgt werden. Richtig ist, dass das Ablehnungsbegehren *unverzüglich* zu stellen ist, sobald vom Ausstandsgrund Kenntnis erlangt worden ist, ansonsten ein solcher verwirkt (vgl. Dig-

gelmann, DIKE-Kommentar [online-Stand 16. April 2012] Art. 49 N 1 mit Hinweis auf Botschaft zur ZPO, S. 7273; ZK ZPO-Wullschleger, Art. 49 N 12; KUKO ZPO-Kiener, Art. 49 N 5).

Der Begriff *unverzüglich* ist streng zu verstehen. Aus Art. 51 Abs. 1 ZPO ist zu folgern, dass die Frist im Allgemeinen nicht mehr als 10 Tage umfassen kann. Im Interesse einer raschen Klärung und eines speditiven Verfahrens kann die zur Verfügung stehende Zeit nur Tage betragen, allenfalls verlängert um Feiertage wie Weihnachten oder Neujahr. Etwas grosszügiger ist sie zu bemessen, wenn die Partei zuerst noch Abklärungen treffen muss, wie bei einem häufigen Namen einer Gerichtsperson (Diggelmann, DIKE-Kommentar [online-Stand 16. April 2012] Art. 49 N 3; mit Blick auf die Anwendung der 10tägigen Frist von Art. 51 Abs. 1 ZPO vgl. auch Urbach, in: Gehri/Kramer, ZPO Kommentar, Art. 49 N 3). Befangenheit begründende Äusserungen sind entsprechend *sofort* mit einem Ausstandsbegehren zu rügen (ZK ZPO-Wullschleger, Art. 49 N 7, mit Verweis auf BGer 1C_428/2007, wonach die Ablehnung *im Anschluss* an die entsprechende Äusserung zu erfolgen hat), oder jedenfalls sobald es der Partei *objektiv zumutbar* ist (KUKO ZPO-Kiener, Art. 49 N 5), bzw. *so früh als möglich* (BGE 132 II 485 E. 4.3). 10 Tage nach Kenntnisnahme gestellte Ausstandsgesuche sind nach einer weiteren Kommentarmeinung *grundsätzlich* noch als rechtzeitig entgegen zu nehmen, später als 10 Tage nach Kenntnis eingereichte Gesuche dagegen lediglich *bei besonders eklatantem Befangenheitsanschein* oder wenn die rechtzeitige Rüge *nicht zumutbar* war, etwa wegen schwerer Krankheit (SHK ZPO-Livschitz, Art. 49 N 4 f.).

Die Ansicht der Vorinstanz, wonach im Grundsatz auf eine 10tägige Frist analog Art. 51 Abs. 1 ZPO abzustellen ist, steht nach dem Gesagten mit der herrschenden Lehre und Praxis in Übereinstimmung.

4.3 Der sinngemässe Standpunkt der Klägerin, wonach ein Ausstandsbegehren so lange noch als "unverzüglich" gestellt gelte, als durch den Zeitpunkt seiner Erhebung keine konkrete Verfahrensverzögerung verursacht werde (act. 2 S. 13), ist daher verfehlt. Dass die Klägerin ihr Ausstandsgesuch über 2 Monate vor dem anberaumten Termin für die Hauptverhandlung gestellt hat (act. 2 S. 12),

ist deshalb nicht relevant. Gleichermassen ist unerheblich, ob die Klägerin aus einer allfälligen Verzögerung des Prozesses einen Vorteil zu ziehen vermöchte (act. 2 S. 13).

4.4 Der Klägerin kann auch dann nicht gefolgt werden, wenn sie geltend macht, im Falle der Voreingenommenheit scheinere es generell zweckmässig, den Parteien eine angemessene Überlegungszeit einzuräumen, während welcher sie das Verhalten des betroffenen Richters reflektieren und ihre Gemüter beruhigen könnten (act. 2 S.13). Die Klägerin lässt offen, wie lange diese Bedenkfrist ihrer Ansicht nach sein müsste. Unabhängig davon ist der Klägerin entgegenzuhalten, dass die gesetzlich vorgeschriebene *unverzügliche* Geltendmachung des Ausstandsgrundes bei Gewährung einer solchen Überlegungszeit ihres Sinnes entleert würde. Zudem würde ein solches Vorgehen die Gefahr in sich tragen, dass zugewartet würde, bis sich zeigte, in welche Richtung das Verfahren sich entwickeln würde. Hinzu kommen Gründe der Prozessökonomie, da sich bei allfälligen, während der Bedenkfrist vorgenommenen Amtshandlungen unvermeidlich die Frage der Wiederholung dieser Handlungen stellen würde. Auch dies spricht dafür, das Erfordernis der unverzüglichen Rüge eher streng auszulegen.

4.5 Entscheidend ist somit, ob konkrete Gründe vorliegen, welche eine wesentlich längere als die 10tägige Frist nahe legen würden. Analog zur bereits erwähnten Frage der Kenntnisnahme vom Ausstandsgrund und allgemein der Rechtzeitigkeit der Rüge obliegt auch hier die Behauptungs- und Glaubhaftmachungslast der Klägerin. Entsprechende konkrete Gründe sind indessen nicht ersichtlich und wurden von der Klägerin auch nicht geltend gemacht:

4.5.1 Unbehelflich ist insbesondere der Hinweis der Klägerin auf die langen Entscheidungswege in einem internationalen Konzern (act. 2 S. 13 f.). Die Klägerin hat es unterlassen, diese Entscheidungswege und die damit im konkreten Fall verbundenen Verzögerungen zu verdeutlichen oder auch nur eine Behauptung vorzubringen, dass eine solche Verzögerung bei ihr tatsächlich überhaupt entstand. Mithin gibt es auch keinen Grund, mit Blick auf den Auslandsitz der Klägerin eine analoge Anwendung des Gehalts von Art. 33 Abs. 2 SchKG zu prüfen (act. 2 S. 12 f.). Darauf ist nicht weiter einzugehen. Ebenso wenig hat die Klägerin

auf irgendwelche Abklärungen hingewiesen, welche sie vor der Geltendmachung des Ausstandsgrundes noch hätte tätigen müssen. Stützt sich die Ablehnung auf Äusserungen einer Gerichtsperson anlässlich einer Verhandlung, welche die Gerichtsperson nach Ansicht der Partei befangen erscheinen lassen, so ist denn auch schwer vorstellbar, welche Abklärungen vor der Geltendmachung der Befangenheit noch erforderlich sein könnten.

4.5.2 Ohne Relevanz ist auch die Frage, innert welcher Frist die Vorinstanz die Stellungnahme des abgelehnten Vorsitzenden C._____ den Parteien zustellte (act. 2 S. 13). Eine allfällige Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung durch die Vorinstanz macht die Klägerin zu Recht nicht geltend. Danach ist die vorinstanzliche Prozessleitung in diesem Verfahren kein Thema.

4.5.3 Gleichermassen unerheblich ist die Frage, innert welcher Frist der Abgelehnte Vorsitzende C._____ zum Ausstandsbegehren Stellung nahm. Der von der Klägerin in diesem Zusammenhang genannte "Grundsatz der gleich langen Spiesse" (act. 2 S. 13) gilt im Verhältnis der Parteien. Auf das Verhältnis zwischen einer Partei und einer abgelehnten Gerichtsperson kann er jedenfalls nicht in dem Sinne übertragen werden, dass der Abgelehnte ebenfalls "unverzüglich" zum Ablehnungsbegehren Stellung nehmen müsste. Ansonsten wäre dies vom Gesetzgeber in Art. 49 Abs. 2 ZPO so vermerkt worden.

4.5.4 Dass es der Klägerin nicht möglich oder zumutbar war, den Ausstandsgrund innert der genannten 10tägigen Frist ab Kenntnis von den inkriminierten Äusserungen geltend zu machen, ist insgesamt nicht glaubhaft, bzw. wurde nicht einmal substantiiert behauptet (unter Nennung von Sachverhalten, welche eine frühere Geltendmachung des Ausstandsgrundes im Einzelnen konkret erschwerten).

4.6 Schliesslich ist auch (bei weitem) nicht von einem besonders eklatanten Befangenheitsanschein auszugehen. Vielmehr wäre das Ausstandsbegehren mit der Vorinstanz auch in der Sache abzuweisen, wenn es rechtzeitig gestellt worden wäre. Dies wird nachfolgend noch verdeutlicht (vgl. II./6.).

5. Zur Rechtzeitigkeit des Ausstandsbegehrens:

Wie gesehen, war es der Klägerin ab dem 9. Mai 2012 (Instruktionsverhandlung durch den abgelehnten Richter) zumutbar, ein Ablehnungsbegehren unverzüglich zu stellen. Die klägerische Ansicht, "das Mass" sei erst am 22. Mai 2012 "voll" gewesen, weil erst dann der ganze Spruchkörper bekannt gewesen sei, ist – wie ebenfalls gesehen – zu verwerfen. Konkrete Gründe für die Gewährung einer längeren Frist als der nach dem Gesagten grundsätzlich massgeblichen 10tägigen Frist analog Art. 51 Abs. 1 ZPO sind nicht ersichtlich.

Das am 31. Mai 2012 datierte und gleichentags der Post übergebene Ablehnungsbegehren (act. 5/24) erfolgte 22 Tage nach dem genannten Datum vom 9. Mai 2012. Es wurde damit nicht unverzüglich im Sinne der obenstehenden Erwägungen gestellt. Ein allfälliger Ausstandsgrund im Zusammenhang mit den Ausführungen des Abgelehnten an der Instruktionsverhandlung vom 9. Mai 2012 wäre damit verwirkt.

6. Im Übrigen wäre das Ausstandsbegehren aus den nachfolgend geschilderten Gründen auch bei rechtzeitiger Geltendmachung des Ausstandsgrundes, entgegen der in der Beschwerde geäusserten Ansicht der Klägerin (act. 2 S. 14 ff.), abzuweisen:

6.1 Die Vorinstanz hat zutreffend darauf hingewiesen, dass es sich bei den inkriminierten Äusserungen des Abgelehnten um eine *vorläufige* Einschätzung der Rechts- und Beweislage gehandelt habe (act. 4 S. 8).

Der vorliegende Fall ist, wie die Vorinstanz weiter zutreffend ausführte (act. 4 S. 8), nicht mit dem Fall von BGE 134 I 238 zu vergleichen. Nimmt ein obergerichtlicher Referent von sich aus mit dem Rechtsvertreter eines Rechtsmittelklägers Kontakt auf, und teilt er dabei mit, dass er gestützt auf die Akten wohl einen Antrag auf Abweisung der Berufung stellen werde, so ist dies nach dem zitierten Entscheid unzulässig. Solches kann dem Vorsitzenden lic. iur. C. _____ indes nicht zum Vorwurf gemacht werden. Lassen sich die Parteien wie vorliegend auf Vergleichsgespräche unter Mitwirkung des Referenten ein, so liegt die Äusse-

rung einer vorläufigen Einschätzung durch den Referenten in der Natur der Sache. Dass der Gesetzgeber den Richterinnen und Richtern durchaus zutraut, von einer auf einer vorläufigen Basis gebildeten Meinung bei geänderter Ausgangslage abzurücken, zeigt sich deutlich an Art. 47 Abs. 2 ZPO. Was für einen auf „provisorischer“ Basis gefällten Entscheid gilt, muss mindestens ebenso für eine auf „provisorischer“ Basis geäußerte Meinung gelten.

6.2 Dass der abgelehnte Vorsitzende C._____ anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 9. Mai 2012 auf die vorläufige Natur seiner Einschätzung hinwies, wird von der anwaltlich vertretenen Klägerin im Grundsatz nicht in Abrede gestellt (act. 2 S. 14). Regelmässig prozessierenden Rechtsanwältinnen dürfte auch allgemein bekannt sein, dass es sich mit Ausführungen von Gerichtspersonen an Vergleichsverhandlungen so verhält. Ob die Klägerin das vorinstanzliche Protokoll, gemäss welchem der Vorsitzende C._____ auf die vorläufige Natur seiner Einschätzung hinwies (Vi-Prot. S. 6), "als zutreffend anerkannt" hat oder nicht (act. 2 S. 15), ist danach nicht erheblich. Immerhin hat die Klägerin soweit ersichtlich und von ihr vorgebracht bis heute (und damit auch nach Kenntnisnahme vom Inhalt des von ihr selber der Kammer eingereichten Protokolls, vgl. act. 3/2) kein Protokollberichtigungsbegehren nach Art. 235 Abs. 3 ZPO gestellt.

6.3 Ferner führt auch der Umstand, dass die geäußerte vorläufige Einschätzung des Vorsitzenden C._____ der Ansicht der Klägerin widersprach, für sich alleine nicht zu seiner Befangenheit (so auch die Klägerin, act. 2 S. 14).

6.3.1 In diesem Zusammenhang rügt die Klägerin indessen, die Vorinstanz habe sich nicht damit auseinandergesetzt, ob ein Vorsitzender an einer Instruktionsverhandlung ein Beweisverfahren als überflüssig darstellen und einen Klagerückzug vorschlagen dürfe, verbunden mit einem Appell an die Gegenpartei, auf einen Teil der Prozessentschädigung zu verzichten (act. 2 S. 16). Nach dem Standpunkt der Klägerin ist solches offenbar unzulässig und ist ein Instruktionsrichter, der einen solchen Vorschlag macht, "schlicht und einfach voreingenommen" (act. 2 S. 14).

Dem kann nicht gefolgt werden. Ist die Äusserung einer von der Meinung einer Partei abweichenden vorläufigen Einschätzung grundsätzlich zulässig, so kann auch die konkrete inhaltliche Ausgestaltung dieser Einschätzung, solange die Ausführungen sachlich bleiben, für sich genommen keine Befangenheit begründen. Wenn sich die Parteien auf Vergleichsgespräche unter Mitwirkung des Referenten einlassen, so haben sie ein Interesse an einer ehrlichen Einschätzung.

6.3.2 Entscheidend ist, dass die geäusserte Einschätzung als vorläufige deklariert (was vorliegend wie gesehen nach dem massgeblichen Protokoll geschehen ist und von der Klägerin auch nicht bestritten wird) und auch als solche vorgebracht wird. Ginge aus den Ausführungen des Referenten hervor, dass er sich bereits mit so stark gefestigter Überzeugung für oder gegen einen Standpunkt entschieden hätte, dass er in der Aussenwahrnehmung mit Blick auf das weitere Verfahren jegliche Unparteilichkeit verloren hätte, so könnte das Vorliegen eines Ausstandsgrundes allenfalls bejaht werden.

Dieser Schluss ergibt sich aber aus den Schilderungen der Klägerin bei weitem nicht, weder soweit sie konkrete Äusserungen des Vorsitzenden C._____ wiedergibt, noch mit Blick auf die von der Klägerin der Vorinstanz eingereichten Verhandlungsnotizen von F._____, einem juristischen Laien, der neben dem Rechtsvertreter der Klägerin in Stellvertretung eines Mitglieds der Geschäftsleitung der Klägerin an der Instruktionsverhandlung zugegen war (vgl. act. 5/39 S. 7 f): Der Vorsitzende C._____ gab danach etwa an, er schätze "die Risiken der Klägerin als ausserordentlich hoch" ein, und die Instruktion "neige zur Beklagten" (act. 5/41/2), bzw. das Prozessrisiko sei "hoch". Er, der Instruktor, sehe "nicht einmal Grund zu einem Vergleich" (act. 5/41/3), und man "könne sich sogar fragen, ob eine Hauptverhandlung sinnvoll sei, da die Klägerin mit neuen Tatsachen ausgeschlossen sei" (act. 5/24 S. 5). Immerhin hat der Vorsitzende offenbar, nach den Verhandlungsnotizen von F._____, betreffend Novenrecht auf das Vorliegen unterschiedlicher Auffassungen hingewiesen (act. 5/41/5). Ob der Vorsitzende den Sinn einer Hauptverhandlung selber hinterfragte, oder ob er die entsprechen-

de Frage an die Parteien richtete (vgl. act. 5/39 S. 10), ist nicht von entscheidender Bedeutung.

All dies lässt nicht auf die Fassung einer unabänderlichen Meinung schliessen, was zur Befangenheit des abgelehnten Vorsitzenden führen könnte. Etwas anderes gilt auch nicht mit Blick auf die von der Klägerin gerügten Ausführungen zu einem allfälligen Beweisverfahren. Wenn ein Referent angibt, bestimmte Beweisabnahmen (konkret zum wahren Willen von Vertragsparteien bei Vertragschluss, vgl. act. 2 S. 14 und S. 16) seien seiner Ansicht nach nicht erforderlich (oder mit den Worten des Vorsitzenden C._____, er habe "darauf hingewiesen, es sei fraglich, ob ein Beweisverfahren erforderlich sei", act. 5/32 S. 6), so nimmt er damit Bezug auf eine mögliche antizipierte Beweiswürdigung, die nach dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung zulässig ist (ZK ZPO-Hasenböhler, Art. 152 N 35). Gerade mit der (von der Klägerin in act. 2 S. 15 oben nicht bestrittenen) Formulierung, es sei "fraglich", ob ein Beweisverfahren erforderlich sei, brachte der Vorsitzende zum Ausdruck, dass er dies zwar bezweifle, aber dass es noch nicht definitiv fest stehe.

Ferner spricht auch die zitierte Äusserung des Vorsitzenden C._____ zu einer allfälligen Vergleichslösung nicht gegen seine Unbefangenheit, sondern es wäre umgekehrt nach Treu und Glauben gegenüber einer beklagten Partei unstatthaft, dieser zu einem Entgegenkommen zu raten, wenn nach vorläufiger Einschätzung mit einer Klageabweisung zu rechnen ist.

Ausführungen eines Instruktionsrichters im Rahmen von Vergleichsgesprächen, wie sie aus den Vorbringen der Klägerin hervorgehen, sind daher zulässig und lassen nicht auf eine Voreingenommenheit schliessen. Andere Äusserungen des Vorsitzenden C._____, welche einen gegenteiligen Schluss nahe legen würden, hat die Klägerin nicht glaubhaft gemacht (vgl. Art. 49 Abs. 1 letzter Satz ZPO). Sie hat sich insbesondere nicht weiter mit der Stellungnahme des abgelehnten Vorsitzenden C._____ vom 15. Juni 2012 auseinandergesetzt, worin dieser seine inhaltlichen Ausführungen anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 9. Mai 2012 zusammenfasste (act. 5/32 S. 3 ff.). Auf die darin enthaltenen Schilderungen zu den massgeblichen tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen wurde

in den vorstehenden Erwägungen eingegangen, soweit die Vorbringen der Klägerin zum geltend gemachten Ausstandsgrund sich darauf bezogen. Eine weitere Auseinandersetzung mit dem vorinstanzlichen Prozessstoff hat an dieser Stelle zu unterbleiben.

Ebenso haben weitere Beweiserhebungen, wie sie die Klägerin vor der Vorinstanz beantragte (act. 5/39 S. 2 mit Verweis auf die Beweisanträge in act. 5/24) zu unterbleiben, nachdem die Klägerin im Beschwerdeverfahren ausdrücklich darauf verzichtet hat (act. 2 S. 16 unten). Ohnehin wären konkrete, einen Ausstandsgrund darstellende Äusserungen des Vorsitzenden C._____ zunächst zu behaupten. Erst dann wäre darüber Beweis (im Sinne der Glaubhaftmachung) abzunehmen.

6.3.3 Schliesslich ist auch nicht ersichtlich und wird nicht geltend gemacht, dass die Äusserungen des Vorsitzenden C._____ die persönliche Ebene berührt hätten, d.h. dass er negative Bemerkungen gegen die Person der Klägerin oder ihrer Vertreter gemacht hätte (solches könnte im Gegensatz zu sachlicher Kritik allenfalls einen Ausstandsgrund darstellen, vgl. dazu BGer 1C_428/2007 vom 19. Juni 2008, E. 2.2).

6.4 Zusammenfassend erweist sich das Ablehnungsbegehren gegen den Vorsitzenden lic. iur. C._____ auch in der Sache als unbegründet.

III.

In Anwendung von § 9 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.00 für das Beschwerdeverfahren als angemessen. Sie ist ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

Dem Beschwerdegegner sind im Zusammenhang mit dem Beschwerdeverfahren keine Umtriebe entstanden, die es zu entschädigen gälte. Für das Beschwerdeverfahren ist daher keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen den Beschluss der 6. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 27. September 2012 (Geschäfts Nr. CG110121) wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.00 festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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

6. 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. 1'000'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: