

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB230012-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Wolf-Gerber

Urteil vom 3. Mai 2023

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

betreffend **Forderung (Ausstand)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Winterthur im
summarischen Verfahren vom 2. Februar 2023 (BV220002-K)**

Erwägungen:

1.1. Am 10. Mai 2021 reichte die Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) beim Bezirksgericht Winterthur gegen den Beklagten und Beschwerdegegner (fortan Beklagter) eine Forderungsklage über Fr. 360'000.– ein (Urk. 2/1). Sämtliche in der Folge in diesem Verfahren ergangenen Verfügungen wurden von Dr. St. Jaissle, Leitender Gerichtsschreiber am Bezirksgericht Winterthur, als (nebenamtlicher) Ersatzrichter und Referent erlassen und dieser leitete auch die Instruktionsverhandlung vom 3. November 2021 (Urk. 2/Prot. I S. 5). Am 12. Dezember 2022 stellte die Klägerin gegen Dr. St. Jaissle ein Ausstandsgesuch (Urk. 1). Nach Einholung von Stellungnahmen wies die Vorinstanz das Ausstandsgesuch gegen den Leitenden Gerichtsschreiber Dr. St. Jaissle mit Beschluss vom 2. Februar 2023 ab (Urk. 12 = Urk. 15).

1.2. Gegen diesen Beschluss erhob die Klägerin am 14. Februar 2023 fristgerecht (vgl. Urk. 13: Zustellung am 6. Februar 2023) Beschwerde und stellte folgende Beschwerdeanträge (Urk. 14 S. 2):

- "1. Der Beschluss des Bezirksgerichts Winterthur vom 2. Februar 2023 sei aufzuheben;
2. Das Ausstandsbegehren der Beschwerdeführerin gegen den leitenden Gerichtsschreiber Dr. St. Jaissle als Ersatzrichter sei gutzuheissen und es sei festzustellen, dass er im vorliegenden Verfahren in den Ausstand treten muss;
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu Lasten des Beschwerdegegners."

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-13). Da sich die Beschwerde sogleich als offensichtlich unbegründet erweist, erübrigen sich weitere Prozesshandlungen (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO).

2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei bedeutet Geltendmachung, dass in der Beschwerde dargelegt werden muss, was genau am angefochtenen Entscheid unrichtig sein soll. Das Beschwerdeverfahren ist nicht einfach eine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens, sondern es dient der Überprüfung des angefochtenen Entscheids im

Lichte von konkret dagegen vorgebrachten Beanstandungen. Was nicht rechts-
genügend beanstandet wird, braucht von der Beschwerdeinstanz nicht überprüft
zu werden und hat insofern grundsätzlich Bestand. Soweit eine Beanstandung
vorgetragen wird, wendet die Beschwerdeinstanz das Recht von Amtes wegen an
(Art. 57 ZPO); sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begrün-
dung des vorinstanzlichen Entscheids gebunden. Im Beschwerdeverfahren sind
sodann neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel
ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO); was im erstinstanzlichen Verfahren nicht
vorgetragen wurde, kann im Beschwerdeverfahren grundsätzlich nicht mehr gel-
tend gemacht bzw. nachgeholt werden (zum Ganzen BGE 138 III 374 E. 4.3.1;
BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGE 147 III 176 E. 4.2.1 [explizit für Beschwerde]; BGer
5D_146/2017 vom 17. November 2017, E. 3.3.2, m.w.Hinw.; ZK ZPO-
Freiburghaus/Afheldt, Art. 321 N 15; BK ZPO-Sterchi, Art. 321 N 17 ff.).

3. Die Klägerin bringt mit ihrer Beschwerde vor, die Vorinstanz habe zu Recht
bestätigt, dass ihr Ausstandsbegehren rechtzeitig im Sinne von Art. 49 Abs. 1
ZPO gestellt worden sei, da den Parteien noch keine konkrete Gerichtsbesetzung
mitgeteilt worden sei, mit welcher der Leitende Gerichtsschreiber Dr. St. Jaissle
zusammenwirken werde. Die Vorinstanz habe indessen erwogen, dass die Be-
gründung des Bundesgerichtes in seinen Entscheiden BGer 1B_420/2022 vom
9. September 2022 und insbesondere BGer 1B_579/2022 vom 1. November 2022
nicht überzeuge und sei davon abgewichen. Die Klägerin rügt zusammengefasst,
die Vorinstanz habe den Sachverhalt bezüglich der formellen und personalrechtli-
chen Subordination des Leitenden Gerichtsschreibers in Bezug auf alle ordentli-
chen Mitglieder des Bezirksgerichtes unrichtig und unvollständig festgestellt. Aus-
serdem sei dieser Sachverhalt unrichtig unter die Bestimmungen von Art. 30
Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK subsumiert worden, und der vorinstanzliche
Beschluss stelle in unrichtiger Weise fest, dass diese Normen bei Mitwirkung des
Leitenden Gerichtsschreibers als Ersatzrichter nicht verletzt seien. Zudem verlet-
ze der vorinstanzliche Beschluss die verfassungsmässige Garantie der richterli-
chen Unabhängigkeit, indem darin eine willkürliche Besetzung des Gerichts be-
kanntgegeben werde (Urk. 14 Rz. 2 ff.).

4.1. Die Vorinstanz hat zutreffenderweise festgehalten, die Klägerin leite den Anschein der Befangenheit aus dem Umstand ab, dass der Referent in seiner Hauptfunktion Leitender Gerichtsschreiber sei und damit den am Entscheid mitwirkenden ordentlichen Mitgliedern des Gerichts respektive der Gerichtskammer gegenüber in einem Subordinationsverhältnis stehe. Sie mache somit Ausstandsgründe organisatorischer Art geltend und berufe sich dabei auf zwei Urteile des Bundesgerichts vom 9. September 2022 (BGer 1B_420/2022) und vom 1. November 2022 (BGer 1B_519/2022; Urk. 12 E. 5a).

Die Vorinstanz erwog, den Parteien sei noch keine konkrete Gerichtsbesetzung mitgeteilt worden, mit welcher der Leitende Gerichtsschreiber Dr. iur. St. Jaissle zusammenwirken werde. Das Ausstandsbegehren sei somit rechtzeitig gestellt worden (Urk. 15 S. 6). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden.

4.2. Ein Ablehnungsbegehren ist *unverzüglich* zu stellen, sobald vom Ausstandsgrund Kenntnis erlangt worden ist, ansonsten ein solcher verwirkt (ZK ZPO-Wullschleger, Art. 49 N 12; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 49 ZPO N 5; OFK ZPO-Urbach, Art. 49 N 4; BGE 118 Ia 282 E. 3a; BGE 140 I 271 E. 8.4.3; BGE 139 III 120 E. 3.2.1). Der Begriff *unverzüglich* ist streng zu verstehen. Schon aus Art. 51 Abs. 1 ZPO ist zu folgern, dass die Frist in keinem Fall länger als zehn Tage umfassen kann. Generell ist zu verlangen, dass eine Partei auf jeden Fall nicht in Kenntnis eines Ausstandsgrundes untätig einen weiteren und unter Umständen zu wiederholenden Verfahrensschritt ablaufen lassen darf. Im Interesse einer raschen Klärung und eines speditiven Verfahrens kann die zur Verfügung stehende Zeit nur Tage betragen; allenfalls verlängert um Feiertage wie Weihnachten und Neujahr. Etwas grosszügiger ist sie zu bemessen, wenn die Partei zuerst noch Abklärungen treffen muss, wie bei einem häufigen Namen einer Gerichtsperson (*OGer ZH RB120045 vom 13.11.2012, E. II.4.2*). Die Frist kann aber auch sehr viel kürzer sein, da die Ablehnung nicht davon abhängig sein darf, wie sich die Sache aus der Sicht einer Partei entwickelt: Bei einer öffentlichen Urteilsberatung dürfen die Parteien nicht zuwarten, bis sie hören, wie das Gericht entscheiden wird. Sobald sie erkennen, welche Besetzung tagt, müssen sie ihnen bereits bekannte Ausstandsgründe geltend machen. Die bisherige Praxis des

Bundesgerichtes dazu ist streng (Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 49 N 3 mit Verweis auf BGE 132 II 485 E. 4.3 und BGE 134 I 20 E. 4.3.1; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 49 ZPO N 4). In der Botschaft wird festgehalten, dass ein in einer Verhandlung entdeckter Ablehnungsgrund noch während dieser Verhandlung geltend gemacht wird (Botschaft ZPO, S. 7273; ZK ZPO-Wullschleger, Art. 49 N 7).

Die Behauptungs-, Substantiierungs- und 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; OFK ZPO-Urbach, Art. 49 N 5; OGer ZH RB120045 vom 13.11.2012, E. II.3.1). Die Klägerin liess in ihrem Ausstandsgesuch vom 12. Dezember 2022 lediglich pauschal vorbringen, der unterzeichnende Rechtsvertreter sei "in den letzten Tagen" durch Pressemitteilungen betreffend die Besetzung der Strafkammern des Zürcher Obergerichts auf das neuste Urteil BGer 1B_519/2022 vom 1. November 2022 in diesem Zusammenhang aufmerksam geworden (Urk. 1 Rz. 9). Sie substantiiert insofern weder die genauen Umstände noch den exakten Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Ausstandsgrundes. Insofern ist eine Beurteilung der Rechtzeitigkeit des Ausstandsbegehrens nicht möglich bzw. kann nicht bejaht werden, dass die Klägerin *unverzüglich* reagiert hat.

Im Übrigen hätte die Klägerin das Ausstandsbegehren wohl bereits *unverzüglich* nach Erhalt der ersten Verfügung im vorinstanzlichen Hauptsachenverfahren vom 14. Mai 2021 (Urk. 2/5) stellen können und müssen. Zwar stand damals noch nicht fest, ob die massgeblichen Tatsachen vom Bundesgericht als Ausstandsgrund gewürdigt werden. Entscheidend ist jedoch einzig Folgendes: Das Tatsachenfundament als solches, d.h. die Besetzung des zuständigen Spruchkörpers des Kollegialgerichts mit Dr. St. Jaissle als Ersatzrichter und Referent, welcher als Leitender Gerichtsschreiber am Bezirksgericht Winterthur – nach Auffassung der Klägerin – in einem Subordinationsverhältnis zu allen in Betracht kommenden ordentlichen Mitgliedern des Bezirksgerichtes Winterthur steht, war der Klägerin bereits zu diesem Zeitpunkt bekannt.

Im Ergebnis hat die Vorinstanz dem Ausstandsbegehren der Klägerin insofern zu Recht nicht entsprochen und die Beschwerde ist abzuweisen.

5.1. Das Beschwerdeverfahren beschlägt in der Hauptsache eine vermögensrechtliche Streitigkeit mit einem Streitwert von Fr. 360'000.– (Urk. 2/3). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 9 Abs. 1 und § 12 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen.

5.2. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

5.3. Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Klägerin zufolge ihres Unterliegens, dem Beklagten mangels relevanter Umtriebe (Art. 106 Abs. 1, Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage eines Doppels von Urk. 14, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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 in der Hauptsache beträgt Fr. 360'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG

Zürich, 3. Mai 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N. Wolf-Gerber

versandt am:
st