

# Obergericht des Kantons Zürich

Verwaltungskommission



---

Geschäfts-Nr.: VV110010-O/U

Mitwirkend: Obergerichtspräsident Dr. H.A. Müller, die Obergerichter  
lic. iur. M. Burger und Dr. J. Zürcher sowie der Stellvertreter  
des Generalsekretärs lic. iur. L. Huber

## Beschluss vom 18. April 2011

in Sachen

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

Gesuchstellerin und Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

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

Gesuchsgegner und Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z.\_\_\_\_\_

betreffend **Ablehnung der Bezirksrichterinnen lic. iur C.\_\_\_\_\_ und  
Dr. D.\_\_\_\_\_ sowie Bezirksrichter lic. iur. E.\_\_\_\_\_, Bezirksgericht Zürich, in  
Sachen der Parteien betreffend Forderung (CG060238)**

## Erwägungen:

### 1. Ausgangslage

1.1. Am 11. Dezember 2006 machte der Gesuchsgegner beim Bezirksgericht Zürich gegen die Gesuchstellerin eine Klage auf Leistung der folgenden Beträge (je nebst Zins zu 5% seit dem 15. August 2006) anhängig (act. 3/2):

- Fr. 2'633'853.62;
- USD 3'987'070.90;
- EUR 23'419'610.87.

In der Folge wurde das Hauptverfahren mit der Eventualwiderklageduplik des Klägers und Gesuchsgegners vom 27. Oktober 2008 abgeschlossen (act. 3/77).

1.2. Am 4. Oktober 2010 erliess die Vorinstanz den Beweisaufgabebeschluss (act. 3/107). Die Parteien erstatteten in der Folge unterm 30. November 2010 ihre Beweisantrittungsschriften (act. 3/119 und 3/122). Am 9. Februar 2011 erging der vorinstanzliche Beweisabnahmebeschluss (act. 3/131).

### 2. Hinweis der Beklagten auf die Anzeigepflicht gemäss § 121 StG und Antwort der Vorinstanz im Beweisabnahmebeschluss

2.1. In ihrer Beweisantrittungsschrift vom 30. November 2010 (act. 3/122 S. 6f.) wies die Beklagte zunächst darauf hin, dass die These des Klägers, "trotz fingiertem Wohnsitz im Kanton F.\_\_\_\_\_ und tatsächlichem Wohnsitz in der Stadt G.\_\_\_\_\_ keine Steuererklärung ausgefüllt zu haben ... eine reine Schutzbehauptung" sei (act. 3/122 S. 6 Rz 15). Da das Bezirksgericht aber "den Inhalt der klägerischen Steuerklärungen überraschend nicht zum Beweis verstellt" habe, wies die Beklagte das Bezirksgericht auf seine Anzeigepflicht hin. Das Bezirksgericht sei nämlich gehalten, den Steuerbehörden Anzeige zu erstatten, wenn es Kenntnis von Tatsachen und Beweismitteln erhalte, "welche auf eine unvollständige Besteuerung schliessen lassen". Die Beklagte und Gesuchstellerin fuhr alsdann fort (act. 3/122 S. 6f. Rz 16):

"Der Kläger hatte seinen tatsächlichen Wohnsitz gemäss seinen eigenen Ausführungen in G.\_\_\_\_\_ und wäre hier unbeschränkt steuerpflichtig gewesen. Die Beklagte fordert das Bezirksgericht auf, nun unverzüglich seiner gesetzlichen Meldepflicht nachzukommen, ansonsten die Beklagte von einer Befangenheit des Spruchkörpers ausgehen müsste".

2.2. Die Vorinstanz kam diesem Antrag der Beklagten nicht nach; ihre Haltung begründete sie mit ihrem Beweisabnahmebeschluss vom 9. Februar 2011 wie folgt (act. 3/131 S. 9, E. 7):

- Das Gericht habe keine Wahrnehmung gemacht, wonach die Wahrscheinlichkeit einer unvollständigen Besteuerung des Klägers bestehe.
- Nicht Thema dieses Prozesses sei, in welchem Kanton der Kläger in welchem Umfange steuerpflichtig gewesen sei und inwieweit die Beklagte den Kläger beraten hat.
- Es sei einzig Sache des Gerichtes darüber zu entscheiden, ob es den Steuerbehörden Mitteilung zu machen habe.
- Die Beklagte könne auch selber eine Anzeige erstatten.

Der Beweisabnahmebeschluss wurde der Beklagten am 13. Februar 2011 zugestellt (act. 3/133/1).

### 3. Ausstandsbegehren der Gesuchstellerin und Beklagten

3.1. Mit Eingabe an die Vorinstanz vom 28. März 2011 (act. 3/140 = act. 1) stellte die Beklagte den Antrag, dass die am Beweisabnahmebeschluss vom 9. Februar 2011 mitwirkenden Mitglieder der 8. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich, nämlich Bezirksrichterin lic. iur. C.\_\_\_\_\_, Bezirksrichterin Dr. D.\_\_\_\_\_ sowie Bezirksrichter lic. iur. E.\_\_\_\_\_ in den Ausstand zu treten hätten.

3.2. Die drei abgelehnten Bezirksrichter übermittelten das Ablehnungsbegehren am 4. April 2011 an das Obergericht, und zwar im Sinne von § 100 GVG mit der gewissenhaften Erklärung, nicht befangen zu sein (act. 2). Diese Erklärung wurde der Beklagten mit Verfügung vom 7. April 2011 zugestellt (act. 4).

#### 4. Anwendbares Recht

Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die am 1. Januar 2011 rechtshängig waren, "das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz". Der vorliegende Prozess ist beim Bezirksgericht Zürich seit dem 11. Dezember 2006 rechtshängig. Das vorliegende Ausstandsbegehren beurteilt sich daher nicht gemäss den Art. 47ff. ZPO, sondern gemäss dem bisherigen zürcherischen Verfahrensrecht.

#### 5. Beurteilung des Ausstandsbegehrens

5.1. Gemäss § 101 Abs. 1 GVG entscheidet über streitige Ausstandsbegehren die Aufsichtsbehörde. Die Verwaltungskommission ist zwar die direkte Aufsichtsbehörde gegenüber den Mitgliedern der Bezirksgerichte, nicht aber gegenüber den Gerichtsschreibern der Bezirksgerichte. Das Ausstandsbegehren gegenüber Gerichtsschreiber H.\_\_\_\_\_ ist daher von vornherein nicht von der Verwaltungskommission zu beurteilen.

5.2. Ein Gerichtsmitglied kann gemäss § 96 Ziff. 4 GVG abgelehnt werden, wenn Umstände vorliegen, die es als befangen erscheinen lassen. § 96 GVG konkretisiert den Anspruch auf einen verfassungsmässigen Richter.

5.3. Anlass für das Ausstandsbegehren gibt der Beklagten einzig der Beweisabnahmebeschluss der Vorinstanz vom 9. Februar 2011 (act. 3/131). Dieser wurde der Beklagten am 15. Februar 2011 zugestellt (act. 3/131/1). Das Ausstandsbegehren formulierte die Beklagte erst mit ihrer Eingabe vom 28. März 2011, d.h. erst nach 41 Tagen (act. 1). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird indessen wegen des auch für die Privaten geltenden Grundsatzes von Treu und Glauben und wegen des Verbotes des Rechtsmissbrauchs (Art. 5 Abs. 3 BV) verlangt, dass ein echter oder ein vermeintlicher Organmangel *so früh wie möglich, d.h. bei erster Gelegenheit nach Kenntnisnahme*, geltend gemacht wird. Aus diesem Grunde verwirkt eine Prozesspartei die Anrufung eines Ablehnungsgrundes, wenn sie ihn nicht *unverzüglich* nach seiner Kenntnisnahme geltend macht (BGE 134 I 20 E. 4.3.1., 132 II 485 E. 4.3 mit Hinweisen, BGer 26. Mai 2008, 4A\_147/2008). Diese Rechtsprechung wurde im Übrigen mit Art. 49 Abs. 1 ZPO

kodifiziert. Wenn die Beklagte ganze 41 Tage brauchte, um ihr Ausstandsbegehren zu formulieren, dann geschah dies nicht unverzüglich im Sinne der zitierten Rechtsprechung. Ihrem Ausstandsbegehren ist daher schon aus diesem Grunde keine Folge zu leisten.

5.4. Das Ausstandsbegehren erweist sich alsdann auch aus anderem Grunde als unbegründet:

5.5. Die Beurteilung eines Ausstandsbegehrens liegt im freien, pflichtgemässen Ermessen der erkennenden Behörde. Zu entscheiden ist, ob die geltend gemachten Ablehnungsgründe unter den konkreten Umständen Anlass zu objektiv berechtigtem Misstrauen an der Unparteilichkeit des abgelehnten Justizbeamten geben. Massgebend ist, ob bestimmte Umstände vorliegen, die auch in den Augen eines objektiven, vernünftigen Menschen geeignet sind, Misstrauen an der Unparteilichkeit des abgelehnten Richters zu wecken (BGE 115 V 263 mit Hinweisen; Pra. 1989 Nr. 221 S. 769). Es genügt somit nicht, dass das Misstrauen bloss im subjektiven Empfinden der gesuchstellenden Partei wurzelt. Das geäusserte Misstrauen muss infolge äusserer Gegebenheiten oder durch ein bestimmtes Verhalten des Justizbeamten in objektiver Weise gerechtfertigt erscheinen (ZR 82 Nr. 43; Lebrecht, Der Ausstand von Justizbeamten nach zürcherischem Prozessrecht, SJZ 86, 1990, S. 298). Namentlich sind prozessuale Fehler mit ordentlichen oder ausserordentlichen Rechtsmitteln zu rügen, führen aber nicht dazu, dass Befangenheit der Mitwirkenden anzunehmen wäre. In diesem Sinne ist das Ausstandsbegehren subsidiär zu den Rechtsmitteln und hat vor allem den Zweck, dass sich die Parteien gegenüber sachfremden Einflüssen, die von den Mitwirkenden ausgehen und nicht mit einem Rechtsmittel oder Rechtsbehelf geltend gemacht werden können, zur Wehr setzen können. Im Ablehnungsverfahren ist daher die Prozessführung des Richters nicht zu überprüfen wie in einem Rechtsmittelverfahren (BGE 125 I 119 E. 3e S. 124; 116 Ia 14 E. 5b S. 20 und 135 E. 3a S. 138; 115 Ia 400 E. 3b S. 404; 114 Ia 153 E. 3b/bb S. 158/9 mit Hinweisen). Unter dem Gesichtspunkt der Ablehnung wegen Befangenheit (§ 96 Ziff. 4 GVG) wären prozessuale Fehler also nur dann relevant, wenn ein Richter gegenüber einer bestimmten Partei offensichtlich nicht das sonst übliche Mass an

Sorgfalt beim Studium und der Führung des Falles aufwenden würde, mithin krasse und wiederholte Irrtümer vorlägen, welche als schwere Verletzung der Richterpflichten beurteilt werden müssten (Lebrecht, Der Ausstand von Justizbeamten nach zürcherischem Prozessrecht, SJZ 86, 1990, S. 300; BGE 115 Ia 400).

5.6. Die Beklagte legt unumwunden offen, dass ihr der Umstand, dass die Vorinstanz den Inhalt der Steuererklärungen des Klägers "überraschend" nicht zum Beweis verstellt habe, Anlass gibt, die Befangenheit der Vorinstanz anzunehmen (act. 3/122 S. 6 Rz 16).

Ausstandsbegehren können von vornherein nicht dazu dienen, ein Gericht zu einem wunschgemässen Entscheid zu veranlassen, sondern lediglich dazu sicherzustellen, dass den Parteien ein verfassungsmässiges Gericht zur Verfügung steht. In diesem Sinne erweist sich der Hinweis der Beklagten in ihrer Beweisantrittungsschrift, sie werde eine "Befangenheit des Spruchkörpers" annehmen, wenn das Gericht ihrem Ansinnen, den Kläger beim Steueramt anzuzeigen, nicht nachkommen sollte, nicht nur als rechtsmissbräuchlich, sondern darüber hinaus in hohem Masse auch als ungehörig (§ 50 ZPO/ZH).

5.7. Die Beklagte nimmt nun mit ihrer Eingabe vom 28. März 2011 in der Tat, wie angekündigt, die Befangenheit des vorinstanzlichen Spruchkörpers an, weil die Anzeige an das Steueramt nicht, wie gefordert, erfolgt ist. Auszugehen ist hier mit der Beklagten, dass die Gerichte gemäss § 121 StG dem Steueramt Mitteilung zu machen haben, wenn sie zum Schlusse kommen, dass "nach Wahrnehmungen in ihrer amtlichen Tätigkeit die Wahrscheinlichkeit einer unvollständigen Versteuerung besteht". Richtig ist auch, dass die Verwaltungskommission darüber unterm 9. Dezember 1999 ein Kreisschreiben erlassen hat.

5.8. In der Beweisantrittungsschrift machte die Beklagte geltend, die Behauptung des Klägers, dass er keine Steuererklärungen einreichen müsse, sei "reine Schutzbehauptung" (act. 122 S. 6). Im Hauptverfahren hatte die Beklagte dazu namentlich ausgeführt, dass der Kläger die Pflicht gehabt hätte, in den Jahren 1998 bis 2001 im Kanton F. \_\_\_\_\_ eine Steuererklärung einzureichen (act. 69 S. 47 Rz 175). Demgegenüber bestritt der Kläger mit seiner darauf Bezug neh-

menden Rechtsschrift, die Pflicht gehabt zu haben, im Kanton F.\_\_\_\_\_ eine Steuererklärung einzureichen (act. 77 S. 29). Damit ergibt sich, dass die Ausführungen der Beklagten in ihrer Beweisantwortungsschrift in diesem Zusammenhang wenig zielführend waren. Immerhin stellte sie sich noch in ihrer Duplik auf den Standpunkt, dass der Kläger *im Kanton F.\_\_\_\_\_* steuerpflichtig gewesen sei. Ihre Haltung ist widersprüchlich. Richtig ist, dass der Kläger in act. 2 S. 13 darlegte, dass er in der Zeit zwischen dem 8. Juli 1998 und Frühjahr 2004 in G.\_\_\_\_\_ gewohnt habe, wie das die Beklagte im Ablehnungsverfahren ausführt (act. 1 S. 8). Allerdings war die erwähnte Aktenstelle auch der Beklagten bekannt, als sie sich in act. 77 S. 29 auf den Standpunkt stellte, der Kläger sei im Kanton F.\_\_\_\_\_ wohnhaft. Das weist zumindest darauf hin, dass die steuerlichen Verhältnisse des Klägers komplex sind.

5.9. Nicht weiter hilft eine weitere Urkunde, auf die sich die Beklagte beruft, nämlich act. 60/37. Es ist dies eine Bescheinigung der Treuhandfirma I.\_\_\_\_\_ AG. Nach dieser Bescheinigung soll der Kläger in den Jahren 1998 bis 2001 im Kanton F.\_\_\_\_\_ quellenbesteuert und ab dem Jahre 2002 im Kanton G.\_\_\_\_\_ pauschalbesteuert worden sein. Auch das weist auf keineswegs nicht alltägliche steuerliche Verhältnisse hin, mit denen sich die Steuerbehörden auseinandergesetzt haben.

5.10. Auf Grund der erwähnten Akten gibt es jedenfalls keine Anzeichen dafür, dass sich der Kläger steuerlich nicht korrekt verhalten hätte. Die Vorinstanz vertrat daher einen durchaus vertretbaren Ermessensentscheid, wenn sie auf eine Anzeige gemäss § 121 StG verzichtete. Die Begründung ihrer Haltung im Beweisabnahmebeschluss ist zumindest nachvollziehbar und vertretbar (act. 3/131 S.). Eine Befangenheit der Vorinstanz muss daher von vornherein ausscheiden.

5.11. Nach dem Gesagten ist das Ausstandsbegehren abzuweisen. Insgesamt muss das Ablehnungsbegehren der Beklagten als missbräuchlich bezeichnet werden.

6. Mitteilung gemäss § 121 StG durch die Verwaltungskommission?

Die Verfahrensakten liegen auch der Verwaltungskommission vor. Auch sie ist an § 121 StG gebunden. Sie hat daher ungeachtet darum, wie das Ablehnungsbegehren zu beurteilen ist, darüber zu befinden, ob sie in Nachachtung von § 121 StG dem Kantonalen Steueramt Mitteilung zu machen habe. Die oben erwähnten Aktenstellen geben indessen klarerweise keine Hinweise zu einem solchen Vorgehen.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. Der Umrechnungkurs gängiger Währungen ist eine notorische Tatsache (BGE 135 III 88). Am Tage des Eintritts der Rechtshängigkeit (11. Dezember 2006) belief sich der Kurs des Euro auf Fr. 1.59068 und des USD auf Fr. 1.20470. Es ist daher von folgendem Streitwert auszugehen: Fr. 2'633'853.62; Fr. 4'803'224.31 = USD 3'987'070.90; Fr. 37'253'106.62 = EUR 23'419'610.87. Insgesamt ergibt das einen Streitwert von Fr. 44'690'184.55.

7.2. Ausgangsgemäss hat die Beklagte die Kosten des Ablehnungsverfahrens zu übernehmen. Der Kläger wurde in dieses Verfahren nicht einbezogen. Es ist ihm daher keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Ausstandsbegehren gegen Bezirksrichterin lic. iur. C.\_\_\_\_\_, Bezirksrichterin Dr. D.\_\_\_\_\_ und Bezirksrichter lic. iur. E.\_\_\_\_\_ wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf Fr. 12'000.– und der Beklagten auferlegt.
3. Schriftliche Mitteilung an die Vorinstanz (zusammen mit den Akten) sowie an die Parteien des Prozesses CG060238, je gegen Empfangsschein.
4. 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. 44'690'184.55.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Zürich, 18. April 2011

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Verwaltungskommission

Der Stellvertreter des Generalsekretärs:

lic. iur. L. Huber

versandt am: