

Ausstand, Befangenheit

Art. 30 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK

Die Kontaktaufnahme des Gerichts mit dem Rechtsvertreter des Gesuchstellers zwecks Klärung der Gesuchgegnerschaft verletzt die Garantien von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK. [74]

BGer 5A_462/2013 vom 12. November 2013

Die Beschwerdeführer A. und B. sind Miteigentümer einer Liegenschaft, auf welcher die Unternehmerin E. AG Werkvertragsarbeiten verrichtet hatte. Zur Sicherung ihrer Forderung hatte E. ein Gesuch gegen A. um superprovisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts eingereicht. Unmittelbar nach Eingang des Gesuchs hatte die zuständige Gerichtsschreiberin den Rechtsvertreter der Unternehmerin zwecks Klärung der Gesuchgegnerschaft kontaktiert und ihn dabei darauf aufmerksam gemacht, dass das zu belastende Grundstück im hälftigen Eigentum von A. und B. stehe. Daraufhin hatte der Rechtsvertreter von E. die Erweiterung der Gesuchgegnerschaft um B. beantragt.

Im anschliessenden Massnahmeverfahren hatten A. und B. von der Kontaktaufnahme der Gerichtsschreiberin Kenntnis erlangt und gestützt darauf Ablehnungsbegehren gegen die Gerichtsschreiberin und das sie instruierende bzw. durch sie instruierte Gerichtsmitglied gestellt.

Das Obergericht des Kantons Schaffhausen hatte die Nachfrage der Gerichtsschreiberin für gerechtfertigt befunden. Es habe zeitliche Dringlichkeit geherrscht, weil das Gesuch am Tag des Ablaufs der Frist zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts eingereicht worden sei. Daher sei die telefonische Kontaktaufnahme mit dem Rechtsvertreter der Unternehmerin nicht zu beanstanden. Eine einzige derartige Nachfrage lasse nicht auf eine Befangenheit schliessen.

Gegen diesen Entscheid erhoben A. und B. Beschwerde an das Bundesgericht und beantragten die Gutheissung der Ablehnungsbegehren. Das Bundesgericht führte unter Bezugnahme auf seine konstante Rechtsprechung aus, Voreingenommenheit und Befangenheit seien anzunehmen, wenn Umstände vorlägen, die bei objektiver Betrachtung geeignet seien, Misstrauen in die Unparteilichkeit der fraglichen Gerichtsperson zu erwecken. Dabei genüge es, wenn Umstände vorlägen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit oder Voreingenommenheit erweckten. Für die Ablehnung werde nicht verlangt, dass die fragliche Gerichtsperson tatsächlich befangen sei. Die Garantien von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK seien auch auf die Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber einer richterlichen Behörde anwendbar, sofern diese Einfluss auf die Urteilsfindung haben könnten. Dies sei der Fall, wenn sie an der Willensbildung des Spruchkörpers mitwirkten, na-

mentlich im Hinblick auf ihre Redaktionstätigkeit an den Beratungen teilnahmen und ihre Auffassung äussern könnten.

Das Bundesgericht erachtete die Rücksprache der Gerichtsschreiberin mit dem Anwalt der Gesuchstellerin im Hinblick auf die Dispositions- und Verhandlungsmaxime als überflüssig. Allemal sei sie insbesondere angesichts der anwaltlichen Vertretung der Gegenpartei nicht gerechtfertigt gewesen. Diese Pflichtverletzung reiche bei objektiver Betrachtung für sich genommen bereits aus, um die Gerichtsschreiberin und das sie instruierende bzw. von ihr instruierte Gerichtsmitglied als befangen erscheinen zu lassen.

Kommentar

Der Entscheid ist zu begrüessen. Die Fragepflicht darf in einem der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime unterliegenden Verfahren nicht dazu verwendet werden, einer Partei Rechtshinweise zu geben, damit sie ihre prozessuale Rechtsstellung wahren oder verbessern kann (DANIEL GLASL, in: Ivo Schwander/Dominik Gasser/Alexander Brunner [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 56 N 22). Bei anwaltlich vertretenen Parteien ist die Fragepflicht mit besonders grosser Zurückhaltung auszuüben (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2013, § 10 N 20).

Mit dem Hinweis auf die Eigentumsverhältnisse am zu belastenden Grundstück hatte die Gerichtsschreiberin vorliegend klar zur Verbesserung der prozessualen Rechtsstellung der Gesuchstellerin beigetragen. Das nur gegen A. gerichtete Gesuch um superprovisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts an der im Miteigentum von A. und B. stehenden Liegenschaft wäre abzuweisen gewesen, weil gewöhnliche Miteigentümer eines Grundstücks eine notwendige passive Streitgenossenschaft bilden (RAINER SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, Rz. 1367). Da die viermonatige Frist zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts am Tag der Einreichung des Gesuchs ablief, hätte die Gesuchstellerin das Gesuch nicht erneut stellen können. Insbesondere verbot sich der Hinweis vor dem Hintergrund, dass die Gesuchstellerin anwaltlich vertreten war und die Abklärung der Eigentumsverhältnisse im Rahmen der anwaltlichen Sorgfaltspflicht geboten gewesen wäre.

Barbara Badertscher