

ZOR.2023.51
(OF.2023.6)
Art. 76

Entscheid vom 20. November 2023

Besetzung	Oberrichterin Massari, Präsidentin Oberrichter Brunner Oberrichter Holliger Gerichtsschreiber Tognella
Klägerin	A. _____, [...] vertreten durch Peter Conrad, Rechtsanwalt, [...]
Beklagter/ Gesuchsteller	B. _____, [...] vertreten durch Markus Härdi, Rechtsanwalt, [...]
Gesuchs- gegnerin	C. _____, Gerichtspräsidentin Lenzburg Metzgplatz 18, 5600 Lenzburg
Gegenstand	Ausstandsgesuch

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

Mit Klage vom 16. Dezember 2022 machte die Klägerin gegen den Beklagten beim Gerichtspräsidium Lenzburg die Scheidungsklage rechtshängig (Verfahren OF.2023.6).

2.

2.1.

Mit Klageantwort vom 9. Oktober 2023 verlangte der Beklagte/Gesuchsteller (im Folgenden Gesuchsteller) den Ausstand von Gerichtspräsidentin C._____.

2.2.

Gerichtspräsidentin C._____ überwies das Ausstandsgesuch mit Stellungnahme vom 12. Oktober 2023, worin sie die Abweisung des Ausstandsgesuchs beantragte, an das Obergericht.

2.3.

Mit Eingabe vom 20. Oktober 2023 teilte die Klägerin mit, dass sie auf eine Stellungnahme zum Ausstandsgesuch verzichte.

2.4.

Mit Eingabe vom 28. Oktober 2023 äusserte sich der Gesuchsteller unaufgefordert zur Stellungnahme der Gerichtspräsidentin (im Folgenden Gesuchsgegnerin).

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.

Zuständig zur Beurteilung eines in einer Angelegenheit des ZGB gegen eine Gerichtspräsidentin oder einen Gerichtspräsidenten als Einzelrichterin oder Einzelrichter gerichteten Ausstandsgesuchs ist das Obergericht, 3. Zivilkammer (§ 19 Abs. 1 lit. c EG ZPO; Geschäftsordnung des Obergerichts, Anhang 1 Ziff. 5 Abs. 3 lit. g). Die Beurteilung eines Ausstandsgesuchs erfolgt im summarischen Verfahren (BGE 145 III 469 Regesten, BGE 4A_573/2001 E. 4).

2.

Nach Art. 49 Abs. 1 ZPO hat die Partei, die eine Gerichtsperson ablehnen will, dem Gericht unverzüglich ein entsprechendes Gesuch zu stellen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Anspruch auf Ablehnung bei verspäteter Geltendmachung verwirkt (BGE 132 II 485 E. 4.3; BGE

5A_101/2017 E. 3.2). Die reine Ankündigung eines Ausstandsgesuchs innert Frist genügt dabei nicht (BGE 4A_147/2008 E. 4.3).

Dem Protokoll zur Einigungsverhandlung im Scheidungsverfahren = Hauptverhandlung im Massnahmeverfahren SF.2023.5 (im Folgenden Einigungsverhandlung) vom 15. Juni 2023 ist zu entnehmen, dass der Rechtsvertreter des Gesuchstellers bereits in deren Rahmen die Frage nach der Befangenheit der Gesuchsgegnerin aufwarf, worauf diese entgegnete, er könne einen Antrag stellen. Wenn der Gesuchsteller dann fast vier Monate zuwartete, bis er im Rahmen der am 19. Oktober 2023 erstatteten Klageantwort ein Ausstandsgesuch stellte, kann dies nicht mehr als unverzüglich taxiert werden. Damit ist sein Anspruch auf Ablehnung bzw. Ausstand der Gesuchsgegnerin verwirkt. Dies zumal nicht ersichtlich ist, dass die Gesuchsgegnerin in der Zwischenzeit – abgesehen von dreimaliger Fristerstreckung *zugunsten des Gesuchstellers* – im Scheidungsverfahren weiter tätig wurde, weshalb in dieser Zeit auch keine den Anschein der Befangenheit begründenden Verhaltensweisen stattgefunden haben können.

Weiter sei auf folgenden Umstand hingewiesen: Der Gesuchsteller weist in seiner Eingabe vom 28. Oktober 2023 (S. 2) ausdrücklich darauf hin, dass schon der ebenfalls von der Gesuchsgegnerin am 29. April 2021 gefällte Eheschutzentscheid, zwar nicht als solcher, aber in der Art und Weise seiner Begründung und in der Nichtberücksichtigung der objektiv erbrachten Beweise beim Gesuchsteller "erste Befangenheitsempfinden" habe aufkommen lassen. In der damaligen Berufung fanden sich denn auch Formulierungen wie die folgenden: "von der Vorinstanz aufgestellte These ist einseitig, partiisch und nur zu Lasten des Beklagten ausgelegt" (S. 12), "partiischer geht's nimmer" (S. 12) sowie "[di]e Haltung der Vorinstanz hinterlässt ein ungutes Gefühl" (S. 19). Trotz dieser "Befangenheitsempfinden" wurde damals kein Ausstandsgesuch gestellt.

Selbst wenn man mit dem Gesuchsteller für die vorliegend geltend gemachte Konstellation, wonach sich der Verdacht auf Befangenheit erst nach und nach aus der "Summe von Verhaltens- und Ausdrucksweisen" der Gerichtsperson ergeben hat, als zu streng erachten wollte, zu verlangen, dass bereits beim ersten Indiz unverzüglich ein Ausstandsgesuch gestellt werden muss (vgl. seine Eingabe vom 28. Oktober 2023 S. 2), so gibt dies der Partei keinen Freipass, den Ausstand quasi zu einem beliebigen Zeitpunkt zu beantragen. Nicht zu schützen ist denn auch die Erklärung des Gesuchstellers, "diese Verhaltens- und Ausdrucksweisen der Gesuchsgegnerin lösten einen inneren Prozess aus, der erst im Zusammenhang mit der Klageantwort (weil bis zu diesem Zeitpunkt kein Strafverfahren gegen [die Klägerin] eingeleitet wurde), zur Überzeugung und Klarheit erwuchs" (Eingabe des Gesuchstellers vom 28. Oktober 2023 S. 1 f.). Gerade in Anbetracht der

langen Vorgeschichte ("Verschiedene Verfahren seit 2020 als Gesamtes", Eingabe des Gesuchstellers vom 28. Oktober 2023 S. 1) hätte der Gesuchsteller das Gesuch um Ausstand jedenfalls unverzüglich nach der Einigungsverhandlung stellen müssen. Damit ist auf das Ausstandsgesuch wegen Verspätung nicht einzutreten.

3.

Für den Fall, dass man das Ausstandsgesuch mit dem Gesuchsteller als (gerade noch) rechtzeitig erachten wollte, wäre es als unbegründet abzuweisen:

3.1.

Die Ausstandsgründe bezwecken die Sicherstellung, dass ein Urteil durch einen unparteiischen Richter bzw. ein unparteiisches Gericht gefällt wird, d.h. nicht durch einen Richter bzw. ein Gericht, der/das den Parteien nicht neutral gegenübersteht, sondern einer Partei zugeneigt und/oder der Gegenpartei gegenüber voreingenommen sein könnte. Der Anspruch auf einen unabhängigen und unparteiischen Richter umfasst dagegen nicht auch die Garantie eines jederzeit fehlerfrei arbeitenden Richters. Verfahrens- oder Einschätzungsfehler sind deshalb ebenso wenig Ausdruck einer Voreingenommenheit wie ein inhaltlich falscher Entscheid in der Sache oder Fehler in der Verhandlungsführung. Solche Fehler können nur ausnahmsweise die Unbefangenheit einer Gerichtsperson in Frage stellen. Dabei müssen objektiv gerechtfertigte Gründe zur Annahme bestehen, dass sich in Rechtsfehlern gleichzeitig eine Haltung manifestiert, die auf fehlender Distanz und Neutralität beruht. Es muss sich um besonders krasse Fehler oder wiederholte Irrtümer handeln, die eine schwere Verletzung der Richterpflichten darstellen (WEBER, Basler Kommentar, 3. Aufl. 2017, N. 4 zu Art. 47 ZPO, m.H. auf die Rechtsprechung).

3.2.

Mit Bezug auf die angebliche Befangenheit der Gesuchsgegnerin gegenüber dem Gesuchsteller ist diesem zunächst entgegenzuhalten, dass es nicht Sache des Gerichts ist, jedenfalls bei derart umfangreichen Akten wie den vorliegenden (inkl. Akten aus mehreren anderen Verfahren) den "anspruchsbegründenden", d.h. den Anschein der Befangenheit erweckenden Sachverhalt zusammenzusuchen. Vielmehr ist es (auch hier) Sache der den Ausstand verlangenden Partei, den diesen Anschein begründenden Sachverhalt substantiiert zu behaupten und durch genauen Hinweis auf die Aktenstellen, die die Behauptungen stützen, zu belegen. Inwieweit der Gesuchsteller dieser Obliegenheit nachgekommen ist, kann offen bleiben, weil auf jeden Fall die vorgebrachten Gründe bei einer summarischen Prüfung der Akten in keiner Weise den Anschein einer Befangenheit der Gesuchsgegnerin zu belegen vermögen.

3.3.

Zur Begründung seines Ausstandsgesuchs bringt der Gesuchsteller im Wesentlichen zwei Gründe vor. In erster Linie wirft er der Gesuchsgegnerin als "Gipfel" ihrer Befangenheit begründenden Verhaltensweisen vor, "trotz formeller Parteibefragung [der Klägerin] und wahrheitswidriger Aussage" kein Strafverfahren eingeleitet zu haben (Eingabe des Gesuchstellers vom 28. Oktober 2023 S. 1; dazu nachfolgende E. 3.3.1). Daneben wird geltend gemacht, dass die Gesuchsgegnerin im Zusammenhang mit den vom Gesuchsteller im März 2022 erstatteten Gefährdungsmeldungen keinerlei Anstalten gemacht habe, die [von der Klägerin] gegen den Gesuchsteller zu Unrecht erhobenen Vorwürfe abzuklären, "obwohl vom Beklagten ausdrücklich beantragt und trotz laufendem Kindsschutzverfahren, in denen die Untersuchungs- und Officialmaxime gilt" (Klageantwort S. 6; dazu nachfolgende E. 3.3.2).

3.3.1.

Beim Vorwurf des Gesuchstellers, die Gesuchsgegnerin habe "aus nicht nachvollziehbaren Gründen [...] auf die Einleitung eines Strafverfahrens" verzichtet, obwohl der Gesuchsteller erneut den Beweis habe erbringen können, dass die Klägerin entgegen ihrer Aussage unter Strafandrohung Rechnungen für ihre Nebenerwerbstätigkeit ausgefertigt habe und entsprechend einer Nebenerwerbstätigkeit nachgegangen sei, handelt es sich im Lichte der im Recht liegenden Akten um eine suggestive und auf jeden Fall arg verkürzte Wiedergabe des Sachverhalts:

Der von der Gesuchsgegnerin am 29. April 2021 erlassene Eheschutzentscheid wurde zwar mit Urteil des Obergerichts vom 18. Januar 2022 (E. 3.3.4.2) im Verfahren ZSU.2021.213 hinsichtlich des Einkommens der Klägerin aus selbständiger Nebenerwerbstätigkeit korrigiert. Jedoch kann allein aus dem Umstand, dass ein Urteil in einem Rechtsmittelverfahren abgeändert wird, nicht auf Befangenheit des Erstrichters geschlossen werden. Auf jeden Fall ist nicht ersichtlich bzw. wird vom Gesuchsteller nicht angegeben, dass bzw. wo die Klägerin im erstinstanzlichen Eheschutzverfahren einer Beweisaussage im Sinne von Art. 192 ZPO unterstellt worden wäre, in deren Rahmen sie sich überhaupt erst durch eine Falschaussage nach Art. 306 StGB hätte strafbar machen können.

Im vorliegenden Scheidungsverfahren (inkl. des Massnahmeverfahrens SF.2023.5) ist das Nebenerwerbseinkommen der Klägerin weiterhin Thema. Im Massnahmeverfahren (betreffend Herabsetzung Kinderunterhaltsbeiträge und Prozesskostenvorschuss) hat der Gesuchsteller diesbezüglich die Anordnung der Beweisaussage der Klägerin verlangt (Gesuchsantwort S. 4 im Verfahren SF.2023.5). Diesem Antrag folgend, hat die Gesuchsgegnerin an der Einigungsverhandlung vom 15. Juni 2023 die Klägerin zur Frage ihrer Nebenerwerbstätigkeit der

Beweisaussage nach Art. 192 ZPO unterstellt, nachdem die Klägerin bei der Parteibefragung angegeben hatte, ihre Firma und das dazugehörige Konto aufgelöst zu haben. Die Klägerin gab in der Beweisaussage an, wegen der Zeit mit den Kindern bzw. weil sie 70 % arbeite und die Kinder bei sich habe, keinen Nebenerwerb mehr auszuüben; sie habe "letztes Jahr nichts gearbeitet", weil sie dazu psychisch nicht fähig gewesen sei (Protokoll der Einigungsverhandlung vom 15. Juni 2023 S. 5 ff.). Es ist nicht ersichtlich, inwieweit die Klägerin sich dadurch einer falschen Beweisaussage im Sinne von Art. 306 StGB schuldig gemacht hätte, zumal diese Aussage auf das "letzte Jahr" vor der Befragung beschränkt war. Ausweislich ihres Geschäftskontos (Klagebeilage 15) hatte die Klägerin nämlich seit April 2022 – und damit seit bereits über einem Jahr – keine Zahlungseingänge von Kunden mehr zu verzeichnen. Zwar reichte der Gesuchsteller (anscheinend erst nach den Stellungnahmen der Parteivertreter zum Beweisergebnis, vgl. Protokoll der Einigungsverhandlung S. 16) eine weitere, von der Klägerin erst im 2023 ausgestellte Rechnung sowie eine ebenfalls 2023 unterbreitete Offerte ein. Die Gesuchsgegnerin nahm indes deshalb sogleich die Parteibefragung wieder auf, wobei die Klägerin durchaus nicht von vornherein unglaubwürdig ausführte, es habe sich bei der Rechnung um eine "Abschlussrechnung" für einen Kunden gehandelt, dem sie 2021 für das Texten einer Webseite eine (aktenkundige; vgl. Klagebeilage 22) Rechnung gestellt habe und der als Legastheniker angefragte habe, ob sie nach dem Wechsel der Webseite "drüberschauen" könne; hinsichtlich der Offerte gab sie ebenfalls nicht von vornherein unglaubwürdig an, dass diese eine Gestaltungsarbeit einer Grafikerin betroffen habe (Protokoll der Einigungsverhandlung S. 16 f.). Unter diesen Umständen hatte die Gesuchsgegnerin keine Veranlassung, bereits im Nachgang zur Einigungsverhandlung gegen die Klägerin Strafanzeige einzureichen. Vielmehr hat sie hinsichtlich des angeblichen Nebenerwerbseinkommens der Klägerin zunächst das Beweisverfahren durchzuführen. Sofern der Gesuchsteller der Ansicht ist, es bestünden ausreichend Indizien für eine falsche Beweisaussage der Klägerin, bleibt es ihm zudem unbenommen, selbständig Strafanzeige einzureichen.

Zusammenfassend ist nicht ersichtlich, inwieweit die Gesuchsgegnerin im Zusammenhang mit der Ermittlung des Nebenerwerbseinkommens der Klägerin den Anschein der Befangenheit gegenüber dem Gesuchsteller erweckt haben soll. Dies gilt umso mehr, als sie im Rahmen der Beweisaussage ausdrücklich die Auffassung äusserte, dass der Klägerin das vom Obergericht im Eheschutzentscheid angerechnete Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit von Fr. 400.00 wegen der Bindung an den obergerichtlichen Entscheid weiterhin angerechnet werden müsste, es sei denn, es bestünden veränderte Verhältnisse (Protokoll der Einigungsverhandlung S. 6). Noch weniger kann dem Gesuchsteller nach dem Gesagten in seiner Meinung gefolgt werden, das Befangenheit der

Gesuchsgegnerin indizierende Verhalten habe darin "gegipfelt", dass diese keine Strafanzeige gegen die Klägerin eingereicht habe (Eingabe des Gesuchstellers vom 28. Oktober 2023 S. 21).

3.3.2.

Was das angeblich Befangenheit manifestierende Verhalten der Gesuchsgegnerin im Rahmen der vom Gesuchsteller am 18. März 2022 erstatteten Gefährdungsmeldungen anbelangt, ist diesem Folgendes entgegenzuhalten:

Gestützt auf diese Meldungen wurden für beide Töchter der Parteien innert zwei Monaten Beistandschaften gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB errichtet (Entscheide vom 16. Mai 2022 in den Verfahren KEMN.2022.200 und KEMN.2022.201), nachdem ausweislich der Protokolle zu der von der Fachrichterin (*und nicht der Gesuchsgegnerin*) durchgeführten Verhandlung (S. 8) sich die Parteien "nach einer langen Diskussion" auf die Errichtung einer Beistandschaft hatten einigen können, ohne dass der Gesuchsteller noch weitere Massnahmen oder Abklärungen gefordert hätte. Nachdem dieser zudem auf die Ergreifung eines Rechtsmittels verzichtet hat, ist unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) nicht zu hören, wenn er nun im vorliegenden Ausstandsgesuch – ohne weitere Begründung – die Anordnung "einzig" einer Beistandschaft als ungenügend rügt und moniert, dass die KESB unter dem Vorsitz der Gesuchsgegnerin trotz Offerte aller möglicher Beweise nichts unternommen habe (vgl. Eingabe des Gesuchstellers vom 28. Oktober 2023 S. 5). In einem gerichtlichen Verfahren werden Abklärungen nicht ins Blaue hinein getätigt, sondern im Hinblick auf die konkret gestellten Rechtsbegehren bzw. verlangten Massnahmen.

4.

Die obergerichtliche Entscheidgebühr ist auf Fr. 500.00 festzusetzen (§ 8 VKD) und dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie wird mit dem von ihm in der gleichen Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Mangels Antrags ist der Klägerin keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Das Obergericht erkennt:

1.

Das Ausstandsgesuch wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Entscheidgebühr von Fr. 500.00 wird dem Gesuchsteller (Beklagten) auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

Zustellung an:
[...]

Rechtsmittelbelehrung:

Dieser Entscheid kann innert einer **Frist von 10 Tagen** seit seiner Zustellung beim **Justizgericht des Kantons Aargau**, Bahnhofstrasse 2, 5001 Aarau, mit **Beschwerde** angefochten werden (Art. 50 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 38 Abs. 1 lit. e GOG; Art. 321 Abs. 2 ZPO). Es gilt kein Stillstand der Fristen gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO (Art. 145 Abs. 2 ZPO). Die Beschwerde ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind – gesetzlich vorgesehene Ausnahmen vorbehalten – ausgeschlossen (Art. 326 ZPO).

Aarau, 20. November 2023

Obergericht des Kantons Aargau

Zivilgericht, 3. Kammer

Die Präsidentin:

Der Gerichtsschreiber:

Massari

Tognella