

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 634 50 53
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 17 502

Bern, 27. November 2017

Besetzung

Oberrichter Hurni (Referent), Oberrichter Schlup und Oberrichter
Trenkel
Gerichtsschreiberin von Hünenbein

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Gesuchstellerin/Beschwerdeführerin

gegen

C. _____
Gesuchsgegner/Beschwerdegegner

D. _____
Gegenpartei im Hauptverfahren

Gegenstand

Ausstand

Beschwerde gegen den Entscheid des Regionalgerichts Bern-
Mittelland vom 29. September 2017 (CIV 17 5246)



Regeste:

Stellungnahme einer abgelehnten Gerichtsperson im Ausstandsverfahren.

Dem Gesuchsteller steht weder gestützt auf Art. 49 Abs. 2 ZPO noch auf Art. 29 Abs. 2 BV ein Anspruch auf Einreichung einer Stellungnahme durch die abgelehnte Gerichtsperson zu. Der Gehörsanspruch des Gesuchstellers ist nur dann verletzt, wenn ihm eine *erfolgte* Stellungnahme nicht zur Kenntnisnahme und Replik zugestellt wird (E. 17.1 – 17.2).

Erwägungen:

I.

1. Vor dem Regionalgericht Bern-Mittelland ist zwischen der Klägerin A. _____ (nachfolgend Beschwerdeführerin) und der Beklagten D. _____ ein Verfahren betreffend Arbeitsrecht hängig (CIV 17 4931). Die Beschwerdeführerin klagte eine Leistungsentschädigung von CHF 30'000.00 netto ein.
2. Der zuständige Gerichtspräsident C. _____ (nachfolgend Beschwerdegegner) forderte die Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 18. August 2017 zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses in der Höhe von CHF 4'500.00 auf.
3. Daraufhin teilte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, Rechtsanwalt B. _____, dem Beschwerdegegner mit Schreiben vom 25. August 2017 mit, dass er aufgrund der Kostenlosigkeit arbeitsrechtlicher Verfahren mit einem Streitwert bis CHF 30'000.00 (Art. 114 lit. c der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]) vom Absehen eines Gerichtskostenvorschusses ausgehe.
4. Mit Verfügung vom 28. August 2017 forderte der Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin sodann zur Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe von CHF 5'500.00 auf.
5. In der Folge reichte die Beschwerdeführerin am 1. September 2017 ein Ausstandsgesuch gegen den Beschwerdegegner ein (pag. 1 ff.).
6. Der Abteilungsleiter der Zivilabteilung des Regionalgerichts Bern-Mittelland, Gerichtspräsident Zwahlen, setzte dem Beschwerdegegner mit Verfügung vom 4. September 2017 Frist bis zum 18. September 2017, um eine Stellungnahme zum Ausstandsgesuch einzureichen (pag. 17). Der Beschwerdegegner liess sich nicht vernehmen.
7. Mit Entscheid vom 29. September 2017 wies Gerichtspräsident Zwahlen das Ausstandsgesuch ab und schlug die Verfahrenskosten zur Hauptsache (pag. 25 ff.).

8. Gegen diesen Entscheid reichte die Beschwerdeführerin, wiederum vertreten durch Rechtsanwalt B._____, am 4. Oktober 2017 Beschwerde beim Obergericht des Kantons Bern ein. Sie beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben, Gerichtspräsident C._____ sei zum Ausstand im Verfahren CIV 17 4931 zu verpflichten und die Verfahrenskosten seien dem Kanton aufzuerlegen. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (pag. 41 ff.).
9. Mit Beschwerdeantwort vom 25. Oktober 2017 stellte der Beschwerdegegner Antrag auf Abweisung der Beschwerde, auf Bestätigung des angefochtenen Entscheids sowie auf Abweisung des Ausstandsgesuches vom 1. September 2017 (pag. 75 ff.).

II.

10. Ein Entscheid des Regionalgerichts über ein Ausstandsgesuch kann mit Beschwerde angefochten werden (Art. 50 Abs. 2 i.V.m. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO).
11. Für die Beurteilung der mit Beschwerde weitergezogenen Streitigkeiten sind die Zivilkammern des Obergerichts zuständig (Art. 4 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1] und Art. 28 Abs. 1 lit. a des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]).
12. Die weiteren Eintretensvoraussetzungen geben zu keiner Bemerkung Anlass. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

III.

13. Eine Gerichtsperson tritt in den Ausstand, wenn einer der in Art. 47 Abs. 1 ZPO erwähnten Ausstandsgründe gegeben ist.
14. Die Beschwerdeführerin beruft sich auf den Ausstandsgrund der Befangenheit gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO. In ihrem Ausstandsgesuch stellt sie sich auf den Standpunkt, der Beschwerdegegner habe bei der Festsetzung des Gerichtskostenvorschusses den Streitwert grob fehlerhaft und aktenwidrig ermittelt. Er erachte den Bruttolohn als massgeblich, obwohl hierzu noch kein Entscheid des Bundesgerichtes vorliege, und addiere entgegen Lehre und Rechtsprechung unter anderem den Arbeitgeberbeitrag. Die Unbefangenheit des Beschwerdegegners sei deshalb in Frage gestellt.
15. Die Vorinstanz verneinte den Anschein der Befangenheit. Im Rahmen der Verfahrensinstruktion habe der Richter den Streitwert zu ermitteln, um den Gerichtskostenvorschuss festzulegen. Aus der Begründung der Verfügung vom 28. August 2017 erhele, dass sich der Beschwerdegegner eingehend mit der Streitwertfestlegung auseinandergesetzt und nach dem Hinweis von Rechtsanwalt B._____ den mit Verfügung vom 18. August 2017 einverlangten Vorschuss noch einmal

überprüft habe. Eine nachträgliche Erhöhung des Kostenvorschusses sei möglich und zulässig. Dass er bei der Ermittlung des Streitwerts grob fehlerhaft vorgegangen sei, könne dem Beschwerdegegner nicht vorgeworfen werden. Der Begründung vom 28. August 2017 liessen sich keine Hinweise auf eine Voreingenommenheit entnehmen.

16. Vor Obergericht rügt die Beschwerdeführerin vorab eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, da die Vorinstanz auf einzelne ihrer Vorbringen nicht eingegangen sei und damit die Begründungspflicht verletzt habe.
 - 16.1 So habe die Vorinstanz unbeachtet gelassen, dass die Arbeitgeberbeträge bei der Ermittlung des Bruttolohns nicht zu berücksichtigen seien.
 - 16.2 Ausserdem fehlten im angefochtenen Entscheid Ausführungen zu ihrem Bedenken, dass der Beschwerdegegner wegen des Hinweises auf die aus ihrer Sicht unrichtige Streitwertberechnung eine Feindschaft oder eine innere (unbewusste) Abneigung gegen sie oder ihren Rechtsvertreter habe.
 - 16.3 Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101]) verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des Betroffenen tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt. Die Behörde darf sich in ihrem Entscheid auf die wesentlichen Gesichtspunkte und Leitlinien beschränken und braucht sich nicht mit jedem sachverhaltlichen oder rechtlichen Einwand auseinanderzusetzen (vgl. BGE 138 I 232 E. 5.1 S. 237; 135 III 670 E. 3.3.1 S. 677).
 - 16.4 Diese Grundsätze hat die Vorinstanz berücksichtigt. Insbesondere setzte sie sich mit der Frage der Berechnung des Streitwerts auseinander, soweit dies zur Ermittlung einer allfälligen Befangenheit des Beschwerdegegners relevant erscheint (E. 7 des angefochtenen Entscheids; pag. 29). Indem die Vorinstanz die Erhöhung des Kostenvorschusses als zulässig erachtete und keinen Ausstandsgrund feststellen konnte, verneinte sie auch den Anschein einer Feindschaft oder inneren Abneigung wegen des Hinweises von Rechtsanwalt B. _____ vom 25. August 2017. Eine ausdrückliche Abhandlung dieses Einwandes erwies sich daher als entbehrlich.
 - 16.5 Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs wegen mangelhafter Begründung verfährt nicht.
17. Die Beschwerdeführerin macht eine weitere Gehörsverletzung geltend, indem der abgelehnte Richter sich pflichtwidrig nicht habe vernehmen lassen. Zur Feststellung des Sachverhalts sei die Stellungnahme des Beschwerdegegners unentbehrlich. Der gesuchstellenden Partei stehe ein Anspruch auf Kenntnisnahme und Replik zu.
 - 17.1 Gemäss Art. 49 Abs. 2 ZPO nimmt die Gerichtsperson Stellung zum Ausstandsgesuch, das gegen sie eingereicht wurde. Die Stellungnahme dient einerseits der Abklärung des Sachverhalts, andererseits erhält die Gerichtsperson auf diese Weise die Möglichkeit, das Vorliegen eines Ausstandsgrundes zu akzeptieren oder zu bestreiten. Die abgelehnte Gerichtsperson hat zur Gesuchsbegründung in substantiierter Weise entweder in schriftlicher oder mündlicher Form Stellung zu nehmen

(Urteil des Bundesgerichtes [BGer] 5A_309/2016 vom 4. Oktober 2016 E. 6.1 m.H.). Die Stellungnahme bildet einen wesentlichen Akt im Ablehnungsverfahren, weshalb die gesuchstellende Partei nach Art. 29 Abs. 2 BV Anspruch auf Kenntnisnahme und Replik hat (vgl. Urteil des BGer 1P.125/2006 vom 24. März 2006 E. 2.2). Vom Einholen einer Stellungnahme kann abgesehen werden, wenn das urteilende Gericht das Ausstandsbegehren als rechtsmissbräuchlich (Urteil des BGer 5A_309/2016 vom 4. Oktober 2016 E. 6.1) oder offensichtlich unbegründet einstuft (Urteil des BGer 5A_600/2012 vom 16. November 2012 E. 2.2 f.; zum Ganzen: Urteil des BGer 5A_461/2016 vom 3. November 2016 E. 5.1).

- 17.2 Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz den Beschwerdegegner zur Einreichung einer Stellungnahme aufgefordert. Dieser liess sich jedoch nicht vernehmen. Damit liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, verlangt dieses in seiner Ausprägung als Anspruch auf Kenntnisnahme und Replik doch lediglich die Zustellung einer *erfolgten* Stellungnahme an den Gesuchsgegner; es verschafft aber keinen Anspruch darauf, dass auch tatsächlich eine Stellungnahme durch die abgelehnte Gerichtsperson erfolgt. Abgesehen davon wäre im vorliegenden Fall nicht einmal die Einholung einer Stellungnahme erforderlich gewesen, erwies sich das Ausstandsgesuch doch als offensichtlich unbegründet.
- 17.3 Selbst wenn man einen einfachrechtlichen Anspruch des Gesuchstellers auf Stellungnahme durch die abgelehnte Gerichtsperson direkt gestützt auf Art. 49 Abs. 2 ZPO bejahen wollte, zöge dessen Verletzung noch nicht ohne weiteres die Aufhebung des angefochtenen Entscheides nach sich. Verfahrensrecht ist nie Selbstzweck. Die fehlerhafte Anwendung einer Norm der ZPO kann daher nur dann zur Gutheissung eines Rechtsmittels führen, wenn dies für den Ausgang des Verfahrens kausal war, ausser der verletzten Regel komme formelle Natur zu (Urteil des BGer 4A_221/2015 vom 23. November 2015 E. 3.2). Dies trifft auf Art. 49 Abs. 2 ZPO nicht zu. Die Beschwerdeführerin legt weder dar noch ist ersichtlich, inwiefern sich die mangelnde Stellungnahme durch den Beschwerdegegner auf das Ergebnis des angefochtenen Entscheides ausgewirkt haben soll.
- 17.4 Die Beschwerdeführerin dringt mit ihrer Rüge der Gehörsverletzung auch in diesem Punkt nicht durch.
18. Schliesslich ist die Beschwerdeführerin der Ansicht, der Beschwerdegegner habe den Streitwert grob fehlerhaft ermittelt, weshalb er befangen erscheine. Ausserdem begründe die unterlassene Stellungnahme im vorinstanzlichen Verfahren einen weiteren Ausstandsgrund.
- 18.1 Richterliche Verfahrens- oder Einschätzungsfehler wie ein inhaltlich falscher Entscheid in der Sache oder Fehler in der Verhandlungsführung genügen in der Regel nicht, um Voreingenommenheit zu begründen. Nur ausnahmsweise können derartige Fehler 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 Richterplichten darstellen (BGE 138 IV 142 E. 2.3; 125 I 119 E. 3e; 116 Ia 135 E. 3a; 115 Ia 400 E. 3b; 114 Ia 153

E. 3b/bb; Urteile des BGer 4A_140/2012 vom 25. April 2012 E. 3.2.2; 4A_381/2009 vom 16. Oktober 2009 E. 3.2.2). Verfahrensmassnahmen, seien sie richtig oder falsch, vermögen als solche keinen objektiven Verdacht der Voreingenommenheit des Richters zu begründen, der sie verfügt hat (Urteile des BGer 4A_314/2010 vom 30. Juli 2010 E. 2; 1P.404/2005 vom 26. September 2005 E. 2.1; 1P.618/2003 vom 15. Januar 2004 E. 3).

- 18.2 Will sich die Beschwerdeführerin gegen allgemeine Verfahrensverstösse zur Wehr setzen, hat sie diese im hierfür vorgesehenen Rechtsmittelverfahren zu rügen. Soweit sie den einverlangten Gerichtskostenvorschuss bemängelt, hat sie ein entsprechendes Beschwerdeverfahren angestrengt. Auf den entsprechenden Entscheid kann verwiesen werden (Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern ZK 17 441 vom 30. Oktober 2017).
- 18.3 Inwiefern der Beschwerdegegner als befangen erscheinen soll, indem er sich vor der Vorinstanz nicht vernehmen liess, begründet die Beschwerdeführerin nicht näher. Für die Kammer ist kein Anschein der Befangenheit ersichtlich. Es kann keine schwere Verletzung richterlicher Pflichten erkannt werden.
- 18.4 Die Rügen der Beschwerdeführerin erweisen sich als unbegründet, die Vorwürfe der inneren Feindschaft und Ablehnung sowie der Befangenheit sind aus der Luft gegriffen.
- 19. Nach dem Dargelegten ist die Beschwerde abzuweisen.

IV.

- 20. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).
- 21. Die Gerichtskosten des oberinstanzlichen Verfahrens werden auf CHF 600.00 bestimmt (Art. 46 Abs. 1 des Verfahrenskostendekrets [VKD; BSG 161.12]) und der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Ihr wird hierfür separat Rechnung gestellt.
- 22. Es wird keine Parteientschädigung gesprochen.

Die Kammer entscheidet:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 600.00, werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Ihr wird hierfür separat Rechnung gestellt.
3. Es wird keine Parteientschädigung gesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - der Beschwerdeführerin
 - dem Beschwerdegegner

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz
- der Gegenpartei im Hauptverfahren

Bern, 27. November 2017

(Ausfertigung: 29. November 2017)

Im Namen der 2. Zivilkammer

Der Referent:

Oberrichter Hurni

Die Gerichtsschreiberin:

von Hünenbein

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Zwischenentscheid über den Ausstand kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert im Sinn von Art. 51 ff. BGG beträgt mehr als CHF 15'000.00.

Hinweis: Der Entscheid wurde bestätigt mit Urteil des Bundesgerichtes 4A_663/2017 vom 15. März 2018.