Urteilskopf

135 I 14

3. Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung i.S. X. gegen Y. (Beschwerde in Zivilsachen) 5A_201/2008 vom 6. Oktober 2008

Regeste (de):
Art. 30 Abs. 1 BV; Ablehnung eines Schiedsobmannes.

Die für die staatlichen Gerichte massgebenden Grundsätze sind auch bei privaten Schiedsgerichten anwendbar (E. 2).

Ein als Richter bzw. Schiedsrichter amtierender Anwalt erscheint nicht nur dann als befangen, wenn er in einem anderen Verfahren eine der Prozessparteien vertritt oder kurz vorher vertreten hatte, sondern auch dann, wenn ein solches Vertretungsverhältnis zu deren Gegenpartei im anderen Verfahren besteht bzw. bestand (Präzisierung der Rechtsprechung; E. 4.1-4.3).

Regeste (fr):
Art. 30 al. 1 Cst.; récusation d'un surarbitre.

Les principes généraux, applicables aux juridictions étatiques, doivent également être appliqués aux tribunaux arbitraux privés (consid. 2).

L'avocat qui exerce les fonctions de juge, respectivement d'arbitre, apparaît comme étant partial non seulement lorsque, dans le cadre d'une autre procédure, il représente ou a représenté récemment l'une des parties à la procédure dans laquelle il siège, mais également lorsqu'il représente ou a représenté la partie adverse de cette partie (précision de la jurisprudence; consid. 4.1-4.3).

Regesto (it):
Art. 30 cpv. 1 Cost.; ricusa di un superarbitro.

Ai tribunali arbitrali privati sono applicabili i medesimi principi valevoli per i tribunali statali (consid. 2).

Un avvocato che funge da giudice rispettivamente da arbitro non appare unicamente parziale se rappresenta o ha rappresentato poco tempo prima in un'altra procedura una delle parti, ma anche quando sussiste o sussisteva un tale rapporto di rappresentanza nei confronti di una loro controparte in un'altra procedura (precisazione della giurisprudenza; consid. 4.1-4.3).

Sachverhalt ab Seite 14

In einer der Schiedsgerichtsbarkeit unterstehenden Auseinandersetzung zwischen X. und der Stockwerkeigentümergemeinschaft W. wurde am 24. November 2005 Rechtsanwalt Y. durch den Gerichtspräsidenten 4 des Gerichtskreises X Thun zum Obmann des Schiedsgerichts ernannt.

BGE 135 I 14 S. 15

Mit Eingabe vom 22. Januar 2008 stellte X. beim Gerichtskreis X Thun das Begehren, es sei Rechtsanwalt Y. für befangen zu erklären und anzuweisen, in den Ausstand zu treten, und es seien die Parteischiedsrichter des Schiedsgerichts Stockwerkeigentümergemeinschaft W. anzuweisen, gemäss Schiedsabrede einen neuen Obmann einzusetzen. Zur Begründung brachte sie unter anderem vor, Rechtsanwalt Y. sei in einem anderen Rechtsstreit, an dem sie beteiligt sei, Vertreter der Gegenpartei. Der Gerichtspräsident 4 des Gerichtskreises X Thun wies das Ablehnungsgesuch am 26. Februar 2008 ab. Das Bundesgericht heisst die von X. erhobene Beschwerde in Zivilsachen gut und weist die Sache zu neuem Entscheid an den kantonalen Richter zurück.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Nach den von der Beschwerdeführerin angerufenen Bestimmungen von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK, die im einschlägigen Punkt dieselbe Tragweite haben, hat der Einzelne Anspruch darauf, dass seine Sache von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird (BGE 133 I 1 E. 5.2 S. 3 mit Hinweisen). Liegen bei objektiver Betrachtungsweise Gegebenheiten vor, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen, so ist die Garantie des verfassungsmässigen Richters verletzt (BGE 131 I 113 E. 3.4 S. 116 mit Hinweisen). Die dargelegten Grundsätze gelten nicht nur bei staatlichen Gerichten, sondern auch bei privaten Schiedsgerichten, deren Entscheide denjenigen der staatlichen Instanzen hinsichtlich Rechtskraft und Vollstreckbarkeit gleichstehen und die deshalb dieselbe Gewähr für eine unabhängige Rechtsprechung bieten müssen (BGE 119 II 271 E. 3b S. 275 mit Hinweisen). (...)

4. (...)

4.1 Das Bundesgericht hatte sich verschiedentlich mit der Problematik der Unvoreingenommenheit von (nebenamtlichen) Richtern zu befassen, die in einem anderen Verfahren mit einer der Prozessparteien in besonderer Weise verbunden waren: In BGE 116 Ia 485 ff. war es darum gegangen, dass an der Beurteilung der Rechtmässigkeit einer von der Stadt Zürich erlassenen

BGE 135 I 14 S. 16

Verordnung durch das kantonale Verwaltungsgericht zwei nebenamtliche Richter teilgenommen hatten, die zur Stadt Zürich in Mandatsverhältnissen gestanden hatten. Das Bundesgericht erklärte, ein als Richter amtender Anwalt erscheine befangen, wenn zu einer Partei ein noch offenes Mandat bestehe oder er für eine Partei in dem Sinne mehrmals anwaltlich tätig geworden sei, dass eine Art Dauerbeziehung bestehe; zu bedenken sei insbesondere, dass ein Anwalt auch ausserhalb seines Mandats versucht sein könne, in einer Weise zu handeln, die seinen Klienten ihm gegenüber weiterhin gut gesinnt sein lasse; ohne Bedeutung sei, dass die Mandate

nicht in einem Sachzusammenhang mit dem zu beurteilenden Streitgegenstand stünden. Den Anschein der Befangenheit bejahte das Bundesgericht bezüglich des einen Richters, der noch während des laufenden Verfahrens für die Stadt Zürich mit einer Bausache ein Anwaltsmandat innegehabt hatte. Als fragwürdig bezeichnete es die Mitwirkung des anderen Richters, der vor nicht langer Zeit verschiedentlich für Amtsstellen der Stadt Zürich tätig gewesen sei, doch brauche darüber nicht abschliessend befunden zu werden, da jener inzwischen als Verwaltungsrichter zurückgetreten sei (BGE 116 Ia 485 E. 3b S. 489 f. mit Hinweis). Sodann hat das Bundesgericht die von einer Gemeinde wegen der Mitwirkung eines in der Gemeinde selbst eine Kanzlei führenden Anwalts als nebenamtlicher Richter am Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts in einem Baubewilligungsverfahren erhobene Rüge der Verletzung von Art. 58 aBV verworfen. Dem Vorbringen der Gemeinde, der in Baufragen spezialisierte Anwalt und Rechtskonsulent eines privaten Bauberatungsbüros könnte ganz allgemein geneigt sein, die Interessen der privaten Bauherren bei der Entscheidfindung vorrangig zu berücksichtigen, wurde dabei entgegengehalten, von einem nebenamtlichen Richter könne erwartet werden, dass er zwischen seiner amtlichen Funktion und seiner privaten beruflichen Tätigkeit zu unterscheiden vermöge; soweit ersichtlich, sei zwischen der Gemeinde und dem abgelehnten nebenamtlichen Richter weder ein Zivilprozess noch ein anderes Verfahren hängig, in dem dieser persönlich Partei wäre (Urteil 1P.665/1991 vom 15. Mai 1992, E. 3c, publ. in: ZBl 94/1993 S. 86 f.). Gleich hat das Bundesgericht - trotz gewisser Bedenken - in einem ebenfalls das Zürcher Verwaltungsgericht betreffenden Urteil entschieden, an dem eine nebenamtliche Richterin mitgewirkt hatte, die kurz zuvor in einem anderen Prozess desselben Beschwerdeführers als Rechtsanwältin

die dort beteiligte Gemeinde vertreten hatte (Urteil 1P.113/1996 vom 29. April 1996, E. 1). Allerdings hiess der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine hiergegen eingereichte Beschwerde gut (Urteil i.S. Wettstein gegen Schweiz vom 21. Dezember 2000, Recueil CourEDH 2000-XII S. 416 Ziff. 47 f.). In einem Urteil vom 17. März 1998 (1P.76/1998, E. 2) fasste das Bundesgericht seine Rechtsprechung dahin zusammen, dass ein als Richter amtender Anwalt als befangen erscheine, wenn zu einer Partei ein noch offenes Mandat bestehe oder wenn er für eine Partei mehrmals oder kurze Zeit vorher anwaltlich tätig geworden sei.

4.2 Zu dem in ZBl 94/1993 S. 84 ff. abgedruckten Urteil erwuchs in der Literatur insofern Kritik, als JÖRG PAUL MÜLLER (Staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1992 und 1993, in: ZBJV 131/1995 S. 758 f.) erklärte, dass entgegen der Auffassung des Bundesgerichts die Problematik einer Dauerbeziehung zu prüfen und somit abzuklären gewesen wäre, ob der betreffende Anwalt durch seine regelmässigen Beratungen und Vertretungen von Gegenparteien der Gemeinde mit dieser nicht in einer Art negativen Dauerbeziehung stehe; genauso wie die wiederholte Vertretung einer Partei die Gefahr in sich berge, dass der Anwalt auch in seiner Eigenschaft als Richter als zu deren Gunsten voreingenommen erscheine, bestehe das Risiko, dass er durch wiederholte anwaltliche Mandate für Gegenparteien in stets analogen Interessenkonstellationen als Richter gegenüber der Gemeinde befangen sei. Bemerkt wurde ausserdem, dass der im erwähnten Entscheid geäusserten Auffassung des Bundesgerichts auch insofern nicht uneingeschränkt beizupflichten sei, als der Anschein der Befangenheit nicht erst dann vorliege, wenn ein Richter persönlich Partei in einem anderen Verfahren sei; es müsse vielmehr genügen, dass ein Richter eine der Parteien in einem anderen hängigen Verfahren als Anwalt vertrete, um ihn als nicht mehr unabhängig erscheinen zu lassen. Kritik an der bundesgerichtlichen Betrachtungsweise übt auch REGINA KIENER (Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 111 f., und Anwalt oder Richter? - Eine verfassungsrechtliche Sicht auf die Richtertätigkeit von Anwältinnen und Anwälten, in: Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich 2005, S. 16), indem sie die Unterscheidung zwischen Mandaten als Anwalt einer am Verfahren direkt beteiligten Partei und solchen als Gegenanwalt als nicht sachgerecht bezeichnet: Die Befürchtung einer Befangenheit werde sich vor allem dann aufdrängen, wenn der nunmehrige

Richter einer aktuellen Verfahrenspartei vor kurzem als damaliger Gegenanwalt unterlegen sei (vgl. auch PATRICK SUTTER, Der Anwalt als Richter, die Richterin als Anwältin, Probleme mit der richterlichen Unabhängigkeit und den anwaltlichen Berufsregeln, in: AJP 2006 S. 38 Ziff. 2.5).

4.3 Rechtsanwalt Y. stand und steht allenfalls noch immer in einem Mandatsverhältnis zu Z., Gegenpartei der Beschwerdeführerin in einem anderen Verfahren. Ist ein als Richter amtierender Anwalt in einem anderen noch offenen Verfahren der Vertreter einer der beteiligten Prozessparteien selbst oder wurde ein Verfahren, in dem ein solches Vertretungsverhältnis bestanden hatte, erst kurz vor Fällung des strittigen Entscheids abgeschlossen, kann der in Frage stehende Richter, wenn auch unbewusst, versucht sein, seinen Mandanten nicht durch einen für diesen ungünstigen Entscheid vergrämen zu wollen. Vertritt bzw. vertrat der Richter im anderen Verfahren nicht die Prozesspartei selbst, sondern deren Gegenpartei, so besteht insofern ein Anschein der Befangenheit, als erstere befürchtet, der Richter könnte nicht zu ihren Gunsten, d.h. zu Gunsten der Gegenpartei seines Mandanten im anderen Verfahren, entscheiden wollen. Zwar ist richtig, dass von einem Anwalt, der als (nebenamtlicher) Richter oder als Schiedsrichter tätig ist, sollte erwartet werden können, dass er zwischen seiner amtlichen und seiner beruflichen Tätigkeit zu unterscheiden weiss, und es sollte somit davon ausgegangen werden können, dass das Mandat, das in einem anderen Verfahren zu Gunsten der Gegenpartei besteht oder bestanden hatte, ihn nicht daran hindert, als Richter im fraglichen Prozess beiden Seiten gleichermassen Gerechtigkeit widerfahren zu lassen. Von Bedeutung ist indessen, ob der Richter - objektiv gesehen - als befangen erscheinen könne. In diesem Zusammenhang ist auf die Erfahrungstatsache hinzuweisen, dass eine Prozesspartei ihre negativen Gefühle gegenüber der Gegenpartei oft auf deren anwaltlichen Vertreter überträgt, unterstützt doch dieser jene in der Auseinandersetzung mit ihr. Für viele Parteien gilt deshalb der Anwalt der Gegenpartei ebenso als Gegner wie die Gegenpartei selbst, umso mehr, als er als der eigentliche Stratege im Prozess wahrgenommen wird. Es ist deshalb nachvollziehbar, dass eine Partei von einem Richter, der sie in einem anderen Verfahren als Vertreter der Gegenpartei bekämpft(e) und sie - aus ihrer Sicht - möglicherweise um ihr Recht bringen wird oder gebracht hat, nicht erwartet, er werde ihr plötzlich völlig unbefangen gegenübertreten. Die vom

vorinstanzlichen Richter angerufene Rechtsprechung ist im Sinne dieser Überlegungen zu präzisieren. Dass Rechtsanwalt Y. im anderen Verfahren Anwalt einer Gegenpartei der Beschwerdeführerin ist bzw. war, steht dem von dieser geltend gemachten Anschein der Befangenheit somit nicht entgegen. Vielmehr lässt das fragliche Mandat Rechtsanwalt Y. unfähig erscheinen, als Obmann in dem in Frage stehenden Schiedsverfahren mitzuwirken.