

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RA180002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,  
Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. Ch. Büchi

## **Beschluss vom 11. Juni 2018**

in Sachen

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

Beklagte, Widerklägerin und Beschwerdeführerin

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

gegen

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

Kläger, Widerbeklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung (Ausstand)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts am Arbeitsgericht  
Zürich, 1. Abteilung, vom 29. Januar 2018 (AH160135-L)**

## **Erwägungen:**

### 1. Ausgangslage

1.1. Die Beklagte ist eine in Zürich domizilierte Aktiengesellschaft und bezweckt den Betrieb eines Baugeschäftes. Seit dem 1. April 2014 stand der Kläger als "Bau-Facharbeiter B" in ihren Diensten. Bei den Akten liegen zwei Arbeitsverträge; der eine datiert vom 24. April 2014 und der andere vom 21. Januar 2016 (Urk. 4/5/3-4). Das Arbeitsverhältnis untersteht dem Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe. Durch Schreiben der Beklagten vom 21. März 2016 wurde der Kläger fristlos entlassen (Urk. 4/5/31).

1.2. Mit Rechtsschrift vom 1. September 2016 (Urk. 4/1) machte der Kläger unter Beilage der Klagebewilligung vom 13. Juni 2016 (Urk. 4/3) beim Arbeitsgericht Zürich (Einzelgericht) eine Klage für die Beträge von Fr. 18'243.10 brutto und Fr. 11'290.00 netto sowie für Fr. 103.00 Betreibungskosten anhängig. Das Einzelgericht behandelte die Sache im vereinfachten Verfahren. Es fanden die folgenden wesentlichen weiteren Prozesshandlungen statt:

- 6.9.2016: Fristansetzung (Beklagte) für Stellungnahme durch Bezirksrichter lic. iur. Jucker, Präsident des Arbeitsgerichts, als Einzelrichter (Urk. 4/6);
- 11.10.2016: erste Stellungnahme der Beklagten, Nichteintretensantrag (Urk. 4/10);
- 14.11.2016: Abweisung des Nichteintretensantrages der Beklagten durch Einzelrichter lic. iur. Jucker (Urk. 4/17);
- 4.1.2017: Zweite Fristansetzung (Beklagte) für Stellungnahme durch Einzelrichter lic. iur. Jucker (Urk. 4/19);
- 20.1.2017: Stellungnahme der Beklagten mit Widerklagebegehren (Urk. 4/21);
- 25.1.2017: Fristansetzung (Kläger) für Stellungnahme zur Widerklage durch Einzelrichter lic. iur. Jucker (Urk. 4/24);
- 17.2.2017: Stellungnahme des Klägers zur Widerklage (Urk. 4/29);
- 22.5.2017: Hauptverhandlung, Bezirksrichterin Dr. C.\_\_\_\_\_, Präsidentin des Arbeitsgerichts, als Einzelrichterin (Prot. I S. 9 - 15);
- 11.7.2017: Beweisverfügung durch Einzelrichterin Dr. C.\_\_\_\_\_ (Urk. 4/34);

- 12.9.2017: Verfügung betreffend Ergänzung der Beweisverfügung vom 11.7.2017 (Urk. 4/44);
- 13.11.2017: Beweisverhandlung (Prot. I S. 27 - 30), wobei die folgenden Personen befragt wurden:
  - o Parteibefragung des Klägers (Urk. 4/54);
  - o Parteibefragung von D.\_\_\_\_\_ (Urk. 4/55);
  - o Zeugenbefragung von E.\_\_\_\_\_ (Urk. 4/56).

2. Das Ausstandsgesuch gegen Einzelrichterin Dr. C.\_\_\_\_\_ (einschliesslich Verlauf des Beschwerdeverfahrens)

2.1. Anlässlich der Beweisverhandlung vom 13. November 2017 stellte die Beklagte durch ihren Anwalt gegen Einzelrichterin Dr. C.\_\_\_\_\_ ein Ausstandsgesuch. Zuvor hatte die Einzelrichterin die beiden Parteibefragungen sowie die Zeugenbefragung von E.\_\_\_\_\_ vorgenommen. Nach diesen Beweismassnahmen stellte der Kläger durch seine Vertreterin zu bestimmten Beweissätzen ergänzende Beweisanträge. Gegen diese neuen Beweisanträge erhob die Beklagte "Einspruch", worauf die Einzelrichterin unter Hinweis auf "Art. 229 i.V.m. 247 ZPO" dennoch eine entsprechende Anpassung der Beweisverfügung in Aussicht stellte. Das war dann für die Beklagte der Anlass für das Ausstandsgesuch. Zur Begründung ihres Gesuchs führte sie an, dass ihr seit Beginn der Hauptverhandlung nicht die gleiche Möglichkeit wie dem Kläger eingeräumt worden sei, sich zur Sache zu äussern. Schon anlässlich der Vergleichsgespräche nach der Hauptverhandlung habe sie "den starken und deutlichen Eindruck gehabt, dass das Urteil in dieser Sache bereits gefällt worden sei." Anlässlich der Beweisverhandlung vom 13. November 2017 sei der Kläger von der Einzelrichterin "sehr lange und in jeder Einzelheit persönlich befragt worden." Es sei dem Kläger trotz des Einwandes des Rechtsvertreters der Beklagten gestattet worden, sich zu nicht gestellten Fragen und ohne Grundlage eines entsprechenden Beweissatzes ausführlich in ehrverletzender Weise über den Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten, D.\_\_\_\_\_, zu äussern (Prot. I S. 29).

Noch am 13. November 2017 teilte der Vertreter der Beklagten dem Arbeitsgericht per E-Mail mit, er werde das Ausstandsgesuch gegen die Einzelrichterin Dr. C.\_\_\_\_\_ "noch diese Woche schriftlich nachbegründen"(Urk. 4/58). Mit Eingangs-

be vom 15. November 2015 (Urk. 4/62) erfolgte diese "Nachbegründung". Die Beklagte erneuerte dort ihr Ausstandsgesuch gegen Einzelrichterin Dr. C.\_\_\_\_\_ und ergänzte dessen Begründung.

2.2. In ihrer Stellungnahme vom 27. November 2017 (Urk. 4/64) verneinte Dr. C.\_\_\_\_\_ das Vorliegen eines Ausstandsgrundes. Sie verlangte die Abweisung des Ausstandsgesuchs. Die Beklagte nahm mit Eingabe vom 17. Januar 2018 dazu Stellung (Urk. 4/72).

2.3. Die Beurteilung des Ausstandsgesuchs wurde Bezirksrichterin lic. iur. Zefferer Stocker, Präsidentin des Arbeitsgerichts, übertragen. Mit Verfügung vom 29. Januar 2018 wurde das Ausstandsgesuch abgewiesen (Urk. 2).

2.4. Gegen die ihr am 30. Januar 2018 zugestellte Verfügung betreffend Abweisung des Ausstandsgesuchs erhob die Beklagte mit Eingabe vom 7. Februar 2018 Beschwerde mit den folgenden Anträgen (Urk. 1):

- "1. Die Verfügung vom 29. Januar 2018 der Präsidentin der 1. Abteilung des Arbeitsgerichts Zürich im Geschäft Nr. AH160135 sei aufzuheben, und die Vorinstanz sei anzuweisen, das betreffende Verfahren einem anderen Einzelrichter einer anderen Gerichts-Abteilung zum Fortführen zu übertragen;
2. eventualiter sei die Sache zu neuer Beurteilung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
3. dieser Beschwerde sei im Hinblick auf ein Fortführen des Verfahrens durch die Vorinstanz in der Sache selbst aufschiebende Wirkung zu erteilen."

Mit Verfügung vom 8. Februar 2018 trat die Kammerpräsidentin auf das Gesuch der Beklagten um aufschiebende Wirkung nicht ein (Urk. 3). Am 19. Februar 2018 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (Urk. 5). Innert Frist ging indessen keine Beschwerdeantwort ein.

### 3. Prozessuales

3.1. Wird, wie hier, ein Ausstandsgesuch durch die abgelehnte Gerichtsperson bestritten, entscheidet gemäss Art. 50 Abs. 1 ZPO das Gericht über dieses Gesuch. Das geschah hier durch den angefochtenen, am 29. Januar 2018 ergangenen Entscheid (Urk. 2). Gemäss gesetzlicher Vorschrift ist dieser Entscheid mit

der Beschwerde anfechtbar (Art. 319 lit. b Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 50 Abs. 2 ZPO). Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage (Art. 321 Abs. 2 ZPO). Die Beschwerde ist rechtzeitig und zulässig.

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Es gilt das Rügeprinzip (ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDT, Art. 321 N 15), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Was nicht in dieser Weise gerügt wird, hat Bestand. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Verweisungen auf die Rechtsschriften des vorinstanzlichen Verfahrens sind unzulässig und damit unbeachtlich.

3.2. Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung die Rügen der Beklagten als "haltlos" bezeichnet (Urk. 2 S. 12 E. 6.7). Das nimmt die Beklagte zum Anlass, um mit der Beschwerde vorzutragen, dass aus diesem Grunde ihr Vertrauen in "eine neuerliche Entscheidung" durch die Vorinstanz nicht mehr gegeben sei. Daher werde "ein Prüfen und Beurteilen der Sache gleich direkt durch das Obergericht" beantragt (Urk. 1 Rz 5.5).

Klarzustellen ist, dass die Beklagte ein Ausstandsgesuch zwar gegen Bezirksrichterin Dr. C.\_\_\_\_\_, nicht aber gegen Bezirksrichterin Zefferer Stocker, welche die angefochtene Verfügung erlassen hat, gestellt hat. Bezüglich der Art ihres Entscheides ist für die Beschwerdeinstanz Art. 327 ZPO alleinige Richtschnur. Die von der Beklagten gegen Bezirksrichterin Zefferer Stocker vorgetragenen Bedenken spielen daher für die Beschwerdeinstanz keine Rolle.

3.3. Die Beklagte bezeichnet in ihrer Beschwerde ihren Verwaltungsratspräsidenten D.\_\_\_\_\_ als "Beschwerdeführer" bzw. "faktischen Beschwerdeführer" (Urk. 1 Rz 4 und 5.2). Ein Laie mag das zwar so empfinden; prozessual ist D.\_\_\_\_\_ aber nicht Prozesspartei, sondern Dritter.

3.4. Ihre Eingabe an die Vorinstanz vom 15. November 2017 (Urk. 4/62) bezeichnet die Beklagte in ihrer Beschwerde als "Beschwerdeschrift" (Urk. 1 Rz 5.2). Bei dieser Rechtsschrift handelt es sich indessen nicht um eine Beschwerdeschrift, sondern um die ergänzende Begründung des Ausstandsgesuchs gemäss Art. 49 ZPO. Demgegenüber hat die Beschwerdeinstanz einzig auf Grund der Beschwerdeschrift vom 7. Februar 2018 zu prüfen, ob ein Beschwerdegrund vorliegt.

3.5. Der angefochtene Entscheid setzt sich an einer einzigen Stelle mit einer von der Beklagten behaupteten unvollständigen Protokollierung der Beweisverhandlung auseinander (Urk. 2 S. 9 E. 6.1). Demgegenüber rügt die Beklagte mit ihrer Beschwerde – notabene in roter Schrift – eine ganze Reihe von weiteren angeblichen Protokollfehlern, ohne dass aber dargetan würde, dass solches schon zum Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens gemacht worden wäre. Im Beschwerdeverfahren herrscht indessen ein absolutes Novenverbot (Art. 326 Abs. 1 ZPO), so dass auf die angeblichen zahlreichen Mängel des Protokolls schon aus diesem Grunde nicht näher einzugehen ist. Davon abgesehen, ist das Protokoll eine öffentliche Urkunde, welche gemäss Art. 179 ZPO für die durch sie bezeugten Tatsachen – unter dem Vorbehalt einer Protokollberichtigung gemäss Art. 235 Abs. 3 ZPO – vollen Beweis erbringt. Die bei den Akten liegenden Protokolle sind für die Beschwerdeinstanz daher massgebend. Protokollberichtigungen wurden weder vom Gericht veranlasst noch je von einer Partei verlangt.

#### 4. Die Beurteilung der Beschwerdegründe

4.1. Nach Art. 30 Abs. 1 Satz 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Es soll garantiert werden, dass auf das gerichtliche Urteil keine sachfremden Umstände, die ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zugunsten oder zulasten einer Partei einwirken. Art. 30 Abs. 1 BV soll zu der für einen korrekten und fairen Prozess erforderlichen Offenheit des Verfahrens im Einzelfall beitragen und damit ein gerechtes Urteil ermöglichen (BGE 140 III 221 E. 4.1 S. 221; 139 III 433 E. 2.1.2 S. 435 f.; 139 III 120 E. 3.2.1 S. 124; 138 I 1 E.

2.2 S. 3; je mit Hinweisen). Die Garantie des verfassungsmässigen Richters wird bereits verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Voreingenommenheit und Befangenheit in diesem Sinne werden nach der Rechtsprechung angenommen, wenn im Einzelfall anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände Gegebenheiten aufscheinen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Solche Umstände können in einem bestimmten Verhalten des betreffenden Richters oder in gewissen äusseren Umständen funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein (BGer 4A\_118/2016 vom 15. August 2016, E. 3.3). Gewährleistet sein muss, dass der Prozess aus der Sicht aller Beteiligten als offen erscheint (BGE 134 I 1 E. 6.2).

Art. 47 Abs. 1 ZPO zählt in den Buchstaben a bis f exemplifizierend mögliche Ausstandsgründe von Gerichtspersonen auf. Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO enthält sodann abschliessend eine Generalklausel. Gemäss dieser liegt ein Ausstandsgrund vor, wenn die Gerichtsperson "aus *anderen Gründen ... befangen sein könnte*." Unter diese Bestimmung kann das richterliche Verhalten im Prozess fallen (ZK ZPO-WULLSCHLEGER, Art. 47 N 33). Allerdings sind fehlerhafte Verfahrenshandlungen von Gerichtsperson nicht dazu geeignet, einen Ausstandsgrund anzunehmen, es wäre denn, es lägen besonders krasse Irrtümer vor, die eine schwere Verletzung der Amtspflicht darstellten (BGE 141 IV 178 E. 3.2.3). In aller Regel genügt es nämlich, wenn Verfahrensfehler auf dem Rechtsmittelweg gerügt und korrigiert werden können. Das gilt z.B. auch bei willkürlicher Würdigung der Beweise. Wird den Parteien im Rahmen von Vergleichsverhandlungen eine provisorische Einschätzung der Prozesschancen dargelegt, entsteht jedenfalls dann kein Anschein der Voreingenommenheit, wenn die vorläufige Auffassung mit der nötigen Zurückhaltung und unter dem Vorbehalt der förmlichen Streitentscheidung zum Ausdruck gebracht wird (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2.A., Rz 2.37). Das heisst aber nicht, dass die Parteien in Vergleichsverhandlungen nicht dennoch seitens des Gerichts unter einen gewissen Druck geraten können, was insbesondere bei anwaltlich vertretenen Parteien gemeinhin hinzunehmen ist. Auch wenn das Gericht in Vergleichsgesprächen zum

Nutzen beider Parteien einen solchen mehr oder weniger sanften Druck ausüben mag, muss dennoch unter objektiven Gesichtspunkten für beide Parteien stets klar sein, dass das Gericht ein neutraler Mittler bleibt.

4.2. Die Beklagte beruft sich mit ihrer Beschwerde einzig auf den Ausstandsgrund des Anscheins der Befangenheit (Urk. 1 Rz 5.2). Wer dies tut, hat die den Ausstand begründenden Tatsachen glaubhaft zu machen (Art. 49 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Glaubhaft machen ist mehr als blosses Behaupten und weniger als Beweisen. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache immerhin schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 140 III 610 E. 4.1). Zur "Veranschaulichung" wird in der Literatur das Beweismass des Glaubhaftmachens mit 51% oder mehr angegeben (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2.A., Rz 9.166).

4.3. Die Vorinstanz setzt sich im angefochtenen Entscheid mit den Vorbringen der Beklagten auseinander, aus denen diese den Anschein der Befangenheit ableitet. So geht die Vorinstanz auf die Ausführungen der Beklagten ein, wonach die abgelehnte Einzelrichterin bei ihren Befragungen im Rahmen des Beweisverfahrens nicht auf die Beweissätze der Beweisverfügung vom 11. Juli 2017 (Urk. 4/34) Bezug genommen habe (Urk. 2 S. 9 E. 6.1), dass sie Fragen gestellt habe, die keinen erkennbaren Bezug zu den Beweissätzen gehabt hätten und dass sie bei Widersprüchen nicht nachgehakt habe (Urk. 2 S. 9 f. E. 6.2). Ferner setzte sich die Vorinstanz mit dem Einwand der Beklagten auseinander, dass sie die Verhandlungsführung der Einzelrichterin "als offenkundig parteilich zugunsten des Klägers erlebt" habe (Urk. 2 S. 10 E. 6.3). Die von der Vorinstanz der Beklagten in diesem Zusammenhang erteilten Antworten sind richtig; auf den angefochtenen Entscheid ist zu verweisen. Was die Beklagte dagegen mit der Beschwerde vorbringt, dringt nicht durch:

4.3.1. Mit der Beschwerde wird erneut ausführlich die Befragungstechnik der Einzelrichterin in Frage gestellt. Gerügt wird dabei, dass die Einzelrichterin den Kläger im Rahmen der Parteibefragung frei habe reden lassen und bei Widersprüchen nicht nachgehakt habe. Ferner wirft die Beklagte der Einzelrichterin vor,

dass sie nicht interveniert habe, als der Kläger im Rahmen seiner Befragung den Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten "ehrenrührig und wahrheitswidrig" "strafrechtlich relevant diskreditieren" konnte (Urk. 1 Rz 6.1 und 6.2).

Die Befragungstechnik beschlägt das richterliche Handwerk und hat mit der Frage der Befangenheit nichts zu tun. Offene Fragestellungen im Rahmen von Beweisverfahren sind jedenfalls nicht einfach falsch, wie die Beklagte zu meinen scheint. Sie hat denn auch in ihrer ergänzenden Begründung zum Ausstandsgesuch auf die in der Literatur beschriebene sog. "Trichtertechnik" hingewiesen; in der von der Beklagten selber in diesem Zusammenhang zitierten Literatur wird jedenfalls zu Beginn von gerichtlichen Befragungen eine offene Fragestellung propagiert (vgl. Urk. 4/62 S. 5). Ob die von der Einzelrichterin vorgenommene Befragung zweckmässig war und damit als Grundlage für ein Urteil taugt oder nicht, wird dereinst das Sachgericht beantworten müssen. Sache der Beschwerdeinstanz ist das jedenfalls nicht. Dass der Kläger im Laufe seiner Befragung durch die Einzelrichterin dem Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten strafbare Handlungen vorwarf, liegt einzig in seiner Verantwortung und nicht in derjenigen der Einzelrichterin. Die Frage sodann, ob und in welcher Weise ein sog. überschüssendes Beweisergebnis prozessual verwertet werden kann, ist eine Rechtsfrage, die gegebenenfalls wiederum vom Sachgericht zu entscheiden sein wird. Auch das ist eine Frage, die mit der Befangenheit der amtierenden Einzelrichterin nichts zu tun hat. Eine Frage des richterlichen Ermessens ist sodann, ob im Rahmen eines Beweisverfahrens befragte Personen während der Vernehmung unterbrochen werden sollen, wenn sie abschweifen, oder ob bei solchem Aussageverhalten den befragten Personen vielmehr Gelegenheit gegeben werden soll auszureden. Auf derartiges Aussageverhalten sind seitens des einvernehmenden Richters durchaus sehr unterschiedliche zulässige Reaktionen denkbar.

4.3.2. Die Beklagte ist der Auffassung, dass die Verhandlungsführung der Einzelrichterin zu einem unfairen Verfahren geführt habe. So habe die Einzelrichterin den Anwalt der Beklagten bei seinen Ergänzungsfragen an den Kläger unter "stetigen Zeitdruck" gesetzt (Urk. 1 S. 4 und S. 7), nach jeder Frage "entnervt" ge-

fragt, ob noch weitere Fragen gestellt würden, obwohl der Anwalt der Beklagten "noch viele Ergänzungsfragen" in Aussicht gestellt habe (Urk. 1 S. 6).

Dass die Tonalität der Einzelrichterin dem Anwalt der Beklagten gegenüber unangemessen gewesen sein soll, wird von der Beklagten nur mit ganz knappen Worten behauptet und schon gar nicht im Sinne von Art. 49 Abs. 1 Satz 2 ZPO glaubhaft gemacht, so dass dieser Aspekt nicht weiter zu interessieren vermag. Im Übrigen ist es Sache des Gerichts und nicht der Parteivertreter, die Verhandlung zu leiten. Dabei gelten die Regeln über die Zeugenbefragung auch für die Parteibefragung (vgl. Art. 193 ZPO). Ergänzungsfragen der Parteien werden daher sowohl bei Zeugenbefragungen als auch bei Parteibefragungen grundsätzlich über das Gericht gestellt; und stellen die Parteien Ergänzungsfragen direkt, so bedarf das der Bewilligung des Gerichts, die jederzeit zurückgezogen werden kann (Art. 173 ZPO). Es war daher die Pflicht der Einzelrichterin, die Ergänzungsfragen der Parteien nicht einfach schrankenlos zuzulassen. Fest steht jedenfalls, dass sich die Beklagte in der fraglichen Beweisverhandlung nicht dazu veranlasst gesehen hat, im Sinne von Art. 176 ZPO Abs. 1 Satz 2 ZPO abgelehnte Ergänzungsfragen zu Protokoll nehmen zu lassen. Daraus ist zu schliessen, dass es in der fraglichen Beweisverhandlung im Zusammenhang mit Ergänzungsfragen zu keinen Konflikten gekommen ist.

4.3.3. Anlässlich der Beweisverhandlung vom 13. November 2017 leistete der Zeuge F.\_\_\_\_\_ der gerichtlichen Vorladung keine Folge. In der Folge fragte die Einzelrichterin den Anwalt der Beklagten, ob die Beklagte "am Zeugen F.\_\_\_\_\_ festhalten möchte", was der Anwalt der Beklagten bejahte (Prot. I S. 28). Auch in diesem Vorgang sieht die Beklagte einen Beleg für den Anschein der Befangenheit der Einzelrichterin (Urk. 1 S. 9). Das allerdings ist abwegig. Die Frage der Einzelrichterin war nämlich in keiner Hinsicht unerlaubt. Und der rechtskundige und zur Prozessführung zugelassene Vertreter der Beklagten hat die Frage klar beantwortet, was von der Einzelrichterin in der Folge nicht in Frage gestellt wurde (Prot. I S. 28).

4.3.4. Die Beklagte rügt sodann "einen doppelten Verfahrens-Fehler" seitens der Einzelrichterin im Zusammenhang mit dem Zeugen G.\_\_\_\_\_ (vgl. dazu Urk. 1 S.

10-13). So habe die Einzelrichterin im Rahmen von Vergleichsgesprächen ihre vorläufige Rechtsauffassung zum Ausdruck gegeben, dass die Abmahnung des Klägers durch die Beklagte im Beisein des Zeugen G.\_\_\_\_\_ nicht bewiesen werden könne. In der Folge habe die Einzelrichterin in ihrer ersten Beweisverfügung vom 11. Juli 2017 den Zeugen G.\_\_\_\_\_ zu Beweissatz 2.1 nicht erwähnt, sondern dies erst auf Intervention der Beklagten (vgl. deren Eingabe vom 29. August 2017, Urk. 4/43) nachgeholt (vgl. Beweisverfügung vom 12. September 2017, Urk. 4/44). Weiter beanstandet die Beklagte, dass die Einzelrichterin in ihrem Programm die Befragung des Zeugen G.\_\_\_\_\_ gar nicht vorgesehen habe, weshalb der Anwalt der Beklagten bei der Vorbereitung der Beweisverhandlung nicht sicher gewesen sei, ob er für die Vernehmung dieses Zeugen werde "kämpfen" müssen (Urk. 1 S. 10).

4.3.4.1. Gemäss Art. 124 Abs. 3 ZPO kann das Gericht jederzeit versuchen, "eine Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen" (Art. 124 Abs. 3 ZPO; vgl. auch Art. 226 Abs. 1 und 2 ZPO). Das hat vorliegend auch die Einzelrichterin im Anschluss an die Hauptverhandlung getan. Bei solchen Gesprächen ist es Pflicht des Richters, den Parteien seine vorläufige Einschätzung bekanntzugeben. Geht es um Beweisfragen, dann gehört es ebenso zum gerichtlichen Alltag, dass regelmässig auch in dieser Hinsicht eine Prognose abgegeben wird. Die Einzelrichterin durfte durchaus den Parteien offenlegen, dass sie das Beweisrisiko für die Beklagte "als sehr hoch" einstufte, wie das die Beklagte mit der Beschwerde vorträgt (Urk. 1 S. 11). Allen Beteiligten – und namentlich den für die Prozessführung zugelassenen Parteivertretern – ist bei solchen Äusserungen des Gerichts stets klar, dass gemachte Prognosen falsch sein können. Dem Gericht steht bei solchen Vorschlägen ein sehr weiter Ermessensspielraum zu. Umgekehrt darf von einem Prozessanwalt erwartet werden, dass er die nötige Standhaftigkeit aufbringt, wenn er die richterliche Einschätzung als falsch einstuft. Die Beklagte denkt zwar an "prozess-ungewohnte(n) und im rechtliche Laien-Parteien" (so wörtlich in Urk 1 S. 12); eine solche Laienpartei ist sie aber gerade nicht. Und wenn sie in diesem Zusammenhang auf den Ablehnungsgrund von Art. 47 Abs. 2 lit. b ZPO hinweist (Urk. 1 S. 11 Rz 6.5), dann ist das ohnehin nicht zielführend, denn die Einzelrichterin hat kein Schlichtungsverfahren durchgeführt. Ein Richter,

der mit den Parteien Vergleichsgespräche führt, manövriert sich dadurch allein jedenfalls noch nicht in den Ausstand. Die Beklagte behauptet zwar, die Einzelrichterin habe ihre vorläufige Einschätzung "nicht nachvollziehbar einseitig zugunsten des Klägers" abgegeben. Dass diese Einschätzung "nicht nachvollziehbar" gewesen sein soll, ist indessen eine blosser Behauptung; glaubhaft machen, wie sie das gemäss Art. 49 Abs. 1 ZPO tun müsste, kann die Beklagte ihre Schlussfolgerung aber nicht. Namentlich gibt es keine Hinweise darauf, dass die Ausführungen der Einzelrichterin ohne die nötige Zurückhaltung erfolgt wären. Im Umstand allein, dass die Einzelrichterin in diesen Vergleichsgesprächen die prozessuale Lage der Beklagten anders einschätzte als diese selber, liegt bei weitem keine Pflichtwidrigkeit.

Auch der Umstand, dass die Einzelrichterin die Beweisverfügung auf die Intervention der Beklagten hin angepasst hat, ist ein ganz üblicher Vorgang. Art. 154 Satz 3 ZPO sieht denn auch ausdrücklich vor, dass Beweisverfügungen jederzeit abgeändert oder ergänzt werden können. Und ohne Belang ist schliesslich der Umstand, dass im sog. "Programm" für die Beweisverhandlung – noch im Sinne der ersten Beweisverfügung – die Befragung des Zeugen G.\_\_\_\_\_ in dem hier interessierenden Punkte nicht vorgesehen wurde (vgl. Stellungnahme der Einzelrichterin: Urk. 4/64 S. 4). Ein solches "Programm" ist ohnehin ein blosses Arbeitspapier, das keine gesetzliche Grundlage hat und ohne jede prozessuale Bedeutung ist. Es hat denn auch keinen Eingang in die Akten gefunden, ist aber den Parteien dennoch zugänglich gemacht worden (Urk. 4/64 S. 4). Mit derart kleinlichen Vorwürfen, wie die Beklagte sie gegenüber der Einzelrichterin erhebt, lässt sich eine missliebige Gerichtsperson nicht einfach mattsetzen. Es ist im Übrigen Pflicht der Rechtsanwälte, im Interesse ihrer Mandanten das Gericht auf allfällige Fehler hinzuweisen. Die Beklagte führt in diesem Zusammenhang aus, dass sich hier "im Minimum ... eine Entschuldigung durch Frau Dr. C.\_\_\_\_\_ für das 'Versehen' aufgedrängt" hätte, wenn "es ihr denn ein echtes Anliegen" gewesen wäre, "dass die Beklagte sie für unvoreingenommen und unbefangen hält." In Tat und Wahrheit habe die Einzelrichterin "mit dieser Beklagten indes längst gebrochen" gehabt (Urk. 1 S. 11). Letzteres ist eine haltlose Unterstellung. Nicht einzusehen ist sodann, weshalb sich die Einzelrichterin bei der Beklagten für

harmlose Fehler hätte entschuldigen müssen. Wo gearbeitet wird, passieren Fehler. Die von der Beklagten beschriebenen Fehler sind jedenfalls nicht von der Art, dass sie unter dem Gesichtspunkt einer allfälligen Befangenheit diskutiert werden müssten.

4.3.5. Zusammenfassend ergeben sich keine Hinweise darauf, dass die Einzelrichterin Dr. C.\_\_\_\_\_ befangen sein könnte. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

#### 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Im Beschwerdeverfahren war eine prozessleitende Verfügung in einer Arbeitsstreitigkeit mit einem Streitwert von Fr. 29'533.10 zu beurteilen. Gemäss Art. 113 Abs. 2 lit. d ZPO sind daher keine Kosten zu sprechen. Der Kläger hat keine Beschwerdeantwort eingereicht. Es ist ihm daher für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Gerichtskosten gesprochen.
3. Für das Beschwerdeverfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. 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 arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 29'533.10.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Zürich, 11. Juni 2018

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Ch. Büchi

versandt am:  
sf