

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY130009-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. M. Spahn  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Iseli

## **Beschluss vom 23. August 2013**

in Sachen

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

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen  
Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 27. März 2013 (FE110221-F)**

## Erwägungen:

### I.

1. Der Beklagte und Berufungskläger (fortan: Beklagter) steht mit der Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan: Klägerin) seit dem 19. September 2011 vor Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren (Urk. 6/1). Die Klägerin reichte am 15. Mai 2012 ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ein. Sie wollte damit erreichen, dass der Sohn der Parteien, C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1997, für die Dauer des Scheidungsverfahrens unter ihre elterliche Obhut gestellt wird (Urk. 6/31). Nachdem der Beklagte zunächst damit einverstanden war (Urk. 6/40), stellte er anlässlich der Massnahmenverhandlung vom 28. Februar 2013 unter anderem die Anträge, der Sohn C.\_\_\_\_\_ sei für Dauer des Verfahrens unter seine elterliche Sorge und Obhut zu stellen (Prot. I S. 19 und Urk. 6/82). Für den weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 2 S. 2 ff.).

2. Der Beklagte verlangte mit Eingabe vom 5. März 2013 beim Bezirksgericht Horgen den Ausstand von Bezirksrichter lic. iur. D.\_\_\_\_\_, den zuständigen Einzelrichter im Scheidungs- und Massnahmenverfahren (vgl. Urk. 11 S. 2). Am 27. März 2013 erliess dieser folgenden Massnahmenentscheid (Urk. 2):

- "1. Das Kind C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1997, wird für die Dauer des Prozesses unter der gemeinsamen elterlichen Sorge belassen.
2. Das Kind C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1997, wird für die Dauer des Prozesses unter die Obhut der Klägerin gestellt.
3. Auf die Anordnung eines Besuchs- und Ferienrechts wird aufgrund des Alters des Kindes verzichtet.
4. Das beklagte Begehren um Anordnung einer Erziehungsbeistandschaft i.S.v. Art. 308 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 ZGB wird abgewiesen.
5. Der Beklagte wird verpflichtet für die Dauer des Verfahrens an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung des Kindes einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von € 133.09 zuzüglich allfälliger gesetzlicher und vertraglicher Familienzulagen zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab dem 1. Mai 2012.

Diese Unterhaltsbeiträge sind auch über die Mündigkeit des Kindes hinaus an die Klägerin zu bezahlen, solange das Kind in deren Haushalt lebt und keine eigenen Ansprüche stellt.

6. Über die Prozesskosten dieses Begehrens wird mit der Hauptsache entschieden.
  7. [Mitteilung]
  8. [Rechtsmittel: Beschwerde]"
3. Hiergegen erhob der Beklagte am 8. April 2013 Beschwerde mit den folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Der Entscheid sei vollumfänglich aufzuheben und die Verhandlung über die vorsorglichen Massnahmen neu durchzuführen.
2. Eventualiter sei der Beschwerdeentscheid bis zum rechtskräftigen Entscheid des Bezirksgerichts Horgen über das Ausstandsverfahren (Geschäfts-Nr. BV130003) zu sistieren.
3. Sub-Eventualiter, für den Fall, dass der angefochtene Entscheid wider Erwarten weder aufgehoben noch sistiert würde, sei beantragt:
  - 3.1. Der Sohn C.\_\_\_\_\_ sei für die Dauer des Verfahrens unter die elterliche Sorge des Beklagten zu stellen.
  - 3.2. Der Sohn C.\_\_\_\_\_ sei für die Dauer des Verfahrens unter die elterliche Obhut des Beklagten zu stellen.
  - 3.3. Es sei der Klägerin ein Besuchsrecht an zwei Wochenenden pro Monat von Samstag, 10 Uhr, bis Sonntag, 18 Uhr, weiter ein gerichtsbliches Feiertagsbesuchsrecht sowie ein Ferienbesuchsrecht von drei Wochen pro Kalenderjahr einzuräumen.
  - 3.4. Es sei eine Erziehungsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 308 Abs. 2 ZGB anzuordnen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin."

Mit Eingabe vom 18. April 2013 stellte der Beklagte zudem das Gesuch, es sei ihm die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen sowie ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (Urk. 4).

4. Mit Urteil vom 15. Mai 2013 wies das Bezirksgericht Horgen das Ausstandsbegehren des Beklagten ab (Urk. 7). Diesen Entscheid zog der Beklagte mit Beschwerde datiert vom 1. Juni 2013 (Poststempel vom 6. Juni 2013) an die urteilende Kammer weiter (Urk. 15 im Verfahren mit der Prozessnummer PC130031).

5. Mit Beschluss vom 20. Juni 2013 wurde das Rechtsmittel des Beklagten gegen den Massnahmenentscheid als Berufung entgegengenommen, der Klägerin Frist angesetzt, um zum Sistierungsgesuch des Beklagten Stellung zu nehmen und dem Beklagten die unentgeltliche Prozessführung für das Berufungsverfahren gewährt und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (Urk. 8 Dispositiv-Ziffern 1 bis 3). Die Stellungnahme der Klägerin zum Sistierungsgesuch erfolgte am 4. Juli 2013; sie schloss darin auf Abweisung des Gesuchs (Urk. 9). Mit Verfügung vom 8. Juli 2013 wurde das Verfahren bis zum Entscheid über das Ausstandsgesuch gegen Bezirksrichter D. \_\_\_\_\_ im Verfahren Nr. PC130031 sistiert (Urk. 10).

6. Mit Urteil vom 23. Juli 2013 im Prozess-Nr. PC130031 wurden die Beschwerde des Beklagten gegen das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 15. Mai 2013 und sein Ausstandsbegehren gegen Bezirksrichter D. \_\_\_\_\_ gutgeheissen (Urk. 11).

7. Nachdem die Sistierung mit Fällung des Urteils vom 23. Juli 2013 automatisch dahingefallen war, wurde der Klägerin mit Verfügung vom 29. Juli 2013 Frist zur Berufungsantwort angesetzt (Urk. 12). Diese datiert vom 12. August 2013 (Urk. 13) und enthält folgende Anträge:

- "1. Es sei der Sohn C. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1997, im Sinne von vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens unter die elterliche Obhut der Berufungsbeklagten zu stellen.
2. Es sei der Berufungskläger im Sinne von vorsorglichen Massnahmen zu verpflichten, der Berufungsbeklagten an den Unterhalt des Sohnes monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe der ihm ausgezahlten Kinderrente zu bezahlen, zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen (rückwirkend seit Mai 2012).
3. Es seien gerichtsbliche Besuchs- und Ferienrechte für den Berufungskläger anzuordnen.
4. Die Anträge der Gegenpartei gemäss Eingabe vom 8. April 2013 seien abzuweisen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsklägers."

Die Berufungsantwort wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 13. August 2013 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 14).

## II.

1.1. Der Beklagte begründete seinen Berufungshauptantrag wie folgt: Am 28. Februar 2013 habe am Bezirksgericht Horgen die Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen stattgefunden. Das Verfahren sei von Bezirksrichter D.\_\_\_\_\_ geleitet worden. Mit Schreiben vom 5. März 2013 habe der Beklagte persönlich dem Bezirksgericht Horgen ein Ausstandsgesuch in Bezug auf Bezirksrichter D.\_\_\_\_\_ zugestellt. Dieser habe am 28. März 2013 trotz des hängigen Ausstandsverfahrens den Parteien den Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen eröffnet. Der Beklagte erhebe in seinem Ausstandsbegehren zusammengefasst den Vorwurf, dass der Einzelrichter nach Durchführung des formellen Teils der Verhandlung und vor den Vergleichsgesprächen die Klägerin und deren Rechtsvertreterin in den Gerichtssaal geladen und dann rund zehn Minuten alleine mit dieser Partei gesprochen habe. Nachdem der Beklagte und sein Rechtsvertreter nach diesem Einzelgespräch wieder in den Gerichtssaal gerufen worden seien, habe der Richter in Anwesenheit beider Parteien mitgeteilt, dass er die Anträge des Beklagten abzuweisen gedenke und damit unter anderem auch die elterliche Obhut nicht ihm zusprechen würde. Der Beklagte habe einen Vergleichsvorschlag dieses Inhalts nach kurzer Bedenkzeit abgelehnt. Es sei darauf hinzuweisen, dass dieser Vorgang – konkret, dass der Einzelrichter mit einer Partei alleine diskutiert habe – keinen Eingang ins Protokoll der Verhandlung gefunden habe. Der Gehörsanspruch des Beklagten sei in zweifacher Hinsicht verletzt worden: *Zunächst* sei ihm nicht bekannt, worüber die Verfahrensleitung und die Gegenpartei anlässlich der Einzelbesprechung miteinander verhandelt hätten, sei er doch weder anwesend gewesen, noch sei der Inhalt dieser Besprechung protokolliert worden. Damit sei der Beklagte aufgrund der Exklusivität dieses Kontakts zwischen Verfahrensleitung und einer Partei alleine der Möglichkeit beraubt worden, sich zu dem dort Besprochenen äussern zu können. Dadurch sei der Gehörsanspruch im Sinne des Äusserungsrechts verletzt worden. *Sodann* habe der Einzelrichter im angefochtenen Entscheid die Vorbringen des Beklagten zur Befangenheit unbeachtet gelassen. Es handle sich bei diesen Vorbringen um Einwendungen von objektiver Relevanz, die vor dem Erlass zu den vorsorglichen

Massnahmen oder zumindest spätestens mit dem Entscheid darüber hätten berücksichtigt werden müssen. Sofern das Bezirksgericht Horgen im Ausstandsverfahren zum Schluss kommen sollte, dass der Beklagte die Befangenheit zu Recht gerügt habe, werde das Massnahmenverfahren wiederholt werden müssen. Damit sei das rechtliche Gehör des Beklagten ein weiteres Mal und zwar im Sinne des Rechts auf Prüfung und Begründung verletzt worden (Urk. 1 S. 3 bis 5).

1.2. Die Klägerin führt zum Hauptantrag des Beklagten lediglich aus, sein Antrag auf erneute Durchführung der Massnahmenverhandlung sei abzuweisen. Im Sinne der Prozessökonomie erweise sich eine Wiederholung der Verhandlung als unangebracht, zumal der Beklagte auf seine bisherigen Eingaben, Plädoyerprotokolle sowie auf die protokollierte Befragung vom 28. Februar 2013 verweise. Insofern sei nicht einzusehen, was eine erneute Durchführung der Massnahmenverhandlung – ausser Kosten und Verschleppung des Prozesses – bringen solle. Zur beantragten Aufhebung des Massnahmenentscheides äussert sich die Klägerin nicht weiter (Urk. 13 Blatt 3). Der Grossteil ihrer Ausführungen betreffen die elterliche Sorge und Obhut (Urk. 13 Blatt 3 ff.).

2.1. Ein Ausstandsgesuch hindert die Mitwirkung der abgelehnten Gerichtsperson am weiteren Verfahren bis zum Entscheid über das bestrittene Gesuch nicht. Deren weitere Verfahrenshandlungen stehen aber unter dem Risiko ihrer Anfechtbarkeit bei erfolgreicher Ablehnung (Wullschlegler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, in: ZPO Komm., Art. 49 N 12b mit Verweis auf ZR 108 Nr. 28 E. III.2; Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 50 N 4). In erster Linie stellt die Verletzung von Ausstandsvorschriften eine unrichtige Rechtsanwendung dar, kann also mit Berufung und Beschwerde gerügt werden (Diggelmann, a.a.O., Art. 51 N 1). Amtshandlungen, an denen eine zum Ausstand verpflichtete Gerichtsperson mitgewirkt hat, sind indes nur aufzuheben und zu wiederholen, sofern dies eine Partei innert 10 Tagen verlangt, nachdem sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat (Art. 51 Abs. 1 ZPO). Hat eine Justizbehörde unter Mitwirkung befangener Mitglieder entschieden, liegt eine grundlegende und schwerwiegende Beeinträchtigung der prozeduralen Fairness vor, die allein durch ein Rechtsmittelverfahren vor einer unabhängigen Behörde nicht geheilt werden

kann. Dabei kann keine Rolle spielen, welche Rechtspositionen in Frage stehen, ob die Befangenheit den Ausgang des Verfahrens beeinflusst hat oder die Aufhebung des Verfahrens dessen integrale Wiederholung bewirkt (Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 368 f.).

2.2. Der Beklagte verlangt mit seiner Berufung, es sei der Massnahmenentscheid der Vorinstanz vom 27. März 2013 vollumfänglich aufzuheben und die Verhandlung über die vorsorglichen Massnahmen neu durchzuführen (Urk. 1 S. 2).

Der Antrag auf vollumfängliche Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids vom 27. März 2013 ist begründet, nachdem mit Urteil vom 23. Juli 2013 im Prozess-Nr. PC130031 das Ausstandsbegehren gegen Bezirksrichter D. \_\_\_\_\_ gutgeheissen wurde (Urk. 11). Die Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Horgen vom 27. März 2013 ist damit aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Auf die Eventualbegehren des Beklagten braucht damit nicht eingegangen zu werden.

Der Antrag auf Wiederholung der Massnahmenverhandlung ist demgegenüber verspätet. Der Beklagte hätte diesen gemäss Art. 51 Abs. 1 ZPO innert zehn Tagen nach der Massnahmenverhandlung beim Bezirksgericht Horgen stellen müssen (vgl. Wullschleger, a.a.O., Art. 51 N 6). Der Beklagte hat mit seiner Eingabe vom 5. März 2013 an das Bezirksgericht Horgen jedoch lediglich (rechtzeitig) den Ausstand von Bezirksrichter D. \_\_\_\_\_ infolge Befangenheit, nicht jedoch die Wiederholung des Massnahmenverfahrens verlangt (Urk. 1 und 3 im Verfahren mit der Prozessnummer PC130031). Die Erhebung eines Ausstandsgesuchs deckt die Aufhebung und Wiederholung ergangener Prozesshandlungen nicht ab (Wullschleger, a.a.O., Art. 51 N 2). Auf den erstmals in der Berufungsschrift gestellten Antrag kann daher zufolge Verwirkung und Unzuständigkeit der Berufungsinstanz nicht eingetreten werden.

### III.

Die Klägerin beantragte die Abweisung der Berufungsanträge. Sie hat sich damit – nachdem das Ausstandsbegehren gegen Bezirksrichter D.\_\_\_\_\_ bereits gutgeheissen wurde – mit dem vorinstanzlichen Entscheid identifiziert und gilt damit betreffend die Aufhebung des Massnahmenentscheids als unterliegende Partei im Sinne von Art. 106 Abs. 1 ZPO. Sie obsiegt dagegen hinsichtlich der Nichtwiederholung der Massnahmenverhandlung. Ausgangsgemäss sind damit die Gerichtskosten den Parteien je hälftig aufzuerlegen – der auf den Beklagten entfallende Kostenanteil ist zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen –, und die Parteientschädigungen sind gegenseitig wettzuschlagen. Die Gerichtskosten sind in Anwendung von § 2, § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen.

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

1. Die Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Horgen vom 27. März 2013 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Auf den Antrag, es sei die Verhandlung über die vorsorglichen Massnahmen neu durchzuführen, wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.  
Der auf den Beklagten entfallende hälftige Kostenanteil wird zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht des Beklagten gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten.

5. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht am Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein, und in die Akten des Verfahrens Nr. PC1300031.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. 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. 93 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 23. August 2013

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Iseli

versandt am:  
mc