

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC130031-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

Urteil vom 23. Juli 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

gegen

B. _____,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

betreffend **Ausstand**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 15. Mai 2013
(BV130003-F)**

Erwägungen:

I.

1. Der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (fortan: Gesuchsteller) befindet sich mit der Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin (fortan: Gesuchsgegnerin) vor Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren, in welchem am 28. Februar 2013 eine Verhandlung betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen mit richterlicher Befragung i.S.v. Art. 56 ZPO und Vergleichsgesprächen statt fand (Urk. 16 S. 2). Strittig ist insbesondere die Regelung der elterlichen Sorge und Obhut über den Sohn C._____, geb. tt.mm.1997. Mit Schreiben vom 5. März 2013 verlangte der Gesuchsteller bei der Vorinstanz den Ausstand von Bezirksrichter lic. iur. Z._____ und begründete dies damit, der vorinstanzliche Richter habe an einem Punkt der Verhandlung etwa zehn Minuten alleine mit der Gesuchsgegnerin und deren Anwältin gesprochen. Unmittelbar danach habe er seiner Überzeugung Ausdruck verliehen, dass die Obhut für den gemeinsamen Sohn neu zu regeln sei und die Obhut alleine der Gesuchsgegnerin zuzusprechen sei (Urk. 3 Blatt 1). Weiter habe Bezirksrichter Z._____ zahlreiche wichtige Aspekte, die gegen eine alleinige Obhut durch die Mutter sprechen würden, als irrelevant verworfen, was den Verdacht erwecke, dass dieser voreingenommen sei (Urk. 3 Blatt 1 ff.).

2. Am 27. März 2013 erging der Entscheid betreffend die vorsorglichen Massnahmebegehren. Dieser Entscheid bildet Gegenstand einer separaten Berufung an diese Kammer (Urk. 1 und 2 im Verfahren Nr. LY130009). Das entsprechende Verfahren wurde mit Verfügung vom 8. Juli 2013 bis zum Entscheid über das vorliegende Ausstandsverfahren sistiert (Urk. 10 im Verfahren Nr. LY130009).

3. Mit Urteil vom 15. Mai 2013 wies die Vorinstanz das Ausstandsbegehren ab (Urk. 16 Dispositiv-Ziffer 1). Sie begründete diesen Entscheid zusammengefasst wie folgt: Im Rahmen von Vergleichsgesprächen nehme das Gericht eine vorläufige Beurteilung der Streitfragen vor und präsentiere aufgrund der von den Parteien vorgebrachten Argumenten seinen Lösungsvorschlag. Es sei dabei normal, dass das Gericht die Argumente einer Partei als überzeugender erachte als

jene der anderen Partei. Dass Bezirksrichter Z._____ im Rahmen der Vergleichsgespräche seine vorläufige Meinung geäußert habe, stelle keinen Ausstandsgrund dar. Die vom Gesuchsteller vorgebrachte Begründung des Ausstandsbegehrens, wonach die elterliche Obhut über das gemeinsame Kind der Parteien ihm und nicht der Gesuchsgegnerin zuzuteilen sei, sei eine Frage des materiellen Rechts. Im Rahmen eines Ausstandsverfahrens sei die Richtigkeit von gerichtlichen Entscheiden nicht zu überprüfen. Dem Gesuchsteller stehe es frei, gegen den Entscheid über vorsorgliche Massnahmen ein Rechtsmittel einzureichen. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass objektiv keine Gründe ersichtlich seien, welche Bezirksrichter Z._____ als befangen erscheinen liessen (Urk. 16 S. 4 f.).

4. Hiergegen erhob der Gesuchsteller mit Eingabe vom 1. Juni 2013 (Poststempel vom 6. Juni 2013) Beschwerde und beantragte, Bezirksrichter Z._____ wegen Befangenheit abzulehnen (Urk. 15 Blatt 1). Zur Begründung führt der Gesuchsteller an, das Gericht habe den Umstand, dass Bezirksrichter Z._____ bei der Verhandlung alleine mit der Gegenseite gesprochen habe, nicht gewürdigt. Wie aus der Beschwerde seines Rechtsanwaltes X._____ (Urk. 18/1) gegen das Urteil (vom 27. März 2013) von Bezirksrichter Z._____ hervorgehe, habe dieser nicht nur alleine mit der Gegenseite gesprochen, sondern ihm nicht die gleiche Gelegenheit gegeben. Er habe weiter dafür gesorgt, dass das Gespräch und dessen Inhalt keinen Eingang ins Protokoll gefunden habe, so dass nicht bekannt geworden sei, was in diesem Gespräch erörtert worden sei. Das Gericht habe offensichtlich das Protokoll diesbezüglich nicht ausgewertet. Alle weiteren durch seinen Anwalt vorgetragene Argumente möchte er, der Gesuchsteller, im vorliegenden Ausstandsverfahren ebenfalls berücksichtigt wissen (Urk. 15 Blatt 1 und Urk. 18/1). Der Gesuchsteller führt weitere Punkte an, weshalb Bezirksrichter Z._____ – ja das ganze Bezirksgericht Horgen – befangen sein sollen (Urk. 15 Blatt 1 f.).

5. In der Folge wurde Bezirksrichter Z._____ um eine Stellungnahme zum vom Gesuchsteller geltend gemachten Ablauf der Vergleichsgespräche ersucht (Urk. 20 Dispositiv-Ziffer 1). Bezirksrichter Z._____ führt zum Ablauf der Vergleichsgespräche was folgt aus: Er habe es angezeigt gefunden, vor der Be-

kanntgabe des umfassenden Vergleichsvorschlages mit der Gesuchsgegnerin über organisatorische Fragen einer professionellen Abklärung der allfälligen Computerspielsucht von C._____, dem Sohn der Parteien, kurz alleine zu sprechen. Deshalb habe diese Besprechung auch keinen Eingang ins Protokoll gefunden. Auf den materiellen Gehalt des Vergleichsvorschlages oder den Massnahmeentscheid vom 27. März 2013 habe dieses Gespräch keinen Einfluss gehabt. Da Bezirksrichter Z._____ zu diesem Zeitpunkt mit dem Gesuchsteller nichts zu erörtern gehabt habe, habe er auf ein Gespräch mit ihm alleine verzichtet (Urk. 21 S. 2). Weiter erklärt Bezirksrichter Z._____, er kenne keine der Parteien persönlich, beide seien ihm gleichermassen sympathisch, und er habe keinerlei persönliche Interessen in diesem Fall. Er sei in diesem Verfahren nach wie vor in keiner Weise befangen (Urk. 21).

6. Die Gesuchsgegnerin führt in ihrer Beschwerdeantwort bezüglich des Ablaufs der Vergleichsgespräche zusammengefasst aus, das Einzelgericht habe mit der Gesuchsgegnerin und ihrer Rechtsvertreterin in Abwesenheit des Gesuchstellers geredet. Das Gespräch habe etwa fünf Minuten gedauert und nicht zehn Minuten wie behauptet. Eine Protokollierung des Gesprächs sei nicht notwendig gewesen, da dieses im Rahmen von Vergleichsgesprächen stattgefunden habe. Es sei nicht korrekt, wenn behauptet werde, das Einzelgericht habe unmittelbar nach dieser Einzelanhörung dem Gesuchsteller gegenüber seiner Überzeugung Ausdruck verliehen, dass die Obhut neu zu regeln sei und alleine der Gesuchsgegnerin zuzusprechen sei. Die Einschätzung sei erst im Laufe der Vergleichsgespräche erfolgt. Im Übrigen habe das Einzelgericht dem Gesuchsteller mitgeteilt, worüber mit der Gesuchsgegnerin gesprochen worden sei. Der Gesuchsteller sei somit genau darüber informiert gewesen, was das Einzelgericht mit der Gesuchsgegnerin besprochen habe. Ebenso sei nicht korrekt, wenn der Rechtsvertreter des Gesuchstellers in seiner Berufung im Verfahren LY130009 behaupte, er habe der Auditorin gesagt, es müsse keine Einzelanhörung stattfinden. Als die Auditorin in den Warteraum gekommen sei, habe sie lediglich mitgeteilt, dass das Einzelgericht mit der Gesuchsgegnerin sprechen wolle. Dem Gesuchsteller und dem Rechtsvertreter sei von der Auditorin mitgeteilt worden, sie sollten noch warten. Der Rechtsvertreter habe sich diesbezüglich mit keinem Wort

geäussert. Sowohl der Rechtsvertreter als auch der Gesuchsteller hätten dies lediglich zur Kenntnis genommen und sich nicht darüber geäussert, weder vorher noch nachher (Urk. 23 S.2 f.). Zusammenfassend sei festzuhalten, dass das Einzelgericht bemüht gewesen sei, den Anliegen der Parteien mit der nötigen Kompetenz gerecht zu werden. Der Gesuchsteller habe seit Eröffnung des Scheidungsverfahrens dieses nur torpediert. Er habe nicht nur gegen zwei Richter Ausstandsbegehren eingereicht, sondern auch eine Strafanzeige gegen die Gesuchsgegnerin. Der Gesuchsteller sehe überall befangene Richter oder Straftaten. Seine Beschwerden würden das ganze Verfahren unnötig in die Länge ziehen (Urk. 23 S. 3).

II.

1.1. Gemäss Art. 50 Abs. 1 ZPO entscheidet das Gericht über ein Ausstandsbegehren, wenn der geltend gemachte Ausstandsgrund wie vorliegend bestritten wird. Dieser Entscheid ist gemäss Art. 50 Abs. 2 ZPO auf kantonaler Ebene mit Beschwerde im Sinn von Art. 319 ff. ZPO anfechtbar. Ausstandsbegehren gegen erstinstanzliche Richter müssen vom erstinstanzlichen Gericht (ohne Beteiligung des abgelehnten Gerichtsmitgliedes) und anschliessend auf Beschwerde hin von der kantonalen Beschwerdeinstanz behandelt werden (Erfordernis der "double instance" gemäss Art. 75 Abs. 2 BGG).

1.2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 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 gerügt wird, hat grundsätzlich Bestand.

1.3.1. Eine Partei, die eine Gerichtsperson ablehnen will, hat dem Gericht unverzüglich ein entsprechendes Gesuch zu stellen, sobald sie vom Ausstands-

grund Kenntnis erhalten hat. Die den Ausstand begründenden Tatsachen sind glaubhaft zu machen (Art. 49 Abs. 1 ZPO).

1.3.2. Schon aus Art. 51 Abs. 1 ZPO ist zu folgern, dass "unverzüglich" in keinem Fall länger als zehn Tage bedeuten kann. Generell ist zu verlangen, dass eine Partei auf jeden Fall nicht in Kenntnis eines Ausstandesgrundes untätig einen weiteren und unter Umständen zu wiederholenden Verfahrensschritt ablaufen lassen darf. Die Frist kann aber auch sehr viel kürzer sein, da die Ablehnung nicht davon abhängig sein darf, wie sich die Sache aus der Sicht einer Partei entwickelt. Die bisherige Praxis des Bundesgerichts ist streng (BGE 132 II 485 E. 4.3 und BGE 134 I 20 E. 4.3.1; Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 49 N 3; KUKO ZPO-Kiener, Art. 49 N 5). Zur Konkretisierung der Frist einer unverzüglichen Geltendmachung kann nicht allgemein auf Art. 51 Abs. 1 ZPO rekurriert werden, da mit dem für die Zukunft wirkenden Ausstand weniger in den geordneten Ablauf des Verfahrens eingegriffen wird als durch eine rückwirkende Aufhebung bereits erfolgter Amtshandlungen, weshalb nach Treu und Glauben nicht die gleich beförderliche Geltendmachung des Anspruchs verlangt werden kann (Wullschleger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 49 N 9). Die Botschaft verlangt zwar, dass ein in einer Verhandlung entdeckter Ablehnungsgrund noch während dieser Verhandlung geltend gemacht wird (Botschaft ZPO, S. 7273). Diese Forderung – welche keine Grundlage im Gesetz findet – kann aber nicht in dieser Absolutheit gelten. Es ist darauf abzustellen, ab welchem Zeitpunkt eine Anfechtung den Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV, Art. 52 ZPO) objektiv zumutbar war (vgl. KUKO ZPO-Kiener, Art. 49 N 5).

Vorliegend fand die Massnahmeverhandlung, während der es unbestrittenmassen zu einseitig geführten Vergleichsgesprächen kam, am Donnerstag, 28. Februar 2013, statt. Mit Schreiben vom Dienstag, 5. März 2013, verlangte der Gesuchsteller bei der Vorinstanz den Ausstand von Bezirksrichter Z._____. Dass der Gesuchsteller das Ausstandsgesuch nicht in der Verhandlung vom 28. Februar 2013 stellte und zwischen der Kenntnis des Ausstandesgrundes und seinem Gesuch vier Tage (davon zwei Wochenendtage) verstrichen, ist aus fol-

genden Gründen nicht zu beanstanden: Einerseits stellte der Gesuchsteller sein Ausstandsgesuch vor Ergehen des Massnahmeentscheids. Zwischen der Verhandlung und seinem Ausstandsgesuch kam es zu keinen weiteren formellen Verfahrensschritten. Andererseits fanden die Vergleichsgespräche mit dem beanstandeten Vorgehen von Bezirksrichter Z._____ erst am Ende der Verhandlung vom 28. Februar 2013 statt (Prot. FE110221, S. 19 und 49). Für eine Geltendmachung des Ablehnungsgrundes noch während der Verhandlung blieb dem Gesuchsteller damit sehr wenig Zeit. Ihm muss eine Frist von wenigen Tagen zugewilligt werden, während derer er sich klar werden konnte, ob er durch die Art und Weise der Verhandlungsführung von Bezirksrichter Z._____ Zweifel an dessen Unparteilichkeit hat, und um das entsprechende Ausstandsbegehren zu formulieren – dies gerade auch in Anbetracht des Umstandes, dass ein nicht eindeutig zu ermittelnder Ausstandsgrund geltend gemacht wird. Nachdem das Gesetz keine nach Tagen bemessene Frist aufstellt, kann dem Gesuchsteller nach Treu und Glauben nicht vorgeworfen werden, er hätte sein Ausstandsgesuch innert kürzerer Frist stellen müssen. Damit hat er sein Ausstandsgesuch unverzüglich im Sinne von Art. 49 Abs. 1 ZPO gestellt.

1.3.3. Die nicht eindeutig zu ermittelnden Ausstandsgründe im Rahmen der persönlichen Verhältnisse oder der Vorbefassung sind heikel zu beurteilen. Diese sind im Grunde gar nicht beweisbar. Es braucht daher für die Ablehnung eines Richters nicht nachgewiesen zu werden, dass dieser tatsächlich befangen ist. Der Ausstand ist immer schon dann begründet, wenn bei objektiver Betrachtungsweise Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Das Gesetz lässt daher das Glaubhaftmachen der Ausstandsgründe genügen (Diggelmann, a.a.O., Art. 49 N 5). Die ZPO bestimmt nicht ausdrücklich, dass über Ausstandsgesuche im summarischen Verfahren zu entscheiden ist. Die Anwendbarkeit des summarischen Verfahrens ergibt sich aber daraus, dass der Ausstandsgrund gemäss Art. 49 Abs. 1 ZPO nur glaubhaft zu machen ist (Wullschleger, a.a.O., Art. 50 N 5).

2.1. Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Die Garantie des verfassungsmässigen Richters wird verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Voreingenommenheit und Befangenheit werden nach der Rechtsprechung angenommen, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Solche Umstände können in einem bestimmten Verhalten des betreffenden Richters oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein. Bei der Beurteilung solcher Umstände ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken. Für die Ablehnung wird nicht verlangt, dass der Richter tatsächlich befangen ist (BGE 137 I 227 E. 2.1, BGE 134 I 238 E. 2.1 je mit Hinweisen auf weitere Bundesgerichtsentscheide).

Allerdings ist im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege im Zusammenhang mit Ausstandsbegehren gegen Justizbeamte eine Befangenheit nicht leicht hin anzunehmen. Gerade in komplexen Fällen kann die Gutheissung eines Ausstandsbegehrens zu einer nicht tolerierbaren Verlängerung des Verfahrens führen, was dem Beschleunigungsgebot zuwider läuft. Hinzu kommt, dass Ausstandsbegehren nicht selten dann gestellt werden, wenn eine Partei erkennt, dass eine Gerichtsperson ihre rechtliche oder tatsächliche Auffassung zur Sache nicht teilt. Angesichts der Bedeutung des Anspruchs auf ein unparteiisches und unabhängiges Gericht ist allerdings eine allzu restriktive Auslegung der entsprechenden Garantien auch nicht zu vertreten (Diggelmann, a.a.O., Art. 49 N 7; BGE 127 I 196 E. 2d).

Das Verhalten einer Gerichtsperson gegenüber einer Partei kann den Anschein der Befangenheit erwecken, wenn daraus nach objektiver Betrachtung in-

haltlich oder durch die Art der Kommunikation auf besondere Sympathien oder Antipathien oder eine Ungleichbehandlung der Parteien geschlossen werden kann. Problematisch erscheinen dabei insbesondere einzeln mit einer Partei geführte Vergleichsgespräche (Wullschlegler, a.a.O., Art. 47 N 33 und N 36 je mit weiteren Hinweisen). Zur Ablehnung wegen Befangenheit genügt gemäss der Praxis nicht, dass der Richter mit einer Partei oder deren Vertreter telefonisch oder sonst wie Kontakt aufnimmt zur Besprechung organisatorischer Fragen. In der Sache selbst darf er aber nicht einseitig mit einer Partei allein verhandeln, auch nicht, wenn es um einen Vergleich geht. Jedes nur mit einer Partei allein geführte Gespräch setzt den Richter dem Verdacht aus, er könnte dieser Zusicherungen gemacht oder Hinweise erteilt haben oder er sei von ihr beeinflusst worden. An den Anschein der Befangenheit ist diesbezüglich ein strenger Massstab anzulegen. Bereits ein geringfügiger Anlass, der geeignet ist, das Vertrauen in die Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit zu erschüttern, muss zum Ausschluss führen (ZR 96 Nr. 8; Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, § 96 N 51). Zwar ist die eben zitierte Rechtsprechung – in Konkretisierung verfassungsmässiger Ansprüche – unter zürcherischem Zivilprozessrecht ergangen, das in § 129 GVG ein ausdrückliches Verbot des Berichtens enthielt. Ein solches Verbot statuiert die heute anwendbare eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) nicht ausdrücklich. Bereits Guldener hielt jedoch fest, dass dem Richter nicht alles erlaubt ist, was ihm nicht ausdrücklich verboten ist: Er verhandelt nicht mit einer Partei oder mit ihrem Vertreter in Abwesenheit des Gegners ausserhalb des Verfahrens, um sich nicht einmal dem Verdacht auszusetzen, er könnte beeinflusst worden sein (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 16).

2.2. Vorliegend ist unbestritten, dass Bezirksrichter Z._____ im Rahmen der Vergleichsgespräche alleine mit der Gesuchsgegnerin und deren Rechtsvertreterin sprach. Auch steht fest, dass dem Gesuchsteller nicht die gleiche Gelegenheit gegeben wurde (und dass dieser Vorgang keinen Eingang ins Protokoll gefunden hat, worauf noch zurückzukommen sein wird). Ob das Gespräch nun zehn Minuten oder – wie von der Gesuchsgegnerin geltend gemacht – fünf Minuten gedauert hat, spielt keine entscheidende Rolle.

Was den vom Gesuchsteller gerügten Punkt der fehlenden Protokollierung des mit der Gesuchsgegnerin Besprochenen betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass Vergleichsverhandlungen keinen strengen prozessualen Formen unterliegen. Gerade weil keiner der Beteiligten zu einem späteren Zeitpunkt auf das dort Gesagte behaftet werden soll, wird diese Phase des Verfahrens in der Regel auch nicht protokolliert. An der verfassungsrechtlich geforderten Offenheit des Verfahrens wird deshalb nicht zu zweifeln sein, solange die Parteien die richterlichen Äusserungen und Vorschläge kommentieren und verwerfen und damit die abschliessende Wertung argumentativ beeinflussen können (Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 170 f.; Art. 235 ZPO; Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 235 N 10), was vorliegend aber durch das Einzelgespräch gerade nicht gewährleistet war. Indes handelte es sich bei der Besprechung mit der Gesuchstellerin genau genommen nicht mehr um ein reines Vergleichsgespräch, ging es gemäss Stellungnahme von Bezirksrichter Z._____ doch um die Erörterung einer Begutachtung des Sohnes C._____ wegen einer allfälligen Computerspielsucht (Urk. 21 S. 2). In einem Teil der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass Absprachen zur Vorbereitung der Hauptverhandlung, z.B. Einigungen über die abzunehmenden Beweise, zu protokollieren sind (Leuenberger, a.a.O., Art. 235 N 9). Ob es sich hier um eine solche Absprache handelte und derartige Absprachen ins Protokoll aufgenommen werden müssen, braucht hier nicht abschliessend geklärt zu werden. Von Bedeutung ist, dass die Aufgleisung einer Begutachtung – auch wenn sie im Hinblick auf einen Prozessvergleich erfolgt (vgl. Urk. 22/1) – nicht hinter dem Rücken einer Partei erfolgen soll, zumal keine Gewähr dafür besteht, dass beide Parteien dem (Prozess-) Vergleich zustimmen, wie es denn vorliegend auch geschah.

Ob der Gesuchsteller gegenüber der Auditorin, als diese die Gesuchsgegnerin und deren Rechtsvertreterin alleine zu Vergleichsgesprächen bat, Einwände erhob, kann vorliegend offen bleiben. Diese Tatsachenbehauptung hat der Gesuchsteller vor Vorinstanz nicht vorgebracht. Im Beschwerdeverfahren ist es dafür aufgrund des oben (E. 1.2) geschilderten umfassenden Novenverbots zu spät. Abgesehen davon würde es sowieso nicht genügen, einfach auf die Berufungseingabe seines Rechtsvertreters im Verfahren LY130009 zu verweisen, sondern

die Beschwerde hat sich mit dem angefochtenen Entscheid detailliert auseinandersetzen (vgl. Freiburghaus/Afeldt, a.a.O., Art. 321 N 15).

Dass dem Gesuchsteller nicht mitgeteilt worden sein soll, worüber anlässlich des Einzelgesprächs gesprochen wurde bzw. dass ihm unmittelbar nach dem Gespräch mit der Gesuchsgegnerin der Vergleichsvorschlag präsentiert worden sei, wird von der Rechtsvertreterin der Gesuchsgegnerin bestritten. Da sich Bezirksrichter Z._____ dazu nicht äusserte, kann dem Gesuchsteller nicht widerlegt werden, dass er tatsächlich nicht über den Inhalt des Gesprächs informiert wurde. Dafür spricht auch der Umstand, dass die Rechtsvertreterin der Gesuchsgegnerin keine Ausführungen zum Gesprächsinhalt macht. Selbst wenn der Gesuchsteller aber über den Gesprächsinhalt informiert worden wäre, gilt es zu bedenken, dass die vom Gespräch ausgeschlossene Partei auch dann nicht wissen kann, was (im einzelnen) Gegenstand des Gesprächs war. Bezirksrichter Z._____ erklärt, organisatorische Fragen hinsichtlich der Begutachtung des Sohnes C._____ mit der Gesuchsgegnerin und deren Rechtsvertreterin besprochen zu haben. Es ist aber kein Grund ersichtlich, weshalb dies nicht in Anwesenheit beider Parteien geschehen konnte. Dass durch diese Vorgehensweise beim ausgeschlossenen Gesuchsteller der Anschein der Befangenheit entstehen konnte, ist auch bei objektiver Betrachtung nachvollziehbar, zumal auch das Protokoll über Grund, Verlauf und Ergebnisse des mit der Gesuchstellerin und ihrer Anwältin allein geführten Gesprächs keinen Aufschluss gibt (Prot. FE110221 S. 49). Gewinnt nur eine Partei beim Richter eine Chance auf Gehör – und sei dies auch nur während kurzer Zeit im Rahmen von Vergleichsgesprächen – bzw. kommt einer Partei ein Übergewicht zu, weil sie über weitergehende Partizipationsmöglichkeiten verfügt, erscheint der Richter im Wortsinn als parteiisch. Die Verpflichtung zur Gewährung von Chancengleichheit hält die Verfahrensparteien in fortwährend identischer Distanz zum urteilenden Gericht und garantiert eine Symmetrie der Artikulations- und Einflussmöglichkeiten. Erst aus dieser Symmetrie ergibt sich die einer unabhängigen Justiz wesenseigene Positionierung der Richter als rechte und gerechte Mittler (Kiener, a.a.O., S. 334 f.).

2.3. Zusammenfassend ergibt sich damit, dass die Beschwerde des Gesuchstellers und sein Ausstandsbegehren gegen Bezirksrichter Z. _____ gutzuheissen sind. Auf die weiteren vom Gesuchsteller in seiner Beschwerde gerügten Punkte braucht damit nicht eingegangen zu werden. Lediglich der Vollständigkeit halber ist der Gesuchsteller auf folgende zwei Punkte hinzuweisen: Die von ihm vorgebrachte Begründung des Ausstandsbegehrens, wonach die elterliche Obhut über das gemeinsame Kind der Parteien ihm und nicht der Gesuchsgegnerin zuteilen sei, ist eine Frage des materiellen Rechts, welche nicht im Rahmen eines Ausstandsverfahrens zu beurteilen ist. Bei den Vorbringen des Gesuchstellers, wonach nicht nur Bezirksrichter Z. _____ sondern das ganze Bezirksgericht Horgen befangen seien, handelt es sich um unsubstantiierte Vorbringen (der Gesuchsteller bezeichnet sie selbst als Vermutungen, Urk. 15 Blatt 1), auf die nicht weiter einzugehen ist.

Abschliessend bleibt zudem festzuhalten, dass die persönliche Redlichkeit von Bezirksrichter Z. _____ durch die Gutheissung des gegen ihn gerichteten Ausstandsgesuchs nicht in Frage gestellt wird, weil bereits ein objektiver Anschein bzw. die Gefahr der Befangenheit aufgrund eines nicht auszuräumenden Verdachts genügt. Die konkreten Umstände sind geeignet, das Vertrauen des Gesuchstellers in seine Unparteilichkeit zu erschüttern, was ihn objektiv als befangen erscheinen lässt (vgl. BGer 1P.473/2000 vom 20. Oktober 2000, E. 3c).

III.

3.1. Bei einer reformatorischen Entscheidung urteilt die Beschwerdeinstanz auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens, dies in Analogie zum Berufungsverfahren (Art. 318 Abs. 3 ZPO; Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., Art. 327 N 24). Keine Kosten dürfen dann erhoben werden, wenn einem von der Gerichtsperson bestrittenen Ausstandsgesuch stattgegeben wird, ist doch in diesem Fall der verfassungsrechtliche Anspruch der Parteien auf ein unabhängiges Gericht verletzt worden (Wullschleger, a.a.O., Art. 50 N 13). Nach dem Gesagten sind für das vorinstanzliche Ausstandsverfahren keine Gerichtskosten zu erheben.

3.2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Eine Entschädigungspflicht besteht in solchen Fällen im Kanton Zürich nicht (Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 12; vgl. Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 107 N 26). Zwar können die Kantone weitere Befreiungen von den Prozesskosten gewähren (Art. 116 ZPO), der Kanton Zürich hat aber im GOG keine entsprechende Grundlage geschaffen (§§ 199 ff. GOG).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde des Gesuchstellers gegen das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 15. Mai 2013 und sein Ausstandsbegehren gegen Bezirksrichter lic. iur. Z._____ werden gutgeheissen.
2. Für das erstinstanzliche Ausstandsverfahren und das Beschwerdeverfahren werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Für das erstinstanzliche Ausstandsverfahren und das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein, sowie in die Akten des Verfahrens Nr. LY130009.

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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 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. Juli 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Iseli

versandt am:
dz