

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC130065-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie
Gerichtsschreiberin Dr. D. Oser

Urteil vom 10. Juni 2014

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (Ausstandsbegehren)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 11. November 2013
(FE120822-L)**

Erwägungen:

I.

1. Der Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend Kläger) machte am 2. Oktober 2012 bei der Vorinstanz eine Scheidungsklage sowie ein vorsorgliches Massnahmenbegehren anhängig (Urk. 7/1 f.). Das vorsorgliche Massnahmenbegehren beinhaltete folgenden klägerischen Antrag (Urk. 7/2 S. 2 f.):

"1. Es seien die monatlichen Unterhaltsbeiträge an die beiden Kinder gemäss Dispositiv Ziffer 2 des Beschlusses vom 16. Juli 2012 des Obergerichts des Kantons Zürich bzw. gemäss Dispositiv Ziffer 6 a) der Verfügung vom 7. Dezember 2010 des BGZ, 3. Abteilung mit Wirkung ab 1. August 2012 folgendermassen herabzusetzen:

monatlich je CHF 2'500.- (zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen) anstatt der bisherigen je CHF 6'500.00 pro Kind;

2. Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Der Prozess wurde Bezirksrichter lic. iur. C._____ zugeteilt (vgl. Urk. 7/30). Nach Eingang des entsprechenden Kostenvorschusses wurde dem Kläger mit Verfügung vom 22. Oktober 2012 Frist angesetzt, um das vorsorgliche Abänderungsbegehren gehörig zu begründen (Urk. 7/11). Mit Verfügung vom 28. Januar 2013 wurde das Verfahren bis zum Entscheid des Bundesgerichts betreffend den obergerichtlichen Eheschutzentscheid sistiert (Urk. 7/22). Am 11. April 2013 erhielt das Gericht Kenntnis vom entsprechenden bundesgerichtlichen Urteil vom 20. März 2013 (Urk. 7/27). In der Folge wurden die Parteien im Juni 2013 zur Einigungsverhandlung sowie zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen auf den 18. September 2013 vorgeladen (Urk. 7/30).

Am 18. September 2013 fand die Einigungsverhandlung sowie die Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen statt (Prot. VI S. 8-19). Erschienen waren beide Parteien persönlich sowie je deren Rechtsvertretung; auf Seiten des

Gerichts waren Ersatzrichterin lic. iur. D._____, Gerichtsschreiberin lic. iur. E._____ sowie Auditor MLaw F._____ anwesend (Prot. VI S. 8).

2. Mit Eingabe vom 24. September 2013 stellte der Kläger ein Ausstandsgesuch gegen Ersatzrichterin D._____ und verlangte die Wiederholung der Hauptverhandlung betreffend Abänderung der vorsorglichen Massnahmen vom 18. September 2013 (Urk. 7/42).

Mit Verfügung vom 25. September 2013 wurde von der betroffenen Gerichtsbesetzung eine Stellungnahme im Sinne von Art. 49 Abs. 2 ZPO eingeholt, und der Beklagten und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beklagten) Gelegenheit eingeräumt, sich ebenfalls zum Ausstandsgesuch zu äussern (Urk. 7/43).

Innert Frist gingen die Stellungnahmen ein (Urk. 7/51-54). Mit Schreiben vom 23. Oktober 2013 wurden diese Eingaben dem Kläger zuerst formlos zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 7/55, Urk. 7/56). Mit nachträglicher Verfügung vom 4. November 2013, die dem Kläger am 5. November 2013 zugestellt wurde, wurde ihm sodann eine 10-tägige Frist eingeräumt, um zu den eingereichten Stellungnahmen seinerseits Stellung zu nehmen (Urk. 7/57). Am 5. November 2013 ging bei der Vorinstanz eine Eingabe des Klägers ein, die sich auf die erste formlose Zustellung vom 23. Oktober 2013 bezog (Urk. 7/58). Mit Verfügung vom 11. November 2013, die dem Kläger am 18. November 2013 zugestellt wurde (Urk. 7/66, Urk. 5/3), wies die Vorinstanz das Ausstandsbegehren ab (Urk. 2 = Urk. 7/60). Mit Eingabe vom 14. November 2013 (beim Gericht eingegangen am 15. November 2013) reichte der Kläger fristgerecht seine Stellungnahme gestützt auf die Verfügung vom 4. November 2013 ein (Urk. 7/63).

3. Gegen die Verfügung vom 11. November 2013 erhob der Kläger rechtzeitig am 28. November 2014 Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1):

"1. Es sei die Verfügung der Vizepräsidentin des Bezirksgerichts Zürich vom 11. November 2013 aufzuheben und das Ausstandsbegehren des Beschwerdeführers gegen Ersatzrichterin lic.iur. D._____ gutzuheissen.

2. Es sei ein verfassungsgemässes Einzelgericht zu bestellen.

3. Die Verhandlung vom 18. September 2013 sei zu wiederholen und in dieser das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers zu beachten.

4. Es sei die Verfügung vom 11. November 2013 aufzuheben und die Streitsache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5. Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zulasten der Beschwerdegegnerin."

4. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (Urk. 7/1-66). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort wurde abgesehen (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Verfahrenskosten wurden vom Kläger bevorschusst (Urk. 8, Urk. 9). Mit Verfügung vom 26. Mai 2014 wurde eine Kopie des beigezogenen Beschlusses der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Juni 2013 betreffend Ernennung der nebenamtlichen Ersatzrichter für 2013/2014, darunter Lic. iur. D._____, den Parteien zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 10, Dispositivziffer A./a)/69.). Das Verfahren ist spruchreif.

5. Gegen erstinstanzliche Entscheide über bestrittene Ausstandsgesuche nach Art. 50 Abs. 1 ZPO ist die Beschwerde zulässig (Art. 50 Abs. 2 ZPO).

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. Auf die Begründung der Beschwerde im Einzelnen ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist.

6. Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK sind verletzt, wenn bei einem Richter — objektiv betrachtet – Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen (BGE 137 I 227 E. 2.1, BGE 134 I 238 E. 2.1; BGE 131 I 113 E. 3.4 S. 116). Solche Umstände können entweder in einem bestimmten Verhalten des betreffenden Richters oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein. Für den Ausstand wird nicht verlangt, dass der Richter tatsächlich befangen ist. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken (BGE 131 I 24 E. 1.1 S. 25 mit Hinweisen). Mit anderen Worten muss gewährleistet sein, dass der Prozess aus Sicht aller Beteiligten als offen erscheint.

II.

1. Rechtzeitigkeit des Ausstandsgesuchs

Die Vorinstanz erwog zur Frage der Rechtzeitigkeit des Ausstandsgesuchs, das vom 24. September 2013 datierende Ausstandsbegehren sei am 25. September 2013 beim Gericht eingegangen. Der Kläger wie auch dessen Rechtsvertreterin hätten gemäss eigener Darstellung zunächst zu Beginn der Verhandlung vom Mittwoch, 18. September 2013, registriert, dass ihnen das Aussehen der Ersatzrichterin bekannt vorkomme. Sie hätten sich in der Folge – als die Richterin (entgegen der klägerischen Ansicht) Steuern der Beklagten im Bedarf der Kinder habe berücksichtigen wollen – plötzlich an die engagierten Ausführungen der Richterin anlässlich der Referentenaudienz vor Obergericht am 11. April 2012 erinnert. Gleichwohl hätten weder die Rechtsvertreterin des Klägers noch dieser persönlich schon zu diesem Zeitpunkt ein Ausstandsgesuch gestellt, obschon zu diesem Zeitpunkt – also im Rahmen der mehrstündigen Vergleichsverhandlung – auch die kritisierte Art der förmlichen Befragung und der Behandlung des Editionsbegehrens etc. bereits erledigt worden seien und sie der kritisierten früheren Mitwirkung der Ersatzrichterin gewahr geworden seien. Der

Ansicht des Klägers, wonach die Richterin anlässlich eines Telefonats vom Donnerstag, 19. September 2013, von sich aus wegen Befangenheit in den Ausstand getreten sei, könne aufgrund der Aktenlage nicht gefolgt werden. Es sei höchst fraglich, ob das erst am 24. September 2013 zur Post gegebene Ausstandsgesuch noch fristgerecht im Sinne von Art. 49 Abs. 1 ZPO erfolgt sei. Dies könne indes offenbleiben, da das Ausstandsgesuch materiell betrachtet ohnehin abzuweisen sei (Urk. 2 S. 12 f.).

Auch im Beschwerdeverfahren kann die Frage der Rechtzeitigkeit des Ausstandsgesuches offen gelassen werden, weil der Beschwerde aus nachfolgenden Gründen in materieller Hinsicht kein Erfolg beschieden ist.

2. Rechtliches Gehör

2.1. Der Kläger sieht unter anderem sein rechtliches Gehör verletzt. Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der Erfolgsaussichten in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses (BGE 126 V 130 2b mit weiteren Hinweisen). Diese Rüge ist demnach vorweg zu behandeln. Der Kläger wirft der Vorinstanz folgendes Vorgehen vor: Mit Schreiben vom 23. Oktober 2013, zugestellt am 25. Oktober 2013, seien ihm die Stellungnahmen betreffend sein Ausstandsbegehren von Rechtsanwalt Y._____ und den mitwirkenden Gerichtspersonen zur Kenntnisnahme zugestellt worden (Urk. 7/51-54). Er habe dazu unaufgefordert Stellung bezogen mit Schreiben vom 4. November 2013 (Urk. 7/58). Mit Verfügung vom 4. November (Urk. 7/57), zugestellt am 5. November 2013, sei ihm sodann ausdrücklich ein Replikrecht eingeräumt worden. Dieses Replikrecht habe nicht nur die Stellungnahme zu den Urk. 7/51-54 beinhaltet, sondern es sei ihm zusätzlich die Gelegenheit eingeräumt worden, zu seinen bisher genannten Ausstandsgründen gegen Ersatzrichterin D._____ zusätzliche Ausstandsgründe aufzuführen und zu begründen. Diese vom 14. November 2013 datierende Replikschrift mit den zusätzlich substantiierten Ausstandsgründen sei der Vorinstanz am 15. November 2013 zugestellt worden. In der Zwischenzeit und damit vor Ablauf des Fristenlaufs habe die Vorinstanz jedoch die ihn belastende

Verfügung vom 11. November 2013 erlassen, die ihm am 18. November 2013 zugestellt worden sei (Urk. 1 S. 12 ff., S. 18).

2.2. In den Akten findet sich eine Telefonnotiz vom 15. November 2013, in der ... [Funktion] G._____ Folgendes festhält: Die Gerichtskanzlei habe sich am 15. November 2013 nach dem Eingang der klägerischen Replik vom 14. November 2013 bei der Rechtsvertreterin des Klägers betreffend die Zustellung des Entscheides vom 11. November 2013, der gemäss Postangaben am 12. November 2013 "in ihrem Postfach zugestellt" worden sei, erkundigt. Die Rechtsvertreterin habe ihr zurückgerufen und erklärt, dass sie in den letzten Tagen so viel zu tun gehabt habe, dass sie den Entscheid vom 11. November 2013 noch nicht habe zur Kenntnis nehmen können. Auf ihre Frage hin habe sie ihr erklärt, dass das Ablehnungsgesuch mit diesem Entscheid abgewiesen worden sei. Das Gericht sei aufgrund der ausführlichen ersten Replik, die der Kläger von sich aus eingereicht habe, und die sich offenbar mit der Zustellung der Fristansetzungsverfügung betreffend Replik vom 4. November 2013 gekreuzt habe, davon ausgegangen, dass es damit sein Bewenden habe. Versehentlich sei allerdings die mit Verfügung vom 4. November 2013 angesetzte Frist zur zweiten Replik nicht abgenommen worden (Urk. 7/65).

2.3. Indem die Vorinstanz über das Ausstandsgesuch des Klägers vor Fristablauf entschieden hat, verletzte sie sein rechtliches Gehör. Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann indes geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit hat, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei prüfen kann (vgl. statt vieler BGE 133 I 201 E. 2.2., 132 V 387 E. 5.1., 127 V 431 E. 3.d.aa). Von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz ist ferner – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs – abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 133 I 201 E. 2.2 m.w.H.).

2.4. Vorliegend ist von einer nicht besonders schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs auszugehen: Einerseits hatte die Vorinstanz die Stellungnahmen von Rechtsanwalt Y._____ und von den mitwirkenden Gerichtspersonen dem Kläger erstmals gerade im Hinblick auf die Wahrung seines rechtlichen Gehörs formlos zur Kenntnis gebracht. Auch der Kläger wies in seiner entsprechenden Spontaneingabe vom 4. November 2013 darauf hin, dass er mit dieser Eingabe sein Replikrecht im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis zum rechtlichen Gehör wahrnehme (Urk. 7/58 S. 2 mit Hinweis auf BGE 137 I 195 und BGE 133 I 100). Unter Hinweis auf eine Kommentarstelle (Wullschleger, in: Sutter-Somm/

Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2013, Art. 49 N 5) setzte ihm die Vorinstanz mit Verfügung vom 4. November 2013 sodann ausdrücklich zur Wahrung seines rechtlichen Gehörs noch einmal Frist an, um Stellung beziehen zu können (Urk. 7/57). Dass anschliessend vor Ablauf der Frist entschieden wurde, beruhte auf einem Versehen bzw. auf einer falschen Antizipation des Willens des Klägers durch die Vorinstanz.

Andererseits hatte der Kläger sich bereits mit Eingabe vom 4. November 2013 zu den entscheiderelevanten Sachfragen geäussert und seine Sichtweise, nämlich die Befangenheit von Ersatzrichterin D._____, in das Verfahren eingebracht (Urk. 7/58). Diese klägerischen Vorbringen wurden denn auch sorgfältig von der Vorinstanz im angefochtenen Zwischenentscheid geprüft. Neu sind in der Stellungnahme vom 14. November 2013 die rechtlichen Ausführungen zu § 9 GOG und die damit verbundene Behauptung, dass D._____ vom Bezirksgericht Zürich nicht für den vertretungsweisen Einsatz als Ersatzrichterin ermächtigt worden sei (Urk. 7/63 S. 12 f., vgl. auch Urk. 1 S. 14). Damit brachte der Kläger zwar ein neues Faktum vor. Dies stellt aber kein unzulässiges Novum im Sinne von Art. 326 ZPO dar. Die Eingabe vom 14. November 2013 gehört vielmehr zum Prozessstoff der Vorinstanz, konnte von ihr jedoch nach Eröffnung des Entscheides nicht mehr berücksichtigt werden. Wie diese tatsächliche Behauptung des Klägers rechtlich zu würdigen ist bzw. welche Auswirkungen sie

hat, ist eine Rechtsfrage und kann daher im Beschwerdeverfahren frei überprüft werden (Art. 320 lit. a ZPO). Bei den *von der Verwaltungskommission des Obergerichts* vorgenommenen Bestellungen von Ersatzrichtern (§ 11 Abs. 1 GOG) geht es im Übrigen um gerichtsnotorische Tatsachen, die von Amtes wegen zu berücksichtigen sind. Indem von der erkennenden Kammer dieses zusätzliche Argument des Klägers nachfolgend mitberücksichtigt wird (E. II.3.), kann seine Gehörsverletzung als geheilt gewertet und von einer Rückweisung an die Vorinstanz abgesehen werden.

3. Ermächtigung zum Einzelrichteramt

3.1. Unabhängig von der Frage der Befangenheit von Ersatzrichterin D._____ hält der Kläger sie nicht für den vertretungsweisen Einsatz als Einzelrichterin ermächtigt. Dazu führt er aus, dass das Obergericht die Zahl der Einzelrichter an den Bezirksgerichten bestimme (§ 9 Abs. 1 GOG). Gestützt auf § 9 Abs. 2 GOG wähle darauf das Bezirksgericht die Einzelrichter, womit diese stets aus der Reihe der Bezirksrichter zu wählen seien. Das Bezirksgericht dürfe die einzelrichterliche Funktion nicht von Fall zu Fall einem seiner Mitglieder übertragen und nicht einzelne Geschäfte (je nach ihrer Natur und Schwierigkeit unter Rücksichtnahme auf die beteiligten Parteien) einem beliebigen Bezirksrichter zuteilen (mit Hinweis auf BGE 105 Ia 171), weil dies die Rechtssicherheit beeinträchtige und den Anspruch auf den gesetzmässigen Richter nach Art. 30 Ziff. 1 BV verletze. Deshalb sehe § 9 Abs. 2 GOG die vorgängige individuelle Bestimmung der Einzelrichter vor. In Anwendung von § 11 Abs. 1 Satz 2 GOG könne das Obergericht auf Antrag des Bezirksgerichts Ersatzmitglieder ernennen und ihre Befugnisse bestimmen.

Gemäss der Konstituierung des Bezirksgerichtes Zürich für die 2. Jahreshälfte 2013 (1. Juli 2013-31. Dezember 2013) sei Obergerichtsschreiberin D._____ allerdings nirgends als Einzelrichterin aufgeführt. In Ziffern VI (Kompetenzregelung) der Konstituierung seien ausgewählte voll- bzw. teilamtliche Ersatzrichterinnen und Ersatzrichter zum vertretungsweisen Einsatz auch als Einzelrichterin bzw. Einzelrichter namentlich ermächtigt. Lic. iur. D._____ gehöre

nicht zu den ausgewählten Ersatzrichterinnen, die vertretungsweise auch als Einzelrichterinnen eingesetzt werden dürfen. Gemäss Bundesgericht gehe es nicht an, dass ein Ersatzrichter aufgrund blosser Absprache ein Geschäft zum ausserordentlichen Einzelrichter übertragen erhalte. Dies komme einem verbotenen Ausnahmegericht gleich (Urk. 1 S. 14 f. mit Hinweis Urk. 5/6 und auf BGE 105 Ia 166; EuGRZ 1980 S. 275; Müller in: ZBJV (1981) S. 214 f.).

3.2. Gemäss Art. 75 Abs. 2 KV/ZH werden die Ersatzmitglieder der nicht für das gesamte Kantonsgebiet zuständigen Gerichte von der übergeordneten Gerichtsstanz gewählt. § 11 Abs. 1 GOG sieht vor, dass das Obergericht auf Antrag eines Bezirksgerichts Ersatzmitglieder ernennen kann und deren Befugnisse bestimmt. Mit Beschluss der Verwaltungskommission vom 12. Juni 2013 wurde D._____ zur nebenamtlichen Ersatzrichterin des Bezirksgerichts Zürich mit umfassender Einzelrichterkompetenz ernannt (Urk. 10 [VP130122]). Die Rüge, Ersatzrichterin D._____ sei zum vertretungswisen Einsatz als Einzelrichterin nicht ermächtigt (unter Hinweis auf BGE 105 Ia 166), ist somit unbegründet (vgl. BGer 1B_72/2013 E. 2.2). Dass der im Internet abrufbaren Mitteilung betreffend die Konstituierung des Bezirksgerichts Zürich kein Hinweis auf die Ernennung und die einzelrichterlichen Befugnisse von D._____ zu entnehmen ist, ist belanglos, weil Vorschriften über Inhalt und Umfang solcher Publikationen nicht bestehen.

4. Vorbefassung

4.1. Der Kläger leitet die Befangenheit der Ersatzrichterin D._____, die zugleich als Gerichtsschreiberin am Obergericht amtet, zunächst daraus ab, dass sie anlässlich des obergerichtlichen Rekursverfahrens im Eheschutz der Parteien massgeblich Einfluss auf die vorliegende Streitsache der Parteien genommen habe. Dennoch sei sie im Rubrum des obergerichtlichen Entscheides vom 16. Juli 2012 (Urk. 7/48/52) nicht aufgeführt (Urk. 1 S. 6, S. 38).

4.2. Im Rubrum werden lediglich diejenigen Gerichtspersonen aufgeführt, die im jeweiligen Zeitpunkt der Entscheidfällung mitentscheidend oder beratend

beteiligt sind. Vorliegend gab es keinen Grund, Obergerichtsschreiberin D._____ im Rubrum des Rekursentscheides betreffend Eheschutzverfügung vom 16. Juli 2012 (Urk. 7/48/52) aufzuführen, da sie an der Willensbildung weder als Referentin noch als Gerichtsschreiberin beratend beteiligt war, was sich aus dem Obergerichtsscheid vom 16. Juli 2012 selbst ergibt und von ihr auch in ihrer amtlichen Stellungnahme bestätigt wird (Urk. 7/51 S. 1). Ihr Beitrag beschränkte sich – im Einverständnis mit den Parteien – auf die Begleitung und Unterstützung der zuständigen Gerichtsschreiberin H._____ in einer Referentenaudienz/Vergleichs-verhandlung am 11. April 2012 (Urk. 7/48, Prot. S. 12 [LP100096]). Dieses Vorgehen kommt mit Einverständnis der Parteien gelegentlich vor, steht doch die Gestaltung der Vergleichsverhandlung dem fallverantwortlichen Gerichtsschreiber frei. Dass Ersatzrichterin D._____ während der Vergleichsverhandlung aktiv und massgeblich Berechnungen betreffend die angefochtenen Unterhaltsbeiträge angestellt habe und Einfluss genommen habe, mag zutreffen. Davon auf eine Einflussnahme auf die richterliche Entscheidung vom 16. Juli 2012 zu schliessen (Urk. 1 S. 5 f.), ist verfehlt. Auch wenn Gerichtsschreiber als Referenten – was vorliegend nicht einmal der Fall war – mit dem Recht zur Antragstellung bestimmt sind, so bleibt doch die effektive Entscheidungsbefugnis beim Richter.

4.3. Weiter sieht der Kläger bei der Konstellation Obergericht/Bezirksgericht ein Strukturproblem aufgrund eines "vertikalen Richtertausches" in der gleichen Sache und daher eine unzulässige Vorbefassung, ohne dies allerdings schlüssig darzulegen. Dieses angebliche Strukturproblem ist auch sonst nicht erkennbar: Von Gesetzes wegen liegt – vorbehältlich besonderer Umstände – eine zulässige Vorbefassung im Sinne von Art. 47 Abs. 2 lit. e ZPO vor, wenn ein Richter vorerst als Eheschutzrichter amtiert und später über die Scheidung derselben Partei befindet. Dies wird damit begründet, dass eine neue rechtliche Ausgangslage gegenüber dem Eheschutzverfahren während fortdauernder Ehe in jedem Falle im Scheidungsverfahren vorliegt, mit dem die gegenseitigen nachehelichen Ansprüche der Ehegatten geregelt werden. Diese Neuurteilung aufgrund veränderter Verhältnisse bewirkt somit auch eine Veränderung des

Streitgegenstandes und rechtfertigt damit im Grundsatz die Beurteilung durch die gleichen Gerichtsmitglieder (BGE 114 I 50, 57 E. 3d m.H., Wullschleger, a.a.O., N 51, N 61 zu Art. 47 ZPO). Es kann zudem von einer Gerichtsperson erwartet werden, dass sie in der Lage ist, die Beurteilung eines Falles im Rahmen eines Erkenntnisverfahrens klar von derjenigen im Rahmen eines Summarverfahrens zu unterscheiden und dass sie sich entsprechend von dieser Vorbefassung nicht beeinflussen lässt (Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, 2010, § 11 S. 84). Ob dabei die Gerichtsperson im Rahmen des Eheschutzes an einer oberen oder unteren Instanz tätig war, ist rechtlich gleich zu behandeln. In beiden Konstellationen bildet die Mitwirkung beim Eheschutzverfahren für sich allein keinen Ausstandsgrund für das nachfolgende Scheidungsverfahren der gleichen Parteien.

Aufgrund dieser gesetzlichen Regelung würde es sich somit selbst dann um eine zulässige Vorbefassung gemäss Art. 47 Abs. 2 lit. e ZPO handeln, wenn Ersatzrichterin D._____ als Gerichtsperson beim obergerichtlichen Eheschutzrekurs der Parteien mitgewirkt hätte.

Umso unproblematischer ist es, dass Ersatzrichterin D._____ bloss zur Unterstützung der fallzuständigen Gerichtsschreiberin an der obergerichtlichen Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung der Parteien teilnahm. Vor diesem Hintergrund besteht kein Anlass, die Bereitschaft und Fähigkeit von Ersatzrichterin D._____ zur korrekten Verhandlungsführung am 18. September 2013 in der hängigen Ehescheidung der Parteien in Frage zu stellen.

4.4. Den Anschein der Befangenheit sieht der Kläger auch darin begründet, dass Ersatzrichterin D._____ die Parteien treu- und pflichtwidrig anlässlich der streitbefangenen Verhandlung vom 18. September 2013 nicht darüber aufgeklärt habe, dass sie bereits in der Funktion als Obergerichtsschreiberin massgeblich die Streitsache beeinflusst habe (Urk. 1 S. 6).

Soweit keine Ausstandsgründe zu beachten sind, ist es weder üblich noch besteht entgegen der Auffassung des Klägers eine Pflicht den Parteien jeweils explizit bekanntzugeben, an welchen früheren Verfahren der Parteien ein Richter allenfalls mitgewirkt hat (vgl. Urk. 2 S. 15). Wie ausgeführt gebot die Tatsache, dass Ersatzrichterin D._____ die Gerichtsschreiberin H._____ am 12. April 2012 im Eheschutzrekursverfahren begleitet hatte, keine Ausstandspflicht.

5. Rechtsauffassung der Richterin

5.1. Des Weiteren sieht der Kläger den Nachweis der Befangenheit von Ersatzrichterin D._____ darin, dass sie sowohl an der obergerichtlichen Referentenaudienz wie auch an der Verhandlung vom 18. September 2013 fälschlicherweise vehement die These vertreten habe, die Steuern der Mutter und damit der Beklagten seien als Bedarfsposition des Kindesunterhalts aufzuführen. Kinder im Alter von 9 und 10 Jahren seien nicht steuerpflichtig. Gemäss der Zürcher Tabelle enthalte der Unterhaltsbedarf von Kindern keine Bedarfsposition "Steuern der Mutter" (Urk. 1 S. 35 f.).

5.2. Dies ist unbehelflich: Selbst wenn die kritisierte Auffassung von Ersatzrichterin D._____ rechtlich unhaltbar wäre, so bildet dies keinen Ausstandsgrund: Entscheidungsfehler, Einschätzungsfehler und Verfahrensfehler, die einem Gericht unterlaufen, begründen nur in ganz besonderen Ausnahmefällen einen Ablehnungsgrund. Es 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 Richterpflichten darstellen (Urteil des BGer 5A_332/2010 vom 16. Juli 2010 E. 2; 4A_220/2009 vom 17. Juni 2009 E. 4.1; Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 47 N 36; Wullschleger, a.a.O., Art. 47 N 35). Solche werden vom Kläger weder vorgebracht noch sind sie sonst ersichtlich.

6. Sitzungsvertretung

6.1. Weiter sieht der Kläger einen Verstoss gegen Treu und Glauben darin, dass die Einzelrichterin anlässlich der Begrüssung nicht offengelegt habe, dass sie lediglich ad-hoc und auf eine Sitzungsvertretung beschränkt die Hauptverhandlung vom 18. September 2013 durchführen werde. Vielmehr habe sie den Parteien, der Gerichtsschreiberin und dem Auditor den Eindruck vermittelt, sie sei neu für das Ehescheidungsverfahren und die vorsorglichen Massnahmen zuständig und habe als Einzelrichterin Entscheidkompetenz (Urk. 1 S. 4 f.).

6.2. Die Besetzung des Gerichts kann sich aus verschiedenen Gründen und in allen Stadien eines Prozesses ändern. Deshalb besteht keine Pflicht des Gerichtes den Parteien die Besetzung mitzuteilen (Rüetschi, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, 2012, Art. 49 N 12). Selbst wenn das Verfahren an Ersatzrichterin D._____ umgeteilt worden wäre, wäre ihre Mitwirkung am Endentscheid damit keineswegs unverrückbar festgestanden. Somit kann entgegen der Ansicht des Klägers (Urk. 1 S. 6) keine Pflichtverletzung darin gesehen werden, dass die Ersatzrichterin die Parteien nicht explizit darüber aufklärte, dass sie nur für diese Verhandlung zuständig sei.

6.3. Der Kläger wendet zwar in diesem Zusammenhang ein, Gerichtsschreiberin E._____ sei selber davon ausgegangen, dass Ersatzrichterin D._____ Entscheidkompetenz zukomme, ansonsten sie nicht Folgendes in ihrer Stellungnahme geschrieben hätte (Urk. 1 S. 4 f. und S. 21 mit Hinweis auf Urk. 7/52):

"Wenn die Ersatzrichterin angab, sie erachte die Prozessaussichten des Klägers betreffend die vorsorgliche Massnahme als eher gering, so ist damit m.E. noch nicht zum Ausdruck gebracht, dass sie sich bereits endgültig in der Sache festgelegt hat."

6.4. Abgesehen davon, dass die Gerichtsschreiberin in ihrer Stellungnahme richtigerweise das wesentliche Merkmal für eine Unbefangenheit des Richters, nämlich die Entscheidoffenheit, nannte, ist es irrelevant, ob sie von einer Fallumteilung oder von einer blossen Sitzungsvertretung von Bezirksrichter C._____

ausging. Zudem dürfte es der Gerichtsschreiberin bekannt gewesen sein, dass nebenamtliche Ersatzrichter am Bezirksgericht Zürich gewöhnlich Sitzungstage absolvieren und nicht ganze Verfahren bis zu ihrer Erledigung übernehmen. Jedenfalls ist es unbestritten, dass das Verfahren am Ende der Verhandlung noch nicht spruchreif war.

6.5. Dass aber im Voraus geplante ad-hoc-Einsätze für einzelne Sitzungen zulässig sind und nicht zwingend ganze Verfahren an nebenamtliche Ersatzrichter umgeteilt werden müssen, ergibt sich schon aus § 27 lit. g der Geschäftsordnung des Bezirksgerichts Zürich vom 3. Dezember 2010, die sich auf § 18 GOG stützt. Danach werden die Mitglieder des Bezirksgerichts mit bis zu fünf Sitzungen pro Jahr entlastet. Ebenso sieht die Geschäftsordnung in § 40 Abs. 2 vor, dass der Einzelrichter für die Bezeichnung von Ersatzrichterinnen und Ersatzrichtern zur Sitzungsvertretung sorgt. Das Vorgehen im vorliegenden Fall, wonach die Ersatzrichterin nach erfolgter Sitzungsvertretung, in der sie die Einigungsverhandlung durchführte, jedoch die Vergleichsgespräche scheiterten, nicht mehr für den Fall zuständig war, entspricht folglich dem in der bezirksgerichtlichen Geschäftsordnung ausdrücklich vorgesehenen Prozedere.

6.6. Im Übrigen erstaunt es, dass diese Praxis der prozess erfahrenen Vertreterin des Klägers nicht geläufig zu sein scheint, da dieser Einsatz von nebenamtlichen Ersatzrichtern beim Bezirksgericht Zürich im Vergleich zu gewissen zürcherischen Landgerichten üblich ist und dazu dient, den dichten Sitzungsbetrieb aufrecht zu erhalten.

7. Verhandlungsführung

7.1. Der Kläger begründet das Ausstandsgesuch des Weiteren damit, dass Ersatzrichterin D._____ apodiktisch und unmissverständlich auf die Aussichtslosigkeit seines Abänderungsgesuches hingewiesen habe. Dazu verweist er auf den vorinstanzlichen Entscheid und auf die Stellungnahme von Auditor F._____ (Urk. 1 S. 29 f., mit Hinweis auf Urk. 2 S. 16-17 und Urk. 7/53 S. 1-2). Aus diesen beiden Urkunden kann er allerdings nichts zu seinen Gunsten ableiten. So hielt

die Vorinstanz zusammenfassend fest, dass wenn Ersatzrichterin D._____ sich bei ihrer vorläufigen Einschätzung den obergerichtlichen Überlegungen zu einer Rechts- oder Sachfrage angeschlossen und daher den – wie erwähnt provisorischen – Standpunkt mit Überzeugung vertreten habe, wonach das Abänderungsbegehren des Klägers kaum gutgeheissen würde, dies keine unzulässige Voreingenommenheit begründen würde. Auditor F._____ meinte seinerseits zur Verhandlungsführung von Ersatzrichterin D._____, dass sie "sehr engagiert (durchwegs im positiven Sinn)" und wohlüberlegt darum bemüht gewesen sei, eine befriedigende Einigung für die Parteien herbeizuführen. Dabei habe sie ihre vorläufige Auffassung mit Zurückhaltung und unter dem Vorbehalt der förmlichen Streitentscheidung zum Ausdruck gebracht (Urk. 7/53 S. 2-3).

7.2. Es kommt dazu, dass diese Äusserungen von Ersatzrichterin D._____ betreffend die Erfolgchancen im Rahmen einer Vergleichsverhandlung fielen. Parteien, die sich auf Vergleichsgespräche einlassen, haben Interesse an einer ehrlichen Einschätzung der Prozessaussichten durch die Gerichtsperson. Die Rechtsvertreterin des Klägers als regelmässig prozessierende Anwältin und Kennerin des gerichtlichen Verfahrens musste wissen, dass Ersatzrichterin D._____ ausschliesslich und unter dem Vorbehalt der förmlichen Streitentscheidung ihre eigene vorläufige Einschätzung zum Ausdruck brachte. Entscheidend ist, dass die geäusserte Einschätzung als vorläufige und unpräjudizielle deklariert wird. Diesbezüglich gab Ersatzrichterin D._____ in ihrer amtlichen Stellungnahme an, dass sie ihre Einschätzung als vorläufige vorgetragen habe (Urk. 7/51). Anhaltspunkte dafür, dass dies nicht zutreffe, wurden vom Kläger nicht glaubhaft gemacht.

7.3. Weiter macht der Kläger geltend, er habe den Eindruck erhalten, dass das Gericht ihn gar nicht habe hören bzw. sein Abänderungsgesuch gar nicht habe prüfen wollen. So habe Ersatzrichterin D._____ weder seine Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen noch zu denen der Beklagten berücksichtigen wollen (Urk. 1 S. 29 ff. mit Hinweis auf Urk. 7/38 S. 1-22). Dies obgleich aus den Akten hervorgehe, dass der heutige Hypothekarzins der Beklagten anstatt

monatlich Fr. 8'554.– neu Fr. 7'500.– (Urk. 7/38/22 S. 3 oben) betrage. Die Nebenkostenaufstellung werde bestritten, da einige der Positionen nicht Unterhaltskosten, sondern Mehrwertkosten beinhalten würden (Urk. 7/38/4). Die Beklagte habe daher nicht höhere monatliche Nebenkosten, sondern vielmehr tiefere. Ebenfalls sei nicht berücksichtigt worden, dass die Beklagte seit 2011 ein monatlich höheres Einkommen von Fr. 6'259.– und seit 2012 einen monatlich geringeren Bedarf von mindestens Fr. 1'400.– (Reduktion Hypothekarzinsen und Kostenersparnis Putzfrau) habe, als dies vom Obergericht für das Eheschutzverfahren berechnet worden sei. Die Beklagte könne sich zulasten des Klägers monatlich um mindestens Fr. 7'650.– ungerechtfertigt bereichern und Vermögen bilden, was nicht Sinn und Zweck von Unterhaltsbeiträgen sei. Das Abänderungsgesuch des Klägers sei daher aussichtsreich.

Auch habe Einzelrichterin D._____ an der Verhandlung vom 18. September 2013 diese dauernde und erhebliche Änderung des durchschnittlichen Jahreseinkommens und des Bedarfes der Beklagten nicht mal für erwähnenswert gehalten, womit sie erneut das rechtliche Gehör des Klägers verletzt habe, denn in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren werde ihm keine Möglichkeit mehr eingeräumt, konkrete Fragen an die Beklagte hinsichtlich ihres Einkommens und Vermögens richten zu können (Urk. 1 S. 34 f.). Ausserdem habe sie den Grundsatz der Waffengleichheit nicht berücksichtigt, indem sie die Beklagte nicht persönlich befragt und damit dem Kläger verwehrt habe, Fragen an die Beklagte zu richten (Urk. 1 S. 37).

7.4. Dazu ist festzuhalten, dass der Kläger – wie bereits vor Vorinstanz – geltend macht, dass sowohl die erhebliche Einkommenssteigerung im Jahr 2011/2012 wie auch die Reduktion verschiedener Bedarfspositionen aus den Akten hervorgehe (Urk. 7/42 S. 7; Urk. 1 S. 30 f.). Entsprechende Fragen von Seiten des Gerichtes drängten sich daher – zumal in einem Summarverfahren – nicht auf. Sollte Einzelrichterin D._____ zu Unrecht diese Faktoren unberücksichtigt gelassen haben, so wäre dies eine falsche Sach- resp. Rechtsbeurteilung, die per se nicht einen Befangenheitsgrund darstellt (vgl. oben

E. II. 5.2.). Im Übrigen ist nicht ersichtlich, weshalb die Rechtsvertreterin des Klägers die ihrer Auffassung nach entscheidenden Fragen an die Beklagte nicht stellte bzw. stellen liess. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass im Beschwerdeverfahren unbestritten geblieben ist, dass die Ersatzrichterin dem Kläger wiederholt versichert hatte, sein Editionsbegehren betreffend diverse Unterlagen der Beklagten (vgl. Prot. VI S. 18) sei zu Protokoll genommen worden, und es werde darüber nach der Verhandlung, nachdem die vollständigen Akten des obergerichtlichen Rekursverfahrens beigezogen worden seien, entschieden. Dies aus dem Grund, weil der beklagtische Rechtsvertreter geltend gemacht hatte, die von der Klägerseite eingeforderten Unterlagen seien im Rekursverfahren bereits eingereicht worden (Urk. 7/52; Urk. 2 S. 15; Prot. VI S. 18).

7.5. Weiter kritisiert der Kläger, die Aufstellung der Beklagten betreffend die Bedarfspositionen der Kinder (Urk. 7/42 S. 4) habe entgegen der Ansicht der Vorinstanz ungewöhnliche und unerwartete Positionen enthalten (Urk. 1 S. 35 mit Hinweis auf Urk. 2 S. 14).

7.6. Unbestritten ist, dass Ersatzrichterin D._____ mit dem ausdrücklichen Einverständnis der Parteien hauptsächlich die Kinderkosten beleuchtet und die von der Beklagten eingereichte Bedarfspositionen-Aufstellung lediglich als Vorlage verwendet hatte (Urk. 7/51 S. 2). Selbst wenn es sich bei der Bedarfsposition "Steuern der Mutter" um eine ungewöhnliche bzw. unerwartete Position handeln würde, so wäre dies allenfalls eine falsche Sach- resp. Rechtsbeurteilung, die per se keinen Befangenheitsgrund darstellt (vgl. oben E. II.5.2.). Sollte der Kläger gegen einen späteren, allenfalls ähnlich lautenden Entscheid vorgehen wollen, so steht ihm der Rechtsmittelweg offen.

7.7. Damit sind keine Anzeichen ersichtlich, wonach Ersatzrichterin D._____ mit ihrem Verhalten objektiv an der Verhandlung vom 18. September 2013 den Eindruck erweckt haben soll, dass sie sich bereits eine abschliessende Meinung gebildet habe und das Verfahren nicht mehr offen, der Prozess somit bereits verloren sei. Auch ist weder ersichtlich noch wird dies behauptet, dass die

Äusserungen der Ersatzrichterin D._____ die persönliche Ebene berührt hätten, d.h. dass sie negative Bemerkungen gegen die Person des Klägers oder seiner Vertreterin gemacht hätte. Solches könnte im Gegensatz zu sachlicher Kritik allenfalls einen Ausstandsgrund darstellen (vgl. dazu BGer 1C_428/2007 vom 19. Juni 2008, E. 2.2).

8. Funktionelle Position als Obergerichtsschreiberin

8.1. Weiter rügt der Kläger, Ersatzrichterin D._____ habe anlässlich der Vergleichsverhandlung ihre funktionelle Position als Obergerichtsschreiberin ausgenutzt, indem sie darauf hingewiesen habe, dass sie mit der Betrachtungsweise des Obergerichtes vertraut sei. Subjektiv und objektiv hätten ihre Hinweise auf das Obergericht so verstanden werden müssen, dass ihre Vergleichsvorschläge zu akzeptieren seien und eine Überprüfung ihres allfälligen Entscheides durch das Obergericht aussichtslos wäre. Damit sei sein verfassungsmässiger Anspruch auf rechtliches Gehör in subjektiver und objektiver Hinsicht eingeschränkt worden durch den damit verbundenen Druck, den die Ersatzrichterin auf ihn ausgeübt habe. Heute sei klar, dass diese Vertrautheit von der Vorbefassung in der gleichen Sache herrühre (Urk. 1 S. 16 f., S. 23, S. 30).

8.2. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (Urk. 2 S. 16), ist die beanstandete Aussage von Ersatzrichterin D._____ objektiv so zu verstehen, dass sie ihrer richterlichen Pflicht zum vollständigen und sorgfältigen Aktenstudium, wozu auch der obergerichtliche Rekursentscheid gehört, nachgekommen ist. Vom anwaltlich vertretenen Kläger kann jedenfalls erwartet werden, dass er diese Aussage fachgerecht einordnen konnte. Falls der Kläger argwöhnt, dass die Ersatzrichterin damit habe suggerieren wollen, sie könne als obergerichtliche Gerichtsschreiberin einen allfälligen zukünftigen Rechtsmittelentscheid durch das Richterkollegium beeinflussen, so ist diesem Verdacht wie oben ausgeführt (E. II. 4.2.) von vornherein der Boden entzogen.

9. Telefonische Kontaktaufnahme

9.1. Im Weiteren beanstandet der Kläger, die Ersatzrichterin habe infolge ihrer telefonischen Kontaktaufnahme mit seiner Rechtsvertreterin am 19. September 2013 den Anforderungen von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziffer 1 EMRK nicht genügt (Urk. 1 S. 9 f.).

9.2. Richtig ist, dass eine einseitige Kontaktierung einer Partei durch das Gericht im Allgemeinen geeignet ist, Zweifel an der Gleichbehandlung der Parteien zu erwecken und deshalb nur mit äusserster Zurückhaltung zu gebrauchen ist. Zur Klärung verfahrensorganisatorischer Fragen drängen sich aber solche informellen Kontakte häufig geradezu auf. In jedem Fall ist darüber eine Aktennotiz zu erstellen.

Der vorliegende Fall unterscheidet sich zudem wesentlich von BGE 134 I 238: Nimmt ein obergerichtlicher Referent von sich aus mit dem Rechtsvertreter eines Rechtsmittelklägers Kontakt auf, und teilt er dabei mit, dass er gestützt auf die Akten wohl einen Antrag auf Abweisung der Berufung stellen werde, so ist dies nach dem zitierten Entscheid unzulässig. Solches Verhalten kann Ersatzrichterin D._____ nicht vorgeworfen werden.

9.3. Vielmehr war es die Rechtsvertreterin des Klägers, die von sich aus am 19. September 2013 und damit am Tag nach der strittigen Verhandlung die Ersatzrichterin per Fax angefragt hatte, ob sie anlässlich des Rekursverfahrens der Parteien in derselben Angelegenheit mitgewirkt habe (Urk. 7/39). Dass Ersatzrichterin D._____ ihr darauf am gleichen Tag telefonisch und damit möglichst schnell antwortete – worüber sie korrekterweise eine Telefonnotiz verfasste (Urk. 7/40) – lag im objektiven Interesse des Klägers. Auch macht der Kläger selbst nicht geltend, dass bei dem zunächst auf die Gerichtsbesetzung und damit organisatorische Fragen beschränkten Gespräch plötzlich auch Themen zur Sprache gekommen seien, welche die Streitsache selbst berührt hätten. Das dem Kläger entgegenkommende Vorgehen der Ersatzrichterin vermag daher keinen auch nur ansatzweise objektiv begründeten Anschein der Befangenheit zu begründen. Im Übrigen ist es widersprüchlich, wenn die Rechtsvertreterin ihre Anfrage per Fax und damit Dringlichkeit suggerierend übermittelt, um der

Ersatzrichterin nach schnellstmöglicher - nämlich telefonischer - Reaktion im Nachhinein vorzuwerfen, sie genüge den Anforderungen von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht bzw. sie habe eine etwas lockere Vorstellung von der richterlichen Unabhängigkeit.

10. Selbstaustritt

10.1. Der Kläger vertritt schliesslich den Standpunkt, Ersatzrichterin D. _____ habe anlässlich des Telefongesprächs vom Donnerstag, 19. September 2013, den "Königsweg" des Selbstaustritts gewählt, da sie seiner Rechtsvertreterin mitgeteilt habe, sie stände für das Verfahren nicht mehr zur Verfügung. Damit habe sie mittels ihrer telefonisch erstmalig vorgebrachten Erklärung antizipiert etwaige Ablehnungsgründe vorweggenommen und sei implizit in den Ausstand getreten (Urk. 1 S. 7 f., S. 21 f.).

10.2. Dieser Ansicht des Klägers kann aufgrund der Aktenlage nicht gefolgt werden: Der Telefonnotiz von Ersatzrichterin D. _____ ist allein zu entnehmen, dass sie der Rechtsvertreterin des Klägers mitteilte, sie habe am Rekursentscheid des Obergerichts nicht mitgewirkt, sondern lediglich die damalige Referentin H. _____ an der Referentenaudienz begleitet (Urk. 7/40). Auch hielt Ersatzrichterin D. _____ in ihrer an ihre Vorgesetzte gerichteten Stellungnahme vom 26. September 2013 zum Ausstandsbegehren fest, sie habe der klägerischen Rechtsvertreterin anlässlich des fraglichen Telefongesprächs vom 19. September 2013 erklärt, dass sie Bezirksrichter C. _____ lediglich für die Verhandlung vom 18. September 2013 vertreten habe und den Fall, da ja keine Einigung zustande gekommen sei und die Sache noch nicht spruchreif sei, wieder an ihn zurückgeben werde. Es sei von ihrer Seite in diesem Verfahren keine Entscheidung in der Sache zu erwarten. Sie sei somit weder sinngemäss in den Ausstand getreten, noch sehe sie oder habe sie einen Grund hierfür gesehen, da sie sich weder befangen fühle noch einen Ablehnungsgrund als gegeben erachte (Urk. 7/51). Damit verneinte Ersatzrichterin D. _____ klar einen angeblichen Selbstaustritt.

10.3. Die Argumentation des Klägers verfängt zudem auch aus folgendem Grund nicht: Die Mitteilung des Selbstaustritts nach Art. 48 2. Halbsatz ZPO hat sowohl zu Handen des für die Beurteilung des Ausstandes gemäss Art. 50 ZPO zuständigen Gerichts wie auch zu Handen der Parteien zu erfolgen (Wullschleger, a.a.O., Art. 48 N 2; leicht abweichend Rüetschi, a.a.O., N 13 zu Art. 48 ZPO, wonach in diesem Fall die betroffene Gerichtsperson das Gericht bzw. den Vorgesetzten über das Vorliegen des Ausstandsgrundes in Kenntnis zu setzen und gleichzeitig mitzuteilen hat, dass sie in den Ausstand trete). Gemäss Diggelmann handelt es sich beim Selbst-Ausstand nicht sozusagen um ein Gestaltungsrecht, das die Gerichtsperson verbindlich ausüben könne (Diggelmann, a.a.O., Art. 48 N 1 mit Hinweis auf Botschaft ZPO S. 7273). Vielmehr sei der Selbst-Ausstand den Parteien formell zur Kenntnis zu bringen und ihnen Frist zur Stellungnahme anzusetzen (Diggelmann, a.a.O., Art. 48 N 3). Eine blossе (vorliegend bestrittene) Erklärung an eine Partei anlässlich eines Telefongesprächs vermag jedenfalls keinen Selbstaustritt zu begründen.

11. Fazit

Zusammenfassend konnte der Kläger keine Umstände glaubhaft machen, die bei objektivem Betrachten den Anschein der Befangenheit von Ersatzrichterin D._____ erwecken können; die Beschwerde ist somit abzuweisen.

III.

In Anwendung von § 2 Abs. 1 und § 9 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Entscheidgebühr auf Fr. 3'500.– festzusetzen. Sie ist ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und soweit möglich mit dem von ihm geleisteten Vorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

Der Beklagten sind im Zusammenhang mit dem Beschwerdeverfahren keine entschädigungspflichtigen Umtriebe entstanden. Es ist daher keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'500.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Gerichtskasse Rechnung.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von Urk. 1 und – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.
6. 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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 10. Juni 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Oser

versandt am:
mc