

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF210019-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 14. Juli 2021

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____,

Gesuchs- und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Ausstandsbegehren**

Beschwerde gegen einen Beschluss der Kanzleikommission des Bezirksgerichtes Hinwil vom 11. Mai 2021 (BA210009)

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Eingabe vom 3. Februar 2020 machte B._____ (Gesuchs- und Beschwerdegegnerin, fortan Beschwerdegegnerin) beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Hinwil eine Scheidungsklage nach Art. 114 ZGB anhängig (act. 4/1). Es folgte eine Einigungsverhandlung und – nach nicht erzielter Einigung zwischen den Parteien – eine Verkehrswertschätzung der ehelichen Liegenschaft (Prot. Vi S. 6; act. 4/20, act. 4/23; act. 4/26-30). Die Klagebegründung und Klageantwort wurden schriftlich erstattet (act. 4/33, act. 4/39). Mit von der Gerichtsschreiberin unterzeichneten Schreiben vom 30. März 2021 wurden die Kinder C._____ und D._____ auf den 8. April 2021 zur Kinderanhörung durch das Gericht eingeladen (act. 4/43). Den Parteien wurde mit Verfügung vom 20. April 2021 eine Kopie des Protokolls der Kinderanhörung zugesandt und der Beschwerdegegnerin wurde Frist zu schriftlichen Replik angesetzt (act. 4/45-46).

1.2. In der Formulierung des versendeten Kinderbriefs sah A._____ (Gesuchsteller und Beschwerdeführer, nachfolgend Beschwerdeführer) einen Grund, für die Gerichtsschreiberin A. Friedrich in den Ausstand zu treten, und er reichte mit Eingabe vom 6. April 2021 (Datum Poststempel: 7. April 2021) ein entsprechendes Ausstandsbegehren ein (act. 1). Die Gerichtsschreiberin erklärte am 9. April 2021 schriftlich, es bestehe ihrerseits weder gegenüber dem Beschwerdeführer noch der Beschwerdegegnerin ein Ausstandsgrund im Sinne von Art. 47 ZPO (act. 3). Die Beschwerdegegnerin äusserte sich innert der ihr angesetzten Frist nicht zum Ausstandsbegehren (act. 5-6). Mit Beschluss vom 11. Mai 2021 wies die Kanzleikommission des Bezirksgerichts Hinwil (fortan Vorinstanz) das Ausstandsbegehren des Beschwerdeführers ab, auferlegte ihm Gerichtskosten von Fr. 500.00 und sprach keine Parteientschädigung zu (act. 4/48 = act. 7 = act. 10 S. 6).

1.3. Mit Eingabe vom 24. Mai 2021 (Datum Poststempel: 25. Mai 2021) erhob der Beschwerdeführer rechtzeitig Beschwerde gegen den vorinstanzlichen Beschluss vom 11. Mai 2021 (act. 11; act. 8). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-8). Da sich die Beschwerde sogleich als unbegründet erweist (vgl. nachfolgende Erwägungen), kann auf die Einholung einer Beschwerdeant-

wort der Beschwerdegegnerin verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Ihr ist lediglich mit diesem Entscheid ein Doppel der Beschwerdeschrift zuzustellen.

2.

Gegen erstinstanzliche Entscheide über bestrittene Ausstandsgesuche nach Art. 50 Abs. 1 ZPO ist die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO zulässig (Art. 50 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 319 lit. b Ziff. 1 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 im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

3.

3.1. Der Beschwerdeführer stützte sein gegen die Gerichtsschreiberin gestelltes Ausstandsbegehren vor Vorinstanz auf eine Befangenheit derselben "aus anderen Gründen" gemäss Art. 47 lit. f. ZPO. Er störte sich ab folgender Passage in den Kinderbriefen: "Wie du sicher weisst, möchten sich deine Eltern scheiden lassen. Dabei stellen sich viele Fragen, die auch für deine Zukunft Auswirkungen haben, beispielsweise *bei wem du wohnen wirst, wie die Besuchskontakte zum anderen Elternteil ausgestaltet sind*, usw.". Der Beschwerdeführer brachte vor, dass gemäss Trennungsvereinbarung eine alternierende Obhut über die Kinder mit fast ausgeglichener Betreuung vorliege, dass er finanziell sowie betreuungsmässig benachteiligt sei und für die Scheidung nur eine symmetrische Lösung akzeptiere. Die Befangenheit der Gerichtsschreiberin äussere sich darin, dass sie nicht bereit sei, eine für die Parteien ausgeglichene Lösung in Erwägung zu ziehen. Sie täusche die Kinder, indem sie geschrieben habe, diese würden bei einem Elternteil wohnen. Die Formulierung bzw. Wortwahl im Brief sei in der Situation total unangemessen, bringe die Haltung der Gerichtsschreiberin zum Ausdruck und missachte völlig die Gegebenheiten, nämlich dass die Kinder bei beiden Eltern wohnten und zwei Zuhause hätten. Spätestens im zweiten Satz provokiere die Gerichtsschreiberin Streit und schüre einen Interessenkonflikt für die Kinder. Die Gerichtsschreiberin bezeichne den "anderen" Elternteil als "Kontakt", was eine abscheuliche Wortwahl sei (act. 1 S. 1).

3.2. Die Vorinstanz erwog, beim an die Kinder versandten Schreiben handle es sich um ein vorgefertigtes Standardschreiben. Die darin gewählten Formulierungen seien Bestandteil einer standardisierten Vorlage für eine Vielzahl von Fällen und würden somit nicht die innere Überzeugung der Gerichtsschreiberin widerspiegeln. Zwar enthalte das Standardschreiben für den gelebten und vereinbarten Fall der alternierenden Obhut nicht die idealen Formulierungen und hätte wohl entsprechend angepasst werden sollen. Aus der blossen Verwendung des Schreibens könne aber nicht auf eine Vorbefassung der Gerichtsschreiberin geschlossen werden. Weiter führte die Vorinstanz aus, selbst wenn man der Gerichtsschreiberin vorwerfen könnte, sie habe das Schreiben fälschlicherweise verwendet bzw. nicht angepasst, würden einzelne prozessuale oder materielle Fehler nicht den Verdacht der Befangenheit zu begründen vermögen. Dies gelte umso mehr, wenn solche keine oder nur geringe Auswirkungen nach sich zögen, was gemäss Protokoll der Kinderanhörung vorliegend wohl der Fall sei. Nach objektiver Betrachtung könne aus der im Schreiben an die Kinder verwendeten Formulierung weder eine Vorbefassung noch die Ausschliessung einer ausgeglichenen Lösung für die Betreuungssituation der Kinder abgeleitet werden. Der Beschwerdeführer reisse den von ihm beanstandeten Satz aus dem Gesamtkontext. Bei den wiedergegebenen Fragen handle es sich lediglich um eine beispielhafte Aufzählung, die Fragen müssten sich nicht in jedem Fall stellen. Der Beschwerdeführer verstehe das Schreiben zudem offensichtlich insofern völlig falsch, als das Wort "Kontakte" sich auf die Besuche und nicht auf den anderen Elternteil beziehe. Auch liege keine absichtliche Täuschung der Kinder vor, weil die Frage, bei wem du wohnen wirst, auch die Antwort, bei beiden Elternteilen zulasse. Es könne nicht nachvollzogen werden, worin der Beschwerdeführer ein absichtliches Schüren von Streit und die Provokation eines Interessenkonfliktes sehe (act. 10 S. 4 f., Erw. 5.).

3.3. Der Beschwerdeführer bringt bei der Kammer vor, er akzeptiere, dass aus dem einzelnen Fehler der Gerichtsschreiberin kein Ausstand erwirkt werden könne. Nicht toleriert werde von ihm aber die falsche, (im Konjunktiv geschriebene) ausweichende und irreführende Begründung der Vorinstanz. Er verlange die klare Feststellung, dass die Gerichtsschreiberin einen Fehler begangen habe. Vom Be-

zirksgericht verlange er eine Entschuldigung (act. 11 S. 1). Zudem fordere er, dass ihm vom Bezirksgericht bestätigt werde, dass der Standard-Kinderbrief für künftige Einladungen abgeändert werde. Die Vorlage dazu wolle er revidieren (act. 11 S. 2).

Mit der Stellung eines Ausstandsgesuchs resp. der Beschwerde gegen einen vorinstanzlichen Entscheid, der einem solchen nicht stattgab, kann einzig der Anspruch auf ein unbefangenes, unvoreingenommenes und unparteiisches Gericht (Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II) durchgesetzt werden. Zu diesem Zweck hat das Gesuch bzw. die Beschwerde auf die Ablehnung (und gegebenenfalls die Aufhebung sowie Wiederholung von Amtshandlungen) einer Gerichtsperson abzielen (KUKO ZPO-Kiener, 3. A., Basel 2021, Art. 49 N 3 m.w.H.). Die Beschwerde dient nicht der Feststellung allfällig begangener Fehler und/oder der Erlangung von Entschuldigungen oder Bestätigungen durch das Gericht. Soweit die Beschwerde des Beschwerdeführers darauf ausgerichtet ist, ist auf sie nicht einzutreten.

3.4. Die Beanstandungen des Beschwerdeführers in der Beschwerde betreffen im Weiteren die Formulierung und Satzgestaltung im Kinderbrief, und wie der Brief seiner Ansicht nach – anders als von der Vorinstanz angenommen – zu verstehen sei. Im Ergebnis macht der Beschwerdeführer geltend, dass der Brief das Kind täusche. Es werde direkt mit der Frage konfrontiert und gezwungen den Wohnort (bei einem Elternteil) zu nennen und anzugeben, wie das Besuchsrecht zum anderen Elternteil aussehen solle (act. 11 S. 1 f.).

Auch diese weiteren Ausführungen zielen soweit ersichtlich darauf ab, darzulegen, dass und inwiefern der Gerichtsschreiberin ein Fehler unterlaufen sei und dieser sich (auf die Kinder) ausgewirkt habe. Es ist verständlich, dass der Beschwerdeführer das Schreiben der Gerichtsschreiberin sehr wörtlich nimmt, geht es doch um eine für ihn äusserst wichtige Angelegenheit, nämlich seine Kinder, und letztlich um die Regelung der Kinderbelange im Scheidungsverfahren. Er verliert dabei aber (in der Beschwerde an die Kammer) etwas aus den Augen, dass es im vorliegenden Verfahren nicht um den Inhalt des Briefes an sich geht, sondern darum, ob sich bei einer objektiven Betrachtungsweise aus der im Kinder-

brief enthaltenen Wortwahl resp. Äusserung der Gerichtsschreiberin eine Haltung manifestiert, die auf fehlender Distanz und Neutralität derselben beruht oder die auf eine über den Ausgang des Verfahrens vorgefasste Meinung hindeutet (vgl. BSK ZPO-Weber, 3. A., Basel 2017, Art. 47 N 4; KUKO ZPO-Kiener, a.a.O., Art. 47 N 19). Wie die Vorinstanz unbestritten und zu Recht einräumte, wird das verwendete Standardschreiben den vorliegenden konkreten Gegebenheiten nicht gerecht. Es ist angesichts des für den Beschwerdeführer emotional belastenden Scheidungsverfahrens verständlich, dass er sich an der verwendeten Formulierung, welche einen Bezug zur konkret gelebten Kinderbetreuung vermissen lässt, stört. Zudem konnte und musste dem Beschwerdeführer nicht bekannt sein, dass im Gerichtsalltag Standardschreiben verwendet werden, die im Einzelfall den konkreten Verhältnissen nicht gerecht werden. Tatsächlich handelt es sich bei der angesprochenen Passage des Kinderbriefes um eine standardmässige Formulierung. Die Gerichtsschreiberin gab darin weder ihre Meinung wieder noch wurde damit ein Entscheid gefasst oder liesse sich aus der Wortwahl eine dahingehend vorgefasste Meinung der Gerichtsschreiberin ableiten. Es ist der Vorinstanz darin zu folgen, dass aus der blossen Verwendung des Standard-Kinderbriefes nicht auf einen den Ausstand begründenden Umstand geschlossen werden kann. Ein solcher ergibt sich auch nicht daraus, dass die Gerichtsschreiberin die im Brief enthaltene beispielhafte Aufzählung von Fragestellungen nicht auf die von den Parteien konkret gelebte (oder die im Scheidungsverfahren beantragte) Betreuung der Kinder angepasst hat.

3.5. Nach dem Gesagten liegen objektiv betrachtet keine Umstände vor, die geeignet sind, den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit der Gerichtsschreiberin A. Friedrich zu erwecken. Die Beschwerde ist damit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

4.

4.1.1. Der Beschwerdeführer verlangt die "Streichung der veranschlagten Gerichtsgebühren". Fakt sei, dass ein Fehler seitens des Gerichts begangen worden sei. Der Umstand, dass dieser nicht für einen Ausstand ausreiche, dürfe nicht als Grund dienen, um von ihm eine "Abschreckungsgebühr" zu verlangen. Für Fehler

des Gerichts wolle er keine Gebühr bezahlen, insbesondere dann nicht, wenn die Begründungen (im gerichtlichen Entscheid) fadenscheinig seien und lediglich das eigene Personal in Schutz nehmen würden (act. 11 S. 2).

4.1.2. Die Vorinstanz stützte sich für die Verteilung der Prozesskosten auf Art. 106 Abs. 1 ZPO (vgl. act. 10 S. 5, Erw. 6). Nach dieser Bestimmung werden die Gerichtskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Im vorinstanzlichen Verfahren hat der Beschwerdeführer als unterliegend zu gelten; sein Ausstandsbegehren wurde zu Recht abgewiesen. Art. 107 ZPO sieht für verschiedene typisierte Fälle vor, dass das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen kann. Ob ein Sachverhalt nach Art. 107 ZPO bejaht wird, welcher ein Absehen von der Kostenerhebung resp. eine Kostenauflegung an den Kanton rechtfertigen würde, liegt somit im Ermessen des Gerichts. Auch wenn die Kammer im Beschwerdeverfahren nach Art. 320 lit. a ZPO den Entscheid der ersten Instanz durchaus auch auf seine Angemessenheit hin zu überprüfen hat, greift sie nur mit einer gewissen Zurückhaltung in einen wohl überlegten und vertretbaren Ermessensentscheid der ersten Instanz ein (ZR 111 [2012] Nr. 53). Da die unglückliche Standard-Formulierung des Kinderbriefes keinen Ausstandsgrund begründet, stellt die Kostenaufgabe zulasten des Beschwerdeführers gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO einen vertretbaren Entscheid dar. Die vorinstanzliche Kostenregelung ist deshalb nicht zu beanstanden.

4.2. Umstande halber ist auf die Erhebung einer Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren zu verzichten. Es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen: Dem Beschwerdeführer nicht, weil er unterliegt, der Beschwerdegegnerin nicht, weil ihr im Beschwerdeverfahren keine relevanten Umtriebe entstanden sind (Art. 106 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 11, sowie an die Kanzleikommission des Bezirksgerichts Hinwil, 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 in der Hauptsache um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: