

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB140026-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger.

Urteil vom 21. Oktober 2014

in Sachen

1. **A.** _____,

2. **B.** _____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

C. _____ **AG**,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Fürsprecher Y. _____

betreffend **Ablehnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil der I. Abteilung des Bezirksgerichtes Horgen
vom 2. Juli 2014; Proz. BV130026**

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Mit Eingabe vom 13. Juli 2012 machte die Beschwerdegegnerin den vor Vorinstanz geführten Prozess betreffend definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes hängig (act. 13/1; Verfahren-Nr. CG120015), der fortan unter der Prozessleitung von ... [Funktion] lic. iur. D._____ geführt wurde (act. 13/5). Am 11. Januar 2013 erstatteten die Beschwerdeführer Klageantwort und erhoben gleichzeitig Widerklage (act. 13/13). Mit Verfügung vom 11. März 2013 wurden die Beschwerdeführer zur Leistung eines Kostenvorschusses für die Widerklage von einsteilen je Fr. 6'000.– aufgefordert. Gleichzeitig wurde den Parteien die Vorladung zu einer Instruktionsverhandlung in Aussicht gestellt, zu welcher zwecks Erörterung von fachspezifischen Fragestellungen bereits ein Experte beizuziehen sei, und Frist angesetzt, um Einwendungen gegen die Ernennung von E._____ als sachverständige Person zu erheben (act. 13/21). Mit Verfügung vom 23. Juli 2013 wurde die Instruktionsverhandlung auf den 29. Oktober 2013 angesetzt (act. 13/32). Mit Verfügung vom 8. November 2013 wurde die Verhandlung auf den 5. Februar 2014 verschoben und die Parteien zur Einreichung weiterer Urkunden aufgefordert (act. 13/40).

1.2. Mit Eingabe vom 22. November 2013 stellten die Beschwerdeführer ein Ablehnungsbegehren gegen Vizepräsident lic. iur. D._____ als Mitglied des Gerichts im betreffenden Verfahren (act. 1). Zur Begründung führten sie zusammengefasst aus, die Aufforderung zur Einreichung der in der Verfügung vom 8. November 2013 genannten Urkunden stelle eine "fishing expedition" des Gerichts dar, welche völlig einseitig zugunsten der Beschwerdegegnerin den Verhandlungsgrundsatz verletze. Diese Anordnung stehe am vorläufigen Ende einer ganzen Kette von Verhaltensweisen und Anordnungen des prozessleitenden Richters, welche bei den Beschwerdeführern in ihrer Summe nicht mehr auszuräumende Zweifel an dessen Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit habe aufkommen lassen. So habe der Richter den Rechtsvertretern der Parteien nach Erstattung der Klageantwort telefonisch mitgeteilt, er sehe als nächsten Schritt eine Instruktionsverhandlung vor, zu welcher er – auf jeweils hälftige Kosten der Parteien – sogleich

einen Fachexperten beiziehen wolle und um Prüfung dieser Idee durch die Parteien gebeten. Nach Rücksprache mit der Beschwerdegegnerin habe er dieses Vorgehen indes unmittelbar verfügt, ohne die vereinbarte Rückmeldung der Beschwerdeführer abzuwarten. Ferner sei von den Beschwerdeführern für die Widerklage ein Kostenvorschuss verlangt worden, dessen Höhe den üblichen Rahmen bei weitem sprengte und sogar den Kostenvorschuss übersteige, der für die Klage der Beschwerdegegnerin mit fünfmal höherem Streitwert verlangt worden sei. Die Kosten für den Fachexperten seien auf diese Weise augenscheinlich alleine von den Beschwerdeführern bezogen worden. Schliesslich habe der verfahrensleitende Richter den Rechtsvertreter der Beschwerdeführer am Tag vor der angesetzten Instruktionsverhandlung angerufen und mitgeteilt, die Beschwerdegegnerin werde in Begleitung von F._____ an die Verhandlung kommen, weshalb die Beschwerdeführer ihrerseits doch auch die Teilnahme des Architekten G._____ sicherstellen sollen. Obwohl der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer Bedenken an diesem Vorgehen geäussert und zudem darauf hingewiesen habe, dass G._____ so kurzfristig nur schwerlich und jedenfalls nicht für die gesamte Dauer der Verhandlung abkömmlich sei, sei der Richter erst nach Rücksprache mit der Beschwerdegegnerin zu einer Verschiebung der Verhandlung bereit gewesen. Aus diesen Gründen sei für die Beschwerdegegner mit Erhalt der Verfügung vom 8. November 2013 ein nicht länger hinnehmbarer und objektiv begründbarer Anschein einer Befangenheit von ... lic. iur. D._____ entstanden (vgl. act. 1 S. 2 ff.).

1.3. Mit Urteil vom 2. Juli 2014 wies die Vorinstanz das Ausstandsgesuch der Beschwerdeführer ab. Sie kam zum Schluss, bei objektiver Betrachtung seien keine ausreichenden Gründe ersichtlich, welche den Vorsitzenden als befangen erscheinen liessen (act. 21 = act. 14). Gegen diesen Entscheid erhoben die Beschwerdeführer am 19. August 2014 Beschwerde mit folgenden Rechtsbegehren (act. 19 S. 2):

- "1. Der angefochtene Entscheid sei aufzuheben.
2. a) Herr Bezirksrichter lic. iur. D. _____ habe im Verfahren CG120015-F vor dem Bezirksgericht Horgen mit Wirkung seit dem 22.11.2013 in den Ausstand zu treten.
b) Eventualiter sei die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich 8 % MWST) zu Lasten der Beschwerdegegnerin bzw. eventualiter zu Lasten der Staats- oder Gerichtskasse, und zwar sowohl für das erst- als auch für das zweitinstanzliche Verfahren."

1.4. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragten die Beschwerdeführer, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 19 S. 2). Mit Verfügung vom 28. August 2014 wurde der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen und den Beschwerdeführern Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 22). Der Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (act. 24). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-17). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort wurde abgesehen (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Zur Beschwerde

2.1. Gegen erstinstanzliche Entscheide über bestrittene Ausstandsgesuche nach Art. 50 Abs. 1 ZPO ist die Beschwerde zulässig (Art. 50 Abs. 2 ZPO). Auf die fristgemäss schriftlich und begründet (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO) eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten. Mit der Beschwerde kann unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (vgl. Art. 326 Abs. 1 ZPO).

2.2. Die Vorinstanz hat die rechtlichen Voraussetzungen für den Ausstand eines Gerichtsmitglieds zutreffend dargestellt, weshalb – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – darauf verwiesen werden kann (act. 21 = act. 14 S. 3 ff.).

2.3. Die Beschwerdeführer rügen, es gehe nicht an, dass die Vorinstanz versuche, die vielen Vorfälle, welche sich inzwischen kumuliert hätten, auseinander zu

dividieren, um den Anschein der Befangenheit in kleinere, vermeintlich einfacher zu rechtfertigende Stücke zu brechen und ihnen dann entgegen zu halten, sie hätten sich ja gegen die eine oder andere Anordnung nicht gewehrt (act. 19 S. 19). Die Rüge ist unberechtigt. Zur Beurteilung des Ausstandsbegehrens hatte die Vorinstanz notwendigerweise die angeführten Gründe für die Ablehnung zunächst einzeln näher zu betrachten. Als Ergebnis ihrer Erwägungen hielt sie fest, krasse Verfehlungen, wie sie für die Annahme einer Befangenheit vorausgesetzt würden, seien vorliegend auch in der Gesamtwürdigung aller Kritikpunkte nicht festzustellen. Das gesamte Verhalten des Vorsitzenden sei darauf ausgerichtet gewesen, im Interesse beider Parteien eine möglichst effiziente und speditiv Streitschlichtung herbeizuführen (act. 21 = act. 14 S. 11). Damit nahm sie entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführer eine Gesamtbetrachtung vor.

2.4. Die Vorinstanz hat unter Hinweis auf die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichts sodann zutreffend erwogen, das Ausstandsverfahren diene nicht der Überprüfung behaupteter Verfahrens- oder anderer Fehler. Vielmehr sind Rügen zur Rechtsanwendung mit dem dafür vorgesehenen Rechtsmittel vorzubringen. Die Beschwerdeführer machen in diesem Zusammenhang verschiedentlich geltend, die Möglichkeit, ein Urteil bei einer ordentlichen Rechtsmittelinstanz anzufechten, vermöge an allfälligen Mängeln in der Besetzung der Richterbank grundsätzlich nichts zu ändern (act. 19 S. 19 und S. 22). Sie stützen sich dabei auf eine entsprechende Erwägung der Vorinstanz (mit Hinweis auf BGE 114 Ia 50 Erw. 3d). Gemeint ist mit der zitierten Erwägung aber nur, dass die Befangenheit eines Richters mit der Überprüfung des Entscheids durch die Rechtsmittelinstanz nicht gewissermassen geheilt werden kann. Dies ändert nichts daran, dass prozessuale Fehler grundsätzlich nicht dazu führen, dass Befangenheit der Mitwirkenden anzunehmen wäre. Soweit die Beschwerdeführer geltend machen, der prozessleitende Richter sei deshalb befangen, weil er mit seinen Anordnungen prozessuale und materielle Bestimmungen verletzt habe, ist die Begründung ihres Ablehnungsbegehrens daher – wie die Vorinstanz zu Recht festhielt – grundsätzlich nicht geeignet, eine Befangenheit darzutun. Daran vermag auch der Einwand der Beschwerdeführer, aufgrund der beschränkten Justiziabilität prozessleitender Entscheide seien ihnen gar keine bzw. kaum griffige Rechtsmittel zur Verfügung

gestanden, nichts zu ändern. Soweit ein prozessleitender Entscheid nicht nach Art. 319 lit. b ZPO selbständig anfechtbar ist, sind nach dem Willen des Gesetzgebers Rechtsverletzungen grundsätzlich mit dem Endentscheid zu rügen. Ebenso nicht stichhaltig ist das Argument der Beschwerdeführer, sie hätten sich nicht "von Anfang an mit dem Richter anlegen" wollen (act. 19 S. 19 f.). Wenn sich daraus etwas ableiten liesse, dann höchstens, dass die Beschwerdeführer die Prozessleitung durch den Richter von Anfang an missbilligten – diese Missbilligung begründet allerdings keinen Anschein von Befangenheit, sondern fiel auf die Beschwerdeführer zurück.

2.5. Prozessleitende Anordnungen des Richters sind im Ablehnungsverfahren demnach nicht im Detail zu überprüfen. Einzig zu beurteilen ist, ob die Anordnungen des abgelehnten Richters objektiv den Anschein begründen, er sei voreingenommen und vermöge deshalb nicht mehr unparteiisch zu urteilen. Unter dem Gesichtspunkt der Ablehnung wegen Befangenheit sind – wie bereits die Vorinstanz festhielt – prozessuale Fehler nur dann relevant, wenn ein Richter gegenüber einer bestimmten Partei offensichtlich nicht das sonst übliche Mass an Sorgfalt beim Studium und der Führung des Falles aufwendet, mithin krasse und wiederholte Irrtümer vorliegen, welche als schwere Verletzung der Richterpflichten beurteilt werden müssen (BGE 125 I 119 Erw. 3e; BGE 115 Ia 400 Erw. 3b; BGE 114 Ia 153 Erw. 3b/bb). Selbst wenn einem Richter bei Erlass eines prozessleitenden Entscheides ein gravierender Fehler unterläuft, ist daraus ohne weitere stichhaltige Anhaltspunkte nicht auf eine Befangenheit des Richters zu schliessen (Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich AA100027 vom 1. Juni 2010 Erw. 2d). Dies ist den Beschwerdeführern auch entgegen zu halten, wenn sie die Erwägung der Vorinstanz, im Ablehnungsverfahren seien lediglich krasse Verfehlungen, die sich aus einer summarischen Überprüfung ergäben, zu beachten (act. 21 = act. 14 S. 11), als unzutreffend rügen (act. 19 S. 22).

2.6. Die Beschwerdeführer werfen dem prozessleitenden Richter vor, in schwerer Weise den Verhandlungsgrundsatz und die Beweisregel von Art. 8 ZGB verletzt zu haben, indem er die Beschwerdeführer mit Verfügung vom 8. November 2013 zur Einreichung von insgesamt fünf Urkunden aufforderte, welche keine der

Parteien zur Edition offeriert bzw. deren Edition keine Partei verlangt habe. Die Edition mache zudem auch in materieller Hinsicht klar den Anschein einer völlig einseitigen Optik, denn alle von den Beschwerdeführern zur Edition verlangten Unterlagen hätten augenfällig einen einzigen gemeinsamen Nenner, nämlich die Suche danach, ob sich noch etwas finden liesse, das die bislang vollkommen pauschale und unbelegte Klagebegründung der Beschwerdegegnerin erhärten könnte. Über die Widerklage der Beschwerdeführer hingegen habe der Richter im Hinblick auf die Vergleichsverhandlung und deren Vorbereitung überhaupt nichts Näheres wissen wollen (act. 1 S. 7 ff.; act. 19 S. 9 ff.).

2.6.1. Die Vorinstanz erwog, die fehlenden Planunterlagen der Architekten und Ingenieure seien in der Klageschrift der Beschwerdegegnerin mehrfach moniert worden. Es könne demnach nicht gesagt werden, die Edition dieser Unterlagen sei eine "fishing expedition". Der Vorsitzende habe in seiner Stellungnahme dargelegt, dass die Edition in Absprache mit dem Gutachter erfolgt sei und nachvollziehbar erklärt, weshalb die einzelnen Unterlagen für den Gutachter notwendig gewesen seien. Es sei üblich und auch von der Zivilprozessordnung vorgesehen, dass der Gutachter mit Zustimmung des Gerichts eigene Abklärungen tätigen könne. Art. 186 ZPO ermögliche es dem Gutachter, die Unterlagen mit Einverständnis des Gerichts selbst bei den Parteien einzuholen. Es spreche aber nichts dagegen, wenn das Gericht die Unterlagen für den Gutachter bei den Parteien einhole. Da vorliegend keine Säumnisfolgen angedroht worden seien, hätten sich die Parteien durch einfache Mitteilung an das Gericht gegen die Herausgabe wehren können (act. 21 = act. 14 S. 10).

2.6.2. Die Beschwerdeführer halten im Beschwerdeverfahren an ihrem gegenteiligen Standpunkt fest. Den Erwägungen der Vorinstanz halten sie entgegen, in der Rechtsschrift der Beschwerdegegnerin fehle jeglicher konkreter Editionsantrag betreffend die fraglichen Unterlagen. Art. 186 ZPO könne ferner (noch) gar nicht zur Anwendung kommen, da ein echter Gutachterauftrag vorliegend offensichtlich noch nicht erteilt worden sei. Selbst im Anwendungsbereich von Art. 186 ZPO dürften auch Gutachtererhebungen nicht letztlich auf die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes hinauslaufen. Auch bestehe im jetzigen Prozessstadium

keine sachliche Gebotenheit, geschweige denn eine Notwendigkeit für irgendwelche Erhebungen. Reiche der bisher dargelegte Prozessstoff für eine Vergleichsverhandlung noch nicht aus, sei eine solche eben noch verfrüht und entsprechend auf später zu verschieben und zuerst den Parteien die Gelegenheit zu gewähren, den Prozessstoff selber zu ergänzen bzw. zu vervollständigen (act. 19 S. 12 f.). Im Übrigen ergebe sich ein offensichtlich nicht aufzulösender Widerspruch zwischen dem Argument, die beanstandeten Editionen seien "doch gar nicht im Sinne einer Beweisabnahme" erfolgt auf der einen und der Anrufung von Art. 186 ZPO und dem Hinweis, das Gericht könne nach Art. 183 Abs. 1 ZPO von Amtes wegen Gutachten einholen, auf der anderen Seite (act. 19 S. 22).

2.6.3. Gemäss Verfügung vom 8. November 2013 erfolgte die Aufforderung zur Einreichung weiterer Unterlagen "im Hinblick auf die Verhandlung und deren Vorbereitung" (act. 40). Wie bereits die Vorinstanz festhielt, führte der prozessleitende Richter in seiner Stellungnahme vom 19. Dezember 2014 aus, die Einforderung der Unterlagen sei in Absprache mit dem Gutachter erfolgt und legte detailliert und nachvollziehbar dar, weshalb die Einreichung der fraglichen Unterlagen bereits im aktuellen Prozessstadium sachlich geboten erscheine (act. 21 = act. 14 S. 10; act. 4 S. 3 f.). Dass die von den Beschwerdeführern einverlangten Unterlagen dem genannten Zweck dienen, ist ohne weiteres glaubhaft. Zutreffend ist zwar, dass der sachverständigen Person (noch) kein Auftrag für die Erstellung eines Gutachtens im Sinne einer Beweiserhebung erteilt wurde. Der Gutachter wurde gemäss Verfügung vom 11. März 2013 den Parteien erst für die Mitwirkung bei Vergleichsgesprächen im Rahmen der Instruktionsverhandlung sowie auch bei einer zu einem späteren Zeitpunkt allenfalls vorzunehmenden formellen Beweiserhebung als sachverständige Person vorgeschlagen, wobei der einstweilige Auftrag des Gutachters darin bestand, fachspezifische Fragestellungen an der Instruktionsverhandlung zu erörtern (act. 13/21). Ob die Bestimmungen von Art. 183 ff. ZPO in diesem Stadium bereits Anwendung finden, kann offen bleiben. Jedenfalls musste der Gutachter auch zur Wahrnehmung seiner (vorläufigen) Aufgabe über gewisse Informationen verfügen, um sich ein Bild vom Sachverhalt verschaffen zu können. Dass ihm solche Informationen bereits im Hinblick auf die Mitwir-

kung an der Instruktionsverhandlung zugänglich gemacht werden, ist grundsätzlich nicht zu beanstanden.

Dem Einwand der Beschwerdeführer, wenn der dargelegte Prozessstoff für eine Vergleichsverhandlung noch nicht ausreiche, sei eine solche auf später zu verschieben und zuerst den Parteien die Gelegenheit zu geben, den Prozessstoff selber zu ergänzen, ist entgegenzuhalten, dass es bei der beanstandeten Editi-
onsanordnung gerade nicht um die Vervollständigung des von den Parteien behaupteten und zu beweisenden Sachverhaltes ging, sondern darum, dem Gutachter die notwendigen Grundlagen zur Erfüllung seines Auftrages zu verschaffen. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, ist nicht vorausgesetzt, dass jede Information, die der Gutachter benötigt, von den Parteien behauptet oder als Beweis offeriert wurde. Dafür, dass der Prozessstoff durch die gutachterlichen Erhebungen in unzulässiger Weise ausgedehnt würde, bestehen keine Hinweise. Der Vorwurf der Beschwerdeführer, das Vorgehen habe darauf abgezielt, prozessuale Versäumnisse der Beschwerdegegnerin zu korrigieren, ist daher aus objektiver Sicht unbegründet. Es liegen keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, dass sich der prozessleitende Richter bei der Einforderung der fraglichen Unterlagen von der Beschwerdegegnerin nicht von sachlichen Überlegungen leiten liess. Vielmehr diente die Anordnung der Wahrnehmung der Pflicht des Richters, die zwischen den Parteien strittigen Sachverhalte zu erörtern und auf eine Einigung hinzuwirken. Der Erlass der Verfügung vom 8. November 2013 stellt daher keine (schwere) Pflichtverletzung dar, die den Anschein der Befangenheit erwecken könnte.

2.7. Die Beschwerdeführer sehen den Anschein der Befangenheit des abgelehnten Richters weiter darin begründet, dass er die Parteien im Hinblick auf die Frage der Durchführung einer Instruktionsverhandlung unter Beizug eines Sachverständigen ungleich behandelt habe, indem dieses Vorgehen ohne Abwarten der vereinbarten Rückmeldung der Beschwerdeführer am 11. März 2013 verfügt worden sei (act. 1 S. 4 f.; act. 19 S. 6).

Die Vorinstanz erwog hierzu, die Akten gäben über das Telefonat mit dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführer keinen Aufschluss. Jedoch liege ein Schreiben der Beschwerdeführer vom 20. März 2013 bei den Akten, womit um Of-

fenlegung allfälliger Geschäftsbeziehungen, Zusammenarbeit oder persönlicher Beziehung des vorgeschlagenen Sachverständigen und der Beschwerdegegnerin gebeten worden sei. Dass die Beschwerdeführer mit dem Vorgehen des Gerichts nicht einverstanden gewesen wären, werde darin nicht vorgebracht. Da das Gericht nach Art. 226 ZPO jederzeit und ohne Zustimmung der Parteien eine Instruktionsverhandlung durchführen könne, stelle deren Ansetzung auch dann keinen Ausstandsgrund dar, wenn mit dem Erlass der Vorladung nicht auf die Antwort der Beschwerdeführer gewartet worden sei (act. 21 = act. 14 S. 6 f.). Dem ist beizupflichten. Es liegt im Ermessen des Gerichts, ob und in welchem Stadium des Prozesses eine Instruktionsverhandlung einberufen wird. Ebenso ist das Gericht im Rahmen von Art. 226 Abs. 2 ZPO frei in der konkreten Ausgestaltung der Instruktionsverhandlung. Dass ohne vorgängige Zustimmung der Beschwerdeführer zur Instruktionsverhandlung vorgeladen wurde, vermag daher von vornherein keinen Anschein der Befangenheit zu begründen und stellt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer auch keine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs dar. Auch ist keine Ungleichbehandlung der Parteien ersichtlich: Der prozessleitende Richter hat nach Darstellung der Beschwerdeführer mit beiden Parteien Kontakt aufgenommen und ihnen das geplante weitere Vorgehen mitgeteilt. Die Beschwerdeführer geben selbst an, sie hätten sogleich Bedenken geäußert, welche damit vom Richter zur Kenntnis genommen wurden, bevor er über das weitere Vorgehen entschied. Dass er trotzdem am geplanten Vorgehen festhielt, ist mit Blick auf die Prozessleitungsbefugnis des Gerichts nicht zu beanstanden. In den darauf folgenden Eingaben der Beschwerdeführer vom 20. März 2013 und 8. April 2013 monierten sie das Vorgehen der Vorinstanz sodann in keiner Weise (act. 13/26 und 13/31). Eine Parteilichkeit des zuständigen Richters ist in diesen Handlungen nicht erkennbar.

2.8. Soweit die Beschwerdeführer geltend machen, die Höhe des ihnen auferlegte Kostenvorschusses sei nicht gesetzeskonform, hat die Vorinstanz ihnen zu Recht entgegengehalten, dass dagegen ein Rechtsmittel zur Verfügung stand und daher kein Anlass besteht, die Verfügung im Ausstandsverfahren zu überprüfen. Wer mit der (angeblichen) Rechtswidrigkeit einer Verfügung die Befangenheit des verfahrensleitenden Richters dartun will, muss zunächst deren Rechtswidrigkeit

im Rechtsmittelverfahren feststellen lassen, um damit ein Ablehnungsbegehren zu begründen (BGer 1B_317/2011 vom 6. September 2011 Erw. 4.8).

Die Beschwerdeführer bringen darüber hinaus vor, das Vorgehen der Vorinstanz sei offenkundig ungleich und einseitig gewesen (act. 19 S. 20). Zutreffend ist zwar, dass – gemessen am Streitwert der beiden Klagen – den Beschwerdeführern ein ungleich höherer Kostenvorschuss auferlegt wurde als der Beschwerdegegnerin. Im Beschluss vom 14. August 2012 wurde festgehalten, für die Klage der Beschwerdegegnerin mit einem Streitwert von Fr. 360'000.– würden Gerichtskosten von mutmasslich Fr. 18'000.– anfallen, von welchen sie einstweilen Fr. 10'000.– vorzuschiessen habe (act. 13/5). Von den Beschwerdeführern wurde für die Widerklage mit einem Streitwert von Fr. 75'000.– ein Vorschuss von je Fr. 6'000.– verlangt (insgesamt Fr. 12'000.–; act. 13/21). Dies gereicht jedoch nicht zu einem Nachteil der Beschwerdeführer. Über die effektive Höhe der Entsch eidgebühr und die Verteilung der Gerichtskosten wird erst im Endentscheid befunden. War der von der Beschwerdegegnerin bezogene Kostenvorschuss zu tief, trägt das Gericht das Inkassorisiko. Ein zu hoher Kostenvorschuss der Beschwerdeführer würde diesen zurück erstattet. Dass die Kosten für den Fachexperten auf diese Weise von den Beschwerdeführern bezogen worden sein sollten, geht aus der Verfügung – entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführer und den Ausführungen der Vorinstanz – ebenfalls nicht hervor (act. 13/21 S. 3). Eine Amtspflichtverletzung stellt die Kostenvorschussverfügung damit jedenfalls nicht dar. Auch lässt sie nicht auf eine einseitige Bevorzugung einer Partei schliessen. Die Rechtmässigkeit der Höhe des verlangten Kostenvorschusses ist (wie erwähnt) auf dem ordentlichen Rechtsmittelweg gegen die Verfügung zu klären und nicht im Ausstandsverfahren.

2.9. Die Beschwerdeführer bringen weiter vor, die Befangenheit des Richters zeige sich auch im Umstand, dass er die Beschwerdeführer nur einen Tag vor dem Termin der Instruktionsverhandlung angerufen und mitgeteilt habe, dass die Beschwerdegegnerin F._____ zur Verhandlung mitbringen wolle und die Beschwerdeführer doch bitte auf "morgen" auch noch die Teilnahme des Architekten G._____ sicherstellen sollen. Der verfahrensleitende Richter habe ihnen in Bezug

auf die genaue Konzeption der Instruktionsverhandlung faktisch kein Gehör gewährt, das Vorgehen sei vielmehr einseitig mit der Beschwerdegegnerin abgesprochen worden (act. 1 S. 6 f.; act. 19 S. 7 f., S. 15).

2.9.1. Soweit die Beschwerdeführer dem zuständigen Richter vorwerfen, er habe sie nach ungebührlicher, mehrtägiger Verzögerung erst um "fünf vor zwölf" vor vollendete Tatsachen gestellt, hat ihnen die Vorinstanz zu Recht entgegengehalten, dass die Kurzfristigkeit der Ankündigung auf die Beschwerdegegnerin zurück zu führen war. Aus der Aktennotiz der Gerichtsschreiberin vom 25. Oktober 2013 ergibt sich, dass der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin sich an diesem Datum beim Gericht meldete und unter anderem mitteilte, er werde an der Verhandlung von einem Rechtskonsulten der Beschwerdegegnerin sowie den zuständigen Sachbearbeitern Herrn F._____ und Herrn H._____ begleitet. Daraufhin telefonierte die Gerichtsschreiberin mit dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführer und gab ihm das Mitgeteilte an (act. 13/39). Dass die Beschwerdegegnerin ankündigte, die genannten Personen an die Verhandlung mitzunehmen, wurde den Beschwerdeführern damit umgehend bekannt gegeben. Der 25. Oktober 2013 war ein Freitag. Aus der Aktennotiz ist ersichtlich, dass ... lic. iur. D._____ an diesem Tag büroabwesend war (act. 13/39). Gemäss Darstellung der Beschwerdeführer rief er am (Montag) 28. Oktober 2013 an, um die Beschwerdeführer zu bitten, ihrerseits auch die Teilnahme des Architekten G._____ sicherzustellen. Der Vorwurf, die Programmänderung sei den Beschwerdeführern mit Verzögerung mitgeteilt worden (act. 19 S. 21), ist damit unbegründet.

2.9.2. Die Beschwerdeführer bringen mit Bezug auf die vorinstanzlichen Erwägungen weiter vor, es sei nicht nur auf die knappe Stellungnahme von Bezirksrichter D._____ abzustellen, sondern wesentlich sei der Ablauf der Geschehnisse, wie sie die Beschwerdeführer dargelegt hätten. Sie hätten sogleich Bedenken geäussert, welche beim Richter jedoch kein Gehör gefunden hätten. Auch als die Beschwerdeführer mitgeteilt hätten, dass G._____ so kurzfristig nur schwerlich und jedenfalls nicht für die gesamte Dauer der Verhandlung abkömmlich sei, sei der zuständige Richter nicht bereit gewesen, auf die Planänderung zurück zu kommen oder die Verhandlung zu verschieben. Auch die Ankündigung der Be-

schwerdeführer, diesfalls bleibe nichts anderes übrig, als an der Verhandlung als "ultima ratio" den Ausschluss von Herrn F. _____ zu beantragen, habe ihn nicht umzustimmen vermögen. Erst nach Rücksprache mit der Beschwerdegegnerin sei der Richter bereit gewesen, die Verhandlung zu verschieben (act. 1 S. 6 f.; act. 19 S. 7 f.).

2.9.3. Die Erwägungen der Vorinstanz zur Zweckmässigkeit der Zulassung der genannten Personen zur Instruktionsverhandlung werden im Beschwerdeverfahren nicht in Frage gestellt, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

2.9.4. Dafür, dass der Richter vorgehabt habe, auf einmal faktisch den Untersuchungsgrundsatz anzuwenden und damit die Beschwerdegegnerin zu bevorzugen, sind mit der Vorinstanz keine Anhaltspunkte ersichtlich. Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführer kann dies insbesondere nicht aus dem Hinweis in der Verfügung vom 8. November 2013, die Anwesenheit der betreffenden Personen an der Instruktionsverhandlung sei "zwecks Sachverhaltserstellung" sicherzustellen, geschlossen werden (act. 19 S. 21; act. 13/40); die betreffenden Personen sollten lediglich für eine formlose Befragung (ohne Protokollierung) an der Verhandlung teilnehmen. Die Vorinstanz hat sodann zu Recht festgehalten, ob die Teilnahme von F. _____ eine Befreiung der Beschwerdegegnerin von ihrer Substantiierungs- und Beweislast zur Folge gehabt hätte, könne nicht beurteilt werden, da die Beschwerdeführer keine unzulässigen Fragen substantiiert hätten. Der Hinweis der Beschwerdeführer, ihnen sei keine Zeit geblieben, die Instruktionsverhandlung abzuwarten, um danach die unzulässigen Fragen substantiiieren zu können, geht an der Sache vorbei (act. 19 S. 18): Das Vorliegen eines Ausstandsgrundes ist – wie erwähnt – glaubhaft zu machen. Die reine Behauptung der Beschwerdeführer, der Richter hätte an der zukünftig durchzuführenden Verhandlung unzulässige Fragen gestellt, genügt daher nicht, um eine Befangenheit anzunehmen.

2.9.5. Die Vorinstanz argumentierte im Übrigen zutreffend, der Vorsitzende habe mit der beanstandeten Änderung des Programms der Instruktionsverhandlung versucht, eine Gleichbehandlung der Parteien herzustellen, indem er die Beschwerdeführer gebeten habe, ihrerseits den Architekten G. _____ an die Ver-

handlung mitzunehmen. Dies kann für die Beschwerdeführer nicht von Nachteil gewesen sein. Ebenfalls geteilt werden kann die Erwägung der Vorinstanz, es sei zu bedenken, dass unter Zeitdruck habe gehandelt werden müssen und sowohl die Parteien wie auch das Gericht und der Experte den Verhandlungstermin reserviert und sich darauf vorbereitet hätten. Wenn der Vorsitzende in Nachachtung des Gebotes einer speditiven Prozessführung erst nach sorgfältiger Abklärung den Verhandlungstermin habe fallen lassen, sei ihm dies nicht vorzuwerfen.

Ein parteiisches Verhalten des abgelehnten Richters oder nur schon der begründete Anschein parteiischen Verhaltens ist auch in diesem Zusammenhang zu verneinen.

2.10. Nichts anderes ergibt sich bei einer Gesamtbetrachtung der von den Beschwerdeführern angeführten Vorgänge:

Wie bereits die Vorinstanz festhielt, kann lediglich bei der Höhe der verlangten Kostenvorschüssen eine Ungleichbehandlung der Parteien ausgemacht werden. Allein daraus kann jedoch nicht auf eine Befangenheit des Richters geschlossen werden, zumal den Beschwerdeführern hierdurch kein Nachteil im Verfahren erwächst. Der Vorwurf der Beschwerdeführer, der abgelehnte Richter habe sie wiederholt nicht gleich behandelt wie die Beschwerdegegnerin, ist damit aus objektiver Sicht unbegründet. Ebenso nicht stichhaltig ist nach dem Gesagten der Vorwurf, der Richter habe den Beschwerdeführern mehrmals faktisch kein Gehör gewährt.

Auch kann den Beschwerdeführern nicht gefolgt werden, wenn sie geltend machen, es sei der Eindruck entstanden, der verfahrensleitende Richter habe sich bereits eine feste Meinung über den Ausgang der Sache gebildet, namentlich dadurch, dass er den Prozess schon in organisatorischer Hinsicht alleine und haargenau im Sinn der Beschwerdegegnerin aufgegleist habe. Was die Ansetzung der Instruktionsverhandlung anbelangt, hat der Richter gemäss Darstellung der Beschwerdeführer den Parteien das vom Gericht geplante weitere Vorgehen mitgeteilt und anschliessend auch so verfügt. Was den Erlass der Editionsverfügung sowie die Teilnahme der weiteren Personen an der Verhandlung anbelangt,

ist nach dem Gesagten ebenfalls keine Bevorzugung der Beschwerdegegnerin erstellt. Die Verschiebung der Verhandlung entsprach sodann dem Antrag der Beschwerdeführer. Der Vorwurf, das Verfahren sei im Sinne der Beschwerdegegnerin aufgegleist worden, geht daher fehl.

Dasselbe gilt, wenn die Beschwerdeführer vorbringen, der Richter habe mit dem Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin schon mindestens drei Einzelgespräche geführt, wobei über keines dieser Gespräche eine Aktennotiz vorhanden sei. Zutreffend ist zwar, dass über die Kontakte mit den Parteien – abgesehen von der Aktennotiz über die Telefonate vom 25. Oktober 2013 – nichts aktenkundig ist. Die Behauptung der Beschwerdeführer, die Gespräche hätten jedes Mal dazu geführt, dass der Richter das Vorgehen im Sinne der Klägerin abgeändert habe, ist aber – wie gezeigt – unbegründet. Inwieweit sich der Richter bei diesen Gesprächen von der Beschwerdegegnerin habe beeinflussen lassen sollen, ist daher nicht ersichtlich.

2.11. Die Beschwerde erweist sich folglich als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. In Anwendung von § 9 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 1'500.– für das Beschwerdeverfahren als angemessen. Sie ist ausgangsgemäss den Beschwerdeführern aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihnen geleisteten Vorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

3.2. Der Beschwerdegegnerin sind im Beschwerdeverfahren keine Umtriebe entstanden, weshalb ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.

3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Beschwerdefüh-
rern unter solidarischer Haftung auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss
verrechnet.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen
zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter
Beilage der Doppel von act 19 und act. 20/1-3, sowie an das Bezirksgericht
Horgen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmit-
telfrist an die Vorinstanz zurück.

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 Be-
schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder
Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42
des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt
Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Kröger

versandt am: