

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RE130026-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Blesi Keller

## Urteil vom 5. Dezember 2013

in Sachen

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

Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin

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

gegen

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

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

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

betreffend **Eheschutz (Ausstandsbegehren)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 4. Oktober 2013 (EE130340-L)**

### **Erwägungen:**

1.1. Am 13. Juni 2013 stellte die Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchsgegnerin) beim Bezirksgericht Zürich ein Begehren um Erlass von Eheschutzmassnahmen (EE130228 Urk. 1). Im Begleitschreiben wies die Vertreterin der Gesuchsgegnerin darauf hin, dass es sich beim damaligen Gesuchsgegner und heutigen Gesuchsteller und Beschwerdegegner (fortan Gesuchsteller) um den Präsidenten des Bezirksgerichts ... handle, und bat zur Vermeidung allfälliger Ausstandsbegehren um eine entsprechend umsichtige Zuteilung des Geschäfts (EE130228 Urk. 2). Das Verfahren wurde in der Folge der 10. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich zugewiesen. Es wurde zur Bearbeitung Bezirksrichter lic. iur. C.\_\_\_\_\_ zugeteilt (EE130228 Urk. 4/1+2). Nach Erhalt der Zuteilungsverfügung stellte die Gesuchsgegnerin ein Ausstandsbegehren mit dem Antrag, es sei festzustellen, dass hinsichtlich der gesamten 10. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich Ausstandsgründe vorlägen, und es sei das Verfahren einer anderen Abteilung des Bezirksgerichts Zürich zuzuteilen (EE130228 Urk. 5). Gemäss Gesuchsteller bestand keine Veranlassung zur Umteilung des Falles (EE130228 Urk. 7). Am 26. Juni 2013 erstattete Bezirksrichter lic. iur. C.\_\_\_\_\_ eine Stellungnahme im Sinne von Art. 49 Abs. 2 ZPO zum Ausstandsbegehren (EE130228 Urk. 8). Den Parteien wurde in der Folge Gelegenheit zur freigestellten Stellungnahme zu den Ausführungen von Bezirksrichter lic. iur. C.\_\_\_\_\_ gegeben. Die Gesuchsgegnerin nahm ihr Recht wahr. Der Gesuchsteller verzichtete auf eine Stellungnahme (EE130228 Urk. 9-11). Mit Verfügung vom 10. Juli 2013 wies der Abteilungsvorsitzende der 2. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich das Ausstandsbegehren ab (EE130228 Urk. 12). Mit Eingabe vom 25. Juli 2013 zog die Gesuchsgegnerin das Eheschutzbegehren zurück, worauf dieses mit Verfügung vom 5. August 2013 abgeschrieben wurde (EE130228 Urk. 15 und 17).

1.2. Am 13. September 2013 stellte nun seinerseits der Gesuchsteller beim Bezirksgericht Zürich ein Begehren um Erlass von Eheschutzmassnahmen (Urk. 7/1). Das Verfahren wurde wiederum der 10. Abteilung und zur Bearbeitung Bezirksrichter lic. iur. C.\_\_\_\_\_ zugeteilt (Urk. 7/3/1+2). Nach Erhalt der Zuteilungsverfügung stellte die Gesuchstellerin erneut ein Ausstandsbegehren mit dem An-

trag, es sei festzustellen, dass hinsichtlich der gesamten 10. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich Ausstandsgründe vorlägen, und es sei das Verfahren einer anderen Abteilung des Bezirksgerichts Zürich, nicht jedoch der 1. Abteilung zuzuteilen. Eventualiter sei im Falle des Festhaltens an der 10. Abteilung festzustellen, dass gegen Bezirksrichter lic. iur. C.\_\_\_\_\_ Ausstandsgründe vorlägen, und es sei das obgenannte Verfahren einer anderen Richterin oder einem anderen Richter der 10. Abteilung, nicht jedoch Bezirksrichter D.\_\_\_\_\_ zuzuteilen (Urk. 7/4). Am 1. Oktober 2013 verzichtete Bezirksrichter lic. iur. C.\_\_\_\_\_ auf eine "neue Stellungnahme" zum Ausstandsbegehren und verwies auf seine Stellungnahme vom 26. Juni 2013 im Eheschutzverfahren EE130228 (Urk. 7/7). Mit Verfügung vom 4. Oktober 2013 wies Bezirksrichterin lic. iur. Graf (Einzelgericht, 8. Abteilung) das Ausstandsbegehren ab (Urk. 7/10).

2. Gegen diese Verfügung hat die Gesuchsgegnerin rechtzeitig Beschwerde mit den folgenden Anträgen erhoben (Urk. 7/11/2; Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich, 8. Abteilung, vom 4. Oktober 2013 (Geschäfts-Nr. EE130340) vollumfänglich aufzuheben und es sei die Vorinstanz anzuweisen, eine unabhängige Richterin, einen unabhängigen Richter
  - i. ausserhalb der 10. Abteilung, nicht jedoch in der 1. Abteilung,
  - ii. eventualiter innerhalb der 10. Abteilung, nicht jedoch Herrn Bezirksrichter E.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ oder D.\_\_\_\_\_,für das Eheschutzverfahren einzusetzen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners."

Mit Präsidialverfügung vom 5. November 2013 wurde die Vollstreckung der Verfügung vom 4. Oktober 2013 aufgeschoben (Urk. 9). Nach Eingang des Kostenvorschusses von Fr. 1'500.- (Urk. 10) wurde dem Gesuchsteller Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (Urk. 11). Mit Eingabe vom 22. November 2013 verzichtete der Gesuchsteller auf eine Beschwerdeantwort. Der Verzicht wurde der Gegenseite zur Kenntnis gebracht (Urk. 12).

3.1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art.

320 ZPO). Die Gesuchsgegnerin rügt vorab, sie habe von der Stellungnahme von Bezirksrichter lic. iur. C. \_\_\_\_\_ vom 1. Oktober 2013 erst durch die angefochtene Verfügung erfahren. Die Stellungnahme sei ihr nicht zugestellt worden. Sie habe vor Erlass der Verfügung vom 4. Oktober 2013 nicht einmal Kenntnis von der Stellungnahme nehmen können und habe daher auch nicht dazu Stellung genommen. Ihr rechtliches Gehör sei verletzt (Urk. 1 S. 5).

3.2. Zur Wahrung des verfassungsrechtlich garantierten Anspruchs auf das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 53 ZPO) ist das Gericht stets verpflichtet, Eingaben der Parteien der jeweiligen Gegenpartei vor einer Entscheidung zur Kenntnisnahme zuzustellen (wenn nicht Frist zu einer Stellungnahme angesetzt wird). Es obliegt dann der Gegenpartei, umgehend Stellung zu nehmen oder eine Stellungnahme anzukündigen (BGE 138 I 484 E. 2.4 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz am 4. Oktober 2013 das Ausstandsbegehren der Gesuchsgegnerin abgewiesen, ohne ihr vorher die "Aktennotiz" von Bezirksrichter lic. iur. C. \_\_\_\_\_ vom 1. Oktober 2013, in welcher er festhielt, er verzichte auf eine "neue Stellungnahme" zum Ausstandsbegehren und verweise auf seine Stellungnahme vom 26. Juni 2013 im Eheschutzverfahren EE130228 (Urk. 7/7), zumindest zur Kenntnis gebracht zu haben. Der Anspruch auf rechtliches Gehör wurde damit verletzt. Daran ändert nichts, dass der Gesuchsgegnerin im Verfahren EE130228 die inhaltlich nun unverändert übernommene Stellungnahme von Bezirksrichter lic. iur. C. \_\_\_\_\_ zugestellt worden war und sie hierzu auch effektiv Stellung nahm (EE130228 Urk. 9 und 11). Vorliegend ist ein Ausstandsbegehren in einem neuen, später anhängig gemachter Prozess zu beurteilen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst das Recht, von jeder dem Gericht (im konkreten Verfahren) eingereichten Stellungnahme Kenntnis zu nehmen und sich dazu äussern zu können, unabhängig davon, ob diese neue Tatsachen oder Argumente enthält und ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermag (vgl. Regeste zu BGE 133 I 100).

3.3. Nach der Rechtsprechung kann eine Gehörsverletzung geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit hat, sich vor einer Rechtsmittelinstanz

zu äussern, welche Sachverhalt wie Rechtslage frei überprüfen kann (statt vieler BGE 133 I 201 E. 2.2; BGE 132 V 387 E. 5.1). Dies ist im Beschwerdeverfahren nicht der Fall. Im Beschwerdeverfahren können nur offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellungen gerügt werden (Art. 320 lit. b ZPO) und es besteht ein strenges Novenverbot (Art. 326 ZPO). Eine Heilung der Gehörsverletzung im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist damit ausgeschlossen.

4. Demzufolge ist die Verfügung in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Auf die weiteren Vorbringen der Gesuchsgegnerin muss nicht mehr eingegangen werden.

5. Aufgrund der Verletzung des rechtlichen Gehörs der Gesuchsgegnerin durch die Vorinstanz und des Verzichts des Gesuchstellers auf die Erstattung einer Beschwerdeantwort sind in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO die Gerichtskosten dem Kanton aufzuerlegen, d.h. es sind keine Kosten zu erheben. Der von der Gesuchsgegnerin geleistete Vorschuss ist zurückzuerstatten. Es besteht vorliegend keine Rechtsgrundlage für die Zusprechung einer Parteientschädigung an die Parteien (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Auflage, Zürich/Basel/Bern 2013, Art. 107 N 26 m.w.H.; Sterchi, in: Berner Kommentar zur ZPO, Band I, Bern 2012, Art. 107 N 25).

#### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung vom 4. Oktober 2013 des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.

3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht, 8. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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. 93 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 5. Dezember 2013

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Blesi Keller

versandt am: js