

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RZ240003-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. B. Schärer und Oberrichterin lic. iur. N. Jeker sowie  
Gerichtsschreiber MLaw D. Valsangiacomo

## Urteil vom 1. Juli 2024

in Sachen

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

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. \_\_\_\_\_,

gegen

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

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **Unterhalt und weitere Kinderbelange (Ausstand)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen  
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 18. April 2024  
(FK220089-L)**

## **Erwägungen:**

### **I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**

1. Am 9. Juli 2022 reichte die Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) beim Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht, eine Klage betreffend Unterhalt und weitere Kinderbelange ein (Urk. 4/2). In diesem Verfahren stellte der Beklagte und Beschwerdeführer (fortan Beklagter) am 4. August 2023 ein Ausstandsgesuch gegen die fallführende Einzelrichterin Dr. iur. Martina Isler (fortan Richterin; Urk. 4/158). Nach Einholung entsprechender Stellungnahmen und Zustellung derselben an die Parteien (Urk. 4/163-164; 4/171-172; 4/181) wies das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung (Vorinstanz), mit Verfügung vom 18. April 2024 das Ausstandsgesuch ab (Urk. 4/189 = Urk. 2).
2. Hiergegen erhob der Beklagte am 29. April 2024 fristgerecht Beschwerde und stellte die Beschwerdeanträge (Urk. 1 S. 2):
  - "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 18. April 2024 sei aufzuheben und Frau Bezirksrichterin Dr. iur. Martina Isler sei anzuweisen, im Verfahren FK220089-L in den Ausstand zu treten.
  2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. MwSt zu Lasten des Staates, eventualiter zu Lasten der Gegenpartei."
3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 4/1-192). Da sich die Beschwerde sogleich als unbegründet erweist, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO).

### **II. Vorbemerkungen**

#### 1. Prozessuales

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei bedeutet Geltendmachung, dass in der Beschwerde dargelegt werden muss, was genau am angefochtenen Entscheid unrichtig sein soll. Das Beschwerdeverfahren ist nicht einfach eine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens, sondern es dient der Überprüfung des angefochtenen Entscheids im Lichte von konkret da-

gegen vorgebrachten Beanstandungen. Die Beschwerde muss sich daher mit den entsprechenden Entscheidungsgründen der Vorinstanz konkret und im Einzelnen auseinandersetzen; eine Darstellung der Sach- und Rechtslage aus eigener Sicht genügt nicht. Was nicht rechtsgenügend beanstandet wird, braucht von der Beschwerdeinstanz nicht überprüft zu werden und hat insofern grundsätzlich Bestand. Soweit eine Beanstandung vorgetragen wird, wendet die Beschwerdeinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO); sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheids gebunden. Sodann sind im Beschwerdeverfahren neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO); was im erstinstanzlichen Verfahren nicht vorgetragen wurde, kann im Beschwerdeverfahren grundsätzlich nicht mehr geltend gemacht bzw. nachgeholt werden (vgl. zum Ganzen BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGE 147 III 176 E. 4.2.1 [explizit für Beschwerde]; BGer 5D\_146/2017 vom 17. November 2017, E. 3.3.2, m.w.H.; Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO-Komm., Art. 321 N 15; BK ZPO-Sterchi, Art. 321 N 17 ff.). Schliesslich ist auf die Vorbringen der Parteien nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

## 2. Ausstandsgründe

2.1. Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Gericht ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Die Garantie des verfassungsmässigen Gerichts wird verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Voreingenommenheit und Befangenheit werden nach der Rechtsprechung angenommen, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Gerichts zu erwecken. Solche Umstände können in einem bestimmten Verhalten der betreffenden Justizperson oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein. Bei der Beurteilung solcher Umstände ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objekti-

ver Weise begründet erscheinen. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken. Für die Ablehnung wird nicht verlangt, dass der Richter bzw. die Richterin tatsächlich befangen ist (BGE 140 III 221 E. 4.1; BGE 137 I 227 E. 2.1; BGE 134 I 238 E. 2.1 je mit Hinweisen auf weitere Bundesgerichtsentscheide).

2.2. Das Verhalten einer Gerichtsperson gegenüber einer Partei kann den Anschein der Befangenheit erwecken, wenn daraus nach objektiver Betrachtung inhaltlich oder durch die Art der Kommunikation auf besondere Sympathien oder Antipathien oder eine Ungleichbehandlung der Parteien geschlossen werden kann. Problematisch erscheinen dabei insbesondere einzeln mit einer Partei geführte Vergleichsgespräche (Wullschleger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO-Komm., Art. 47 N 33 und N 36 je mit weiteren Hinweisen).

### **III. Beurteilung der Beschwerde**

#### **1. Rechtsverzögerung**

1.1. Der Beklagte rügt einleitend die lange vorinstanzliche Verfahrensdauer. Mit Verfügung vom 18. April 2024 habe die Vorinstanz über sein Ausstandsgesuch vom 4. August 2023 entschieden. Durch die acht Monate andauernde Bearbeitung verletze die Vorinstanz Art. 50 ZPO, wonach der Entscheid des Gerichts über ein Ausstandsgesuch sofort zu erfolgen habe (Urk. 1 S. 3 Rz. 4).

1.2. Rechtsverzögerungsbeschwerde gemäss Art. 319 lit. c ZPO kann jederzeit geführt werden, es muss aber ein Rechtsschutzinteresse bestehen. Dieses ist nicht mehr vorhanden, sobald ein förmlicher Entscheid ergangen ist (Gehri in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], ZPO Kommentar, Art. 319 N 5; BSK ZPO-Spühler, Art. 319 N 21; BGer 5A\_903/2012 vom 26. Februar 2013, E. 3.).

1.3. Mit Verfügung vom 18. April 2024 hat die Vorinstanz förmlich über das Ausstandsgesuch des Beklagten entschieden, weshalb es ihm an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse für die Rechtsverzögerungsbeschwerde fehlt. Auf die Rechtsverzögerungsbeschwerde ist daher nicht einzutreten.

1.4. Anzumerken ist jedoch, dass die Vorinstanz zwischen dem Eingang des Ausstandsbegehrens vom 4. August 2023 und der abschliessenden Stellungnahme des Beklagten vom 8. Februar 2024 Stellungnahmen der Gegenpartei sowie der Richterin eingeholt (Urk. 4/163-164) und mit Verfügung vom 3. Januar 2024 die Herausgabe der Tonaufnahme der Verhandlung vom 23. Juni 2023 verfügt hat (Urk. 4/173). Zu den Stellungnahmen und den Tonaufnahmen konnte sich der Beklagte jeweils wieder äussern (Urk. 4/171; 4/172; 4/181). Darüber hinaus hat der Beklagte aufgrund Ferienabwesenheiten und Arbeitsüberlastung seines Rechtsvertreters insgesamt vier Fristerstreckungsgesuche gestellt, die alle bewilligt wurden (Urk. 4/167; 4/169; 4/170; 4/179). Unter Berücksichtigung dieser Verfahrensschritte liegt keine Verletzung des Beschleunigungsgebots vor.

## 2. Kommunikation betreffend Familiengutachten

2.1. Der Beklagte begründete sein Ausstandsbegehren vor Vorinstanz unter anderem damit, dass die Richterin den Beklagten nicht genügend über den Verfahrensablauf der Gutachtenserstellung orientiert habe. So sei am 3. und 5. Januar 2023 ohne nachvollziehbaren Grund das lösungsorientierte Gutachterverfahren abgebrochen worden respektive sei zu keinem Zeitpunkt ein lösungsorientierter Ansatz verfolgt worden. Der Beklagte sei jedoch erst anlässlich des dritten Gesprächs mit der Gutachterin am 6. März 2023 darüber informiert worden (Urk. 4/158 S. 1; Urk. 4/171 S. 2).

2.2. Die Vorinstanz erwog hierzu, dass die Richterin den beiden Gutachterinnen, Frau C.\_\_\_\_\_ und Frau D.\_\_\_\_\_, den Auftrag erteilt habe, ein – wenn möglich – lösungsorientiertes Gutachten zu erstellen. Mit der genannten Formulierung des Auftrags seien die Parteien informiert gewesen, dass auch ein "statusorientiertes" Gutachten Teil des Auftrags gewesen sei. Dass die Gutachterinnen den lösungsorientierten Ansatz des Auftrags verliessen, sei in deren Kompetenz gelegen. Inwiefern die Richterin hierbei befangen vorgegangen sein solle, sei nicht zu erkennen (Urk. 2 E. II.1.2 f.).

2.3. In der Beschwerde rügt der Beklagte, dass die Richterin davon Kenntnis gehabt habe, dass zu keinem Zeitpunkt lösungsorientiert begutachtet worden sei.

Demgemäss könne es auch keinen Abbruch eines lösungsorientierten Ansatzes gegeben haben. Etwas das nie angefangen habe, könne konsequenterweise auch nicht abgebrochen werden (Urk 1 S. 3 Rz. 5). Der Beklagte folgert, dass der inszenierte Abbruch des lösungsorientierten Ansatzes einzig zur Darstellung gedient habe, dass es keine gemeinsamen Gespräche und somit auch keine Lösung im Konflikt zwischen den Eltern geben könne, wobei die Schuld dafür bei ihm ausgemacht worden sei (Urk. 1 S. 4 Rz. 7). Es lasse sich festhalten, dass zu keinem Zeitpunkt ein lösungsorientiertes Gutachten erstellt worden sei, was den Parteien auch transparent hätte mitgeteilt werden müssen. Ungeachtet des genauen Titels im Gutachtensauftrag gäbe es für die zuständige Richterin keinen Grund, nicht transparent über die Art der Gutachtenserstellung zu informieren (Urk. 1 S. 5 Rz. 8).

2.4. Grundsätzlich werden zwei Arten von psychologischen Gutachten im Familienrecht unterschieden: Das klassische familienrechtliche Gutachten ist entscheidungsorientiert und stellt der Auftraggeberin Entscheidungsgrundlagen zur Verfügung. Die Sachverständigen sollen das erarbeiten und interpretieren, was die Auftraggeberin aus der bestehenden Faktenlage selber nicht wissen und folgern kann. Davon werden prozess-, lösungs- und interventionsorientierte Gutachten unterschieden. Nach einer ersten diagnostischen Phase wird nach Absprache mit den Exploranden und der Auftraggeberin eine Interventionsphase eingeschoben und evaluiert. Daraus ergeben sich Empfehlungen, die verfügt werden können. Eine Intervention kann z.B. eine Beratung, ein Mediationsversuch, das Ausprobieren eines Wechselmodells, einer Besuchsregelung oder einer sozialpädagogischen Familienbegleitung sein (Aebi/Steinbach/Vilén, Leitlinien für psychologische Gutachten im Familienrecht, ZKE 1/2020, S. 3).

2.5. Um ein lösungsorientiertes Gutachten mit den Parteien erarbeiten zu können, muss zunächst in einer diagnostischen Phase der Ist-Zustand der Familiensituation geklärt werden. Erst danach wird in Absprache mit den Parteien und der Auftraggeberin eine Interventionsphase eingeschoben, in der Veränderungsideen gesammelt und die Umsetzung solcher Lösungen in einer Testphase erprobt werden können. Soweit ersichtlich unterscheidet sich ein lösungsorientiertes Gutach-

ten in der diagnostischen Phase nicht wesentlich von einem statusorientierten Gutachten, das lediglich eine Momentaufnahme der Familie darstellt. Die Gründe, warum nach der diagnostischen Phase keine Lösungen mit den Parteien erarbeitet werden konnten, sind im Gutachten vom 13. Juni 2023 ausführlich aufgelistet (Urk. 4/120 S. 47 f.).

2.6. Wie von der Vorinstanz ausgeführt, hat die Richterin den Gutachterinnen den Auftrag erteilt, ein – wenn möglich – lösungsorientiertes Gutachten zu erstellen (Urk. 4/46 S. 5). Bei beiden Kontakten der Richterin mit der Gutachterin C.\_\_\_\_\_ am 3. und 5. Januar 2023 hat diese gegenüber der Richterin zum Ausdruck gebracht, dass eher ein statusorientiertes als ein lösungsorientiertes Gutachten erstattet werde (Urk. 4/75 und 4/76). Aus diesen Mitteilungen geht nicht hervor, dass nach Abschluss der letzten geplanten Exploration eine Interventionsphase bereits ausgeschlossen gewesen wäre. Erst am 20. März 2023 informierte die Gutachterin das Gericht, dass über Ostern das Gutachten verschriftlicht werde (Urk. 4/79). Auch wenn dies nicht explizit in der Aktennotiz vermerkt ist, muss dem Gericht ab diesem Zeitpunkt klar gewesen sein, dass es nach abgeschlossener Exploration keine Interventionsphase geben werde, da sonst das Gutachten nicht über Ostern hätte geschrieben werden können. Dieser Umstand wurde beiden Parteien sodann mit Schreiben vom 23. März 2023 mitgeteilt (Urk. 4/80). Zwischenzeitlich sei der Beklagte gemäss seiner Darstellung von den Gutachterinnen am 6. März 2023 darüber informiert worden, dass ein statusorientiertes Gutachten erfolge (Urk. 4/158 S. 1). Ob dem Gericht zu diesem Zeitpunkt auch bekannt war, dass die Gutachterinnen entschieden haben, dass es nach der diagnostischen Phase keine Interventionsphase gibt, ist aus den Akten nicht ersichtlich.

2.7. Inwiefern die Richterin sich mit der Auftragserteilung und der Kommunikation über den Stand des Gutachtens parteiisch, voreingenommen und damit befangen gezeigt haben soll, ist nicht ersichtlich. Auch kann durch die Art der Kommunikation auf keine besondere Sympathien oder Antipathien oder eine Ungleichbehandlung der Parteien geschlossen werden. Dies wird vom Beklagten auch gar nicht substantiiert dargelegt. Seine Ausführungen beschränken sich auf die eigene Sachverhaltsdarstellung. Eine eigentliche Subsumtion, weshalb der von ihm darge-

legte Sachverhalt das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit der Richterin in objektiver Weise begründet, fehlt gänzlich. Wie bereits die Vorinstanz festgehalten hat, hat die Richterin die Parteien nicht unterschiedlich behandelt und zu unterschiedlichen Zeitpunkten über die Zielausrichtung des Gutachtens informiert. Die Rüge hinsichtlich der Kommunikation zum Gutachten des Beklagten erweist sich damit als unbegründet.

### 3. Mangelhafte Prozessführung respektive unzulässige Vorabgespräche

3.1. Der Beklagte begründete sein Ausstandsgesuch damit, dass er über ein Schreiben der Gutachterinnen vom 19. April 2023 erst nach 65 Tagen informiert worden sei und ihm auch das Rechtsbegehren der Gegenpartei vom 8. Juni 2023 erst 18 Tage später zugestellt worden sei. Es seien keine objektiven Gründe ersichtlich, weshalb der Klägerin jeweils klarerweise bedeutend mehr Zeit zugestanden werde, sich mit den Dokumenten auseinanderzusetzen (Urk. 4/158 S. 1 f.).

3.2. Die Vorinstanz erwog zusammenfassend, die Entscheidung der Richterin, das Massnahmenbegehren der Klägerin vom 8. Juni 2023 dem Beklagten nicht unmittelbar zuzustellen, sei vor dem Hintergrund der ihr von der Sachverständigen C.\_\_\_\_\_ zugetragenen Auffälligkeiten durchaus schlüssig. Weiter sei der vorgebrachte Einwand des Beklagten, der Klägerin sei "bedeutend mehr Zeit zugestanden" worden, "sich mit den Dokumenten auseinanderzusetzen" nicht belegt (Urk. 2 E. II. 3.).

3.3. In seiner Beschwerde bezieht sich der Beklagte zwar auf die Erwägung 3 des vorinstanzlichen Urteils, geht jedoch auf die dortigen Ausführungen und Schlussfolgerungen der Vorinstanz nicht ein. Er bringt neu vor, die Beiständin sei von der Richterin vorab über Verhandlungstermine informiert worden und die Beiständin habe diese Termine der Klägerin mitgeteilt, was nicht mit einer objektiven Prozessführung vereinbar sei (Urk. 1 S. 5 Rz. 9). Mit dieser Behauptung, die im Übrigen durch keine Aktenstelle belegt wurde, ist der Beklagte ausgeschlossen, da sie nicht bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorgebracht wurde und es sich um unzulässige Noven handelt (vgl. oben E. I.1.)

3.4. Der Beklagte rügt weiter, die Richterin habe mit E-Mail vom 16. Juni 2023 an den Vertreter der Gegenpartei eine Empfangsbestätigung der eingereichten vorsorglichen Massnahmen gesendet und diesen darüber informiert, dass sie das Rechtsbegehren vorerst zurückbehalte und der Gegenseite nicht zustelle. Dies habe sie ohne sachlichen Grund getan (Urk. 1 S. 5 Rz. 9).

3.5. Den Eingang eines Rechtsbegehrens zu bestätigen reicht klarerweise nicht aus, um befangen zu sein. Zudem unterlag der Entscheid, das vorsorgliche Massnahmenbegehren nicht sofort der Gegenseite zuzustellen, der Richterin in ihrer Funktion als Verfahrensleiterin. Das moniert der Beklagte in der Beschwerde auch gar nicht substantiiert. Dass sie die Gegenseite aus organisatorischen Gründen über die Zurückhaltung der Eingabe informierte, ist zudem nachvollziehbar. Mit ihrer E-Mail teilte sie ausschliesslich mit, dass bezüglich des eingereichten vorsorglichen Massnahmenbegehrens nicht unmittelbar mit einem Verfahrensschritt zu rechnen sei, sie sich jedoch einen bereits reservierten Termin weiter freihalte (Urk. 4/118A). Entscheidend ist dabei, dass sie mit dieser einseitigen Information der Klägerin keinen Vorteil verschaffte.

3.6. Schliesslich führt der Beklagte in seiner Beschwerde aus, dass nachweislich am 5. Juli 2023, 7. Juli 2023 und 11. Juli 2023 über die Beständin Vorabsprachen zwischen der Vorinstanz und der Klägerin stattgefunden hätten (Urk. 1 S. 5 Rz. 9).

3.7. In den Akten finden sich dafür keine Nachweise. Auch die Vorinstanz hat bereits drauf hingewiesen, dass es sich dabei um einen pauschalen und nicht substantiierten Vorwurf handelt (Urk. 2 E. II.10.2). In der Beschwerde wird dieser Sachverhalt nun einzig mit dem Hinweis auf die Zeitpunkte der angeblichen Gespräche wiederholt. Die Behauptungen sind weder belegt noch genügend glaubhaft gemacht, weshalb auch im Beschwerdeverfahren nicht weiter darauf eingegangen werden kann.

#### 4. Mögliche Psychose des Beklagten

4.1. Die Vorinstanz erwog, dass entgegen der Darstellung des Beklagten, die Richterin nie über eine "mögliche Psychose" des Beklagten gesprochen habe (Urk. 2 E. II.5).

4.2. Der Beklagte moniert, dass es aktenkundig sei, dass die Richterin bei ihm eine mögliche Psychose ausgemacht habe. So habe sie sich bei Herrn E.\_\_\_\_\_ von der Kantonspolizei Zürich erkundigt, ob es seiner Ansicht nach besser wäre, ihm den Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen persönlich zu übergeben, womit sich die Richterin davon überzeugt gezeigt habe, dass er möglicherweise eine Psychose entwickeln könnte. Ansonsten hätte sie eine entsprechende Massnahme nicht in Betracht ziehen müssen. Anstatt die Äusserungen von Herrn E.\_\_\_\_\_ kritisch zu hinterfragen, sei die Richterin ohne Weiteres dessen Darstellungen gefolgt (Urk. 1 S. 6 Rz. 10).

4.3. Der Beklagte beschränkt sich in seiner Beschwerde wiederum auf die Rüge, die Vorinstanz habe den Sachverhalt falsch festgestellt und macht Ausführungen zu seiner eigenen Sachverhaltsdarstellung. Inwiefern der von ihm dargelegte Sachverhalt das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit der Richterin in objektiver Weise begründen soll, fehlt jedoch. Wie die Vorinstanz bereits festgestellt hat, ist nicht aktenkundig, dass die Richterin selbst davon ausgegangen ist, dass der Beklagte eine Psychose entwickle. Herr E.\_\_\_\_\_ von der Kantonspolizei Zürich äusserte anlässlich des Telefonats vom 17. Juni 2023 die Frage, was zu tun wäre, wenn der Beklagte eine Psychose entwickeln würde (Urk. 4/149). Die Richterin hat einzig aufgrund der Ausführungen des Polizisten zurückgefragt, ob seiner Meinung nach eine persönliche Eröffnung des Entscheids angezeigt sei. Er hat dies dann verneint und damit auch seine eigene Bedenken über eine mögliche Psychose abgeschwächt. Diese Klarstellung, wonach kein Handlungsbedarf bestehe, kam einzig aufgrund der Rückfrage der Richterin zustande. Die Rückfrage kann nur dahin gedeutet werden, dass die Richterin zum besseren Verständnis nachgefragt hat, was Herr E.\_\_\_\_\_ mit seiner Äusserung dem Gericht mitteilen wolle. Sie hat somit eben gerade nicht die Äusserung von Herrn E.\_\_\_\_\_ unbesehen übernommen. Am Ende dieses Telefonats mit Herrn E.\_\_\_\_\_ hat sie den Gesprächsinhalt in einer

Aktennotiz ordnungsgemäss dokumentiert. Ein in objektiver Weise manifestierter Zweifel in die Unvoreingenommenheit lässt sich aus dem besagten Verhalten nicht ableiten.

5. Meldung an den Dienst Gewaltschutz der Kantonspolizei Zürich

5.1. Die Vorinstanz erwog, dass sich aus den Akten zeige, dass die Gutachterin der Richterin gegenüber Bedenken hinsichtlich der Dekompensation des Beklagten geäussert und die Einschaltung der Fachstelle F.\_\_\_\_\_ der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich empfohlen habe. Auch habe in dieser Zeit die Sozialarbeiterin G.\_\_\_\_\_ von Spannungen zwischen den Parteien berichtet. Eine erste Kontaktaufnahme der Richterin mit der genannten Fachstelle erfolgte sodann am 30. März 2023. Dabei sei die Richterin an den Dienst Gewaltschutz der Kantonspolizei Zürich (fortan Gewaltschutz) verwiesen worden. An den Gewaltschutz habe sich die Richterin mit E-Mail vom 4. April 2022 gewendet und die Polizei um eine Risikoeinschätzung ersucht, wobei es ihr in erster Linie um eine Teilnahme an der mündlichen Gutachtenseröffnung und allenfalls um eine weitere Begleitung je nach Reaktion der Beteiligten gegangen sei. Dass sich die Richterin aufgrund dieser Meldung von mit den Gegebenheiten vertrauten Drittpersonen veranlasst gesehen habe, entsprechende Abklärungen und schlussendlich für die Verhandlung entsprechende Sicherheitsmassnahmen zu treffen, sei nicht zu beanstanden und weise überhaupt nicht auf eine Befangenheit hin. Dass zwischen der Richterin und dem Gewaltschutz ein Austausch stattgefunden habe, ergebe sich durchwegs aus den Akten (Urk. 2 E. II.6.2.).

5.2. Der Beklagte rügt zunächst, die Vorinstanz habe fälschlicherweise ausgeführt, dass der Austausch zwischen der Richterin und dem Gewaltschutz durchwegs in den Akten dokumentiert sei. Das im Polizeirapport erwähnte Treffen zwischen der Richterin und Herrn E.\_\_\_\_\_ am 14. April 2023 sei in den Gerichtsakten nicht vermerkt (Urk. 1 S. 6 f. Rz. 11).

5.3. Das Bundeszivilverfahrensrecht schreibt kein umfassendes Verfahrensprotokoll vor. Aus dem zum rechtlichen Gehör gehörenden Recht auf Akteneinsicht (Art. 53 Abs. 1 und 2 ZPO) folgt, dass über alle wesentlichen Vorkommnisse in

einem Prozess Akten erstellt werden müssen und entsprechend entscheiderelevante Tatsachen und Ergebnisse (schriftlich oder allenfalls in anderer Weise) festzuhalten sind (BSK ZPO-Willisegger, Art. 235 N 3).

5.4. Dem Beklagten ist zuzustimmen, dass die Richterin über die Unterredung mit dem Vertreter des Gewaltschutzes, Herrn E.\_\_\_\_\_, vom 14. April 2023 keine Aktennotiz erstellt hat. Das Treffen mit Herrn E.\_\_\_\_\_ erfolgte jedoch als Präventionsmassnahme und nicht um Tatsachen für einen Entscheid im familienrechtlichen Verfahren zu erwirken. So hat sich das Gericht in seinen Entscheiden betreffend die Obhutszuteilung vom 18. Juli 2023 auch nicht auf Erkenntnisse oder allfällige Schlussfolgerungen des Gewaltschutzes gestützt (Urk. 4/150). Dies wird vom Beklagten auch nicht geltend gemacht. Da die Unterredung mit dem Vertreter des Gewaltschutzes keine entscheiderelevanten Tatsachen hervorbrachte und dies auch nie Ziel der Konsultation gewesen ist, konnte auch auf die Protokollierung des Treffens verzichtet werden.

5.5. Der Beklagte stellt sodann in seiner Beschwerde neue Behauptungen auf. So habe die Polizei mit der Applikation Octagon ein Profil des Beklagten erstellt, und die Informationen dazu von der Richterin erhalten (Urk. 1 S. 6 f. Rz. 11). Diese Vorbringen waren nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens und stellen unzulässige Noven dar (vgl. oben E. I.1.), welche im Beschwerdeverfahren nicht zu hören sind.

5.6. Der Beklagte rügt weiter, die Vorinstanz gehe überhaupt nicht auf den Vorhalt ein, dass er über den Ursprung der Massnahme – nämlich die Tatsache, dass er als potenzieller Gefährder eingestuft werde – nicht aufgeklärt worden sei. Ferner sei zu Beginn der Verhandlung vom 23. Juni 2023 ausgeführt worden, "dass aufgrund der Emotionalität des Verfahrens im Anschluss an die Verhandlung zwei unabhängige Fachpersonen der Präventionsstelle für beide Parteien für ein Gespräch zur Verfügung stünden. Dies gebe für alle Beteiligten Sicherheit" (Prot. I S. 58). Der bewusste Beizug von Frau H.\_\_\_\_\_ und Herr E.\_\_\_\_\_ vom Gewaltschutz, welche für das besagte Datum eine konkrete Gefährderansprache geplant und durchgeführt hätten, werde von der Richterin lediglich als "Angebot des Gerichts" abgetan (Urk. 1 S. 7 f. Rz. 12).

5.7. Der Beklagte beschränkt sich erneut darauf, der vorinstanzlichen Würdigung des Sachverhalts eigene Sachverhaltsdarstellungen gegenüberzustellen. Er unterlässt es jedoch gänzlich, aufzuzeigen, inwiefern der Beizug des Gewaltschutzes zur Befangenheit der Richterin geführt haben soll. Zu seiner eigenen Sachverhaltsdarstellung ist anzumerken, dass der Beklagte eine Woche nach der Gutachtenöffnung vom 23. Juni 2023 anlässlich der Verhandlung vom 30. Juni 2023 selbst vorgetragen hat: "Tatsache ist, jetzt stehen verleumderische Anschuldigungen im Raum. Diese Anschuldigungen haben derartige Relevanz, dass die Polizei in einem Nebenraum der Verhandlung vom letzten Freitag anwesend sein musste. Das war ein Schock für mich - aber auch eine richterliche Massnahme, die aufgrund der nun im Raum stehenden Anschuldigungen nachvollziehbar sind und die ich letztlich sehr wertschätze." (Prot. I S. 77; Urk. 4/130 S. 13). Diese Äusserungen lassen stark daran zweifeln, dass der Beklagte über den Beizug des Gewaltschutzes falsch orientiert worden ist. Denn aufgrund der genannten Äusserung ist klar, dass ihm bewusst gewesen sein muss, dass es sich bei Frau H.\_\_\_\_\_ und Herrn E.\_\_\_\_\_ um Polizisten handelte und diese aufgrund von Äusserungen Dritter vom Gericht beizogen wurden.

5.8. Im Weiteren beschränkt sich der Beklagte in der Beschwerde unter Ziffer 12 darauf, das über die Parteien erstellte Gutachten als falsch zu bezeichnen, ohne hierzu einen konkreten substantiierten Bezug auf die geltend gemachte Befangenheit der Richterin herzustellen (Urk. 1 S. 8 Rz. 12).

5.9. Der Beklagte moniert überdies hinsichtlich des Beizugs des Gewaltschutzes weiter, dass es entgegen den Ausführungen der Richterin in ihrer Stellungnahme nicht korrekt sei, dass die Gefährderansprache keine Nachteile für die Parteien gehabt habe. So bleibe unerwähnt, dass der Gewaltschutz davon ausgehe, dass anlassbezogenen Ausführungsgefahr im Sinne von Art. 221 Ziff. 2 StPO in Betracht zu ziehen sei. Weiter werde ein Monitoring beim Bemühen weiterer Rechtsinstanzen des Beklagten durch die Fachstelle F.\_\_\_\_\_ empfohlen. Am 18. Juli 2023 sei die Vorinstanz über den Inhalt der KAPO Akten informiert und zeitgleich die nun geltende Sorge- und Obhutsregelung von der Vorinstanz verfügt worden. Der Beklagte sei von der Vorinstanz bewusst im Unwissen über die seitens Gewaltschutz unter-

nommenen Schritte gelassen und das rechtliche Gehör sei ihm gänzlich verweigert worden (Urk. 1 S. 9 Rz. 13).

5.10. Die Richterin hat den Gewaltschutz präventiv beigezogen. Welche Massnahmen der Gewaltschutz sodann ergriffen hat und zu welchen Konsequenzen er aufgrund der ihm zur Verfügung gestellten Informationen gekommen ist, war hingegen nicht Sache des Gerichts und der Richterin. Weshalb der Beklagte schlussfolgert, dass es die Aufgabe der Richterin gewesen sein soll, ihn über die von Seiten des Gewaltschutzes unternommenen Schritte zu informieren, bringt der Beklagte nicht vor. Der durch den Gewaltschutz erstellte Bericht vom 24. Juli 2023 lag dem Gericht sodann auch nicht vor, bis er vom Beklagten selbst zu den Akten gereicht worden ist. Wiederum verpasst es der Beklagte, im Ausstandsbegehren und in der Beschwerde substantiiert aufzuzeigen, weshalb der von ihm dargelegte Sachverhalt das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit der Richterin in objektiver Weise begründen soll.

5.11. Abschliessend führt der Beklagte hinsichtlich des Bezugs des Gewaltschutzes aus, dass nicht ersichtlich sei, aufgrund welcher Fakten/psychiatrischen Begutachtungen am 24. März 2023 die Einschätzung der Gutachterinnen erfolgte, dass der Beklagte mit Blick auf die Eröffnung des Gutachtens dekompensieren könnte. In den Verfahrensakten seien keine entsprechenden (fachärztlichen) Begutachtungen zu finden. Weshalb diese gravierenden Anschuldigungen resp. Einschätzungen der Gutachterinnen nicht eingehender seitens des Gerichts abgeklärt worden sei, könne nicht nachvollzogen werden und lege die Vorinstanz nicht dar. Zumal er sich bereits in den E-Mails vom 7. und 27. März 2023 bei den Gutachterinnen erkundigt habe, ob sie nicht ein separates, psychologisches Gutachten von ihm benötigten oder wünschen würden. Er stünde dafür zur Verfügung. Beide Male habe er keine Antwort erhalten (Urk. 1 S. 9 f. Rz. 14).

5.12. Bereits die Vorinstanz hat ausgeführt, dass sich die Richterin beim Bezug des Gewaltschutzes eben nicht einzig auf die Aussage der Gutachterin C.\_\_\_\_\_ gestützt hat. So berichtete auch die Sozialarbeiterin G.\_\_\_\_\_ von Spannungen zwischen den Parteien. Letztlich hat die Fachstelle F.\_\_\_\_\_ die Kontaktaufnahme mit dem Dienst Gewaltschutz angeregt (Urk. 2 E. II.6.2.). Damit setzt sich der Beklagte

nicht auseinander. Was das Gericht seiner Meinung nach hätte unternehmen sollen, darüber schweigt er sich aus. Er weist einzig darauf hin, dass er den Gutachterinnen angeboten habe, ihn psychologisch abzuklären. Dabei verkennt der Beklagte, dass er selbst nicht der Auftraggeber des Gutachtens war und die Erstellung eines entsprechenden fachpsychologischen Gutachtens gerade nicht Bestandteil des zu erstellenden Gutachtens über die Parteien gewesen ist. Es war daher nicht Aufgabe der Gutachterinnen, ihn fachpsychologisch zu begutachten. Zudem wird ein entsprechendes Gutachten auch nicht einfach nebenbei erstellt, wie dies der Beklagte suggeriert. Es handelt sich dabei um eine komplexe Abklärung, welche zudem zeit- und kostenintensiv ist. Möchte der Beklagte anregen, es wäre aufgrund des Hinweises der Gutachterin C.\_\_\_\_\_ die Pflicht der RichterIn gewesen, ein entsprechendes fachpsychologisches Gutachten im Hinblick auf die Eröffnung des Statusgutachtens anzuordnen, so wäre dies aufgrund des dafür benötigten Aufwandes kaum verhältnismässig gewesen. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich die RichterIn nach dem Hinweis der Gutachterin C.\_\_\_\_\_ und der Sozialarbeiterin G.\_\_\_\_\_ mit den dafür geeigneten und auch den dafür vorgesehenen Stellen in Verbindung gesetzt hat. Eine Befangenheit der RichterIn ist dabei nicht ersichtlich.

## 6. Unterschiedlich beurteilte vergleichbare Sachverhalte

6.1. Der Beklagte begründete sein Ausstandsgesuch vor Vorinstanz schliesslich damit, dass die RichterIn vergleichbare Sachverhalte in nicht nachvollziehbarer Weise unterschiedlich zuungunsten des Beklagten beurteile. So habe er mit Gesuch vom 31. Oktober 2022 den Erlass von Massnahmen bezüglich Übergabemodalitäten begehrt, da er im Oktober 2022 aufgrund eines Unfalles seine Schulter mehrfach gebrochen habe und nur sehr eingeschränkt reisefähig mit einem Kleinkind gewesen sei. Das Gericht habe das Gesuch mit der Begründung abgelehnt, dass er auf andere Ressourcen zurückgreifen solle und vorübergehende Schwierigkeiten im Zusammenhang mit den Übergabemodalitäten keinen Grund darstellen würden, von den vereinbarten Betreuungszeiten abzuweichen. In der späteren Verfügung vom 18. Juli 2023 werde nun jedoch Folgendes festgehalten: "(...) Die Klägerin zeigt nachvollziehbar auf, wie die Organisation der mit einer langer Reisezeit

verbundenen Übergaben einen grossen Stressfaktor darstellt und viel Zeit sie in Anspruch nimmt, die sie lieber anderweitig mit I. \_\_\_\_\_ nutzen würde (Prot. S. 83)" (Urk. 4/158 S. 2 f.).

6.2. Die Vorinstanz erwog, die Verfügungen vom 2. November 2022 und vom 18. Juli 2023 würden sich in der zugrundeliegenden Sache unterscheiden. In der Verfügung vom 18. Juli 2023 sei es weder um den Erlass einer superprovisorischen Verfügung noch um die Beurteilung des persönlichen Verkehrs mit dem Kind gegangen, sondern um die Frage nach Gewährung der alternierenden Obhut. Diesfalls ging es unter anderem um die geografische Distanz, welche eines von vielen Kriterien für die alternierende Obhut darstelle. Weiter seien beide Sachverhalte nicht zu vergleichen, da es sich bei der gebrochenen Schulter um ein vorübergehendes Problem gehandelt habe. Insgesamt sei keine Bevorzugung der Klägerin erkennbar (Urk. 2 E. II.8.2.).

6.3. Der Beklagte rügt, dass entgegen den Ausführungen der Vorinstanz beide Sachverhalte sehr wohl vergleichbar seien. Beide Verfügungen hätten ungeachtet eines unterschiedlichen Verfahrens denselben Prozessmaximen unterstanden. Auch habe das Gericht der Verfügung vom 18. Juli 2023 ebenfalls besondere Dringlichkeit beigemessen, ansonsten es das Hauptverfahren weitergeführt und nicht eine weitere, grundsätzlich sofort vollstreckbare Verfügung im vorsorglichen Massnahmeverfahren erlassen hätte. Auch die Tatsache, dass die geografische Distanz lediglich ein zu beurteilendes Kriterium für die alternierende Obhut darstelle, ändere nichts an der Tatsache, dass die Vorinstanz resp. die zuständige Richterin Einschränkungen beim Transport resp. zeitlichen Verfügbarkeiten unterschiedlich würdige (Urk. 1 S. 10 Rz. 15).

6.4. Aus den beiden Verfügungen vom 2. November 2022 und vom 18. Juli 2023 lässt sich nicht entnehmen, dass die Richterin zwei vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich zuungunsten des Beklagten entschieden hat. Der Hinweis darauf, dass bei beiden Verfahren die gleichen Prozessmaximen gelten würden und bei beiden von einer Dringlichkeit ausgegangen worden sei, überzeugt nicht. So hat das Gericht mit Verfügung vom 2. November 2022 lediglich den Antrag um superprovisorische Massnahmen abgewiesen. Dieser Entscheid äussert sich im Ergeb-

nis einzig zu den Voraussetzungen zum Erlass von Massnahmen ohne vorgängige Anhörung der Gegenpartei. Über den Antrag betreffend Änderung der Übergangsmodalitäten selbst ist sodann mit Verfügung vom 2. November 2022 nicht entschieden worden, auch wenn das Gericht bereits allgemein darauf hingewiesen hat, dass vorübergehende Schwierigkeiten im Zusammenhang mit den Übergabemodalitäten keinen Grund darstellen würden, von den vereinbarten Betreuungszeiten abzuweichen. Hinzu kommt, dass es im Gesuch des Beklagten um Erlass superprovisorischer Massnahmen um den Umstand seines Unfalles und die daraus resultierenden Schwierigkeiten bei den Übergabemodalitäten gegangen ist. In der Verfügung vom 18. Juli 2023 ging es jedoch um die Frage, ob noch immer die Voraussetzung für eine alternierende Obhut gegeben sind, wobei alle Aspekte zur Beantwortung dieser Frage beleuchtet wurden und nicht einzig die geografische Distanz und die Übergabemodalitäten. Sodann erging der Entscheid vom 18. Juli 2023 über ein halbes Jahr später als der Entscheid vom 2. November 2022, wobei die bis dahin gemachten Erfahrungen mit der geografischen Distanz und den Übergangsmodalitäten im späteren Entscheid mitberücksichtigt wurden. Aus den genannten Gründen können die Entscheide eben gerade nicht miteinander verglichen werden.

6.5. Anzumerken ist sodann, dass die Richterin unmittelbar nach der Abweisung des Begehrens um Erlass superprovisorischer Massnahmen am 2. November 2022 eine Verhandlung angesetzt und zusammen mit den Parteien am 8. November 2022 eine tragfähige Lösung erarbeitet hat (Urk. 4/67). Insgesamt ist mit der Vorinstanz einherzugehen, dass bei diesem Vorgehen eine Bevorzugung der Klägerin durch die Richterin nicht erkennbar ist.

## 7. Ergebnis

Im Ergebnis vermag der Beklagte mit seinen Rügen nicht durchzudringen. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

#### IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gebühr ist gestützt auf § 9 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG (LS 211.11) auf Fr. 1'500.– festzusetzen.
2. Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Beklagten zufolge seines Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO), der Klägerin mangels relevanter Umtriebe im Beschwerdeverfahren (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

#### Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Doppel von Urk. 1, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten verbleiben im Berufungsverfahren Geschäfts-Nr. LZ240014-O.

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 um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 1. Juli 2024

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw D. Valsangiacomo

versandt am:  
ip