

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RZ240011-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichterin Dr. S. Janssen
sowie Gerichtsschreiberin MLaw L. Hengartner

Urteil vom 12. Februar 2025

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

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

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 19. November 2024 (BV240033-G)**

Erwägungen:

1.1. Mit Urteil vom 19. November 2024 wies die Vorinstanz das von der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) gestellte Ausstandsbegehren gegen Bezirksrichterin lic. iur. M. Fischer und Gerichtsschreiberin MLaw I. Vogt ab (Urk. 6 = Urk. 10).

1.2. Dagegen erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 2. Dezember 2024 fristgerecht (Urk. 7/2 und Art. 321 Abs. 2 ZPO) Beschwerde mit den folgenden Anträgen (Urk. 9 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 19. November 2024 (BV240033-G) aufzuheben.*
- 2. Es sei anzuordnen, dass die Bezirksrichterin lic. iur. M. Fischer und Gerichtsschreiberin Mlaw I. Vogt im Verfahren FK230024-G in den Ausstand zu treten haben.*

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten des Beschwerdegegners."

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-8A). Da sich die Beschwerde sogleich als offensichtlich unbegründet erweist, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (Art. 322 Abs. 2 ZPO).

2. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, Hintergrund des Ausstandsbegehrens sei der Umstand, dass die Parteien bereits vor der Verfahrenseinleitung das Programm "Kinder und Eltern in Trennung" beim Marie Meierhofer Institut für das Kind besucht hätten und weiterhin besuchen würden. Beim MMI sei Frau C._____ für die Parteien zuständig. Diese habe sich telefonisch beim Gericht gemeldet und mitgeteilt, dass sie den Antrag der Beiständin auf Umteilung der Obhut aus fachlicher Sicht nicht unterstütze. Der Inhalt des Telefonats sei jedoch nicht schriftlich festgehalten worden (Urk. 10 S. 7). Es stelle sich die Frage, ob sich dadurch, dass das Gespräch mit Frau C._____ nicht in einer schriftlichen Telefonnotiz festgehalten und diese zu den Akten genommen worden sei, eine Haltung der mit der Sache befassten Gerichtspersonen offenbare, die den Anschein einer Voreingenommenheit erwecke. Dies könne nicht leichthin angenommen werden, fordere die Rechtsprechung doch besonders krasse Fehler oder wiederholte Irrtümer. Das Ausstandsbegehren gründe auf einem einzigen Fehler: dem Nicht-Protokollieren

des Telefonats mit Frau C._____. Es werde von der Gesuchstellerin nicht geltend gemacht, dass sich die Voreingenommenheit auch in anderen Handlungen manifestiert habe. Aus der Erklärung der Gerichtspersonen anlässlich der Verhandlung vom 29. Oktober 2024 habe sich ergeben, dass sie das Telefonat in jenem Zeitpunkt als nicht entscheidungswesentlich erachtet hätten, da das Gericht nicht von sich aus beim MMI nachgefragt habe und die Parteien die Einschätzung des MMI an der Verhandlung hätten vorbringen können. Mit anderen Worten hätten sich die Gerichtspersonen also darauf verlassen, dass die Parteien von sich aus den Standpunkt des MMI ins Verfahren einbringen würden. Die Bedenken von Frau C._____ hätten auch in der Tat noch vor Durchführung der Verhandlung vom 29. Oktober 2024 mittels Stellungnahme der Gesuchstellerin zum Massnahmenbegehren vom 23. Oktober 2024 Eingang ins Verfahren gefunden und seien zu den Akten genommen worden. Obschon das nicht protokollierte Telefonat mit dem Gericht damit aktenkundig geworden sei, hätten sich die Gerichtspersonen dadurch nicht veranlasst gesehen, nachträglich eine Telefonnotiz zu erstellen. Insofern erscheine ihr Verhalten konsequent. Ein bewusstes Verheimlichen des Gesprächs oder dessen Inhalts scheine nicht naheliegend. Auf das Fehlen der Telefonnotiz angesprochen, habe die Einzelrichterin denn auch das Nicht-Protokollieren des Gesprächs und mit Verweis auf die E-Mail vom 16. Oktober 2024 dessen Inhalt offengelegt (Urk. 10 S. 9 f.). Sie habe es zudem dem Rechtsvertreter der Gesuchstellerin freigestellt, die Einschätzung des MMI im Rahmen des Abänderungsbegehrens einzubringen. Die Gerichtspersonen hätten sich damit bereit gezeigt, die Hinweise von Frau C._____ zur Kenntnis zu nehmen. Auch wenn das Verhalten der Gerichtspersonen angesichts der geltenden Untersuchungsmaxime den Anforderungen der Dokumentationspflicht nicht genüge, könne insgesamt betrachtet nicht von einem besonders krassen Fehler gesprochen werden. Das subjektive Misstrauen der Gesuchstellerin scheine zwar nachvollziehbar, dieser einmalige prozessuale Fehler genüge jedoch noch nicht, um auch objektiv den Anschein der Befangenheit zu erwecken (Urk. 10 S. 10).

3. Die Gesuchstellerin rügt, es sei erstellt, dass zwischen dem nicht protokollierten Telefonat vom 2. Oktober 2024 und ihrer Eingabe am 23. Oktober 2024 drei Wochen verstrichen seien, in welchen die Gerichtspersonen nichts von der E-

Mail von Frau C. _____ gewusst hätten. Sie hätten sich demnach während drei Wochen nicht darauf verlassen können, dass die Parteien die Gefährdungsmeldung des MMI gekannt hätten und deren Standpunkt von sich aus vorbringen würden. Daher sei die Erwägung der Vorinstanz unhaltbar, wonach sich die Gerichtspersonen darauf verlassen hätten, dass die Parteien von sich aus den Standpunkt des MMI ins Verfahren einbringen würden (Urk. 9 Rz. 10). Die Gerichtspersonen hätten sich vielmehr entschieden, das Telefonat nicht zu protokollieren und auch keine Protokollnotiz über die Nicht-Protokollierung zu machen, was immerhin eine gewisse Transparenz geschaffen hätte (Urk. 9 Rz. 11). Damit hätten die Gerichtspersonen nicht nur subjektiv, sondern auch objektiv den Eindruck der Befangenheit erweckt. Die gegenteilige Erwägung der Vorinstanz sei willkürlich (Urk. 9 Rz. 12). Objektiv vertrauenserschütternd sei im Weiteren, dass das Gericht das Telefonat verheimlicht habe, namentlich am 10. Oktober 2024. Sie habe um Akteneinsicht ersucht, was von der Gerichtsschreiberin am 10. Oktober 2024 abgewiesen worden sei mit der Begründung, es seien seit der letzten Akteneinsicht keine neuen Dokumente dazugekommen (Urk. 9 Rz. 13 f.). Damit bestünden objektive Anhaltspunkte, dass die Gerichtspersonen potentiell entscheidrelevante Informationen und ein Beweismittel aktiv verschwiegen hätten (Urk. 9 Rz. 16). Das Verschweigen des Telefonats lasse sich nicht durch spätere, für das Gericht nicht absehbare Kenntnis der Parteien vom Telefonat durch die E-Mail von Frau C. _____ entschuldigen. Es sei als krasser Verstoss gegen die Protokoll- und Aktenführungspflicht, das rechtliche Gehör und das Gebot eines fairen Verfahrens zu werten, dass das Gericht das beweistaugliche Telefonat trotz Akteneinsicht verschwiegen habe. Das Gericht habe von sich aus nichts unternommen, damit sie von der Gefährdungsmeldung von Frau C. _____ erfahren hätte. Im Gegenteil hätten die Gerichtspersonen durch ihr Handeln deutlich gemacht, dass sie die Parteien nicht von sich aus informiert hätten (Urk. 9 Rz. 17).

4. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, haben die Einzelrichterin und die Gerichtsschreiberin mit der unterlassenen Protokollierung des Telefonats gegen die Aktenführungspflicht verstossen. Es trifft zu, dass es sich beim fraglichen Telefonat durchaus um eine potentiell entscheidrelevante Meldung handelte und die Einzelrichterin und die Gerichtsschreiberin nicht darauf vertrauen

konnten, dass die Parteien auf anderem Weg Kenntnis vom Telefonat erhielten. Dieser Fehler allein genügt jedoch nicht, um von Befangenheit auszugehen. Gemäss ständiger Rechtsprechung begründen auch falsche Verfahrensmassnahmen oder ein falscher Entscheid keinen objektiven Anschein der Befangenheit, ausser es liegen besonders krasse oder wiederholte Irrtümer vor, die eine schwere Verletzung der Richterplichten darstellen und auf eine Absicht der Benachteiligung einer Prozesspartei schliessen lassen (BGer 5A_489/2017 vom 29. November 2017 E. 3.4 m.w.H). Die unterlassene Protokollierung des Telefonats lässt nicht auf eine solche Absicht schliessen, wie die Vorinstanz richtig erkannte. Wie die Vorinstanz nämlich ebenso zutreffend festhielt, legte die Einzelrichterin das Nicht-Protokollieren des Telefonats auf Nachfrage offen und signalisierte, dass sie die Ansicht von Frau C. _____ in die Würdigung miteinbeziehen würde (Urk. 10 S. 10), was sie dann auch tat (Urk. 5/154 S. 15). Dies stellt die Gesuchstellerin denn auch nicht in Abrede. Weitere Fehler, in welchen sich eine voreingenommene Haltung manifestieren würden, sind nicht ersichtlich. Nicht zuzustimmen ist der Gesuchstellerin, wenn sie geltend macht, dass ein aktives Verheimlichen vorgelegen habe, da die Gerichtsschreiberin das Akteneinsichtsgesuch mit der Begründung abgewiesen habe, es seien keine neuen Aktenstücke hinzugekommen. Dies war faktisch korrekt, da eben gerade nichts protokolliert wurde und es daher in der Tat keine neuen Aktenstücke gab. Damit ist auch dies nicht als Anhaltspunkt für eine voreingenommene Haltung zu werten. Zusammengefasst erweisen sich die Rügen der Gesuchstellerin als unbegründet und die Beschwerde ist abzuweisen.

5. Das Beschwerdeverfahren beschlägt eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die zweitinstanzliche Entschidegebühr ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 10 Abs. 1 und § 12 GebV OG auf Fr. 300.– festzusetzen. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Gesuchstellerin zufolge ihres Unterliegens, dem Gesuchsgegner und Beschwerdegegner (fortan Gesuchsgegner) mangels relevanter Aufwendungen (Art. 106 Abs. 1, Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebür wird auf Fr. 300.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage eines Doppels von Urk. 9, Urk. 11 und Urk. 12/2-3, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist ins Verfahren LZ250001-O.

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 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, 12. Februar 2025

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw L. Hengartner

versandt am:

Im