

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC170013-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. M. Schaffitz
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Beschluss und Urteil vom 20. April 2017

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

sowie

1. **C.** _____,

2. **D.** _____,

Verfahrensbeteiligte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____

betreffend **Ehescheidung (Ausstand)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, vom 10. März 2017 (FE140640-L)

Erwägungen:

1. a) Die Parteien sind seit tt. Februar 2003 verheiratet; sie haben einen Sohn (geboren tt.mm.2000) und eine Tochter (geboren tt.mm.2009). Nach mehreren Eheschutz- und (begonnenen, aber nicht mit einem Sachentscheid abgeschlossenen) Scheidungsverfahren stehen die Parteien seit dem 13. August 2014 vor dem Bezirksgericht Zürich im vorliegenden Scheidungsverfahren (Vi-Urk. 1). Mit Verfügung vom 18. September 2014 wurden vorsorgliche Massnahmen angeordnet (u.a. Fremdplatzierung der Tochter, Vi-Urk. 69; vom Obergericht bestätigt, Vi-Urk. 92); sodann wurde beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Auf Gesuch der Beklagten wurde mit Verfügung vom 16. März 2015 Rechtsanwalt lic. iur. X2._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand entlassen und ihr stattdessen Rechtsanwalt lic. iur. X3._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (Vi-Urk. 131). Nach Einholung von Gutachten wurden die vorsorglichen Massnahmen mit Verfügung vom 30. Juni 2015 abgeändert (Vi-Urk. 183; vom Obergericht bestätigt, Vi-Urk. 209) und mit Verfügung vom 15. Februar 2016 angepasst (Vi-Urk. 252); Änderungsanträge beider Parteien wurden mit Verfügung vom 2. Juni 2016 abgewiesen (Vi-Urk. 303). Auf Gesuch der Beklagten wurde mit Verfügung vom 8. August 2016 auch Rechtsanwalt lic. iur. X3._____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter entlassen (Vi-Urk. 338). Mit Verfügung vom 16. November 2016 wurden die vorsorglichen Massnahmen erneut angepasst (Vi-Urk. 375; wobei die Tochter der Parteien nach wie vor fremdplatziert blieb). Während laufender 10-tägiger Nachfrist für die Klageantwort (vgl. Vi-Urk. 383 und 398) zeigte Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ mit Eingabe vom 8. Februar 2017 die Mandatsübernahme an und ersuchte um eine Fristerstreckung bzw. Ansetzung einer

ersten Frist von 20 Tagen sowie um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsbeistandung (Vi-Urk. 402 und 405). Mit Verfügung vom 9. Februar 2017 wurde dieser als unentgeltlicher Rechtsvertreter der Beklagten bestellt und wurde für die Klageantwort eine Notfrist von 5 Tagen bis 21. Februar 2017 angesetzt (Vi-Urk. 409). Am 13. Februar 2017 stellte die Beklagte ein Ausstandsgesuch gegen die das Verfahren seit Beginn führende Einzelrichterin, Bezirksrichterin Dr. iur. E. _____ (Vi-Urk. 413 und 415). Mit Verfügung vom 10. März 2017 wies die Vorinstanz das Ausstandsgesuch ab (Vi-Urk. 430 = Urk. 2).

b) Hiergegen hat die Beklagte am 24. März 2017 fristgerecht (vgl. Vi-Urk. 442/1) Beschwerde erhoben und stellt die Beschwerdeanträge (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei Ziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 10. März 2017 in der Geschäfts-Nr.: FE140640-L aufzuheben und es sei das Ausstandsbegehren gegen Bezirksrichterin Dr. iur. E. _____ gutzuheissen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) gemäss dem Ausgang des Verfahrens."

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Beschwerde sogleich als offensichtlich unbegründet erweist, kann auf prozessuale Weiterungen verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

2. a) Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei gilt das Rügeprinzip, d.h. in der Beschwerde muss konkret und im Einzelnen dargelegt werden, was genau am angefochtenen Entscheid unrichtig sein soll (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 321 N 15; BK ZPO-Sterchi, Art. 321 N 17 ff.); was nicht in dieser Weise beanstandet (gerügt) wird, braucht von der Beschwerdeinstanz nicht überprüft zu werden und hat insofern grundsätzlich Bestand. Sodann sind im Beschwerdeverfahren neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO); was im erstinstanzlichen Verfahren nicht vorgebracht wurde, kann im Beschwerdeverfahren grundsätzlich nicht mehr geltend gemacht bzw. nachgeholt werden (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., Art. 326 N 3 f.).

b) Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, die Beklagte beanstande in ihrem Ausstandsgesuch, dass die Nachfrist zur Erstattung der Klageantwort nicht angemessen erstreckt worden sei, sei doch bei einer Neuaufnahme eines Mandats durch einen Rechtsanwalt eine angemessene Fristerstreckung zu gewähren; zudem sei bereits die ursprüngliche Nachfrist von 10 Tagen zu kurz bemessen gewesen. Der Beklagten sei mit Verfügung vom 7. Dezember 2016 eine (einmalig um 10 Tage erstreckbare) Frist von 20 Tagen zur Einreichung der Klageantwort angesetzt worden, welche am 23. Januar 2017 geendet habe. Erst am 27. Januar 2017 habe die Beklagte um eine Fristerstreckung ersucht. Da sie mit der Klageantwort säumig gewesen sei, sei ihr mit Verfügung vom 1. Februar 2017 in Anwendung von Art. 223 Abs. 1 ZPO eine Nachfrist von 10 Tagen angesetzt worden. Eine Nachfrist sei kürzer zu bemessen als die erste Frist; ausgehend von der ersten Frist zur Klageantwort von 20 Tagen sei die Nachfrist von 10 Tagen nicht zu beanstanden. Zwar handle es sich vorliegend um einen umfangreichen Fall. Da aber die Beklagte im damaligen Zeitpunkt nicht anwaltlich vertreten gewesen sei, habe von ihr nicht eine umfangreiche Rechtsschrift erwartet werden können; vielmehr hätte eine knappe Stellungnahme ausgereicht und hätte dann die Beklagte anlässlich der Hauptverhandlung eingehend befragt werden können. Unter diesen Umständen erscheine die Ansetzung einer Nachfrist von 10 Tagen in keinster Weise geeignet, einen Anschein der Befangenheit zu begründen und es liege diesbezüglich kein Ausstandsgrund vor. Am 8. Februar 2017 habe die Beklagte sodann durch ihren neuen Vertreter um Erstreckung der Nachfrist ersucht, woraufhin ihr mit Verfügung vom 9. Februar 2017 eine kurze Erstreckung im Sinne einer Notfrist von 5 Tagen gewährt worden sei. An die Bewilligung und Dauer der Fristerstreckung einer Nachfrist sei ein strenger Massstab anzulegen. Zwar sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte einen neuen Rechtsvertreter mandatiert habe und für diesen die Klageantwort aufgrund der Einarbeitung mit einem größeren Aufwand verbunden sei. Allerdings sei auch zu beachten, dass die Beklagte mit der Klageantwort bereits säumig gewesen sei. Es hätte der Beklagten früher möglich sein können und müssen, einen neuen Rechtsvertreter zu mandatieren; weshalb sie dies nicht getan habe, habe sie nicht substantiiert dargelegt und sei auch nicht ersichtlich. Auch würden der Beklagten im Rahmen eines zweiten Vortrags noch ausreichende Möglichkeiten zustehen, um ihre Anträge umfassend zu

begründen. Die Frage der Angemessenheit der Dauer der Erstreckung der Nachfrist könne aber offen gelassen werden, denn dieser prozessuale Entscheid wäre im dafür vorgesehenen Rechtsmittelverfahren zu rügen. Die Dauer der Fristerstreckung vermöge jedenfalls nicht den Anschein der Befangenheit zu begründen; sie stelle insbesondere keinen schweren oder krassen Verfahrensfehler dar, aus welchem ein Verdacht auf Befangenheit abgeleitet werden könne. Damit liege auch diesbezüglich kein Ausstandsgrund vor (Urk. 2 S. 6-11).

Die Vorinstanz erwog weiter, die Beklagte habe vorgebracht, dass ihr das Gericht in Anwendung von Art. 69 Abs. 1 ZPO längst einen Rechtsvertreter hätte begeben müssen, da das prozessuale Unvermögen offensichtlich sei. Das Prozessrecht sehe jedoch keinen Anwaltszwang vor; nur wenn eine Partei offensichtlich nicht imstande sei, den Prozess selbst zu führen, könne vom Grundsatz des fehlenden Vertretungszwangs abgewichen werden, wobei an den Entzug der Postulationsfähigkeit strenge Voraussetzungen zu stellen seien und diese eindeutig erfüllt sein müssten. Die Beklagte habe nicht substantiiert dargelegt, weshalb sie nicht im Stande wäre, den Prozess selber zu führen. Im Gutachten vom 10. Juni 2015 sei festgehalten, dass sie keine psychische Störungen von Krankheitswert aufweise, auch wenn sie immer wieder auffällige Verhaltensweisen zeige. Daraus und aus den übrigen Akten ergäben sich keine Anhaltspunkte, dass bei der Beklagten von einer offensichtlichen Postulationsunfähigkeit auszugehen wäre. Damit sei nicht zu beanstanden, dass der Beklagten kein Rechtsvertreter im Sinne von Art. 69 Abs. 1 ZPO bestellt worden sei. Damit liege auch diesbezüglich kein Ausstandsgrund vor (Urk. 2 S. 11 f.).

Die Vorinstanz erwog weiter, die Beklagte habe vorgebracht, dass es Bezirksrichterin Dr. iur. E. _____ offensichtlich darum gehe, das Verfahren zu Gunsten des Klägers raschmöglichst abzuschliessen; das ergebe sich aus der Aktennotiz vom 6. Februar 2017, wonach diese dem Rechtsvertreter des Klägers mitgeteilt habe, dass geplant sei, anfangs März 2017 das Scheidungsurteil zu versenden. Dabei sei jedoch zu beachten, dass die Beklagte zuletzt nicht mehr aktiv am Verfahren teilgenommen habe, weshalb die Annahme, dass sie auch innert der Nachfrist keine Klageantwort einreichen werde und ein Entscheid in der Hauptsache ergehen könne, nicht abwegig erscheine. Bezirksrichterin Dr. iur. E. _____

habe sodann am 9. Februar 2017 den Parteien mitgeteilt, dass die Beklagte nun einen neuen Rechtsvertreter habe und als nächster Schritt nun nicht ein Endentscheid ergehen werde, sondern ein weiterer Massnahmeentscheid. Damit habe Bezirksrichterin Dr. iur. E. _____ bestätigt, dass es ihr nicht um eine möglichst schnelle Erledigung gehe und sie die Beklagte von einer Klageantwort abhalten wolle, sondern dass sie die Verfahrensführung stets an die konkreten Gegebenheiten anpasse. Auch diesbezüglich sei kein Ausstandsgrund ersichtlich (Urk. 2 S. 14 f.).

Die Erwägungen der Vorinstanz zu den übrigen von der Beklagten vorgebrachten Ausstandsgründen (Urk. 2 S. 12 f., S. 16 ff.) werden im Beschwerdeverfahren nicht beanstandet, weshalb sich diesbezüglich Weiterungen erübrigen (oben Erw. 2.a).

c) Die Beklagte macht in ihrer Beschwerde geltend, es wäre zwingend angezeigt gewesen, ihr die ersuchte Fristerstreckung von 20 Tagen zu gewähren. Es handle sich um einen sehr umfangreichen Fall und um ein bereits seit 2014 hängiges ordentliches Verfahren. Entgegen der Vorinstanz habe es keinen sachlichen Grund gegeben, die ersuchte Fristerstreckung nicht zu gewähren, denn die am 21. Februar 2017 eingereichte Klageantwort sei dem Kläger bis zur Massnahmeverhandlung vom 13. März 2017 noch gar nicht zugestellt worden. Bei der Ansetzung der Nachfrist sei es offensichtlich nicht um eine beförderliche Verfahrenserledigung gegangen, sondern um eine Abstrafung der Beklagten. Indem es bei einem schon drei Jahre hängigen Verfahren um eine 20-tägige Frist gegangen sei und dann über drei Wochen nichts getan worden sei, fehle es ganz offensichtlich an einem sachlichen Grund für die Nichtgewährung der 20-tägigen Frist (Urk. 1 S. 5 f.).

Wie bereits die Vorinstanz zutreffend (und ungerügt) dargelegt hat, war die Beklagte mit der Klageantwort säumig (Ablauf der Frist zur Einreichung der Klageantwort am 23. Januar 2017; Urk. 2 S. 8 f.). Auf ihr Fristerstreckungsgesuch vom 27. Januar 2017 hin war daher nicht eine Erstreckung einer (erstmaligen) Frist zu gewähren, sondern eine *Nachfrist* anzusetzen (Art. 223 Abs. 1 i.V.m. Art. 274 ff. ZPO). Diese Nachfrist ist gemäss unmissverständlichem Gesetzeswortlaut

kurz zu bemessen (Art. 223 Abs. 1 ZPO); deren Dauer von 10 Tagen ist nicht zu beanstanden und wird in der Beschwerde denn auch nicht gerügt (gerügt wird die Dauer der Erstreckung der Nachfrist). Eine solche Nachfrist kann zwar erstreckt werden, es ist jedoch – wie die Vorinstanz korrekt und ungerügt dargelegt hat (Urk. 2 S. 10) – sowohl für die Bewilligung als solche wie auch für die Dauer der Erstreckung ein strenger Massstab anzulegen. Dass bei einer Nachfrist von 10 Tagen eine Erstreckung von 5 Tagen gewährt wird, ist daher grundsätzlich nicht zu beanstanden; ob allenfalls auch eine Erstreckung von 10 Tagen hätte gewährt werden können (oder ob die Erstreckung sogar hätte ganz verweigert werden können), ist in diesem Zusammenhang nicht von Belang, denn dieser prozessuale Entscheid steht im Ermessen des Sachgerichts und stellt so oder anders von vornherein (auch dies hat bereits die Vorinstanz zutreffend erwogen; Urk. 2 S. 10 f.) keinen Verfahrensfehler dar, aus dem ein Verdacht auf Voreingenommenheit abgeleitet werden könnte. Ob bzw. wann die Klageantwortschrift danach an die übrigen Prozessbeteiligten zugestellt wurde, ist in diesem Zusammenhang ebenso ohne Belang (und könnte zufolge des im Beschwerdeverfahren geltenden Novenverbots ohnehin nicht berücksichtigt werden; oben Erw. 2.a).

d) Die Beklagte macht in ihrer Beschwerde sodann geltend, es sei falsch, dass sie früher einen Rechtsvertreter hätte mandatieren können. Sie habe bis am 21. November 2017 nicht gewusst, ob sie noch von Rechtsanwalt lic. iur. X3._____ vertreten werde oder ob dieser aus seinem Mandat entlassen worden sei. Bezirksrichterin Dr. iur. E._____ habe auch gewusst, dass sich die Beklagte erfolglos um einen neuen Anwalt bemüht habe. Trotzdem habe sie der Beklagten keinen Anwalt beigegeben, obwohl diese offensichtlich nicht fähig sei, sich selber zu vertreten bzw. einen neuen Anwalt zu suchen (Urk. 1 S. 6 f.).

Dass die Beklagte nicht fähig gewesen wäre, selber einen neuen Anwalt zu suchen, wird schon dadurch widerlegt, dass sie selber einen solchen gefunden hat. Dass Rechtsanwalt lic. iur. X3._____ mit Verfügung vom 8. August 2016 als ihr unentgeltlicher Rechtsvertreter entlassen worden war (nota bene auf ihr eigenes Gesuch; Vi-Urk. 338), hat die Beklagte gewusst, denn jene Verfügung wurde ihr persönlich zugestellt (Vi-Urk. 339/3). Im Übrigen enthält die Beschwerde keine konkreten Rügen der entsprechenden vorinstanzlichen Erwägungen, wonach sich

weder aus dem Gutachten vom 10. Juni 2015 noch aus den übrigen Akten Anhaltspunkte ergeben würden, dass bei der Beklagten von einer offensichtlichen Postulationsunfähigkeit auszugehen gewesen wäre, womit es dabei bleibt.

e) Die Beklagte macht in ihrer Beschwerde weiter geltend, es sei zu beanstanden, dass das Ausstandsgesuch von einem Richter behandelt werde, der in derselben Abteilung wie Bezirksrichterin Dr. iur. E._____ tätig sei, d.h. dass "Gspänli" unter sich entsprechende Ausstandsbegehren behandeln und so Fehlverhalten decken würden (Urk. 1 S. 7).

Dass über ein Ausstandsgesuch dasjenige Gericht entscheidet, dem die entsprechende Gerichtsperson angehört, entspricht dem Gesetz (Art. 50 Abs. 1 ZPO, § 127 lit. c GOG) und ist demgemäss nicht zu beanstanden. Im Übrigen leitet die Beklagte aus diesen Vorbringen auch nichts Konkretes ab. Von einem unzulässigen Vorgehen kann keine Rede sein.

f) Die Beklagte macht in ihrer Beschwerde schliesslich geltend, dass es Bezirksrichterin Dr. iur. E._____ nur darum gegangen sei, der Beklagten zu schaden, zeige sich auch in der Aktennotiz vom 6. Februar 2017, gemäss welcher diese dem Rechtsvertreter des Klägers ein Scheidungsurteil auf Anfang März 2017 in Aussicht gestellt habe. Es habe also offensichtlich so sein sollen, dass die Beklagte gar keine Klageantwort mehr einreichen könne (Urk. 1 S. 8).

Diesbezüglich kann auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 2 S. 14 f.), mit denen sich die Beklagte in ihrer Beschwerde gar nicht erst auseinandersetzt, womit es dabei bleibt (oben Erw. 2.a).

g) Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde der Beklagten als vollumfänglich unbegründet; sie ist demgemäss abzuweisen.

3. a) Das Beschwerdeverfahren beschlägt eine nicht vermögensrechtlichen Streitigkeit. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 9 Abs. 1 und § 12 GebV OG auf Fr. 1'500.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Die Beklagte hat ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt (Urk. 1 S. 2, S. 9). Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt neben der Mittellosigkeit auch voraus, dass die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 lit. b ZPO). Die Beschwerde ist jedoch als aussichtslos anzusehen (vgl. vorstehende Erwägungen), weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen ist.

d) Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Beklagten zufolge ihres Unterliegens, den übrigen Prozessbeteiligten mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung erfolgen mit nachstehendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden der Beklagten auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger und die Verfahrensbeteiligten je unter Beilage eines Doppels von Urk. 1, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 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 Entscheid über ein Ausstandsbegehren 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, 20. April 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
cm