

ZH_OBERGERICHT PQ210092 vom 9. März 2022

ZH Obergericht, 2022-03-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PQ210092

FR: ZH_OBERGERICHT PQ210092 du 9 mars 2022

IT: ZH_OBERGERICHT PQ210092 del 9 marzo 2022

Erwägungen

E. 1

A._____ und B._____ (fortan: Beschwerdeführerin und Beschwerdegegner oder Mutter und Vater) sind die nicht verheirateten und getrennt lebenden Eltern von C._____, geboren am tt.mm.2014. Die Beschwerdeführerin lebte zunächst in D._____ und zog im Februar 2021 nach E._____. In ihrem Haushalt leben C._____ und ihre zwei anderen Kinder. Der Beschwerdegegner lebt mit seiner Ehefrau und vier Kindern – einem gemeinsamen Sohn und drei weiteren Kindern der Ehefrau – in F._____.

E. 2

Im Januar 2016 ersuchte ein Arzt der Integrierten Psychiatrie Winterthur die KESB Bülach Nord (fortan: KESB), Schutzmassnahmen für die Kinder der Be- schwerdeführerin zu prüfen, da diese mit der Betreuung möglicherweise überfor- dert sei (KESB-act. 5). In der Folge nahm die KESB Abklärungen vor. Mit Ent- scheid vom 25. Juli 2017 regelte sie den persönlichen Verkehr zwischen dem Be- schwerdegegner und C._____ und errichtete für diese eine Beistandschaft (KESB-act. 130). Am 24. November 2020 genehmigte das Bezirksgericht Bülach eine Vereinbarung der Eltern, gemäss welcher C._____ unter der Obhut der Mut- ter blieb, die Kontakte zum Vater geregelt wurden, die Eltern ihr Einverständnis zur Weiterführung der Beistandschaft erklärten und indexierte Unterhaltsbeiträge festgesetzt wurden (KESB-act. 171). Den Jahreswechsel 2020/21 verbrachte C._____ beim Beschwerdegegner und dessen Familie in F._____. Am 2. Januar 2021 hätte sie zur Beschwerdeführerin nach D._____ zurückkehren sollen, was nicht geschah (vgl. KESB-act. 175 ff.). Der Beschwerdegegner liess im Januar 2021 eine Umteilung der Obhut für C._____ an ihn beantragen (vgl. KESB-act. 210 ff.). Am 28. Januar 2021 entschied die KESB u.a., im Hinblick auf eine allfälli- ge Neu-Regelung der Obhut ein Gutachten einzuholen, die Obhut für C._____

- 3 - "einstweilen" (das heisst für die Dauer des Verfahrens) bei der Beschwerdeführe- rin zu belassen, eine Kindsvertreterin einzusetzen und den persönlichen Verkehr mit dem Beschwerdegegner (insbesondere bezüglich Übergaben) sowie die Bei- standschaft vorsorglich anzupassen (KESB-act. 251). Mit Beschluss der KESB vom 23. Februar 2021 wurden die Sachverständigen lic. phil. G._____ und Dipl.- Psych. H._____, Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie (KJPP) an der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich, mit der Erstattung des schriftlichen Gutachtens beauftragt (KESB-act. 285).

E. 2.1

Nach Art. 183 Abs. 2 ZPO gelten für sachverständige Personen die gleichen Ausstandsgründe wie für Gerichtspersonen. Art. 47 Abs. 1 lit. a bis e ZPO sieht verschiedene spezifische Konstellationen vor, die einen Ausstand begründen. Gemäss lit. f der Bestimmung tritt eine Gerichtsperson zudem in den Ausstand, wenn sie aus anderen

Gründen befangen sein könnte. Will eine Partei den Aus- stand einer Gerichtsperson verlangen, so hat sie ohne Verzug ein entsprechen- des Gesuch zu stellen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis hat, und die den Ausstand begründenden Tatsachen glaubhaft zu machen (Art. 49 Abs. 1 ZPO).

E. 2.2

Ein Ausstandsgrund im Sinne von Art. 47 ZGB wird nach der Rechtspre- chung angenommen, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit der Gerichtsperson oder der sachverständigen Person begründen. Dies wird bei Um- ständen bejaht, die geeignet sind, Misstrauen in deren Unparteilichkeit zu erwe- cken. Solche Umstände können in einem bestimmten Verhalten der Gerichtsper- son bzw. der sachverständigen Person oder in gewissen äusseren Gegebenhei- ten (funktioneller und organisatorischer Natur) liegen. Bei der Beurteilung ent- sprechender Umstände ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzu-

- 16 - stellen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in sachlich- objektivierter Weise begründet erscheinen. Es genügt allerdings, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit erwe- cken; für den Ausstand wird nicht verlangt, dass die Gerichtsperson bzw. die sachverständige Person tatsächlich befangen ist (vgl. BGE 138 I 1 E. 2.2; BGE 141 IV 34 E. 5.2; BGer 1B_519/2019 vom 30. Januar 2020 E. 2.3; BGer 4A_118/2013 vom 29. April 2013 E. 2.1).

E. 2.3

Der Anschein der Befangenheit kann durch unterschiedlichste Umstände und Gegebenheiten erweckt werden. Dazu können insbesondere vor oder wäh- rend eines Prozesses abgegebene Äusserungen einer Gerichtsperson zählen, die den Schluss zulassen, dass sich diese bereits eine feste Meinung über den Aus- gang des Verfahrens gebildet hat (BGE 137 I 227 E. 2.1; BGE 134 I 238 E. 2.1). Entsprechendes gilt für eine sachverständige Person, wenn diese durch ihre Äus- serungen den Eindruck erweckt, sie habe sich ihre Meinung über das Ergebnis ih- rer gutachterlichen Untersuchung schon vor deren Abschluss gebildet (BÜHLER, Gerichtsgutachter und -gutachten im Zivilprozess, in: Heer/Schöbi [Hg.], Gericht und Expertise, Bern 2005, 11 ff., 35; DERS., Erwartungen des Richters an den Sachverständigen, AJP 1999 S. 567 ff., 571). Auch andere Äusserungen der sachverständigen Person über eine Partei oder die Streitsache können den An- schein der Befangenheit begründen, wenn sie unsachlich sind oder sonst den Verdacht nahelegen, die sachverständige Person sei voreingenommen (BSK ZPO-DOLGE, Art. 183 N 21). Problematisch sind auch einseitige telefonische oder anderweitige Kontakte der sachverständigen Person mit einer Partei oder deren Rechtsvertreter. Diese tragen die Gefahr in sich, Zweifel an der Unparteilichkeit der sachverständigen Person zu begründen, weil sie der Partei Zusicherungen gemacht oder Hinweise erteilt haben oder von ihr beeinflusst worden sein könnte (BÜHLER, AJP 1999 S. 571; BSK ZPO-DOLGE, Art. 183 N 21).

E. 2.4

Zu beachten ist, dass bei gewissen sachverständigen Tätigkeiten Besonder- heiten bestehen. Dies gilt neben medizinischen Gutachten insbesondere für psy- chologische Gutachten im Familienrecht. Bei familienpsychologischen Gutachten werden die Gespräche mit den Eltern regelmässig getrennt geführt. Einzelgesprä-

- 17 - che sind der Konfliktsituation zwischen den Eltern geschuldet und bilden den Normalfall, ohne dass sie für sich genommen unter dem Gesichtspunkt der Unparteilichkeit und Gleichbehandlung als problematisch erachtet werden. In der einschlägigen Literatur teilweise anerkannt ist bei psychologischen Gutachten im Familienrecht auch die Durchführung von Abschlussgesprächen, an denen die Sachverständigen den Exploranden die Ergebnisse der Begutachtung persönlich erklären (AEBI/STEINBACH/VILÉN, Leitlinien für psychologische Gutachten im Familienrecht, ZKE 2020 S. 1 ff., 17; vgl. a. SALZGEBER, Familienpsychologische Gutachten, 7. A. München 2020, Rz. 231). Eine solche Rückmeldung der Ergebnisse am Ende des Begutachtungsprozesses soll der Information dienen und "keine Plattform für eine Abänderung der Schlussfolgerungen" sein; gegebenenfalls wird die Reaktion der Eltern alsdann im schriftlichen Gutachten dargestellt (AEBI/STEINBACH/VILÉN, ZKE 2020 S. 16 f.). Unter dem Gesichtspunkt der Unvoreingenommenheit erscheinen derartige Abschlussgespräche am Ende des diagnostischen Prozesses, aber noch vor Fertigstellung des schriftlichen Gutachtens, als nicht unbedenklich (vgl. a. SALZGEBER, a.a.O., Rz. 231, der von einem Grenzfall spricht). Das Vorgehen birgt erhebliche Gefahren, etwa dass bei diesen Gesprächen weitere Informationen vorgetragen werden, die eine Fortführung der Begutachtung erzwingen. Überhaupt macht sich die sachverständige Person mit Blick auf das Gebot von Gleichbehandlung und Unparteilichkeit angreifbar und ist die Abgrenzung zwischen diagnostischem Prozess und Ausfertigung des Gutachtens heikel (s. dazu hinten E. 3.5). Wie sich zeigen wird, kann die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit solcher Abschlussgespräche bei entscheidungsorientierten Gutachten allerdings offen gelassen werden. 3.

- 18 -

E. 3

Zu einer Rückkehr C.____s zur Beschwerdeführerin kam es auch nach dem Entscheid der KESB vom 28. Januar 2021 nicht. Der Beschwerdegegner erhob gegen den Entscheid Beschwerde beim Bezirksrat Bülach und verlangte, es sei C.____ mit sofortiger Wirkung unter seine Obhut zu stellen und das "Besuchsrecht" für die Beschwerdeführerin zu regeln. Die Beschwerdeführerin stellte ihrerseits ein Begehren um Vollstreckung des KESB-Entscheidunges (um C.____ wieder unter ihre Obhut nehmen zu können), auf welches der Bezirksrat mangels Zuständigkeit nicht eintrat. Nach Durchführung des Verfahrens wies der Bezirksrat die Beschwerde des Beschwerdegegners mit Urteil vom 31. März 2021 ab. Einem allfälligen Rechtsmittel wurde die aufschiebende Wirkung entzogen. Gegen den bezirksrätlichen Entscheid erhob der Beschwerdegegner Beschwerde bei der Kammer. Er verlangte auch im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren die vorsorgliche (bzw. superprovisorische) Zuteilung der Obhut für C.____ an ihn. Am 15. April 2021 wurde der Antrag auf eine superprovisorische Anordnung abgewiesen. Mit Beschluss der Kammer vom 27. Mai 2021 wurde die Beschwerde gegen den Entscheid des Bezirksrats vom 31. März 2021 abgewiesen und der Entscheid der KESB vom 28. Januar 2021 hinsichtlich der Obhut für C.____ während des Verfahrens der KESB bestätigt. Im Weiteren wurde die Rückkehr von C.____ zu ihrer Mutter angeordnet und der persönliche Verkehr geregelt (KESB-act. 377). Eine hiergegen erhobene Beschwerde ans Bundesgericht (BR-act. 3/7) zog der Beschwerdegegner wieder zurück, nachdem das Bundesgericht entschieden hatte, der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zu erteilen (vgl. BR-act. 8 S. 3).

- 4 -

E. 3.1

Vorliegend führte die Sachverständige Dipl.-Psych. H._____ mit den Eltern je drei explorative Einzelgespräche, ein Erstgespräch zusammen mit der Sachverständigen lic. phil. G._____ am 6. bzw. 8. April 2021, ein zweites Gespräch am 12. bzw. 13. April 2021 und ein drittes Gespräch am 19. bzw. 20. April 2021. Am 12. April erfolgten zudem zwei themenzentrierte Telefonate mit der KESB, am 21. April 2021 ein Hausbesuch von C._____ in ihrer damaligen Lebenswelt beim Vater, am 26. April 2021 die Einholung familienanamnestischer Angaben der Ehefrau des Vaters, am 5. Mai 2021 ein themenzentriertes Telefonat mit der Beiständin und am 12. Mai 2021 eine Interaktionsbeobachtung von C._____ im Zusammensein mit dem Vater (KESB-act. 471 S. 9). Ein Treffen der Mutter mit C._____ mit anschliessender Spiel- und Interaktionsbeobachtung war geplant, wurde von der Mutter aber abgelehnt (act. KESB-471 S. 10). Im Rahmen einer an das Obergericht (im Verfahren Nr. PQ210025-O) gerichteten und auch der Sachverständigen übermittelten schriftlichen Stellungnahme vom 29. April 2021 (vgl. KESB-act. 364 und act. 365), erklärte sie, sie "trete [...] aus dem Kampf mit [dem Beschwerdegegner] aus" und übertrage dem Obergericht den Schutz ihrer Tochter (KESB-act. 365 S. 16; s.a. KESB-act. 371 S. 5 f. und act. 373 S. 2). Am 25. Mai 2021 führte die Sachverständige H._____ das Abschlussgespräch mit dem Vater (KESB-act. 471 S. 9 f.). Am 27. Mai 2021 erging das Urteil des Obergerichts, mit dem die Rückkehr C._____s zur Mutter angeordnet wurde (KESB-act. 377). Das Abschlussgespräch der Sachverständigen H._____ mit der Mutter erfolgte gemäss Gutachten am 7. Juni 2021 (KESB-act. 471 S. 9, 11, 28), während gemäss der Beschwerdeführerin das letzte Gespräch am 3. Juni 2021 stattfand (act. 2 Rz. 20). Am 4. Juni 2021 kam es zu einem Telefonat der Sachverständigen H._____ mit Oberrichter I._____. 3.2.1 Die Beschwerdeführerin moniert zunächst, die Sachverständige H._____ habe Ende Mai 2021 ein "bilaterales Gespräch" mit dem Beschwerdegegner geführt, an dem sie, die Beschwerdeführerin, nicht anwesend gewesen sei und über das sie auch vorgängig nicht informiert worden sei. 3.2.2 Es wurde darauf hingewiesen, dass bei familienrechtlichen Begutachtungen Einzelgespräche den Regelfall bilden und zulässig sind. Die Sachverständige

- 19 - H._____ hat vorliegend je drei solcher Gespräche mit den Eltern abgehalten. Auch ein letztes, abschliessendes Gespräch hat die Sachverständige nicht nur mit dem Beschwerdegegner, sondern auch mit der Beschwerdeführerin geführt. Soweit die Beschwerdeführerin aus dem blossen Umstand des "bilateralen Gesprächs" mit dem Beschwerdegegner einen Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot abzuleiten scheint, geht sie fehl. 3.3.1 Die Beschwerdeführerin rügt, anlässlich des Abschlussgesprächs mit dem Beschwerdegegner habe die Sachverständige H._____ diesem die finalen Empfehlungen ihres damals noch nicht ausformulierten Gutachtens mündlich eröffnet. Eine solche Äusserung während laufender Begutachtung sei unzulässig und begründe den Anschein der Befangenheit. 3.3.2 Der Beschwerdegegner bestätigt den Umstand, dass ihm die Sachverständige H._____ mitgeteilt habe, welche Empfehlung sie abgebe. Allerdings seien in diesem Zeitpunkt sämtliche gutachterlichen Untersuchungen abgeschlossen gewesen. Hiervon gehen auch die Vorinstanz und die Kindsvertreterin aus. Auch die Sachverständigen verneinen in ihrer Stellungnahme nicht, dass die Sachverständige H._____ dem Beschwerdegegner die Ergebnisse der Begutachtung eröffnete. Man habe im Rahmen des Abschlussgesprächs – nach Abschluss sämtlicher gutachterlicher Untersuchungen und gemäss üblicher Vorgehensweise – alle möglichen Verfahrensausgänge mit dem Vater thematisiert. 3.3.3 Wie ausgeführt, ist bei

psychologischen Gutachten im Familienrecht die Durchführung von Abschlussgesprächen, an denen die Parteien über die Ergebnisse der Begutachtung informiert werden, teilweise anerkannt. Sie sollen der Erläuterung der Schlussfolgerungen und Empfehlungen sowie mitunter auch dazu dienen, die Reaktion der Eltern einzuschätzen und einzuordnen. Geht man von der grundsätzlichen Zulässigkeit dieses Vorgehens aus (vgl. vorne E. 2.4 a.E.), steht vor diesem Hintergrund nicht entgegen, dass das schriftliche Gutachten im Zeitpunkt des Abschlussgesprächs noch nicht fertig gestellt war. Dass sich diese Fertigstellung letztlich bis zum 30. August 2021 hinzog, gründete auf dem Umstand, dass am 27. Mai 2021 das Urteil des Obergerichts erging. Im Rahmen eines Telefonats mit der KESB vom 7. Juni 2021 erklärte die Sachverständige

- 20 - H._____, dass das Gutachten eigentlich abgeschlossen wäre, dass sich die Situation mit dem Entscheid des Obergerichts aber geändert habe; man verblieb, dass vorerst zugewartet werde (KESB-act. 384 S. 2). Am 5. Juli 2021 erkundigte sich die Sachverständige H._____ bei der KESB, wie sie nun vorgehen solle, und erklärte, dass für eine allfällige zusätzliche Erhebung der Situation nach der Rückführung des Kindes ein zusätzliches Kostendach gesprochen werden müsste, da das gutgesprochene bereits überschritten sei (KESB-act. 416). Am 19. Juli 2021 wurde der Sachverständigen H._____ seitens der KESB mitgeteilt, dass das Gutachten per sofort abgeschlossen und eingereicht werden solle und auf eine Erweiterung des Gutachtensauftrags auf die Situation des Kindes nach der Rückkehr zur Mutter verzichtet werde (KESB-act. 426). Daraufhin erstellten die Sachverständigen bis zum 30. August 2021 das schriftliche Gutachten. 3.3.4 Nach dem Abschlussgespräch kam es dazu, dass der Beschwerdegegner – wie die Beschwerdeführerin rügt – in seiner gegen den obergerichtlichen Entscheid gerichteten Beschwerde an das Bundesgericht ausführen liess, die Gutachterin habe ihm im Schlussgespräch mitgeteilt, "dass der KESB im Gutachten empfohlen werde, die Obhut [ihm] zuzuteilen" (BR-act. 3/7 S. 5). Dies ist unglücklich und der Unmut der Beschwerdeführerin ist verständlich. Allerdings lässt sich daraus keine Befangenheit der Sachverständigen ableiten. Erachtet man die Information der Parteien über das Ergebnis der gutachterlichen Untersuchung anlässlich des Abschlussgesprächs als grundsätzlich zulässig (vorne E. 2.4 a.E.), wird das Vorgehen nicht im Nachhinein (aufgrund des Vorgehens des Beschwerdegegners) unzulässig. 3.4.1 Im Weiteren moniert die Beschwerdeführerin, die Sachverständige H._____ habe sie beim letzten Gespräch wissen lassen, dass sie einen Verbleib C._____'s beim Vater bevorzugt hätte, und ihr nahe gelegt, vom Urteil des Obergerichts "zurückzutreten". Dies sei ein Schlag ins Gesicht gewesen und sie habe sich unter Druck gesetzt gefühlt. Ihr Vertrauen in die Unparteilichkeit der Sachverständigen H._____ sei zerstört gewesen. 3.4.2 Die Sachverständigen schildern das Gespräch in ihrer Stellungnahme wie folgt: Erörtert worden seien die Umgangsmöglichkeiten mit dem Urteil des Ober-

- 21 - gericht, die divergierenden gutachterlichen Untersuchungsergebnisse, die kindlichen Entwicklungserfordernisse von C._____ und die möglichen Konsequenzen für C._____. Als eine der möglichen Umgangsweisen sei auch ein Rücktritt der Mutter vom im Urteil des Obergerichts verfügten Obhutsrecht der Mutter zwar besprochen, jedoch ihr nicht nahegelegt worden. Aus fachlicher Perspektive sei der Mutter dargelegt worden, dass jetzt vor allem der Erhalt und die Pflege ihrer Beziehung zur Tochter einer entwicklungsförderlichen und kindeswohlorientierten Umgangsweise entspräche (act. 12). Ausführlicher wird das Gespräch im Gutachten wiedergegeben. Geschildert wird im

Wesentlichen, dass die Beschwerdeführerin emotional stark belastet gewesen sei und in Bezug auf eine Rückführung vor allem Risiken für C.____s Entwicklung gesehen habe, die dadurch bedingt seien, dass C.____ nach ihrem und dem Empfinden der Geschwister "gar nicht mehr zu ihrer Familie gehöre" (KESB-act. 471 S. 28 ff.). 3.4.3 Geht man von der grundsätzlichen Zulässigkeit von Abschlussgesprächen aus (vgl. vorne E. 2.4 a.E.), ist es an sich nicht zu beanstanden, wenn die Sachverständige auch gegenüber der Mutter das Ergebnis der gutachterlichen Untersuchungen offenbarte. Die Sachverständige war zum Schluss gekommen, dass ein Verbleib C.____s am damaligen Aufenthaltsort beim Vater zu bevorzugen sei und die vom Obergericht angeordnete Rückführung C.____s dieser Schlussfolgerung widerspreche. Die Beschwerdeführerin ihrerseits hatte in mehreren Schreiben zum Ausdruck gebracht, sie "trete" aus dem Kampf mit dem Beschwerdegegner "aus" (KESB-act. 365 S. 16 und act. 371 S. 5 f.), ihr Leben und das ihrer anderen Kinder gehe weiter und sie habe C.____ schmerzlich loslassen und Abschied von ihr nehmen müssen (KESB-act. 373). Wenn sie in der Folge beim Abschlussgespräch mit der Sachverständigen diese Haltung bekräftigte und primär die Risiken einer Rückführung sah (KESB-act. 471 S. 28), erscheint es nahe liegend, dass die Frage, ob von der vom Obergericht angeordneten Rückführung C.____s abzusehen sei, zumindest thematisiert wurde. Subjektiv mag die Beschwerdeführerin den Umstand, dass nicht nur sie selbst, sondern auch die Sachverständige der Rückführung C.____s kritisch gegenüberstand, als "Schlag ins Gesicht" (act. 2 Rz. 35) empfunden haben. Bei objektiver Betrachtung kann ihrer Wahrnehmung, dadurch unter Druck gesetzt worden zu sein und für

- 22 - den Fall, dass sie nicht "freiwillig" auf die Rückkehr von C.____ verzichte, unweigerlich mit einer negativen Begutachtung rechnen müsse, nicht gefolgt werden (act. 2 Rz. 35). 3.4.4 Zu beachten ist auf der anderen Seite, dass die Sachverständige zu diesem Zeitpunkt aufgrund des ergangenen Entscheids des Obergerichts mit Grund der Ansicht war, der Begutachtungsprozess müsse wieder aufgenommen werden und es seien zusätzliche Erhebungen der Situation nach der Rückkehr C.____s zur Mutter erforderlich. Damit hatte sich eine der Gefahren verwirklicht, die dem Vorgehen mit der Durchführung von Abschlussgesprächen inne wohnt (vorne E. 2.4 a.E.), und war die Gutachterin gefordert, der Befangenheitsproblematik besonderes Augenmerk zukommen zu lassen, insbesondere sich zurückhaltend zu äussern. Wie sich die Gutachterin im Detail äusserte, lässt sich angesichts der unterschiedlichen Darstellungen seitens der Beschwerdeführerin und der Gutachterin freilich nicht klären.

E. 3.5

Hinreichend klar erscheint demgegenüber der weitere von der Beschwerdeführerin gerügte Sachverhalt, wonach die Sachverständige am 4. Juni 2021 mit Oberrichter lic. iur. I.____ telefonierte: Der Aktennotiz von Oberrichter I.____ ist zu entnehmen, dass die Sachverständige H.____ von der Kanzlei des Obergerichts kontaktiert wurde mit der Bitte, die Akten direkt an das (vom Beschwerdegegner gegen den obergerichtlichen Entscheid angerufene) Bundesgericht zu übermitteln. Dabei liess sich die Sachverständige mit Oberrichter I.____ verbinden und drückte diesem gegenüber ihr Unverständnis über das Urteil aus, das dem Kindeswohl aus ihrer Sicht nicht Rechnung trage (BR-act. 3/6). Eine solche Unmutsäusserung ohne Not und äusseren Anlass kann zum einen unter dem Gesichtspunkt der professionellen Distanz als unangebracht und unnötig betrachtet werden. Zum andern hinterlässt sie darüber hinaus den Eindruck, die Gutachterin identifiziere sich mit dem Standpunkt des Beschwerdegegners und sei in ihrer Entscheidung

und Argumentation nicht mehr frei. Auch wenn es in der Folge zu keinen weiteren gutachterlichen Erhebungen mehr gekommen ist, stand die Erstellung des schriftlichen Gutachtens noch aus. Im schriftlichen Gutachten werden die Ergebnisse der Begutachtung dargestellt und diese Befunde im Licht der Fra-

- 23 - gestellung interpretiert (vgl. AEBI/STEINBACH/VILÉN, ZKE 2020 S. 16). Die Erhebungen werden ausgewertet, gewürdigt und eingeordnet. Die massgeblichen Gesichtspunkte und die eigene Haltung werden regelmässig nochmals sorgfältig überdacht und allenfalls justiert. Gestützt hierauf erfolgen die Empfehlungen an die auftraggebende Behörde und werden gegebenenfalls die Vor- und Nachteile der vorgeschlagenen Regelungen diskutiert. Vor diesem Hintergrund erscheint die von der Vorinstanz vorgenommene Abgrenzung zwischen den gutachterlichen Erhebungen, nach denen die Meinungsbildung abgeschlossen sei, und dem "blossen" Verschriftlichungsprozess unter dem Aspekt der Befangenheit nicht angemessen. Die Verschriftlichung des Gutachtens ist mehr als das blosses Niederschreiben fertiger, unverrückbar gebildeter Meinungen. Die Äusserungen der Sachverständigen H._____ waren daher geeignet, objektiv Misstrauen in ihre Unvoreingenommenheit zu wecken.

E. 4

Mit Eingabe vom 7. Juni 2021 beantragte die Beschwerdeführerin bei der KESB, es sei der an das KJPP der Psychiatrischen Universitätsklinik erteilte Gutachtensauftrag mit sofortiger Wirkung zu widerrufen und die Sachverständigen lic. phil. G._____ und Dipl.-Psych. H._____ seien wegen Befangenheit und fehlender Unparteilichkeit aus dem Gutachtensauftrag zu entlassen. Der Gutachtensauftrag sei sodann neu zu vergeben an eine sachverständige Person ausserhalb des Kantons Zürich (KESB-act. 389). Mit E-Mail vom 14. Juni 2021 ergänzte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin seine Eingabe vom 7. Juni 2021 (KESB-act. 391). Zusammengefasst liess die Beschwerdeführerin rügen, (1) anlässlich eines bilateralen Gesprächs mit dem Beschwerdegegner vom 25. oder 26. Mai 2021 habe die Sachverständige Dipl.-Psych. H._____ diesem mitgeteilt, dass der KESB im Gutachten empfohlen werde, die Obhut über C._____ dem Beschwerdegegner zuzuteilen, (2) anlässlich eines Gesprächs mit der Beschwerdeführerin vom 3. Juni 2021 habe die Sachverständige H._____ Kritik am Urteil des Obergerichts vom 27. Mai 2021 geäussert, die Beschwerdeführerin wissen lassen, dass sie einen Verbleib C._____s beim Vater bevorzugt hätte, und der Beschwerdeführerin nahegelegt, vom "Gerichtsurteil zurückzutreten", (3) am 4. Juni 2021 habe die Sachverständige H._____ den Referenten im obergerichtlichen Verfahren, Oberrichter lic. iur. I._____, angerufen und ihm gegenüber ihr Unverständnis über das obergerichtliche Urteil zum Ausdruck gebracht. Damit habe die Sachverständige H._____ während laufender Begutachtung den Anschein der Befangenheit erweckt. Die KESB wies die Anträge der Beschwerdeführerin mit Beschluss vom 5. Oktober 2021 ab (KESB-act. 500 [= BR-act. 1] Dispositiv-Ziffer 1), stellte das inzwischen eingegangene Gutachten vom 30. August 2021 den Eltern und der Kindsvertreterin zu (Dispositiv-Ziffer 2) und holte bei der mit der sozialpädagogischen Familienbegleitung beauftragten Firma J._____ GmbH einen Verlaufsbericht betreffend die Situation von C._____ bei der Mutter ein (Dispositiv-Ziffer 3). Gegen diesen Beschluss erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 12. Oktober 2021 Beschwerde beim Bezirksrat Bülach (Vorinstanz). Sie beantragte, Dispositiv-Ziffern 1 und 3 des angefochtenen Beschlusses seien aufzuheben, und hielt im Wesentlichen an ihren bei der KESB gestellten Anträgen fest. Sodann beantragte sie die Bewilligung der unentgeltlichen

Rechtspflege und

- 5 - die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (BR-act. 2 S. 2). Die KESB beantragte mit Vernehmlassung vom 1. November 2021 die Abweisung der Beschwerde (BR-act. 6). Der Beschwerdegegner beantragte mit Beschwerdeantwort vom gleichen Tag, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen (BR-act. 8). Die Beschwerdeführerin nahm mit Eingabe vom 15. November 2021 zur Vernehmlassung und zur Beschwerdeantwort Stellung (BR-act. 14). Mit Beschluss vom 24. November 2021 wies die Vorinstanz die Beschwerde ab, soweit sie darauf eintrat (act. 6 Dispositiv-Ziffer I). Im Weiteren gewährte sie der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung (Dispositiv-Ziffer II), auferlegte den Parteien die Entscheidgebür von Fr. 600.– je zur Hälfte, unter einstweiliger Übernahme des Anteils der Beschwerdeführerin auf die Staatskasse (Dispositiv-Ziffer III), und sah von der Zusage einer Parteientschädigung ab (Dispositiv-Ziffer IV).

E. 4.1

Nach dem Ausgeführten ist festzuhalten, dass bei der Sachverständigen H._____ der Anschein der Befangenheit zu bejahen ist. In (teilweiser) Gutheissung der Beschwerde ist Ziffer I des Beschlusses der Vorinstanz vom 24. November 2021 teilweise – d.h. soweit damit das Ausstandsbegehren abgewiesen wurde – aufzuheben und das Ausstandsbegehren gegen die Sachverständige H._____ gutzuheissen. Soweit in Ziffer I des Beschlusses auf den vor Vorinstanz gestellten Antrag, wonach Dispositiv-Ziffer 3 des Beschlusses der KESB (Einholung eines Verlaufsberichts betreffend die Situation von C._____ bei der Mutter) aufzuheben sei, nicht eingetreten wurde (vgl. dazu act. 6 S. 14 E. 3.4), ist die dagegen erhobene – nicht begründete – Beschwerde abzuweisen.

E. 4.2

Kein Anschein der Befangenheit besteht an sich bei der Sachverständigen lic. phil. G._____. Allerdings ist bei Vorliegen von Ausstandsgründen in der Person einer von mehreren zusammen beauftragten Sachverständigen dem von diesen erstellten Gutachten der Beweiswert in gleicher Weise abzusprechen wie dem von einer Einzelperson erstellten Gutachten (BGE 132 V 376 E. 7.3). Dem Gutachten vom 30. August 2021 fehlt damit insgesamt der Beweiswert.

E. 4.3

Über die allfällige Neuvergabe des Gutachtensauftrags hat nicht das Obergericht, sondern die KESB zu entscheiden. Im Sinne des Eventualantrags der Be-

- 24 - schwerdeführerin ist die Sache zum Entscheid über die erneute Einholung eines Gutachtens an die KESB zurückzuweisen.

E. 4.4

Auch über die Tragung der Kosten des Gutachtens hat nicht das Obergericht, sondern zunächst die KESB zu entscheiden. Auf den diesbezüglichen Antrag der Beschwerdeführerin ist nicht einzutreten. V. 1. Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO), sind nach den Grundsätzen der auf Kindes- und Erwachsenenschutzsachen analog anwendbaren Art. 106 bis Art. 109 ZPO zu verteilen. Zu den Gerichtskosten gehören neben der Entscheidgebür insbesondere die Kosten für die Vertretung des Kindes (Art. 95 Abs. 2 lit. b und e ZPO). Die Höhe der Entscheidgebür ist auf Fr. 800.– festzulegen (§ 40 EG KESR i.V.m. Art. 96 ZPO sowie §

12 i.V.m. § 5 Abs. 1 und § 9 GebV OG). Die Kindsvertreterin wird der Kammer noch eine Aufstellung über ihre Auslagen und Bemühungen einzureichen haben, die entsprechenden Kosten sind im vorliegenden Entscheid vorzubehalten und in einem separaten Beschluss festzusetzen. 2. Im Regelfall werden die Prozesskosten gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO der unterliegenden Partei auferlegt, wobei bei Nichteintreten und Klagerückzug die klagende Partei und bei Anerkennung der Klage die beklagte Partei als unterliegend gilt. Das Gericht kann in gewissen Konstellationen von diesen Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, zum Beispiel wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO), in familienrechtlichen Verfahren (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO) oder wenn besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Die Ausnahmeregelung von Art. 107 lit. c ZPO, und damit ein Abweichen vom Verteilungsgrundsatz nach Obsiegen und Unterliegen, bietet sich insbesondere an in familienrechtlichen Verfahren, welche sich zur Hauptsache um Kinderbelange, etwa elterliche Sorge, Besuchsrecht oder Kindesschutzmassnahmen drehen. Auch die Kammer macht in solchen Fällen regelmässig Gebrauch von der Aus-

- 25 - nahmebestimmung und verlegt die Prozesskosten unabhängig vom Verfahrensausgang. Soweit Gerichtskosten erhoben werden, werden sie den Parteien je zur Hälfte auferlegt; dies jedenfalls dann, wenn davon ausgegangen werden kann, die Eltern hätten je subjektiv jeweils im Kindesinteresse gehandelt. Die Zusprechung von Parteientschädigungen entfällt, da diese gegenseitig verrechnet bzw. "wettgeschlagen" werden. Vorliegend ist davon auszugehen, dass Parteien je subjektiv im Kindesinteresse gehandelt haben, und sind entsprechend die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und keine Parteientschädigungen zuzusprechen. 3. Die Beschwerdeführerin stellt für das obergerichtliche Verfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, inklusive unentgeltliche Rechtsverbeiständung. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um den Prozess zu finanzieren, und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. a und b ZPO). Die Mittellosigkeit der Beschwerdeführerin ergibt sich aus den Akten (vgl. act. 2 Rz. 43; KESB-act. 403) und die Beschwerde war nicht aussichtslos. Entsprechend ist der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege für das obergerichtliche Verfahren zu gewähren und Rechtsanwält lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO. Es wird beschlossen:

E. 5

Gegen den Entscheid der Vorinstanz vom 24. November 2021 erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 6. Dezember 2021 bei der Kammer die vorliegend zu beurteilende Beschwerde mit folgenden Anträgen (act. 2 S. 2): 1. Ziffer I. des angefochtenen Beschlusses sei aufzuheben und das Ausschlussbegehren gegen die sachverständigen Personen lic. phil. G. _____ und Dipl.-Psych. H. _____, beide von der Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie (KJPP), Psychiatrische Universitätsklinik Zürich, sei gutzuheissen. 2. Der Gutachtensauftrag der KESB sei an eine neue sachverständige Person zu vergeben, vorzugsweise ausserhalb des Kantons Zürich. Eventualiter sei die Sache an die KESB Bülach Nord zur Neuvergabe des Gutachtens zurückzuweisen. 3. Die Kosten für das Gutachten G. _____ / H. _____ seien auf die Staatskasse zu nehmen. Alles unter ausgangsgemässen Kosten- und Entschädigungsfol-

gen." Im Weiteren stellte die Beschwerdeführerin ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung (act. 2 S. 2).

E. 6

Die vorinstanzlichen Akten des Bezirksrats (act. 7/1-20, zitiert als "BR-act.") und der KESB (act. 8/1-517, zitiert als "KESB-act.") wurden beigezogen (act. 4).

- 6 - Mit Verfügung vom 5. Januar 2022 wurde der Sachverständigen Dipl.-Psych. H._____ Frist angesetzt, um zum Ausstandsgesuch der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen (act. 9). Die entsprechende Stellungnahme der Sachverständigen lic. phil. G._____ und Dipl.-Psych. H._____ wurde am 14. Januar 2022 eingereicht (act. 12). Mit Verfügung vom 18. Januar 2022 wurde dem Beschwerdegegner und der Kindsvertreterin Frist zur Beantwortung der Beschwerde sowie den Parteien und der Kindsvertreterin Frist zur Stellungnahme zur Eingabe der Sachverständigen vom 14. Januar 2022 angesetzt (act. 13). Die Stellungnahmen datieren vom 28. Januar 2022 (Gesuchstellerin; Poststempel 31. Januar 2022; act. 16), 31. Januar 2022 (Gesuchsgegner; act. 15) bzw. 4. Februar 2022 (Kindsvertreterin; act. 17) und wurden den Parteien sowie der Kindsvertreterin wiederum zugestellt (vgl. act. 18; act. 19/1-3). Das Verfahren ist spruchreif. II. 1. Das Beschwerdeverfahren in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen ist im Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR, LS 232.3) geregelt, welches als kantonales Verfahrensrecht die Vorgaben der Art. 450 ff. ZGB zu befolgen hat (vgl. auch Art. 314 ZGB). Es sind die Vorschriften des EG KESR (insbes. die §§ 63, 65 ff. EG KESR) anzuwenden und – soweit das EG KESR etwas nicht regelt – ergänzend die Vorschriften des GOG sowie der ZPO als kantonales Recht zu beachten (vgl. § 40 EG KESR und dazu ebenfalls Art. 450f ZGB). Der Kanton Zürich kennt seit dem Inkrafttreten des revidierten Kindes- und Erwachsenenschutzrechts im ZGB zwei gerichtliche Beschwerdeinstanzen, als erste Beschwerdeinstanz den Bezirksrat und als zweite das Obergericht. Gegenstand des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens können daher stets nur Entscheide des Bezirksrats als Vorinstanz sein, nicht hingegen solche der KESB. 2. Die Beschwerde wurde rechtzeitig eingereicht und enthält Anträge sowie eine Begründung (act. 2). Die Beschwerdeführerin ist als am Verfahren beteiligte Partei und vom Entscheid betroffene Person zur Beschwerde legitimiert. Gegenstand der Beschwerde bildet ein Zwischenentscheid über ein Ausstandsbegehren, der selbstständig anfechtbar ist (BSK ZGB I-DROESE/STECK, Art. 450 N 24).

- 7 - 3. Mit der Beschwerde kann (neben Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung) eine Rechtsverletzung, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes oder Unangemessenheit des Entscheides gerügt werden (Art. 450a Abs. 1 ZGB). Der Rechtsmittelbehörde kommt sowohl in rechtlicher wie auch in tatsächlicher Hinsicht umfassende Überprüfungsbefugnis zu; dazu gehört auch die volle Ermessensüberprüfung (BSK ZGB I-DROESE/STECK, Art. 450a N 3 und 10). Im Verfahren vor der KESB und in den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen ist der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen und das Gericht ist an die Anträge der Parteien nicht gebunden (Art. 446 ZGB). Von der Beschwerde führenden Partei ist indes darzulegen und aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Sie muss sich sachbezogen mit den Entscheidungsgründen des angefochtenen Entscheides auseinandersetzen und darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewendet bzw. den Sachverhalt unrichtig festgestellt haben soll. Dies gilt auch im Bereich der Untersuchungsmaxime (Art. 446 ZGB, §§ 65 und 67 EG KESR; BGE 141 III 569 E. 2.3.3

mit Hinweis auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Die Beschwerdeinstanz darf sich primär auf die geltend gemachten Rügen und Anträge konzentrieren (BSK ZGB I-DROESE/STECK, Art. 450a N 5). III. 1. Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid vom 24. November 2021 die Entscheidungsgründe der KESB (act. 6 S. 4 f.) sowie die wesentlichen Standpunkte der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren (act. 6 S. 5 ff.) wiedergegeben. Im Weiteren hat sie die gesetzlichen Grundlagen und die Rechtsprechung zur Frage des Ausstands von Gerichtspersonen und gerichtlichen Sachverständigen aufgezeigt (act. 6 S. 9 f.) und alsdann im Wesentlichen ausgeführt, was folgt: Aus dem Gutachten vom 30. August 2021 ergebe sich, dass Gutachterin Dipl.- Psych. H. _____ am 25. Mai 2021 ein Abschlussgespräch mit dem Beschwerdegegner und am 7. Juni 2021 ein solches mit der Beschwerdeführerin geführt habe. Dazwischen sei das Urteil des Obergerichts vom 27. Mai 2021 eingegangen und habe die Gutachterin am 3. Juni 2021 mit beiden Elternteilen diverse informelle Telefonate geführt. Die Darstellungen des Beschwerdegegners und der - 8 - Gutachterin zum Gespräch vom 25. Mai 2021 seien nicht deckungsgleich. Auch das Gespräch zwischen der Beschwerdeführerin und der Gutachterin vom 3. Juni 2021 sei von den beiden Personen sehr unterschiedlich wahrgenommen worden. Zum Schlussgespräch vom 7. Juni 2021 habe sich die Beschwerdeführerin nicht geäußert. Bekannt sei hingegen, dass die Gutachterin am 4. Juni 2021 gegenüber dem damaligen Referenten des Obergerichts und am 7. Juni 2021 gegenüber der KESB ihr Unverständnis über das Urteil des Obergerichts vom 21. Mai 2021 geäußert habe (act. 6 S. 11). Anlässlich des Telefonats vom 7. Juni 2021 habe die Gutachterin der KESB zudem mitgeteilt, das Gutachten wäre eigentlich abgeschlossen. Nun habe sich die Situation aber komplett verändert und die Sache müsste nochmals angeschaut werden. Man sei so verblieben, dass die KESB sich bei der Gutachterin melde, sobald sie in Erfahrung gebracht habe, ob die Übergabe C. _____s an die Mutter geklappt habe, und dass sie dann eine Rückmeldung über das weitere Vorgehen betreffend Gutachten gebe. Am 5. Juli 2021 habe die Gutachterin nachgefragt, wie sie nun vorgehen solle. Sie habe darauf aufmerksam gemacht, dass für eine zusätzliche Erhebung der Situation nach der Rückführung des Kindes ein zusätzliches Kostendach gesprochen werden müsste, da das gutgesprochene bereits überschritten sei. Schliesslich habe die KESB der Gutachterin am 19. Juli 2021 mitgeteilt, das Gutachten solle per sofort abgeschlossen und eingereicht werden. Auf die Erweiterung des Gutachtensauftrags auf die Situation des Kindes nach der Rückkehr zur Mutter werde verzichtet. Aus dem Ganzen – so die Vorinstanz – ergebe sich, dass die Begutachtung zum Zeitpunkt der Schlussgespräche abgeschlossen gewesen sei. Zwar sei anschliessend noch diskutiert worden, ob das Gutachten ausgeweitet werden solle; jedoch sei schliesslich darauf verzichtet worden und in der Zwischenzeit habe die Gutachterin nichts mehr unternommen, da das Kostendach bereits ausgeschöpft gewesen sei. Nach dem 19. Juli 2021 sei das Gutachten lediglich noch verschriftlicht worden (act. 6 S. 12). Was den Inhalt der Schlussgespräche betreffe, sei es üblich, dass die Sachverständigen zum Abschluss das Gutachten den betroffenen Personen persönlich erklärten. Dieses Gespräch diene der Information und sei keine Plattform für eine Abänderung der Schlussfolgerungen. Die Äusserungen der Gutachterin H. _____ zwischen dem 25. Mai 2021 und dem 7. Juni 2021 (welche

- 9 - teilweise unterschiedlich dargestellt würden) seien somit zu einem Zeitpunkt erfolgt, als die Sachverhaltserhebung und auch die Meinungsbildung bereits abgeschlossen gewesen seien. Danach habe das Gutachten lediglich noch verschriftlicht werden müssen. Es sei auch nachvollziehbar, dass die Schlussgespräche mit den Eltern in der vorliegenden

hochstrittigen Situation einzeln geführt worden seien. Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass das Gespräch vom 3. Juni 2021 von der Beschwerdeführerin initiiert worden sei und sie von der Gutachterin ausdrücklich einen Rat zur Rückführung von C._____ zu ihr gewünscht habe (act. 6 S. 12 f.). Die Äusserungen der Gutachterin deuteten damit nicht auf eine Befangenheit hin, da sie erst erfolgt seien, als die Meinungsbildung im Rahmen der Begutachtung bereits abgeschlossen gewesen sei. Es verhalte sich ähnlich wie wenn ein Gericht sein Urteil den Parteien zunächst mündlich eröffne und später noch die schriftliche Begründung verfasse und den Parteien zustelle (act. 6 S. 13).

2. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe sich inhaltlich nicht mit den geltend gemachten Ausschlussgründen auseinandergesetzt. Sie verneine den Anschein einer Befangenheit einzig mit dem Argument, dass die gerügten Äusserungen und das Verhalten der Sachverständigen H._____ nach Abschluss der gutachterlichen Meinungsbildung erfolgt seien. Diese Auffassung sei tatsächlich und rechtlich falsch und zu korrigieren (act. 2 Rz. 19). Fakt sei, dass schriftliche Gutachten mit der Erstattung, d.h. mit der Zustellung des schriftlichen Dokuments an die auftragserteilende Behörde, abgeschlossen würden. Vorliegend sei dies erst am 1. September 2021 geschehen, so dass die gerügten Äusserungen der Sachverständigen H._____ klarerweise in die Zeit der laufenden Begutachtung gefallen seien (act. 2 Rz. 20). Auch Gutachterin H._____ sei im relevanten Zeitpunkt nicht der Ansicht gewesen, dass ihr Gutachten bereits abgeschlossen gewesen sei, sondern der Meinung gewesen, dass die veränderten Umstände nach dem obergerichtlichen Entscheid zur einstweiligen Obhut in die Begutachtung einfließen müssten. Sie habe ihre Äusserungen somit auch subjektiv in der Annahme getätigt, dass ihre Arbeit noch nicht beendet sei (act. 2 Rz. 21). Ohnehin sei die "interne Meinungsbildung" einer sachverständigen Person nicht mit dem formellen Abschluss eines Gutachtensauftrags gleichzusetzen (act. 2 Rz.

- 10 - 22). Eine sachverständige Person sei bis zur Erstattung des schriftlichen Gutachtens in der Lage, den Inhalt und die gutachterlichen Empfehlungen, denen grosses Gewicht beizukommen, festzulegen und abzuändern. So lange diese Einflussmöglichkeit bestehe, seien die Äusserungen und das Verhalten des Gutachters ohne weiteres geeignet, das Vertrauen der Parteien in die Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit bei seiner Auftrags Erfüllung zu zerstören und den Anschein der Befangenheit zu begründen (act. 2 Rz. 23 f.). Tatsächlich und rechtlich falsch sei auch der Analogieschluss der Vorinstanz aus der mündlichen Urteilsöffnung eines Gerichts (act. 2 Rz. 26). Die Vorinstanz hätte sich inhaltlich mit den Ausschlussgründen auseinandersetzen und zwingend prüfen müssen, ob die von der Beschwerdeführerin gerügten Äusserungen und das Verhalten der Sachverständigen H._____ den Anschein der Befangenheit erweckten. Nur schon aus diesem Grund sei der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben (act. 2 Rz. 26). Es sei unbestritten, dass die Sachverständige Ende Mai 2021 (sei es am 25. oder am 26. Mai) ein bilaterales Gespräch mit dem Beschwerdegegner geführt habe, an dem die Beschwerdeführerin nicht anwesend gewesen und über das sie auch vorgängig nicht informiert worden sei (act. 2 Rz. 27). Unbestritten sei weiter, dass die Sachverständige H._____ dem Kindsvater an diesem Gespräch die finalen Empfehlungen ihres damals noch nicht ausformulierten Gutachtens mündlich eröffnet habe. Dies bestätige der Kindsvater explizit in seiner Stellungnahme bei der Vorinstanz, und das gehe auch aus seiner Eingabe an das Bundesgericht vom 2. Juni 2021 hervor: Die Sachverständige H._____ habe ihm an diesem Gespräch mitgeteilt, dass "der KESB im Gutachten empfohlen werde, die Obhut dem [Kindsvater] zuzuteilen" (act. 2 Rz. 28). Einseitige Kontakte einer Amtsperson mit einer Partei in einem laufenden

Verfahren seien immer heikel mit Blick auf Art. 47 ff. ZPO. Solche bilateralen Gespräche begründeten dann den Anschein einer Befangenheit, wenn auf Grund des Gesprächsinhalts auf eine Ungleichbehandlung der Parteien geschlossen werden müsse. Das sei vorliegend der Fall gewesen. Die Sachverständige H. _____ habe das Gespräch dazu genutzt, dem Kindsvater die finalen Empfehlungen vorab, also vor Fertigstellung und Ablieferung des Gutachtens an die KESB, mitzuteilen. Gemäss Akten sei diese mündliche Vorabinformation weder mit der auftragserteilenden KESB abgesprochen noch im Gutachtenauftrag vorgesehen gewesen. Die Sachverständige H. _____ habe damit den Gutachtenauftrag verletzt und zudem den Beschwerdegegner bevorteilt. Sie habe ihm einen Informationsvorsprung verschafft, den dieser im Verfahren vor Bundesgericht zu seinem Vorteil habe nutzen wollen. Das Vorgehen sei mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Verfahrensparteien unvereinbar und erwecke den Anschein der Voreingenommenheit und Parteilichkeit (act. 2 Rz. 29). Unbestritten sei weiter, dass die Gutachterin H. _____ am 4. Juni 2021 aus eigenem Antrieb Oberrichter I. _____ per Telefon kontaktiert und ihm ihr Missfallen über das Urteil des Obergerichts vom 27. Mai 2021 mitgeteilt habe, an dem Oberrichter I. _____ als Referent mitgewirkt habe (act. 2 Rz. 30). Damit habe sie während der laufenden Begutachtung Position bezogen und sei für alle Verfahrensparteien erkennbar für das Anliegen des Beschwerdegegners eingetreten. Zu befürchten sei damit auch gewesen, dass die Sachverständige ihre Rolle als Gutachterin dazu nutze, den aus ihrer Sicht "unverständlichen" Entscheid des Obergerichts wieder zu "korrigieren" bzw. im Sinne der von ihr geäusserten Kritik über die laufende Begutachtung zu beeinflussen. Das Verhalten der Gutachterin H. _____ erwecke bei objektiver Betrachtung den Anschein einer Befangenheit (act. 2 Rz. 32). Sodann habe sich die Beschwerdeführerin nach Eröffnung des obergerichtlichen Urteils zur vorsorglichen Obhut am 3. Juni 2021 zu einem bilateralen Gespräch mit der Sachverständigen H. _____ getroffen. Sie (die Beschwerdeführerin) selber habe um dieses Gespräch nachgesucht (act. 2 Rz. 33). Die Wahrnehmung des Gesprächs sei bei den Gesprächsteilnehmerinnen unterschiedlich ausgefallen. Angesichts der aktenkundigen Kritik der Gutachterin am Gerichtsurteil (gegenüber der KESB und dem Obergericht) sei aber nicht ernsthaft zu bezweifeln, dass sie ihre Kritik auch gegenüber der Beschwerdeführerin am 3. Juni 2021 zum Ausdruck gebracht habe (act. 2 Rz. 34). Die Gutachterin habe diese wissen lassen, dass sie einen Verbleib von C. _____ beim Vater bevorzugt hätte. Für die Mutter sei die Äusserung der Gutachterin nicht nur ein Schlag ins Gesicht gewesen. Ihr sei damit auch klar geworden, dass die Meinung der Gutachterin bereits gemacht gewesen sei. Die Beschwerdeführerin habe sich von der Aussage der Sachverständigen unter Druck gesetzt gefühlt: Würde sie nicht "freiwillig" auf die Rückkehr von C. _____ verzichten im Sinne der geäusserten Kritik der Gutachterin, musste sie unweigerlich mit einer negativen Begutachtung rechnen. Das Vertrauen der Beschwerdeführerin in die Unparteilichkeit der Sachverständigen H. _____ sei nach diesem Gespräch zerstört gewesen (act. 2 Rz. 35). Damit, so die Beschwerdeführerin, sei das Ausschlussbegehren gutzuheissen und der Gutachtenauftrag sei gestützt auf Art. 51 Abs. 1 ZPO neu zu vergeben (act. 2 Rz. 37 f.). 3. Gemäss Beschwerdegegner besteht bei der Sachverständigen H. _____ kein Anschein der Befangenheit (vgl. schon BR-act. 8). Die Gutachterinnen hätten Anfang April 2021 ihre Arbeit aufgenommen, je drei zeitlich nahe beieinander liegende Gespräche mit den Elternteilen und bis Mitte Mai weitere Abklärungen durchgeführt. Die Begutachtung sei beförderlich vorgenommen worden.

Indessen hätten die Interaktionsmuster und die Beziehungsdynamiken zwischen C._____ und ihrer Mutter nicht eruiert werden können, weil sich die Beschwerdeführerin dagegen gesperrt habe (act. 15 S. 3 f.). Mitte Mai 2021 sei die Exploration und die Beurteilung durch die Gutachterinnen abgeschlossen gewesen. Es entspreche dem üblichen Ablauf bei psychologischen Gutachten im Familienrecht, dass das Gutachten den Eltern in einem Schlussgespräch persönlich erklärt werde. Dieses Gespräch diene der Information. Die gutachterlichen Schlussfolgerungen würden in der Folge nicht mehr geändert, sondern nur noch niedergeschrieben. Das Schlussgespräch diene nicht der Gewährung des rechtlichen Gehörs, sondern dem Zweck, den Eltern die gutachterlichen Befunde und die Empfehlungen zu erläutern (act. 15 S. 4). Im folgenden schriftlichen Gutachten werde in der Regel festgehalten, wie die Eltern reagiert hätten und wie sie sich zu den gutachterlichen Empfehlungen stellten. Zum ändern sei es auch üblich, dass bei hochstrittiger Elternschaft das Schlussgespräch mit den Eltern getrennt durchgeführt werde. Von einseitigen Kontakten, Vorabinformationen und eigenmächtigem Vorgehen der Gutachterinnen könne keine Rede sein. Vielmehr gehe aus dem Gutachten vom 30. August 2021 klar hervor, dass die Gutachterinnen sehr darauf bedacht gewesen seien, die Parteien gleich zu behandeln und Gespräche mit ihnen ab-

- 13 - wechselnd und in zeitlich kurzen Abständen durchzuführen (act. 15 S. 6 f.). Die Ereignisse nach dem Abschlussgespräch vom 25. Mai 2021 vermöchten keine Befangenheit der Gutachterinnen mehr zu begründen. Daran ändere nichts, dass der Gutachtensauftrag erst mit der schriftlichen Erstattung des Gutachtens erfüllt sei (act. 15 S. 4). Zwischen dem Schlussgespräch vom 25. Mai 2021 und der Ablieferung des Gutachtens Ende August 2021 seien keinerlei explorative Untersuchungen mehr getätigt worden. Es erstaune deshalb nicht, dass das schriftliche Gutachten genau dem entspreche, was der Beschwerdegegner im Abschlussgespräch von der Gutachterin H._____ erfahren habe (act. 15 S. 4 f.). Was das Telefongespräch der Sachverständigen H._____ mit Oberrichter I._____ betreffe, sei dies vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Verfahrensleitung und damit die Verantwortung für die Sicherung des Kindeswohls beim Obergericht gelegen habe, welches über die Frage der Rückplatzierung von C._____ zur Beschwerdeführerin entschieden habe. Der Entscheid des Obergerichts habe bei den Gutachterinnen, welche die Exploration und die Beurteilung bereits abgeschlossen gehabt hätten, mit Blick auf das Kindeswohl fachlich bedeutsame Bedenken hervorgerufen. Die Gutachterinnen seien geradezu gehalten gewesen, im Licht des Kindeswohls und wegen der zeitlichen Dringlichkeit das Obergericht zu kontaktieren. Gutachterin H._____ habe sich für das Wohl des Kindes eingesetzt und entgegen der Beschwerdeführerin nicht für das Anliegen des Beschwerdegegners (act. 15 S. 8; zur Kritik des Beschwerdegegners am Verhalten von Oberrichter I._____ vgl. act. 15 S. 8). Betreffend das bilaterale Gespräch der Gutachterin H._____ mit der Beschwerdeführerin (welche um ein solches selbst gebeten habe, sich aber gleichzeitig daran störe, dass ein bilaterales Gespräch mit dem Beschwerdegegner stattgefunden habe) liege es nahe, dass die Gutachterin ihre Beurteilung und die Folgen des obergerichtlichen Urteils für das Wohl des Kindes mit der Beschwerdeführerin thematisiert habe. Da die Beurteilung der Gutachterinnen bereits abgeschlossen gewesen sei, sei die Behauptung der Beschwerdeführerin, sie sei bei jenem Gespräch von Gutachterin H._____ unter Druck gesetzt worden und habe mit einer negativen Beurteilung rechnen müssen, fadenscheinig (act. 15 S. 9).

- 14 - 4. Die Rechtsvertreterin von C._____ führt aus, die Vorinstanz halte zutreffend fest, dass die Begutachtung im Zeitpunkt der Schlussgespräche bereits abgeschlossen gewesen sei. Allfällige Schlussgespräche hätten keinen Einfluss auf die Schlussfolgerungen der Gutachterinnen. Diese hätten sich aus den vorgängigen Abklärungen und dem Eindruck ergeben, den die Eltern während der Begutachtung hinterlassen hätten (act. 17 S. 2). Auch dem Gutachten lasse sich nichts entnehmen, was die Gutachterinnen als voreingenommen oder parteiisch erscheinen liesse (act. 17 S. 3). 5. Die Sachverständigen lic. phil. G._____ und Dipl.-Psych. H._____ verneinen in ihrer Stellungnahme vom 14. Januar 2022 befangen bzw. voreingenommen zu sein (act. 12). Zum Zeitpunkt der Abschlussgespräche bzw. des Telefonats mit Oberrichter I._____ seien sämtliche gutachterlichen Untersuchungen abgeschlossen gewesen. Im Rahmen des Abschlussgesprächs mit dem Vater seien – gemäss üblicher Vorgehensweise – alle möglichen Verfahrensausgänge thematisiert worden. Die Mutter habe um einen Gesprächstermin gebeten. Ihrem mit E-Mail nachdrücklich vorgebrachten Anliegen, in diesem Rahmen ihre Umgangsmöglichkeiten mit dem Urteil des Obergerichts vom 27. Mai 2021 zu erörtern, sei nachgekommen worden. Im Rahmen dieses Gesprächs seien das Urteil und die divergierenden gutachterlichen Untersuchungsergebnisse angesprochen worden. In dem am 7. Juni 2021 stattgefundenen Gespräch mit der Mutter seien bei erneuter Darstellung der kindlichen Entwicklungserfordernisse von C._____ sowohl die möglichen Umgangsweisen mit dem Urteil thematisiert worden, als auch die möglichen Konsequenzen für C._____. Als eine der möglichen Umgangsweisen sei auch ein Rücktritt der Mutter vom im Urteil verfügten Obhutsrecht der Mutter zwar besprochen, jedoch ihr nicht nahegelegt worden. Aus fachlicher Perspektive sei der Mutter nahe gelegt worden, dass jetzt vor allem der Erhalt und die Pflege ihrer Beziehung zur Tochter einer entwicklungsförderlichen und kindeswohlorientierten Umgangsweise entspräche. Mit Oberrichter I._____ sei im Rahmen des am 4. Juni 2021 – anlässlich der erforderlichen unverzüglichen Überstellung der Akten an das Bundesgericht – stattgefundenen Telefonats die divergierenden gutachterlichen Untersuchungsergebnisse (insbesondere die elternbezogenen Kindeswohl-
- 15 -
saspekte) vor dem Hintergrund des obergerichtlichen Urteils thematisiert worden (act. 12). IV. 1. Die Beschwerdeführerin macht drei Vorkommnisse geltend, die ihrer Ansicht nach Zweifel an der Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit der Sachverständigen Dipl.-Psych. H._____ begründeten, nämlich ein bilaterales Gespräch zwischen der Sachverständigen H._____ und dem Beschwerdegegner vom 25./26. Mai 2021, ein bilaterales Gespräch zwischen der Sachverständigen und der Beschwerdeführerin vom 3. Juni 2021 und ein Telefongespräch der Sachverständigen H._____ mit Oberrichter I._____ im Nachgang zum Obergerichtsurteil vom 27. Mai 2021 (act. 2 Rz. 18). 2.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.