

ZH_OBERGERICHT RV200002 vom 26. März 2020

ZH Obergericht, 2020-03-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RV200002

FR: ZH_OBERGERICHT RV200002 du 26 mars 2020

IT: ZH_OBERGERICHT RV200002 del 26 marzo 2020

Erwägungen

E. 1

Mit Eingabe vom 2. Oktober 2018 machte die Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchsgegnerin) vor dem Einzelgericht des Bezirksgerichts Uster eine Scheidungsklage anhängig (Geschäfts-Nr. FE180248-I; Urk. 23/1). Am 13. September 2019 erging ein Massnahmeentscheid des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Uster, worin der Gesuchsteller und Beschwerdegegner (fortan Gesuchsteller) berechtigt erklärt wurde, die gemeinsame Tochter C._____ für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens ab dem 1. Oktober 2019 bis 31. Dezember 2019 am ersten und dritten Samstag eines jeden Monats von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr, ab dem 1. Januar 2020 bis 30. Juni 2020 an den Wochenenden der geraden Kalenderwochen von Samstag, 10.00 Uhr, bis Sonntag, 16.00 Uhr (mit Übernachtung) sowie ab dem 1. Juli 2020 für die weitere Dauer des Verfahrens an den Wochenenden der geraden Kalenderwochen von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Sonntag, 16.00 Uhr (mit Übernachtungen) zu betreuen (Urk. 23/150, Dispositivziffer 1). Weiter wurde festgehalten, dass die Übergaben von C._____ während sechs Monaten zu begleiten seien (Urk. 23/150, Dispositivziffer 2), wobei der Beistand D._____ beauftragt wurde, für die Umsetzung der begleiteten Übergaben besorgt zu sein (Urk. 23/150, Dispositivziffer 3). Weiter wurde der Beistand beauftragt, während sechs Monaten für die Gewährleistung der Beratung der Eltern und der sozialpädagogischen Betreuung von C._____ durch eine geeignete Fachstelle besorgt zu sein (Urk. 23/150, Dispositivziffer 3).

E. 1.1

Die Gesuchsgegnerin macht geltend, die Vorinstanz habe mit der Zustellung der Stellungnahmen vom 25. November 2019 (Urk. 16) und vom 2. Dezember 2019 (Urk. 21) erst mit dem Endentscheid ihr rechtliches Gehör verletzt. Die Stellungnahme des Gesuchstellers vom 2. Dezember 2019 enthalte keine entscheidungsrelevanten Ausführungen und diene im Wesentlichen nur der Stimmungsmache gegen sie, weshalb sich die Wahrung des rechtlichen Gehörs erübrige. Der Stellungnahme der Kindesvertreterin vom 25. November 2019 komme hingegen entscheidungsrelevante Bedeutung zu. Einerseits stütze sich der angefochtene Entscheid in wesentlichen Punkten auf die Stellungnahme ab, andererseits sei aufgrund der Besprechung der Kindesvertreterin mit C._____ auf eine Kindesanhörung verzichtet worden (Urk. 28 S. 19 f.).

E. 1.2

Aus dem Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) und auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 ZPO) folgt das Recht jeder Partei, im Rahmen eines Gerichtsverfahrens von sämtlichen dem Gericht eingereichten Eingaben Kenntnis zu erhalten und zu diesen gegebenenfalls Stellung zu nehmen (BGE 133 I 98). Die Wahrnehmung dieses Rechts setzt voraus, dass die fragliche Eingabe der Gegenpartei vor

Erlass eines Entscheids zugestellt wird, damit sie sich darüber schlüssig werden kann, ob sie sich dazu äussern will (BGE 137 I 195 E. 2.3.1). Von einer Zustellung zwecks Ermöglichung der Stellungnahme kann nur dann abgesehen werden, wenn die betroffene Partei, die so nicht Stellung nehmen kann, durch den Entscheid keinen Nachteil erleidet. Werden diese Grundsät-

- 7 - ze missachtet, leidet der Entscheid an einem Formfehler und ist aufzuheben, soweit der Mangel nicht im Rechtsmittelverfahren geheilt werden kann. Vorliegend ergibt sich aus dem Mitteilungssatz des angefochtenen Entscheides vom 8. Januar 2020, dass die beiden Stellungnahmen vom 25. November 2019 (Urk. 16) und vom 2. Dezember 2019 (Urk. 21) der Gesuchsgegnerin erst zusammen mit dem angefochtenen Urteil zugestellt worden sind (Urk. 26, Dispositiv-Ziffer 10). Dies obschon die Vorinstanz in ihrem zu Ungunsten der Gesuchsgegnerin ausgefallenem Vollstreckungsentscheid massgeblich auf erstere Eingabe und insbesondere die darin wiedergegebenen Aussagen C.____s gegenüber Rechtsanwältin Z.____ und die Auffassung der Verfahrensvertreterin, wonach es sich bei der Sprachnachricht vom 4. November 2019 um einen sog. "pocket call" und nicht um das Klicken einer Waffe handelte, abstellte (und gestützt darauf auch von einer Kinderanhörung absah; Urk. 26 E. II.3.2.3 f., E. II.4.8). Damit verletzte die Vorinstanz das Recht der Gesuchsgegnerin auf Kenntnisnahme der bzw. Stellungnahme zu den Eingaben vom 25. November 2019 bzw. vom 2. Dezember 2019.

E. 2

Der Gesuchsgegnerin wird befohlen, C.____ dem Gesuchsteller zur Ausübung der Besuchsrechte gemäss Dispositivziffer 1 zu übergeben. Befolgt die Gesuchsgegnerin diesen Befehl nicht, so wird sie vom Strafrichter wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung (Art. 292 Strafgesetzbuch) mit einer Busse bis zu Fr. 10'000.– bestraft.

E. 2.1

Die Gesuchsgegnerin rügt des Weiteren, die Vorderrichterin habe ihr trotz explizitem Gesuch um Gewährung des rechtlichen Gehörs vom 11. November 2019 im Zusammenhang mit der Ernennung einer Kindesvertretung das rechtliche Gehör nicht gewährt (Urk. 28 S. 10 f., 19).

E. 2.2

Die beschliessende Kammer hat mit Beschluss vom 28. November 2012 (Geschäfts-Nr. PC120043, auszugsweise publiziert in ZR 112 [2013] Nr. 14; bestätigt in: OGer ZH PC140013 vom 27.06.2014, E. 5) festgehalten, dass in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre den Eltern vor Erlass des Entscheids über die Einsetzung eines Kinderbeistandes das rechtliche Gehör zu gewähren sei (vgl. ZK ZPO-Schweighauser, Art. 299 N 32; Thormann, Stämpflis Handkommentar, ZPO 299 N 5; Pfänder Baumann, Dike-Komm-ZPO, Art. 299 N 9; KUKO ZPO-Van de Graaf, Art. 299 N 13; Schwander, OFK-ZPO, Art. 299 N 3), da die Eltern die durch die Prozessvertretung entstehenden Kosten zu tragen haben (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO) und entsprechend in deren Rechtsstellung eingegriffen werde. Weiter wurde in eingehender Auseinandersetzung mit der Lehre erwogen, dass der Gehörsanspruch auch das Anhörungsrecht der Parteien zur Person des

- 8 - ins Auge gefassten Beistandes mitumfasse (vgl. E. 6c des genannten Beschlusses vom 28. November 2012). Dies wurde damit begründet, dass der zu ernennende Beistand

diverse Anforderungen zu erfüllen habe. So müsse es sich um eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person handeln. Damit sei einerseits psychologische und sachliche Kompetenz, andererseits Kenntnis im Ehe- und Kindschaftsrecht sowie Prozessrecht gefordert. Obwohl vom Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, komme der Unabhängigkeit des Beistandes als weiteres Anforderungskriterium grosse Bedeutung zu. Der Beistand müsse vom ernennenden Gericht, von den Parteien sowie von der Kindesschutzbehörde unabhängig sein (ZK ZPO-Schweighauser, Art. 299 N 27 ff.; Pfänder Baumann, Dike-Komm-ZPO, Art. 299 N 8). Insofern bestehe eine analoge Situation wie bei der Bestellung eines Gutachters gemäss Art. 183 ZPO, wo ein Anhörungsrecht der Parteien zur Person des Gutachters ausdrücklich statuiert werde (E. 7c des vorgenannten Beschlusses). Schliesslich wurde im genannten Entscheid festgehalten, dass der prozessleitende Antrag betreffend Bestellung eines Kindesvertreters bzw. der von der Vorinstanz in Aussicht genommene Kinderbeistand der Gegenpartei mit formeller Fristansetzung zur Stellungnahme unterbreitet werden müsse (E. 7c, 3. Absatz des vorgenannten Beschlusses). Der erstinstanzlichen Verfügung vom 16. Oktober 2019 ist zu entnehmen, dass die Vorderrichterin die im zwischen den Parteien noch hängigen Scheidungsverfahren (Geschäfts-Nr. FE180248-I) eingesetzte Kindesvertreterin lic. iur. Z._____ von sich aus ins Rubrum des vorliegenden Vollstreckungsverfahrens aufnahm, und – neben der Gesuchsgegnerin – auch ihr Frist zur Stellungnahme zum Vollstreckungsgesuchs des Gesuchstellers ansetzte (Urk. 4). Hingegen geht weder aus dieser Verfügung noch aus den übrigen Akten hervor, dass die Vorinstanz den Parteien diesbezüglich mit formeller Fristansetzung Gelegenheit zur Stellungnahme einräumte, wie dies im Übrigen von der Gesuchsgegnerin im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 11. November 2019 ausdrücklich beantragt worden war (Urk. 8 S. 3, 5 f.). Folglich wurde das rechtliche Gehör der Gesuchsgegnerin im Zusammenhang mit der Einsetzung der Kindesvertreterin verletzt. Dass den Parteien im noch hängigen Scheidungsverfahren das rechtliche Gehör zur Bestellung der Kindesvertreterin gewährt wurde, ändert daran entgegen der vorinstanzlichen

- 9 - Auffassung (Urk. 26 E. II.4.2) – wie die Gesuchsgegnerin zu Recht vorbringt (Urk. 28 S. 10 f.) – nichts, handelt es sich beim vorliegenden Verfahren doch um ein selbständiges Vollstreckungsverfahren betreffend Besuchsrecht (vgl. ZK ZPO-Schweighauser, Art. 300 N 29; BSK ZPO-Michel/Steck, Art. 300 N 9). 3. Wird eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz festgestellt, so leidet der Entscheid an einem schweren Mangel und wird aufgrund der formellen Natur des Gehörsanspruchs, unabhängig davon, ob der Entscheid ohne die Verletzung anders ausgefallen wäre, aufgehoben (ZK ZPO-Sutter-Somm/Chevalier, Art. 53 N 26 mit Hinweisen). Ausnahmsweise kann die Verletzung von der Rechtsmittelinstanz geheilt werden, wenn die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht gravierend ist und die Rechtsmittelinstanz die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat wie die Vorinstanz (ZK ZPO-Sutter-Somm/Chevalier, Art. 53 N 27). Da die Beschwerdeinstanz in Tatfragen nicht über die gleiche Kognition verfügt wie die Vorinstanz (vgl. Art. 320 ZPO; ZK ZPO-Freiburghaus/Aheldt, Art. 320 N 5) und Noven im Beschwerdeverfahren nicht berücksichtigt werden können (Art. 326 Abs. 1 ZPO), ist eine Heilung der Gehörsverletzungen ausgeschlossen (vgl. OGer ZH RT190062 vom 20.09.2019, E. 4.3; OGer ZH PC140013 vom 27.06.2014, E. 6 f.). Die Wahrung des rechtlichen Gehörs stellt keinen Selbstzweck dar, weshalb ungeachtet der formellen Natur des Gehörsanspruchs dann kein schützenswertes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids besteht, wenn nicht bestritten ist, dass eine allfällige Verletzung

des rechtlichen Gehörs keinen Einfluss auf den Verfahrensausgang gehabt hätte (BGer 5A_914/2018 vom 18. Dezember 2019, E. 3.2 mit weiteren Hinweisen). Die Gesuchsgegnerin hat in der Beschwerde dargelegt, inwiefern die Wahrung des rechtlichen Gehörs hätte Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens haben können (Urk. 28 S. 19 f.). Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und das Verfahren zur Wahrung des rechtlichen Gehörs der Gesuchsgegnerin gemäss vorstehenden Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei wird sich die Vorderrichterin – mit Blick auf das Alter von C._____ (vgl. BGE 131 III 553) und die allenfalls einzusetzende Kindesvertretung – auch damit zu befassen haben, ob vorliegend die von der Gesuchsgegnerin verlangte (vgl. Urk. 28 S. 4, 21) Kindesanhörung angezeigt ist. Selbst im Vollstreckungsverfahren kann es erforderlich

- 10 - sein, ergänzende Beweismittel zuzulassen, soweit es darum geht, eine Vollstreckung eines Entscheides kindeswohlgerecht umzusetzen (ZK ZPO- Schweighauser, Art. 296 N 22 mit Verweis auf BGer 5A_388/2008 vom 22. August 2008, E. 3; OGer ZH RV150007 vom 21.12.2015, E. III.4). B) Ausstandsgesuch gegen Bezirksrichterin lic. iur. E._____ 1. Die Gesuchsgegnerin stellt mit ihrer Beschwerde den Antrag, Bezirksrichterin lic. iur. E._____ habe gestützt auf Art. 47 lit. f ZPO in den Ausstand zu treten und es seien sämtliche Prozesshandlungen, an denen sie mitgewirkt habe, insbesondere das Urteil vom 8. Januar 2020 vollumfänglich aufzuheben (Urk. 28 S. 3). 2. Die Gründe für den Ausstand von Gerichtspersonen sind in Art. 47 ZPO geregelt. Ausstandsgründe sind grundsätzlich bei der entscheidenden Instanz geltend zu machen (Art. 49 ff. ZPO). Wenn die betreffende Instanz den Entscheid schon gefällt hat, können Ausstandsgründe während laufender Rechtsmittelfrist bei der Rechtsmittelinstanz vorgebracht werden (BGE 139 III 466 E. 3.4 mit Hinweisen; OGer ZH RA190016 vom 18.07.2019, E. 4.3). Gemäss Art. 49 Abs. 2 ZPO nimmt die betroffene Gerichtsperson zum Ausstandsgesuch Stellung. Von einer Stellungnahme der abgelehnten Gerichtsperson kann nach bundesgerichtlicher Praxis jedoch abgesehen werden, wenn das Ablehnungsgesuch klarerweise unbegründet, d.h. offensichtlich haltlos ist oder als trölerisch und rechtsmissbräuchlich erscheint (BGer 5A_309/2016 vom 4. Oktober 2016, E. 6.1; BGer 5A_461/2016 vom 3. November 2016, E. 5.1; OGer ZH RB170001 vom 15.03.2017, E. 3.2). Dies ist vorliegend, wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, der Fall, weshalb es sich rechtfertigt, von der Einholung einer Stellungnahme von Bezirksrichterin lic. iur. E._____ abzusehen.

E. 3

Die Übergaben des Kindes sind ab Rechtskraft des Vollstreckungsurteils bis 31. Juli 2020 begleitet durchzuführen.

E. 3.1

Die Gesuchsgegnerin moniert im Wesentlichen, die doppelte Verweigerung des rechtlichen Gehörs trotz expliziter Aufforderung zur Gewährung im Zusammenhang mit der Bestellung einer Kindesvertretung und der Zustellung der Stellungnahme der Kindesvertreterin vom 25. November 2019 bzw. des Gesuchstellers vom 2. Dezember 2019 zeige unzweideutig, dass Bezirksrichterin lic. iur.

- 11 - E._____ ihr rechtliches Gehör absichtlich und systematisch verletze und auch weiterhin absichtlich und systematisch verletzen werde (Urk. 28 S. 10 ff.). Dass die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Gesuchsgegnerin zweifach verletzte, trifft wie vorstehend in Erwägung II.A dargetan zu. Ein Ausstandsgrund lässt sich daraus aber nicht

herleiten. Das Ausstandsverfahren dient nicht der Überprüfung behaupteter Verfahrens- oder anderer Fehler. Verfahrensmassnahmen eines Richters als solche, seien sie richtig oder falsch, vermögen mit anderen Worten keinen objektiven Verdacht der Befangenheit des verfügenden Richters zu erzeugen. Sie sind im dafür vorgesehenen Rechtsmittelverfahren zu rügen und können grundsätzlich nicht als Begründung für die Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV (Anspruch auf ein unabhängiges Gericht) herangezogen werden. Dasselbe gilt für einen allenfalls materiell falschen Entscheid. Anders liegt es nur, wenn besonders krasse oder wiederholte Irrtümer vorliegen, die als schwere Verletzung der Richterpflichten bewertet werden müssen (BGer 5A_109/2018 vom 20.04.2018, E. 2.3; BGer 5A_842/2016 vom 24. März 2017, E. 3.1; BGE 115 Ia 400 E. 3b). Eine derartige Konstellation ist vorliegend nicht erkennbar. Bezirksrichterin lic. iur. E._____ ging zum Einen davon aus, das Verfahren sei spruchreif (Urk. 29 S. 5). Das Begehren, den Parteien sei zur Bestellung einer Kindsvertretung das rechtliche Gehör zu gewähren, wies sie mit ausführlicher Begründung ab (Urk. 29 S. 19). Allein deshalb, weil sie mit ihrer Einschätzung falsch liegt, kann noch nicht von einem besonders krassen Irrtum gesprochen werden. Die Gesuchsgegnerin tat sodann keine konkreten Anhaltspunkte dar, welche auf weitere Gehörsverletzungen durch Bezirksrichterin lic. iur. E._____ in der Zukunft schliessen lassen würden. Es handelt sich insofern um eine blosser Mutmassung der Gesuchsgegnerin, weshalb sich weitere Bemerkungen dazu erübrigen.

E. 3.2

Die Gesuchsgegnerin macht sodann geltend, sie habe vor Vorinstanz den Beizug der Akten des Erkenntnisverfahrens beantragt. Diese Akten seien in der Folge beigezogen worden, obwohl sich der Gesuchsteller dem Beizug widersetzt habe. Damit sei ihrem Antrag entsprochen worden. Im Dispositiv werde jedoch nicht ausgeführt, dass ihrem Antrag entsprochen worden sei, sondern dieser werde als gegenstandslos abgeschrieben. Zwar sei dies in tatsächlicher Hinsicht oh-

- 12 - ne Bedeutung, Bezirksrichterin lic. iur. E._____ bringe damit jedoch zum Ausdruck, dass es ihr schwerfalle, die Anträge der Gesuchsgegnerin gutzuheissen und bestätige damit den Anschein der Befangenheit (Urk. 28 S. 13). Der Beizug von Akten erfolgt regelmässig von Amtes wegen und nicht in Gutheissung eines entsprechenden prozessualen Antrages einer Partei. Mithin ist auch nicht zu beanstanden, dass die Vorderrichterin im angefochtenen Entscheid vom 8. Januar 2020 (Urk. 26) den Antrag der Gesuchsgegnerin betreffend Beizug der Akten des Scheidungsverfahrens als gegenstandslos abschrieb, nachdem der entsprechende Beizug bereits erfolgt war (vgl. Urk. 23/1-203; Urk. 26 E. II.4.1). Dieser Umstand ist somit keineswegs geeignet, einen Anschein von Befangenheit zu erzeugen.

E. 3.3

Die weiteren, gegen Bezirksrichterin lic. iur. E._____ erhobenen Vorwürfe beziehen sich auf deren Verfahrenshandlungen im zwischen den Parteien hängigen Scheidungsverfahren (Geschäfts-Nr. FE180248-I). So bringt die Gesuchsgegnerin vor, ihre frühere Rechtsvertreterin habe am 20. Juni 2019 beantragt, in Folge des zerstörten Vertrauensverhältnisses entlassen zu werden. Nach der gerichtlichen Aufforderung um detaillierte Begründung des Gesuchs habe ihre vor-malige Rechtsvertreterin mit Eingabe vom 18. Juli 2019 ausgeführt, das Vertrauensverhältnis sei infolge ihrer Weigerung, Berufung gegen den in Aussicht gestellten Massnahmeentscheid zu erheben, gestört. In

der Verfügung vom 14. Oktober 2019 habe Bezirksrichterin lic. iur. E._____ ausgeführt, es habe für das Gericht kein Handlungsbedarf bestanden. Mit der Eingabe vom 18. Juli 2019 sei das Gesuch um Entlassung als unentgeltliche Rechtsbeiständin jedoch nicht zurückgezogen worden, weshalb Bezirksrichterin lic. iur. E._____ über das Gesuch hätte entscheiden müssen. Es liege eine formelle Rechtsverweigerung vor. Der Anschein der Befangenheit werde damit verstärkt. Mit Eingabe vom 5. September 2019 habe sie auf dem Gesuch um Entlassung der unentgeltlichen Rechtsbeiständin beharrt. Angesichts dessen, dass das ursprüngliche Gesuch bereits drei Monate zuvor gestellt worden sei, wäre eine beförderliche Bearbeitung angezeigt gewesen. Stattdessen sei zunächst der Entscheid vom 13. September 2019 erlassen worden. Erst am 25. September 2019 – nach Eingang des Akteneinsichts-

- 13 - gesuchs von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ – sei ihre ehemalige Rechtvertreterin nochmals zur Stellungnahme aufgefordert worden. Dieses Vorgehen erwecke den Anschein, dass Bezirksrichterin lic. iur. E._____ den Entscheid über das Gesuch absichtlich verzögert habe, um zu verhindern, dass sie zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung vom 13. September 2019 einen neuen unentgeltlichen Rechtsbeistand habe beantragen können. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 5. September 2019 nicht sofort ihrer damaligen Rechtsbeiständin zugestellt und der Entscheid über deren Entlassung nicht gleichzeitig mit dem Massnahmeentscheid erlassen worden sei. Der Anschein der Befangenheit werde damit verstärkt. Weiter bringe die Gesuchsgegnerin vor, am 22. Oktober 2019 habe Rechtsanwalt lic. iur. X._____ um Einsetzung als unentgeltlicher Rechtsbeistand ersucht, woraufhin dieser sowohl mit Verfügung vom 4. November 2019 als auch mit Verfügung vom 12. Dezember 2019 aufgefordert worden sei, das Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung zu begründen. Gemäss konstanter Gerichtspraxis werde aber nach der Entlassung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands keine Begründung des Gesuchs eines neuen Rechtsbeistandes gefordert, sofern der Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand nicht widerrufen werde. Es bestehe daher der Anschein, dass es sich um eine Schikane ihrer gegenüber handle, was den Anschein der Befangenheit verstärke. Dieser Anschein werde angesichts der Behandlung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege des Gesuchstellers im vorinstanzlichen Vollstreckungsverfahren bestätigt. Der Gesuchsteller habe vor Vorinstanz zur Begründung seines Gesuchs auf die im Erkenntnisverfahren eingereichten Unterlagen und vorgebrachte Begründung verwiesen, was Bezirksrichterin lic. iur. E._____ habe genügen lassen. Es stelle eine klare und unzulässige Ungleichbehandlung der Parteien dar, dass bei ihr der Hinweis auf die bisherige Begründung der Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsbeiständigkeit im Scheidungsverfahren nicht genügt habe, während beim Gesuchsteller sogar in einem anderen Verfahren der Hinweis auf die Begründung seines Gesuchs im Scheidungsverfahren genüge (Urk. 28 S. 13 ff.). Nicht nur geht die Gesuchsgegnerin in ihrer Beschwerde selbst davon aus, dass diese Umstände für sich allein genommen den Anschein der Befangenheit von

- 14 - Bezirksrichterin lic. iur. E._____ nicht zu erwecken vermögen (Urk. 28 S. 12). Bei diesen Vorbringen der Gesuchsgegnerin handelt es sich überdies allesamt um Beanstandungen richterlicher Verfahrensmassnahmen, welche wie erwähnt (E. II.B.3.1) – unter der Voraussetzung, dass die Gesuchsgegnerin überhaupt beschwert ist (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO) – mit den dafür vorgesehenen Rechtsmitteln, insbesondere einer allfälligen Rechtsverzögerungs- bzw. Rechtsverweigerungsbeschwerde, zu rügen wären und nicht als

Befangenheitsgrund angerufen werden können. Die von der Gesuchsgegnerin erblickte Ungleichbehandlung der Parteien hinsichtlich der Begründungsanforderungen an ihre Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteiständung lässt sich im Übrigen sowieso nicht ausmachen. Es lagen nämlich unterschiedliche Ausgangslagen vor: Ging es in Bezug auf den Gesuchsteller um die Frage der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteiständung im vorinstanzlichen Vollstreckungsver- fahren (vgl. Urk. 1 S. 2), stellte sich in Bezug auf die Gesuchsgegnerin im Schei- dungsverfahren wiederum die Frage nach der Bestellung von Rechtsanwalt lic. i- ur. X._____ als neuen unentgeltlichen Rechtsverteiter nach der Entlassung der vormaligen unentgeltlichen Rechtsverteiterin der Gesuchsgegnerin (vgl. Urk. 23/185; Urk. 23/202). Da Bezirksrichterin lic. iur. E._____ das Protokoll des erstinstanzlichen Schei- dungsverfahrens Rechtsanwalt lic. iur. X._____ am gleichen Tag zukommen liess (vgl. Urk. 23/164), wie die Originaleingabe seines Aktengesuchs samt dazugehö- riger Vollmacht bei ihr einging (vgl. Urk. 23/161 f.), erhellt im Übrigen nicht, inwie- fern der Gesuchsgegnerin durch Bezirksrichterin lic. iur. E._____ die Erhebung des Rechtsmittels gegen die Verfügung vom 13. September 2019 (Urk. 23/150) erschwert worden wäre (vgl. Urk. 28 S. 14).

E. 3.4

Insgesamt lassen sich den Ausführungen der Gesuchsgegnerin keine Grün- de entnehmen, welche auf eine Befangenheit im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO von Bezirksrichterin lic. iur. E._____ schliessen liessen. Das Ausstandsge- such ist somit abzuweisen. Eine Prüfung der Rechtzeitigkeit des Gesuchs erübrigt sich damit. C) Ausstandsgesuch gegen Rechtsanwältin lic. iur. Z._____

- 15 - 1. Die Gesuchsgegnerin beantragt, die Kindesverteiterin lic. iur. Z._____ habe gestützt auf Art. 47 lit. f ZPO in den Ausstand zu treten und es seien sämtliche Prozesshandlungen, an denen sie mitgewirkt habe, insbesondere das Urteil vom 8. Januar 2020 aufzuheben (Urk. 28 S. 4). 2. Wie sich aus den vorstehenden Erwägungen (E. II.A.2.1 f.) ergibt, wurde Rechtsanwältin lic. iur. Z._____ im vorinstanzlichen Verfahren noch gar nicht for- mell als Kindesvertretung konstituiert; ihre Einsetzung als Kindesverteiterin in Form einer prozessleitenden Verfügung (BSK ZPO-Michel/Steck, Art. 299 N 23; Fam-Komm Scheidung/Schweighauser, Anh. ZPO Art. 299 N 48) hätte nach Rückwei- sung des Verfahrens an die Vorinstanz und nach Gewährung des rechtlichen Ge- hörs der Parteien gegebenenfalls überhaupt erst zu erfolgen. Damit kann offen- bleiben, ob gegen eine Kindesverteiterin überhaupt ein Ausstandsgesuch gestellt werden kann und ob die von der Gesuchsgegnerin gegen Rechtsanwältin lic. iur. Z._____ erhobenen Vorwürfe (unkorrekte Widergabe des Inhaltes der Bespre- chung mit C._____, unvollständige Abklärung des Sachverhaltes, Antragsstellung ohne Abklärung des Kindeswillens, Weiterführung der Kindesvertretung trotz Kenntnis der Abneigung von C._____, abschätzige Bemerkungen über die Ge- suchsgegnerin; Urk. 28 S. 16 ff.) auf deren Befangenheit schliessen liessen. An- gemerkt sei immerhin, dass die Ausstandsregelung gemäss Art. 47 Abs. 1 ZPO für Gerichtspersonen gilt. Als solche gelten Richter sowie Gerichtsschreiber und damit alle Personen, welche an der Willensbildung des Gerichts mitentscheidend oder beratend beteiligt sind (ZK ZPO-Wullschleger, Art. 47 N 1; Diggelmann, DI- KE-Komm-ZPO, Art. 47 N 8; zur Absetzung einer eingesetzten Kindesvertretung vgl. BSK ZPO-Michel/Steck, Art. 299 N 25 mit Verweis auf BGer 5A_894/2015 vom 16. März 2016, E. 4.1). III. A) Unentgeltliche Rechtspflege 1. Gemäss Art. 119 Abs. 5 ZPO ist im Rechtsmittelverfahren die unentgeltliche Rechtspflege neu zu beantragen. Eine Partei hat Anspruch auf

unentgeltliche

- 16 - Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Unter den gleichen Voraussetzungen besteht ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsbeistandung, wenn dies zur Wahrung der Rechte der Partei notwendig erscheint (Art. 117, 118 Abs. 1 ZPO). 2. Sowohl der Gesuchsteller als auch die Gesuchsgegnerin stellten im vorliegenden Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 28 S. 3; Urk. 45 S. 2). 3. Beiden Parteien wurde bereits im vorinstanzlichen Vollstreckungsverfahren (vgl. Urk. 26) – wie im Übrigen auch im zwischen ihnen hängigen Scheidungsverfahren (Urk. 23/66) – die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsbeistandung gewährt. Sowohl beim Gesuchsteller als auch bei der Gesuchsgegnerin erscheint mit Blick auf ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse die Mittellosigkeit im Sinne des Gesetzes nach wie vor glaubhaft. Der Gesuchsteller wird durch die Sozialen Dienste unterstützt (Urk. 23/108/2-3). Der Gesuchsgegnerin verbleibt nach Deckung ihres Existenzminimums kein Überschuss (vgl. Urk. 34/2-5, 8-9, 14-22), zudem ist sie verschuldet (vgl. Urk. 34/2, 11-13). Die Prozesstandpunkte der Parteien können nicht als aussichtslos bezeichnet werden und die mittellosen und rechtsunkundigen Parteien waren für die sachgerechte Wahrung ihrer Rechte im vorliegenden Beschwerdeverfahren auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Daher ist ihnen für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und dem Gesuchsteller in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter, der Gesuchsgegnerin in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen. B) Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Da es sich im vorliegenden Beschwerdeverfahren um in sich geschlossene prozessuale Fragen handelt, die unabhängig von der Hauptsache (der Vollstreckung des Besuchsrechts) beurteilt werden können, rechtfertigt es sich, die Kosten-

- 17 - und Entschädigungsfolgen für das Beschwerdeverfahren trotz Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu regeln. 2. Die Entscheidungsgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5, § 8 und § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'200.– festzusetzen. Angesichts der Umstände ist Rechtsanwältin lic. iur. Z._____ in ihrem Vertrauen, sie sei Kindesvertreterin, zu schützen. Die Bemessung der Entschädigung ist bundesrechtlich nicht geregelt. Vielmehr setzen die Kantone die Tarife fest (Art. 96 ZPO). Rechtsgrundlage für die Festsetzung der Entschädigung für die anwaltliche Kindesvertretung ist im Kanton Zürich die Anwaltsgebührenverordnung (vgl. BGE 142 III 153 E. 5.3.4.2). Vorliegend erscheint angesichts des notwendigen Zeitaufwands und der Verantwortung von Rechtsanwältin lic. iur. Z._____ sowie der Schwierigkeit des Falles (vgl. § 2 Abs. 1 AnwGebV) die von ihr geltend gemachte Entschädigung von insgesamt Fr. 1'499.85 (Urk. 44) als angemessen. Diese ist umstände halber auf die Staatskasse zu nehmen. 3. Die Gesuchsgegnerin ist in Bezug auf die Frage nach der Verletzung ihres rechtlichen Gehörs als obsiegende Partei zu erachten. Demgegenüber unterliegt sie mit ihren Ausstandsgesuchen. Entsprechend sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen. Ohnehin werden bei streitigen Kinderbelangen die Prozesskosten regelmässig unabhängig vom Ausgang des Verfahrens den Parteien je zur Hälfte auferlegt und die Parteientschädigungen wettgeschlagen (vgl. OGer ZH RV150007 vom 21.12.2015, E. IV.2; ZR 84 Nr. 41). Die hälftige Kostenaufteilung und ein Wettzuschlagen der Parteientschädigungen erscheint daher vorliegend auch vor diesem Hintergrund

gerechtfertigt. Es wird beschlossen:

E. 4

Der Beistand D._____ wird beauftragt, für die Umsetzung der begleiteten Übergaben gemäss Dispositivziffern 1 und 3 besorgt zu sein. Weiter wird der Beistand beauftragt, während sechs Monaten für die Gewährleistung der Beratung der Eltern und der sozialpädagogischen Betreuung von C._____ durch eine geeignete Fachstelle besorgt zu sein.

E. 5

Der prozessuale Antrag der Gesuchsgegnerin vom 11. November 2019 betreffend den Beizug der vollständigen Akten des Scheidungsverfahrens (FE180248-I) wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

E. 6

Sämtliche weitere Anträge der Gesuchsgegnerin werden abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

E. 7

Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 800.00 ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 1'245.55 Entschädigung an die Kindsvertreterin lic. iur. Z._____

E. 8

Die Kosten (Entscheidgebühr und weitere Kosten) werden der Gesuchsgegnerin auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Gesuchsgegnerin wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.

E. 9

Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller eine Parteientschädigung von Fr. 1'050.- zu bezahlen.

- 4 -

E. 10

(Mitteilungssatz)

E. 11

Alles unter ausgangsgemässer Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST).
Ausstandsgesuche: 1. Bezirksrichterin lic. iur. E._____ habe gestützt auf Art. 47 lit. f ZPO in den Ausstand zu treten; 2. Es seien sämtliche Prozesshandlungen, an welchen die Bezirksrichterin lic. iur. E._____ mitwirkte, aufzuheben. Insbesondere sei das Urteil und die Verfügung des Bezirksgerichts Uster vom 8. Januar 2020 (EZ190011-I) vollumfänglich aufzuheben; 3. Die Kindsvertreterin lic. iur. Z._____ habe gestützt auf Art. 47 lit. f ZPO in den Ausstand zu treten. 4. Es seien sämtliche Prozesshandlungen, an welchen die Kindsvertreterin lic. iur. Z._____ mitwirkte, aufzuheben. Insbesondere

- 5 - sei das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 8. Januar 2020 (EZ190011-I) aufzuheben.
Prozessuale Anträge: 1. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen; 2. Es sei eine Kindesanhörung vorzunehmen.

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