

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RV190001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. L. Stünzi

Urteil vom 29. März 2019

in Sachen

A._____, lic. iur.,
Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin

gegen

B._____,
Gesuchsteller und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

sowie

1. **C.**_____,

2. **D.**_____,

3. **E.**_____,

4. **F.**_____,

Verfahrensbeteiligte

1 - 4 vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge

lic. iur. A._____,

betreffend **Vollstreckung (Ausstand)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts Audienz am
Bezirksgericht Zürich vom 21. Dezember 2018 (EZ180012-L)**

Erwägungen:

A. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Parteien stehen sich seit dem 21. September 2016 in einem Verfahren betreffend Vollstreckung des Besuchsrechts gegenüber (Urk. 7/1). Am 15. November 2018 schlug Ersatzrichterin lic. iur. G._____ den Parteien Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____ als Kindesvertreter vor und stellte dessen Ernennung in Aussicht, sofern die Parteien nicht innert 10 Tagen begründete Einwendungen gegen diesen erheben würden (Urk. 8/60). Mit Eingabe vom 27. November 2018 hat die Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchsgegnerin) die Ablehnung von Ersatzrichterin G._____ wegen Anscheins der Befangenheit erklärt (Urk. 8/67). Hierauf antwortete ihr Bezirksrichter lic. iur. H._____ mit Schreiben vom 3. November 2018 und führte an, dass Ersatzrichterin G._____ ihn lediglich während seiner Abwesenheit vertreten habe, weshalb das gegen sie gerichtete Ablehnungsgesuch ins Leere gehe. Auch in der Sache bestehe kein Anlass, auf den Entscheid von Ersatzrichterin G._____ zurückzukommen (Urk. 8/69). Daraufhin hat die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 13. Dezember 2018 auch gegen Bezirksrichter H._____ ein Ausstandsbegehren gestellt (Urk. 8/71). Beide Ausstandsbegehren wurden von der Vorinstanz mit Verfügung vom 21. Dezember 2018 abgewiesen (Urk. 2).

2. Hiergegen erhob die Gesuchsgegnerin unter dem Datum vom 10. Januar 2019 innert Frist Beschwerde und stellte folgende Anträge (Urk. 1):

1. Die Verfügung von Bezirksrichterin Stoffel vom 21. Dezember 2018 sei aufzuheben und das Bezirksgericht anzuweisen, eine rechtmässige Gerichtsbesetzung sicherzustellen.

2. Die von Bezirksrichterin G._____ am 15. November 2018 getroffene Verfügung sei aufzuheben.
 3. Eventuell sei die Sache zu neuem Entscheid an das Bezirksgericht zurückzuweisen.
 4. Es sei auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und auf die Erhebung von Gerichtskosten zu verzichten.
3. Da sich die Beschwerde sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Beschwerdeantwort verzichtet werden.
4. Auf die Parteivorbringen wird in der Folge nur insoweit eingegangen, als sie für die Entscheidungsfindung erheblich sind.

B. Vorbemerkungen

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Es gilt das Rügeprinzip (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 321 N 15), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Was nicht in dieser Weise gerügt wird, hat grundsätzlich Bestand.
2. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Was im erstinstanzlichen Verfahren nicht behauptet oder eingereicht wurde, kann im Beschwerdeverfahren nicht mehr nachgeholt werden. Es herrscht grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 4). In diesem Sinne sind insbesondere die von der Gesuchsgegnerin mit der Beschwerdeschrift eingereichten Urk. 4/2-7 unbeachtlich, sofern sie nicht bereits im erstinstanzlichen Verfahren eingereicht wurden.
3. Gemäss Auskunft des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 22. Januar 2019 hat der Gesuchsteller und Beschwerdegegner (fortan Gesuchsteller) zurzeit

keinen festen Wohnsitz. Er halte sich aber nach wie vor in der Schweiz auf (Urk. 5). Das Rubrum wurde in diesem Sinne angepasst.

C. Funktionelle Zuständigkeit

1. Die Gesuchsgegnerin moniert die fehlende Zuständigkeit der Vorderrichterin. Sie macht geltend, gemäss § 14 GOG entscheide das Bezirksgericht in Dreierbesetzung als Kollegialgericht, soweit die Geschäfte nicht gesetzlich dem Einzelgericht zugewiesen seien. Es bestehe keine Bestimmung, wonach Entscheide über Ausstands- und Ablehnungsgesuche dem Einzelgericht zugewiesen seien, weshalb über solche in Dreierbesetzung zu entscheiden sei. Der vorliegende, von Bezirksrichterin Stoffel als Einzelrichterin gefällte Entscheid, sei demnach aufgrund eines schweren Verfahrensmangels aufzuheben (Urk. 1 S. 11 f.).

2. Dem ist zu widersprechen. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, entscheidet über streitige Ausstandsbegehren das Bezirksgericht, wenn Mitglieder oder Ersatzmitglieder des Bezirksgerichts betroffen sind (§ 127 lit. c GOG). Das Bezirksgericht besteht aus Kollegialgericht und Einzelgericht, wobei das Kollegialgericht entscheidet, wenn nicht ein anderes Gericht zuständig ist (§ 19 GOG). Vorliegend ist in der Hauptsache ein Vollstreckungsverfahren zu beurteilen, welches durch das Einzelgericht im summarischen Verfahren behandelt wird (§ 24 lit. e GOG i.V.m. Art. 339 Abs. 2 ZPO). Bereits aus Art. 50 Abs. 1 ZPO geht hervor, dass das jeweils mit der Sache befasste Gericht sachlich zuständig ist (vgl. Hausser/Schweri/Lieber, GOG-Kommentar, § 127 N1). Damit ist für das Ausstandsbegehren in diesem Verfahren auch das Einzelgericht zuständig.

D. Ausstand

1. Gemäss Art. 47 ZPO tritt eine Gerichtsperson in den Ausstand, wenn sie namentlich in der Sache ein persönliches Interesse hat (Art. 47 Abs. 1 lit. a ZPO) und wenn sie aus anderen Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder ihrer Vertretung, befangen sein könnte (Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO). Die Regelung von Art. 47 ZPO konkretisiert den in Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerten Grundsatz, wonach jede Person, deren

Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch darauf hat, dass ihre Streitsache von einem unbefangenen, unvoreingenommenen und unparteiischen Richter beurteilt wird. Die Garantie des verfassungsmässigen Richters wird bereits verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Voreingenommenheit und Befangenheit in diesem Sinne werden nach der Rechtsprechung angenommen, wenn im Einzelfall anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände Gegebenheiten aufscheinen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Dabei ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen (BGer 5A_461/2016 E. 7.2).

2. Die Gesuchsgegnerin stellt zunächst die charakterliche Eignung der Gerichtspersonen G._____ und H._____ in Frage, weil diese den aktenkundigen und mehrfach erwähnten illegalen Aufenthalt des Gesuchstellers in keiner Weise in der Entscheidungsfindung berücksichtigen würden. Dies stelle eine schwere Verletzung der Richterpflicht dar. Zudem sei die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zwecks Durchsetzung eines Besuchsrechts in der Schweiz trotz bestehender Wegweisungsverfügung des Migrationsamtes strafrechtlich relevant (Urk. 1 S. 12).

Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass die Gesuchsgegnerin damit richterliche Verfahrensmassnahmen beanstandet. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung vermögen Verfahrensmassnahmen eines Richters als solche, seien sie richtig oder falsch, keinen objektiven Verdacht der Befangenheit des verfügenden Richters zu erregen. Sie sind im dafür vorgesehenen Rechtsmittelverfahren zu rügen und können grundsätzlich nicht als Begründung für die Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV 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 E. 2.3. m.w.H.). Von einer solchen Konstellation kann vorliegend keine Rede sein. Weder die dem Gesuchsteller gewährte unent-

geltliche Rechtspflege noch die fehlende Erwähnung oder Abklärung des ausländerechtlichen Status des Gesuchstellers in einem Verfahren betreffend Vollstreckung des Besuchsrechts sind - selbst wenn sie fälschlicherweise erfolgt bzw. nicht erfolgt sein sollten, wofür derzeit keine Anhaltspunkte bestehen - als krasse Irrtümer zu bezeichnen, welche als schwere Verletzung der Richterpflicht gewertet werden müssten. Eine objektiv begründbare Voreingenommenheit der betroffenen Gerichtspersonen lässt sich damit nicht glaubhaft machen.

3. Im Weiteren bringt die Gesuchsgegnerin vor, der Verzicht auf die vorherige Bekanntgabe und Grundangabe für den Richterwechsel sei ebenfalls als Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu werten (Urk. 1 S. 12).

Wie die Vorinstanz diesbezüglich zutreffend ausgeführt hat, wurde dieser Einwand von der Gesuchsgegnerin zu spät erhoben. Dass die Verfügung vom 15. November 2018 von Ersatzrichterin G._____ anstelle von Bezirksrichter H._____ erlassen wurde, war der Gesuchsgegnerin ab Erhalt dieses Entscheides am 26. November 2018 bekannt. Erst in ihrer Eingabe vom 13. Dezember 2018 und damit 17 Tage später monierte sie diesen Umstand (vgl. Urk. 8/71), nachdem sie in ihrer Eingabe vom 27. November 2018 nichts dergleichen erwähnte. Damit kann sie sich nicht mehr auf diesen Umstand als Ausstandsgrund berufen. Unabhängig davon ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass eine unterbliebene Mitteilung über einen Wechsel im Spruchkörper und dessen Gründe nicht automatisch einen Verstoß gegen Art. 30 Abs. 1 BV darstellen. Vielmehr ist auch dann zu prüfen, ob hinreichende sachliche Gründe für den Wechsel bestehen oder nicht. Bezirksrichter H._____ hat in seinem Schreiben vom 3. Dezember 2018 ausgeführt, dass Ersatzrichterin G._____ ihn während seiner Abwesenheit vertreten habe (Urk. 8/69). Damit hat er zum Ausdruck gebracht, dass das Verfahren nicht grundsätzlich auf Ersatzrichterin G._____ übertragen worden ist, sondern dass Letztere ihn für eine gewisse Zeit vertreten habe. Es versteht sich von selbst, dass im Falle von Abwesenheiten von Bezirksrichtern eine Stellvertretung installiert werden muss, damit eine beförderliche Erledigung der Verfahren garantiert werden kann. Angesichts der Tatsache, dass es sich vorliegend bloss um einen prozessleitenden Entscheid handelt, welchen Ersatzrichterin G._____ in Vertre-

tung von Bezirksrichter H._____ erlassen hat und Bezirksrichter H._____ das Verfahren nach seiner Rückkehr umgehend wieder übernommen hat, reicht die Angabe der Stellvertretung als sachlicher Grund für den Wechsel im Spruchkörper aus.

4. Schliesslich moniert die Gesuchsgegnerin, die Vorinstanz habe mehrfach ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

4.1 Zunächst bringt sie in diesem Zusammenhang vor, die Vorinstanz habe ihren Entscheid gefällt, ohne von den betroffenen Gerichtspersonen G._____ und H._____ eine Stellungnahme einzuholen. Eine rechtlich Begründung für dieses Vorgehen fehle. Die Vorinstanz führe zwar aus, von einer Stellungnahme der abgelehnten Gerichtsperson könne abgesehen werden, wenn das Ablehnungsgesuch klarerweise unbegründet, d.h. offensichtlich haltlos sei oder als trölerisch oder rechtsmissbräuchlich erscheine. Weshalb dies bei den vorliegenden Ablehnungsgesuchen der Fall gewesen sein solle, sei dem angefochtenen Entscheid nicht zu entnehmen (Urk. 1 S. 9 f.).

Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (vgl. Urk. 2 S. 3), kann von einer Stellungnahme der abgelehnten Gerichtsperson (und der Gegenpartei) nach bundesgerichtlicher Praxis ausnahmsweise abgesehen werden, wenn das Ablehnungsbegehren klarerweise unbegründet, d.h. offensichtlich haltlos ist oder als trölerisch und rechtsmissbräuchlich erscheint (BGer 5A_309/2016 vom 4. Oktober 2016, E. 6.1; 5A_461/2016 vom 3. November 2016, E. 5.1 m.w.H.; s.a. Livschitz, Stämpflis Handkommentar, ZPO 49 N 12; Urbach, OFK ZPO, ZPO 50 N 5). Vorliegend sind die beiden Ausstandsbegehren - wie die gemachten Ausführungen zeigen - klarerweise unbegründet. Vor diesem Hintergrund durfte die Vorinstanz auf die Einholung einer Stellungnahme der Gerichtspersonen G._____ und H._____ verzichten. Darüber hinaus wäre mit dem Verzicht auf das Einholen der genannten Stellungnahmen wohl das rechtliche Gehör der betroffenen Gerichtspersonen verletzt und nicht dasjenige der Gesuchsgegnerin. Es erscheint vor diesem Hintergrund fraglich, ob sie sich in dieser Konstellation überhaupt auf eine Gehörsverletzung berufen kann.

4.2 Im Weiteren moniert die Gesuchsgegnerin, die Vorinstanz habe sich mit zahlreichen Vorbringen und Argumenten nicht auseinandergesetzt. Diese Umstände seien in ihrer Gesamtheit geeignet, den Anschein der Befangenheit zu begründen (Urk. 1 S. 10 und 13 f.).

4.2.1 Konkret erfolge im Urteil keine Auseinandersetzung mit ihrem Vorbringen, Ersatzrichterin G._____ habe der Gesuchsgegnerin aktenwidrig unterstellt, sie sei nicht bereit, die Kinder ohne ihre Anwesenheit durch den Besuchsbeistand befragen zu lassen (Urk. 1 S. 13).

Dies ist nicht zutreffend. Die Vorinstanz hat sich zu diesem Vorbringen geäußert und ausgeführt, es treffe zu, dass Ersatzrichterin G._____ in ihrem Entscheid vom 15. November 2018 den Sachverhalt unzutreffend widergegeben habe. Daraus lasse sich aber kein Ausstandsgrund ableiten. Das Ausstandsverfahren diene nicht der Überprüfung behaupteter Verfahrens- oder anderer Fehler. Verfahrensmassnahmen eines Richters als solche, seien sie richtig oder falsch, würden mit anderen Worten keinen objektiven Verdacht der Befangenheit des verfügenden Richters zu erregen vermögen. Sie seien im dafür vorgesehenen Rechtsmittelverfahren zu rügen und könnten grundsätzlich nicht als Begründung für die Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV herangezogen werden. Dasselbe gelte für einen allenfalls materiell falschen Entscheid. Anders liege es nur, wenn besonders krasse oder wiederholte Irrtümer vorliegen würden, die als schwere Verletzung der Richterplichten bewertet werden müssten (BGer 5A_109/2018 E. 2.3. m.w.H.). Eine derartige Konstellation sei vorliegend aber nicht erkennbar (Urk. 2 S. 5). Damit hat sich die Vorinstanz mit dem entsprechenden Vorbringen der Gesuchsgegnerin auseinandergesetzt und ist zum Schluss gelangt, der Umstand der falschen Sachverhaltswidergabe durch Ersatzrichterin G._____ vermöge keinen Anschein der Befangenheit zu erwecken. Diese Einschätzung ist zutreffend. Letztendlich hat Ersatzrichterin G._____ die Kindesvertretung angeordnet, weil die Vollstreckung des Besuchsrechts höchst strittig war (vgl. Urk. 8/60 S. 2), was aufgrund der Akten offensichtlich zutrifft. Von einem besonders krassen Irrtum kann daher nicht gesprochen werden. Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass Ersatzrichterin G._____ den Sachverhalt absichtlich und zum Zwecke der Manipula-

tion falsch widergegeben hat. Der blosse Umstand, dass in der Verfügung vom 15. November 2018 fälschlicherweise davon ausgegangen wurde, dass der Beistand nur in Anwesenheit der Gesuchsgegnerin mit den Kindern habe Kontakt aufnehmen können, ist nicht geeignet, Misstrauen in die Unparteilichkeit von Ersatzrichterin G._____ zu erwecken.

4.2.2 Weiter bringt die Gesuchsgegnerin vor, die Vorinstanz habe sich nicht mit ihrem Vorbringen, wonach Ersatzrichterin G._____ sich mit dem von den Kindern schon drei Mal geäusserten Willen, Kontakte zum Beschwerdegegner vorläufig abzulehnen, nicht zufrieden gebe und den Willen der Kinder in ihrem Sinne mit Hilfe einer Kinderanwältin beugen wolle, auseinandergesetzt. Auch habe die Vorinstanz den illegalen Aufenthalt des Gesuchstellers in der Schweiz nicht berücksichtigt und H._____ Abklärungen auf Seiten des Gesuchstellers trotz Officialmaxime unterlassen. Schliesslich sei die Vorinstanz nicht auf ihr Argument der komplett einseitigen Auferlegung der Beweislast zu Lasten der Gesuchsgegnerin sowie das monierte Desinteresse von Ersatzrichterin G._____ am Dossier eingegangen (Urk. 1 S. 13 f.).

Auch diese Rüge geht fehl. Die Vorinstanz hat sich mit diesen Vorbringen auseinandergesetzt und ausgeführt, die Gesuchsgegnerin werfe Ersatzrichterin G._____ unterlassene Abklärungen vor, welche nach ihrer Ansicht erforderlich gewesen wären, namentlich hinsichtlich der finanziellen und ausländerrechtlichen Situation des Gesuchstellers und dessen Gefährlichkeit. Andererseits lege die Gesuchsgegnerin dar, aus welchen Gründen eine Kindesvertretung nicht erforderlich sei und bekräftige ihren in der Hauptsache eingenommenen Standpunkt, wonach die Kinder ihren Vater tatsächlich nicht sehen wollten. Als Quintessenz schliesse die Gesuchsgegnerin auf eine Befangenheit von Ersatzrichterin G._____, nämlich "im Denken, dass die Situation für den Vater zu hart sei und die Kinder irgendwann dann doch nachgeben würden". Diese Unterstellung, mit welcher eine einseitige Parteinahme zu Gunsten des Gesuchstellers durch Ersatzrichterin G._____ suggeriert werde, sei weder aufgrund der Ausführungen der Gesuchsgegnerin nachvollziehbar noch finde sich dafür in den Akten eine Stütze. Ohnehin handle es sich bei den Vorbringen der Gesuchsgegnerin um Beanstan-

dungen richterlicher Verfahrensmassnahmen, welche mit dem dafür vorgesehenen Rechtsmittel zu rügen seien und nicht als Befangenheitsgrund angerufen werden könnten (Urk. 2 S. 6). Entgegen der Gesuchsgegnerin erfolgte damit eine Auseinandersetzung mit ihren diesbezüglichen Vorbringen. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die von der Gesuchsgegnerin erhobenen Vorwürfe nicht glaubhaft gemacht worden seien und ohnehin eine Kritik am materiellen Entscheid darstellen würden, welche im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens vorzutragen sei. Auch diese Einschätzung ist zutreffend. Sämtliche von der Gesuchsgegnerin in diesem Zusammenhang vorgetragene Umstände beschlagen ihre Unzufriedenheit mit dem Prozessverlauf und der schliesslich gegen ihren Willen angeordneten Kindesvertretung. Nach ihrer Ansicht ist von einer Vollstreckung des Besuchsrechts abzusehen und sämtliche Verfahrensschritte, welche nicht klar dieses Ziel zum Inhalt haben, erachtet sie als parteiisches Verhalten von Seiten der betroffenen Gerichtspersonen. In objektiver Weise nachvollziehbar ist dieses Misstrauen nicht.

4.2.3 Die Gesuchsgegnerin kritisiert ferner, die Vorinstanz habe sich nicht zu ihrem Vorwurf an Ersatzrichterin G._____, wonach diese die Erwägungen aus dem bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheid falsch wiedergegeben habe, geäußert (Urk. 1 S. 14).

In der Eingabe vom 27. November 2018 hat die Gesuchsgegnerin geltend gemacht, auffällig falsch und über die Massen vereinfacht sei die Behauptung von Ersatzrichterin G._____, das Bundesgericht habe eine Interessenvertretung "angeregt". Dieses habe einzig eine Prüfung der Notwendigkeit einer Interessenvertretung angeregt; eine solche sei aber weder vorgenommen worden, noch sei der Gesuchsgegnerin das rechtliche Gehör zur Frage der Kindesvertretung gewährt worden. Die Formulierung des bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheides sei ganz offensichtlich verfälscht worden und mache den Anschein, bewusst verzerrt und damit manipuliert worden zu sein (Urk. 8/67). Hierzu ist zum einen auszuführen, dass die Vorinstanz diesbezüglich zu Recht festgehalten hat, dass der Gesuchsgegnerin entgegen ihrer Darstellung das rechtliche Gehör zur Frage der Anordnung einer Kindesvertretung gewährt worden sei (Urk. 2 S. 6 m.V.a. Urk.

7/22 und Urk. 8/30). Zum anderen hat Ersatzrichterin G._____ die Erwägungen in den Rückweisungsentscheiden des Bundesgerichts wie auch des Obergerichts korrekt wiedergegeben (Urk. 8/60; Urk. 7/18; Urk. 7/19) und den Schluss gezogen, nachdem die Vollstreckung des Besuchsrechts nach wie vor hochstrittig sei, sei den Kindern eine Vertretung zu bestellen (Urk. 8/60). Dies ist nicht zu beanstanden, was auch die Vorinstanz so festgestellt hat (Urk. 2 S. 5).

4.2.4 Mit Blick auf das Ausstandsbegehren gegen Bezirksrichter H._____ rügt die Gesuchsgegnerin eine fehlende Auseinandersetzung der Vorinstanz mit ihrem Vorwurf des Verfahrensmangels des nicht vorher angekündigten und sachlich nicht einmal später begründeten kurzfristigen Hin- und Her-Wechsels in der Richterbesetzung (Urk. 1 S. 14).

Die Vorinstanz hat diesbezüglich ausgeführt, die Gesuchsgegnerin habe den Umstand, dass die Verfügung vom 15. November 2018 von Ersatzrichterin G._____ erlassen worden sei, erst 17 Tage nach Kenntnisnahme gerügt, womit dieser Einwand verspätet erfolgt sei. Unabhängig davon sei nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei einer unterbliebenen Mitteilung über einen Wechsel im Spruchkörper und dessen Gründe nicht automatisch von einem Verstoss gegen Art. 30 Abs. 1 BV auszugehen, sondern ein solcher sei im Einzelfall zu prüfen. Ob Art. 30 Abs. 1 BV verletzt sei, entscheide sich einzig danach, ob hinreichende sachliche Gründe für den Wechsel bestehen oder nicht (Urk. 2 S. 7). Wie die Gesuchsgegnerin vor diesem Hintergrund von einer fehlenden Auseinandersetzung ausgehen kann, ist nicht ersichtlich, zumal die Vorinstanz das Vorbringen - wie unter Ziff. D.3 aufgezeigt, zu Recht - mit gleich zwei Begründungen verworfen hat.

4.2.5 Ferner macht die Gesuchsgegnerin geltend, die Vorinstanz habe sich nicht zu ihrem Vorwurf an Bezirksrichter H._____ bezüglich der monatelangen Nichtberücksichtigung des illegalen Aufenthaltes des Gesuchstellers sowie des Ignorieren des mehrfach gestellten Nichteintretensgesuchs geäußert. Auch fehle eine Auseinandersetzung mit dem Vorwurf der fehlenden Begründung, inwiefern ein Kinderanwalt notwendig sein solle, um den Willen der Kinder zu erfahren (Urk. 1 S. 14).

Auch diese Rüge verfängt nicht. Die Vorinstanz hat hierzu ausgeführt, die von der Gesuchsgegnerin erhobenen Vorwürfe an Bezirksrichter H._____ würden im Wesentlichen eine Kritik am getroffenen Entscheid von Ersatzrichterin G._____ darstellen und daher zum Vornherein keine Befangenheit zu begründen vermögen. Diesbezüglich könne auf die zum Ausstandsgesuch gegen Ersatzrichterin G._____ gemachten Ausführungen verwiesen werden. Die Gesuchsgegnerin wiederhole ihre im Verfahren eingenommenen Standpunkte. Im Ergebnis unterstelle sie Bezirksrichter H._____, er habe Mitleid mit dem Gesuchsteller und wolle diesen indirekt unterstützen, sich seiner Ausreise aus der Schweiz zu widersetzen. Dabei handle es sich um eine subjektive Einschätzung der Gesuchsgegnerin, für welche keinerlei objektive Anhaltspunkte vorliegen würden (Urk. 2 S. 8). Entgegen der Gesuchsgegnerin hat sich die Vorinstanz damit mit ihren Vorbringen auseinandergesetzt und diese - wie unter Ziff. D.2 aufgezeigt, zu Recht - im Hinblick auf die Frage einer möglichen Befangenheit von Bezirksrichter H._____ als nicht stichhaltig eingeschätzt.

4.2.6 Schliesslich moniert die Gesuchsgegnerin, die Vorinstanz habe keine Ausführungen zu ihrem Vorwurf gemacht, wonach Bezirksrichter H._____ die aktenwidrige Unterstellung von Ersatzrichterin G._____ hinsichtlich der Kinderbefragung als nicht entscheidrelevant erachtet habe, obschon Ersatzrichterin G._____ diese in ihrer Verfügung vom 15. November 2018 ausdrücklich als den entscheidrelevanten Umstand dargestellt habe (Urk. 1 S. 14).

Die Vorinstanz hat festgehalten, dass die Bestellung einer Kindesvertretung letztlich erfolgt sei, weil die Vollstreckung des Besuchsrechts nach wie vor höchst strittig sei (Urk. 2 S. 5). Damit deckt sich die Einschätzung der Vorderrichterin mit derjenigen von Bezirksrichter H._____ in seinem Schreiben vom 3. Dezember 2018 (Urk. 8/69). Damit wird implizit gesagt, dass dieser Umstand nicht geeignet ist, einen Anschein von Befangenheit zu erregen. Mit Verweis auf die Ausführungen unter Ziff. D.4.2.1 ist dem zuzustimmen.

4.2.7 Wie die gemachten Ausführungen zeigen, hat sich die Vorinstanz entgegen der Darstellung der Gesuchsgegnerin mit sämtlichen ihrer Vorbringen auseinandergesetzt. Der blosse Umstand, dass die Vorinstanz die Rechtslage anders

beurteilt als die Gesuchsgegnerin, bedeutet nicht, dass keine Auseinandersetzung mit den entsprechenden Vorbringen stattgefunden hat. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Gesuchsgegnerin liegt damit nicht vor.

5. Insgesamt erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

D. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Abschliessend ist über die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu befinden. Die Gebühr für Entscheide über Ausstandsgesuche beträgt zwischen Fr. 100.– und Fr. 7'000.– (§ 9 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 GebV OG). Massgebend sind dabei insbesondere der Zeitaufwand und die Schwierigkeit des Falles (§ 2 Abs. 1 lit. c und d GebV OG). Vorliegend ist die Entscheidgebühr auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Diese ist ausgangsgemäss der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen. Es besteht kein Anlass, auf die Erhebung von Gerichtskosten zu verzichten, wie dies von der Gesuchsgegnerin beantragt wird (Urk. 1 S. 2). Weder der Umstand, dass dem Gesuchsteller im erstinstanzlichen Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, noch sein ausländerrechtlicher Status rechtfertigen eine Kostenaufgabe an den Kanton aus Billigkeitsgründen. Die diesbezügliche Argumentation der Gesuchsgegnerin (Urk. 1 S. 4) leuchtet nicht ein.

2. Parteientschädigungen sind für das Beschwerdeverfahren nicht zuzusprechen: Der Gesuchsgegnerin zufolge ihres Unterliegens sowie mangels entsprechendem Antrag, dem Gesuchsteller mangels relevantem Aufwand (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchsgegnerin auferlegt.

4. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsteller unter Beilage eines Doppels von Urk. 1, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.

Es handelt sich in der Hauptsache um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 29. März 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. L. Stünzi

versandt am:

am

