

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RV200002-O/U

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

## **Beschluss vom 26. März 2020**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Vollstreckung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 8. Januar 2020 (EZ190011-I)**

**Erwägungen:**

**I.**

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).
2. Am 10. Oktober 2019 reichte der Gesuchsteller vor Vorinstanz ein Gesuch um Vollstreckung dieses Besuchsrechts ein (Urk. 1 S. 2). Für den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 26 E. I.2 = Urk. 29 E. I.2). Mit Urteil vom 8. Januar 2020 entschied die Vorinstanz das Folgende (Urk. 26 S. 26 f.):

- "1. Der Gesuchsteller wird berechtigt erklärt, die Tochter C.\_\_\_\_\_ wie folgt zu betreuen:
  - ab Rechtskraft des Vollstreckungsurteils bis 31. März 2020 am ersten und dritten Samstag eines jeden Monats von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr;
  - ab dem 1. April 2020 bis 30. September 2020 an den Wochenenden der geraden Kalenderwochen von Samstag, 10.00 Uhr, bis Sonntag, 16.00 Uhr (mit Übernachtung);
  - ab dem 1. Oktober 2020 an den Wochenenden der geraden Kalenderwochen von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Sonntag, 16.00 Uhr (mit Übernachtungen).
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.
3. Die Übergaben des Kindes sind ab Rechtskraft des Vollstreckungsurteils bis 31. Juli 2020 begleitet durchzuführen.
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.
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.
6. Sämtliche weitere Anträge der Gesuchsgegnerin werden abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
7. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 800.00 ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 1'245.55 Entschädigung an die Kindsvertreterin lic. iur.  
Z.\_\_\_\_\_
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.
9. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller eine Parteientschädigung von Fr. 1'050.– zu bezahlen.

10. (Mitteilungssatz)
11. (Rechtsmittelbelehrung)"

3.1. Hiergegen erhob die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 20. Januar 2020 innert Frist Beschwerde und stellte folgende Anträge (Urk. 28 S. 2 ff.):

1. Das Urteil vom 8. Januar 2020 sei vollumfänglich aufzuheben;
2. Es sei festzustellen, dass das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt wurde;
3. Die Angelegenheit sei zur Gewährung des rechtlichen Gehörs und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
4. Es sei festzustellen, dass dem Kind im Vollstreckungsverfahren keine Kindesvertretung bestellt wurde und die Eingaben von lic. iur. Z. \_\_\_\_\_ seien aus dem Recht zu weisen;
5. Eventualiter sei die Bestellung einer Kindesvertretung für das vorinstanzliche Verfahren aufzuheben;
6. Subeventualiter sei der Beschwerdeführerin zur Bestellung einer Kindesvertretung das rechtliche Gehör zu gewähren;
7. Subeventualiter sei lic. iur. Z. \_\_\_\_\_ als Kindesvertretung abzulehnen;
8. Subsubeventualiter sei festzustellen, dass lic. iur. Z. \_\_\_\_\_ nicht geeignet ist, die Interessen des Kindes gehörig zu vertreten;
9. Eventualiter sei das Vollstreckungsbegehren vollumfänglich abzuweisen;
10. Es sei der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege und in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu gewähren;
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 Kindesvertreterin lic. iur. Z. \_\_\_\_\_ habe gestützt auf Art. 47 lit. f ZPO in den Ausstand zu treten.
4. Es seien sämtliche Prozesshandlungen, an welchen die Kindesvertreterin lic. iur. Z. \_\_\_\_\_ mitwirkte, aufzuheben. Insbesondere

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.

3.2. Mit Verfügung vom 24. Januar 2020 wurde der Kindesvertreterin Frist zur Stellungnahme zum Ablehnungsgesuch und dem Gesuchsteller und der Verfahrensbeteiligten Frist zur Stellungnahme zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung angesetzt (Urk. 36). Nachdem diese Stellungnahmen innert Frist eingingen (Urk. 37; Urk. 38) wurde mit Verfügung vom 12. Februar 2020 der Beschwerde gegen das angefochtene Urteil vom 8. Januar 2020 insofern aufschiebende Wirkung erteilt, als Dispositiv-Ziffer 1 jenes Urteils in folgendem Umfang vollstreckbar erklärt wurde: Der Gesuchsteller wird berechtigt erklärt, die Tochter C.\_\_\_\_\_ wie folgt zu betreuen; ab sofort bis 30. April 2020 am ersten und dritten Samstag eines jeden Monats von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr; ab dem 1. Mai 2020 bis 31. Oktober 2020 an den Wochenenden der geraden Kalenderwochen von Samstag, 10.00 Uhr, bis Sonntag, 16.00 Uhr (mit Übernachtung); ab dem 1. November 2020 an den Wochenenden der geraden Kalenderwochen von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Sonntag, 16.00 Uhr (mit Übernachtungen). Im Übrigen wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (Urk. 39). Die mit Verfügung vom 19. Februar 2020 (Urk. 40) eingeholten Beschwerdeantworten der Verfahrensbeteiligten und des Gesuchstellers, in welchen diese auf Abweisung der Beschwerde schlossen, datieren vom 2. März 2020 (Urk. 42) und vom 5. März 2020 (Urk. 45). Sie wurden den jeweiligen Gegenparteien mit Verfügung vom 6. März 2020 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 46). Am 12. März 2020 reichte die Gesuchsgegnerin eine Stellungnahme zu den Beschwerdeantworten (Urk. 47) ein, welche wiederum den jeweiligen Gegenparteien zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (vgl. Urk. 47).

3.3 Rechtsanwältin lic. iur. Z.\_\_\_\_\_ wurde entsprechend des erstinstanzlichen Entscheids auch im obergerichtlichen Rubrum als Kindesvertreterin aufgenommen; wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt (vgl. E. II.A.2.2) geschah dies

zu Unrecht. Entsprechend ist sie im vorliegenden Entscheid nicht länger im Rubrum zu führen.

4. Zwar erwähnt die Gesuchsgegnerin in ihren Anträgen auch die Verfügung vom 8. Januar 2020 (Urk. 28 S. 3), sie ist durch besagten Entscheid (Urk. 26 = Urk. 29) jedoch nicht beschwert (Art. 59 Abs. 1 lit. a ZPO), weshalb hierauf nicht weiter einzugehen ist.

## II.

### A) Verletzungen des rechtlichen Gehörs

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.).

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-

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.

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).

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, Stämpfli 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

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

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/ Afheldt, 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

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 Entscheidung 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.

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.

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 erregen. 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 Richterplichten 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.

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-

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.

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, infolge des zerstörten Vertrauensverhältnisses entlassen zu werden. Nach der gerichtlichen Aufforderung um detaillierte Begründung des Gesuchs habe ihre vormalige 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-

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 bringt 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 ihr 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 Rechtsverteidigung 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

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 Rechtsverbeiständung 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 Rechtsverbeiständung im vorinstanzlichen Vollstreckungsverfahren (vgl. Urk. 1 S. 2), stellte sich in Bezug auf die Gesuchsgegnerin im Scheidungsverfahren wiederum die Frage nach der Bestellung von Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als neuen unentgeltlichen Rechtsvertreter nach der Entlassung der vormaligen unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Gesuchsgegnerin (vgl. Urk. 23/185; Urk. 23/202).

Da Bezirksrichterin lic. iur. E. \_\_\_\_\_ das Protokoll des erstinstanzlichen Scheidungsverfahrens Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ am gleichen Tag zukommen liess (vgl. Urk. 23/164), wie die Originaleingabe seines Aktengesuchs samt dazugehöriger Vollmacht bei ihr einging (vgl. Urk. 23/161 f.), erhellt im Übrigen nicht, inwiefern 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).

3.4. Insgesamt lassen sich den Ausführungen der Gesuchsgegnerin keine Gründe entnehmen, welche auf eine Befangenheit im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO von Bezirksrichterin lic. iur. E. \_\_\_\_\_ schliessen liessen. Das Ausstandsgesuch ist somit abzuweisen. Eine Prüfung der Rechtzeitigkeit des Gesuchs erübrigt sich damit.

C) Ausstandsgesuch gegen Rechtsanwältin lic. iur. Z. \_\_\_\_\_

1. Die Gesuchsgegnerin beantragt, die Kindesvertreterin 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 formell als Kindesvertretung konstituiert; ihre Einsetzung als Kindesvertreterin 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 Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz und nach Gewährung des rechtlichen Gehörs der Parteien gegebenenfalls überhaupt erst zu erfolgen. Damit kann offenbleiben, ob gegen eine Kindesvertreterin überhaupt ein Ausstandsgesuch gestellt werden kann und ob die von der Gesuchsgegnerin gegen Rechtsanwältin lic. iur. Z. \_\_\_\_\_ erhobenen Vorwürfe (unkorrekte Wiedergabe des Inhaltes der Besprechung mit C. \_\_\_\_\_, unvollständige Abklärung des Sachverhaltes, Antragsstellung ohne Abklärung des Kindeswillens, Weiterführung der Kindesvertretung trotz Kenntnis der Abneigung von C. \_\_\_\_\_, abschätzige Bemerkungen über die Gesuchsgegnerin; Urk. 28 S. 16 ff.) auf deren Befangenheit schliessen liessen. Angemerkt 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, DIKE-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

Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Unter den gleichen Voraussetzungen besteht ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung, 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 Rechtsverteidigung 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 Kos-

ten- und Entschädigungsfolgen für das Beschwerdeverfahren trotz Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu regeln.

2. Die Entscheidunggebühr 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 umständehalber 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 Wettsschlagen der Parteientschädigungen erscheint daher vorliegend auch vor diesem Hintergrund gerechtfertigt.

### **Es wird beschlossen:**

1. Das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 8. Januar 2020 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Das Ausstandsgesuch gegen Bezirksrichterin lic. iur. E. \_\_\_\_\_ wird abgewiesen.
3. Auf das Ausstandsgesuch gegen Rechtsanwältin lic. iur. Z. \_\_\_\_\_ wird nicht eingetreten.
4. Dem Gesuchsteller wird für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
5. Der Gesuchsgegnerin wird für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
6. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren wird festgesetzt auf Fr. 1'200.–.
7. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen je auf die Gerichtskasse genommen.  
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
8. Rechtsanwältin lic. iur. Z. \_\_\_\_\_ wird für ihre Bemühungen und Barauslagen für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 1'499.85 aus der Gerichtskasse entschädigt.
9. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
10. Schriftliche Mitteilung an
  - den Gesuchsteller,
  - die Gesuchsgegnerin,
  - Rechtsanwältin lic. iur. Z. \_\_\_\_\_,
  - den Beistand D. \_\_\_\_\_, Jugend- und Familienberatung F. \_\_\_\_\_, ... [Adresse]
  - die Obergerichtskasse,

- die Vorinstanz,  
je gegen Empfangsschein.

Die erst- und zweitinstanzlichen Akten gehen unverzüglich an die Vorinstanz.

11. 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 und 93 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 26. März 2020

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N.A. Gerber

versandt am:  
mc