

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RZ190008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss und Urteil vom 20. Dezember 2019

in Sachen

A. _____,

Verfahrensbeteiligte und Beschwerdeführerin

gegen

B. _____,

Kläger und Beschwerdegegner 1

vertreten durch MLaw X1. _____,

und

C. _____,

Beklagter und Beschwerdegegner 2

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

sowie

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner 3

betreffend **Unterhalt (Kostenfolgen, unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Winterthur vom
24. Juni 2019 (BV190001-K)**

Erwägungen:

1.1 Der Kläger und Beschwerdegegner 1 (fortan Kläger) ist das gemeinsame Kind des Beklagten und Beschwerdegegners 2 (fortan Beklagter) und der weiteren Verfahrensbeteiligten und Beschwerdeführerin (Verfahrensbeteiligte). Die Eltern des Klägers sind bzw. waren nicht miteinander verheiratet. Mit Eingabe vom 20. Juli 2017 reichte Rechtsanwältin lic. iur. X2._____ namens des Klägers eine Klage auf Unterhalt und Regelung des persönlichen Verkehrs beim Einzelgericht im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Winterthur ein (Urk. 3/1). Im Verlauf dieses Verfahrens vertrat Rechtsanwältin lic. iur. X2._____ nicht mehr den Kläger, sondern ausschliesslich die Verfahrensbeteiligte. Dies hatte sie dem betreffenden Gericht mit Eingabe vom 12. Oktober 2017 mitgeteilt (Urk. 3/28). In der Folge wurde für den Kläger zunächst in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X3._____ und hernach in der Person von MLaw X._____ vom Amt für Jugend und Berufsberatung in Winterthur ein Prozessführungsbeistand bestellt (Urk. 3/34; Urk. 3/40; Urk. 3/98). Schliesslich wurde der Beklagte mit Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 9. Juli 2018 verpflichtet, der Verfahrensbeteiligten für die Dauer des Verfahrens an den Unterhalt und die Erziehung des Klägers einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'730.– zuzüglich einen Drittel der ihm vertraglich zustehenden Familienzulagen zu bezahlen (Urk. 3/91; Urk. 3/95). Über die dagegen gerichtete Berufung entschied die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich am 29. März 2019. Dabei wurden die Unterhaltsbeiträge auf monatlich Fr. 3'065.– festgesetzt (*OGer LZ180022 vom 29.03.2019*). Schliesslich wurde im erstinstanzlichen Verfahren auch die Obhut über den Kläger zum strittigen Thema.

1.2 Mit Schreiben vom 7. und 11. März 2019 erhob die Verfahrensbeteiligte gegen Bezirksrichterin lic. iur. D._____ ein Ausstandsbegehren (Urk. 1; Urk. 3/117). Nach Durchführung des Verfahrens entschied die Vorinstanz schliesslich mit Beschluss vom 24. Juni 2019 wie folgt (Urk. 14 S. 10 f. = Urk. 17 S. 10 f.):

1. Das Ausstandsbegehren der weiteren Verfahrensbeteiligten (A._____) gegen Bezirksrichterin lic. iur. D._____ wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Entscheidgebühr für das Ausstandsverfahren wird festgesetzt auf CHF 500.–.
3. Das Gesuch der weiteren Verfahrensbeteiligten (A._____) für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Ausstandsverfahren wird abgewiesen.
4. Die Kosten dieses Entscheids werden der weiteren Verfahrensbeteiligten (A._____) auferlegt.
5. Auf die Zusprechung einer Parteientschädigung an den Kläger und den Beklagten wird verzichtet.
6. (Schriftliche Mitteilung).
7. (Rechtsmittelbelehrung: Beschwerde, Frist 10 Tage, Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO).

1.3 Hiergegen erhob die Verfahrensbeteiligte mit Schreiben vom 15. Juli 2019 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 16. Juli 2019) innert Frist Beschwerde mit dem sinngemässen Antrag, die Dispositivziffern 3 und 4 des angefochtenen Beschlusses seien aufzuheben. Ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sei gutzuheissen, so dass sie die Kosten von Fr. 500.– nicht zu bezahlen habe (Urk. 16).

2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). 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 beanstandet wird, braucht grundsätzlich nicht geprüft zu werden. Werden keine, unzulässige oder ungenügende Rügen erhoben, stellt dies einen nicht behebbaren Mangel dar (vgl. Art. 132 ZPO), d.h. ist nicht eine Nachfrist zur er-

gänzenden Begründung anzusetzen, sondern ist die Beschwerde abzuweisen bzw. ist darauf nicht einzutreten. Sodann sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

3.1 Die Vorinstanz erwog, die Verfahrensbeteiligte habe ihr Ausstandsbegehren mit Vorfällen oder Verhaltensweisen von Bezirksrichterin lic. iur. D._____ begründet, welche im Zeitpunkt der Eingabe vom 11. März 2019 weit mehr als 10 Tage zurückgelegen hätten. Da Ausstandsbegehren unverzüglich zu stellen und zu begründen seien, seien die Vorbringen der Verfahrensbeteiligten offensichtlich verspätet, weshalb sie abzuweisen seien, soweit darauf überhaupt einzutreten sei (Urk. 17 S. 6). Ohnehin genügten die Vorwürfe an Bezirksrichterin lic. iur. D._____ auch inhaltlich nicht, um einen Ausstand zu begründen. So seien richterliche Verfahrens- oder Einschätzungsfehler ebenso wenig Ausdruck einer Voreingenommenheit wie ein inhaltlich falscher Entscheid in der Sache oder Fehler in der Verhandlungsführung (Urk. 17 S. 7 m.w.H.). Es ergebe sich aus dem Verhandlungsprotokoll vom 6. Dezember 2017, dass Bezirksrichterin lic. iur. D._____ die Verfahrensbeteiligte nach den ersten Parteivorträgen ausführlich zur aktuellen Betreuungssituation und zur gesundheitlichen sowie finanziellen Situation befragt habe. Dabei habe sie diese auch offen auf ihre aktuelle gesundheitliche Situation angesprochen und ihr die im Raum stehenden, in Bezug auf sie geäußerten Bedenken hinsichtlich depressiver Verstimmungen und Burnout vorgehalten. Es sei verfehlt, hieraus abzuleiten, Bezirksrichterin lic. iur. D._____ habe der Verfahrensbeteiligte eine Depression unterstellt. Vielmehr habe sie ihr mit diesen Fragen Gelegenheit gegeben, ihren Anspruch auf rechtliches Gehör zu wahren. So habe sie ebenso den Beklagten auf die gegen diesen vorgebrachten Alkoholprobleme angesprochen. Mit diesem Vorgehen habe demnach Bezirksrichterin lic. iur. D._____ sowohl die Probleme der einen als auch der anderen Partei angesprochen und sich damit neutral verhalten. Damit genüge dies nicht, um den Anschein der Befangenheit zu erwecken (Urk. 17 S. 7 f.).

Hinsichtlich der Einwendungen gegen die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 9. Juli 2018 betref-

fend vorsorgliche Massnahmen hielt die Vorinstanz fest, hierüber habe die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit Beschluss und Urteil vom 29. März 2019 entschieden; auch hieraus lasse sich kein Ausstandsgrund ableiten (Urk. 17 S. 8).

Schliesslich kam die Vorinstanz zum Schluss, dass sich aus dem Verhalten von Bezirksrichterin lic. iur. D._____ auch keine unzulässige Verkoppelung des Entscheides über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit der Teilnahme an einer KOFA (kompetenzorientierten Familienarbeit) - Abklärung ergebe. Solches ergebe sich jedenfalls nicht aus deren Schreiben vom 23. Januar 2019 an die Rechtsvertreterin der Verfahrensbeteiligten. Damit sei auch hieraus kein Grund für eine Ablehnung ersichtlich (Urk. 17 S. 8 f.).

In der Folge wies die Vorinstanz das Gesuch der Verfahrensbeteiligten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zufolge offensichtlicher Aussichtslosigkeit (aufgrund des Umstandes, dass die Ausstandsgründe verspätet vorgebracht worden seien) ab (Urk. 17 S. 9).

3.2 Die Verfahrensbeteiligte bringt beschwerdeweise sinngemäss vor, ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das vorinstanzliche Verfahren sei zu Unrecht abgewiesen worden. Sie habe nicht erkennen können, dass sie einen Ausstandsgrund innerhalb von 10 Tagen hätte geltend machen müssen. Eine solche Frist lasse sich nicht dem Gesetz entnehmen (Urk. 16 S. 1). Des Weiteren bringt die Verfahrensbeteiligte vor, die von ihr genannten Ausstandsgründe bestünden nach wie vor. Die Vorinstanz habe die meisten abgehandelt, den einen Grund indes nicht gewürdigt. So sei der Alkoholkonsum des Beklagten von Bezirksrichterin lic. iur. D._____ überhaupt nicht berücksichtigt worden; für sie hingegen habe man eine Erziehungsaufsicht angeordnet, da sie nach Ansicht der besagten Richterin zu viel arbeite und sich zu wenig um den Kläger kümmere. Dies sei eine Ungleichbehandlung, die sie nicht verstehe (Urk. 16 S. 1).

3.3.1 Die Beschwerde der Verfahrensbeteiligten richtet sich explizit nur gegen Dispositivziffer 3 und 4 des angefochtenen Beschlusses. Damit aber sind ihre

Vorbringen – soweit sie das Ausstandsgesuch gemäss Dispositivziffer 1 des angefochtenen Beschlusses als solches betreffen (Urk. 17 S. 10) – unbeachtlich. Ohnehin würden die diesbezüglichen Vorbringen der Verfahrensbeteiligten den gesetzlichen Vorgaben an eine Beschwerdebegründung nicht genügen, da sie sich nicht eingehend mit den diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz auseinandersetzt, sondern sinngemäss den von ihr bereits vor Vorinstanz eingenommenen Standpunkt wiederholt (vgl. Urk. 1 und Urk. 16).

3.3.2 Hinsichtlich ihres abgewiesenen Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege macht die Verfahrensbeteiligte sinngemäss geltend, dieses sei nicht offensichtlich aussichtslos gewesen, da sie die Frist von 10 Tagen nicht habe kennen können (Urk. 16 S. 1). Dem kann nicht gefolgt werden. Zum einen erhob die Verfahrensbeteiligte das Ausstandsgesuch gegen Bezirksrichterin lic. iur. D._____ im Verfahren FK170038-K, in welchem sie von Rechtsanwältin lic. iur. X2._____ vertreten wird. Ebenso war sie im vorinstanzlichen Verfahren betreffend Ausstand anwaltlich vertreten. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach dem Empfänger eines Entscheides, der sich gutgläubig auf eine falsche Rechtsmittelbelehrung verlassen durfte, daraus kein Nachteil erwachsen darf, und von Rechtsanwälten dabei als Mass der zumutbaren Sorgfalt einzig die Konsultation des Gesetzes verlangt wird und kein Vertrauensschutz des Empfängers besteht, wenn sich die Fehlerhaftigkeit der Rechtsmittelbelehrung für den Rechtsanwalt ohne Weiteres aus dem massgebenden Gesetzestext ergibt (BGer 4A_239/2012 vom 10. September 2012, E. 2.5 f.; BGE 117 Ia 421 E. 2; BGE 138 I 49 E. 9.3; BGE 135 III 374 E. 1.2.2.1), ist auf den vorliegenden Fall sinngemäss anwendbar. So kann dem Gesetzestext entnommen werden, dass eine Partei, die eine Gerichtsperson ablehnen will, dem Gericht *unverzüglich* ein entsprechendes Gesuch zu stellen hat, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten habe (Art. 49 Abs. 1 ZPO). Von einer anwaltlich vertretenen Partei darf durchaus die Kenntnis verlangt werden, dass es sich bei der Vorgabe "unverzüglich" lediglich um wenige Tage und nicht um Wochen bis Monate handeln kann. Damit aber hätte die Verfahrensbeteiligte wissen können (und müssen), dass eine diesbezügliche Frist lediglich kurz bemessen ist, auch wenn dem Gesetzestext keine konkrete Anzahl Tage zu entnehmen ist. So ist das Wort "unverzüglich" gleichbedeutend

mit "auf der Stelle", "auf schnellstem Weg", "augenblicklich", "direkt", "ohne Aufschub", "sofort", "unmittelbar". Dementsprechend musste zum anderen auch der Verfahrensbeteiligten selber klar sein, dass ein Ausstandsbegehren nicht erst Wochen und Monate nach der besagten Verhandlung vom 6. Dezember 2017, bzw. nach dem Entscheid der Kammer vom 29. Januar 2019, nämlich am 19. März 2019, gestellt werden darf. Inwieweit sie Ausstandsgründe geltend gemacht haben will, welche lediglich wenige Tage vor Anheben des Ausstandsbegehrens bekannt geworden sein sollen, macht die Verfahrensbeteiligte nicht geltend. Damit aber durfte die Vorinstanz zu Recht davon ausgehen, dass das Ausstandsbegehren verspätet gestellt worden war; sie ist zu Recht darauf nicht eingetreten. Entsprechend aber erwies sich das Gesuch als aussichtslos, weshalb es an einer der beiden Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege fehlte (vgl. Art. 117 lit. b ZPO). Demzufolge wies die Vorinstanz das Gesuch zu Recht ab.

3.3.3 Schliesslich ersucht die Verfahrensbeteiligte um Erlass der Kosten für das vorinstanzliche Verfahren (Urk. 16 S. 1). Zwar können Gerichtskosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlasst haben, aus Billigkeitsgründen dem Kanton auferlegt werden (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Ein Anspruch auf eine solche Auferlegung der Kosten an den Kanton besteht indes nicht. Sodann ist vorliegend gerade keine derartige Konstellation gegeben, welche ein solches Vorgehen rechtfertigte. Im Übrigen macht die Verfahrensbeteiligte dies auch nicht geltend. Eine andere gesetzliche Grundlage, welche es dem Gericht ermöglichen würde, von der Kostenauflage bei Unterliegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) abzusehen, besteht nicht. Damit aber bleibt es bei der vorinstanzlichen Kostenauflage zu Lasten der Verfahrensbeteiligten.

3.4 Somit erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet, weshalb auf das Einholen einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerde ist abzuweisen.

4.1 Im Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege werden grundsätzlich keine Kosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt dies allerdings nur für das Gesuchsverfahren, nicht jedoch für das

darauf folgende Beschwerdeverfahren (BGE 137 III 470). Demgemäss sind für das vorliegende Beschwerdeverfahren auch hinsichtlich jenes Anteils Gerichtskosten festzusetzen, welche das abgewiesene Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege betrifft. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 3 GebV OG und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 800.– festzusetzen und ausgangsgemäss der Verfahrensbeteiligten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2 Die Verfahrensbeteiligte hat für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt (Urk. 16 S. 1). Dieses ist zufolge Aussichtslosigkeit abzuweisen (vgl. vorangehende Erwägungen, Art. 117 ZPO).

4.3 Den Beschwerdegegnern ist mangels relevanter Umtriebe für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 2 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Verfahrensbeteiligten (A._____) um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung erfolgen mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Verfahrensbeteiligten (A._____) auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegner je unter Beilage einer Kopie der Urk. 16, 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. 93 BGG und ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert der Hauptsache beträgt mehr als Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 20. Dezember 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
am