



Kass.-Nr. AA090166/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 3. Dezember 2010

in Sachen

X.,

...

...,

Gesuchstellerin, Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. ...

gegen

Y.,

...

...,

Gesuchsgegner, Kläger und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin I ...

betreffend

Ablehnung von Bezirksrichter Z., Bezirksgericht Meilen,

im Verfahren FP090002 i.S. X. gegen Y. betreffend

Abänderung des Scheidungsurteils

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. November 2009 (VV090036/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Parteien wurden mit Urteil des Bezirksgerichts Uster (Einzelrichter im ordentlichen Verfahren) vom 28. August 2007 geschieden. Seit Januar 2009 stehen sie vor dem Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Meilen in einem Prozess betreffend Abänderung des Scheidungsurteils; dabei geht es hauptsächlich um die Umteilung der vom Scheidungsrichter der Beschwerdeführerin übertragenen elterliche Sorge über die drei unmündigen Kinder an den Beschwerdegegner. Im Rahmen dieses Verfahrens entschied der Einzelrichter mit Verfügung vom 15. April 2009 über die Gesuche beider Parteien um Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Prozesses, namentlich was das Besuchs- und Kontaktrecht des Beschwerdegegners betrifft. Zudem ordnete er die Errichtung einer Besuchsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB für die drei Kinder an. Die übrigen Anträge der Parteien wurden abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden konnte und sie nicht als gegenstandslos geworden abgeschrieben wurden (VK act. 2/2).

2. Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin Rekurs an das Obergericht, u.a. mit dem Antrag, es sei festzustellen, dass der mit dem Verfahren betraute Einzelrichter Z. infolge Befangenheit im Sinne von § 96 Ziff. 4 GVG nicht entscheidungsfähig sei und wonach das Verfahren einem anderen Einzelrichter zur Behandlung zuzuweisen sei (VK act. 2/1). Mit Beschluss vom 18. August 2009 überwies die Rekursinstanz (I. Zivilkammer) das Ablehnungsbegehren teilweise (näher dazu Ziff. 3 nachfolgend) an die insoweit zuständige Verwaltungskommission des Obergerichts. Mit Beschluss vom 3. November 2009 (KG act. 2) wies diese das Ablehnungsbegehren und das Gesuch um Überweisung des Prozesses an einen anderen Einzelrichter ab; die Kosten wurden der Beschwerdeführerin auferlegt. Dagegen richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbe-

schwerde, mit welcher die Beschwerdeführerin beantragt (KG act. 1 S. 2), es sei dessen Dispositiv-Ziffern 1 und 3 aufzuheben, es sei das Ablehnungsbegehren gutzuheissen und der Prozess einem anderen Richter zu überweisen, alles unter entsprechender Regelung der Nebenfolgen. Der Beschwerdegegner und die Vorinstanz haben auf Vernehmlassung bzw. Beantwortung der Beschwerde verzichtet (KG act. 9 und 10).

3. Die Beschwerdeführerin hatte ihr Ausstandsbegehren vor Obergericht einerseits auf das Massnahmeverfahren, andererseits auf den Hauptprozess (betreffend Abänderung des Scheidungsurteils) bezogen. Mit ihrem Beschluss vom 18. August 2009 entschied die I. Zivilkammer des Obergerichts, dass der (erst nach Fällung und Eröffnung des Massnahmeentscheides entdeckte) Ausstandsgrund bezüglich des Massnahmeverfahrens auf dem Rechtsmittelweg geltend zu machen sei und somit in die sachliche Zuständigkeit der Rekursinstanz falle; soweit das Ablehnungsbegehren jedoch den nach wie vor hängigen Hauptprozess selbst betreffe, sei die Verwaltungskommission des Obergerichts zuständig (VK act. 1). Im Rahmen seiner Zuständigkeit wies in der Folge die I. Zivilkammer das Ausstandsbegehren mit Rekursentscheid vom 11. März 2010 ab. Auch dagegen erhob die Beschwerdeführer Nichtigkeitsbeschwerde, auf welche das Kassationsgericht mit Beschluss vom 6. Mai 2010 (Kass.-Nr. AA100047) mangels Anfechtbarkeit im Sinne von § 284 Ziff. 7 ZPO ZH und unter gleichzeitiger Abweisung eines von der Beschwerdeführerin gestellten Gesuchs um Vereinigung beider Verfahren nicht eintrat.

4. Der Beschwerde war mit Verfügung vom 8. Dezember 2009 aufschiebende Wirkung verliehen worden. Mit Schreiben vom 12. April 2010 (KG act. 12) teilte Bezirksrichter Z. dem Kassationsgericht mit, die Parteien hätten dem Gericht eine vom 8. April 2010 datierende umfassende Vereinbarung eingereicht und um Genehmigung derselben ersucht. Gleichzeitig ersuchte er um Anweisung, wie weiter zu verfahren sei, nachdem das Ablehnungsbegehren weiterhin hängig sei. Mit Schreiben vom 15. April 2010 (KG act. 15) teilte der Präsident des Kassationsgerichts Bezirksrichter Z. mit, nachdem keine der Parteien ein Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung gestellt habe (sondern vielmehr die Beschwerdefüh-

rerin gleichentags eine weitere Nichtigkeitsbeschwerde in diesem Zusammenhang eingereicht habe, vgl. oben Ziff. 3), bestehe kein Anlass, auf diesen Entscheid zurückzukommen. Es bleibe somit dabei, dass das Verfahren vor Erstinstanz einstweilen nicht weiterzuführen sei, vorbehältlich einer allfälligen Ausstandserklärung oder Ausstandsbewilligung gemäss § 100 Abs. 2 GVG.

II.

1. Gegen den hier angefochtenen Entscheid ist die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig (vgl. Erw. 3a des Zirkulationsbeschlusses vom 6. Mai 2010 im Verfahren der Parteien Kass.-Nr. AA100047).

Mit Blick auf die eingereichte Parteivereinbarung in der Sache (oben Ziff. I.4) stellt sich die Frage, ob an der Behandlung der Ausstandsfrage noch ein rechtlich schützenswertes Interesse besteht. Dies ist jedoch zu bejahen. Der abgelehnte Einzelrichter ist nach wie vor mit dem Fall befasst und wird über die Genehmigung der Vereinbarung zu befinden haben. Sodann besteht unabhängig davon aus Sicht der Beschwerdeführerin zumindest insofern ein Interesse am Entscheid über die Nichtigkeitsbeschwerde, als im Fall der Gutheissung die obergerichtliche Kostenaufgabe dahin fiele.

2.1 Die Beschwerdeführerin beanstandet einleitend (Beschwerde S. 6 f.), die Vorinstanz gehe ungenau davon aus, sie habe ihr Ablehnungsbegehren mit "fehlerhaften Prozesshandlungen" und "anderen Fehlern" begründet. In Wahrheit habe sie verschiedene Vorgehensweisen des Abgelehnten nachgewiesen, aus denen sich klar der Anschein von Befangenheit ergebe. Zudem habe dieser in seiner Stellungnahme nicht etwa behauptet, es seien ihm prozessuale Fehler unterlaufen; damit sei erstellt, dass seine Handlungsweise bewusst so gewollt gewesen sei. Die Vorinstanz habe sodann an verschiedenen Stellen selber eingeräumt, dass der Abgelehnte das Verfahren mindestens unsorgfältig geführt habe; auch wenn man dies nur als "prozessuale Fehler" taxieren wollte, müsste die Kumulation aller beanstandeten Vorgehensweisen zur Bejahung eines Ablehnungsgrun-

des führen, denn der Anschein von Befangenheit könne sich auch aus verschiedenen Vorgehensweisen ergeben, die in einem Gesamtzusammenhang zu würdigen seien.

Entsprechend macht die Beschwerdeführerin an verschiedenen Stellen geltend (Beschwerde S. 11, 16 unten, 19, 21, 23), dass jedenfalls eine Gesamtwürdigung aller von ihr unter dem Aspekt des Anscheins von Befangenheit im Sinne von § 96 Ziff. 4 GVG vorgetragene Vorkommnisse zur Gutheissung des Ablehnungsbegehrens hätte führen müssen; indem die Vorinstanz dies verneint habe, habe sie einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO ZH verletzt.

2.2 Es trifft zu, dass unter Umständen die Gesamtwürdigung und umfassende Gewichtung aller in einem Ablehnungsbegehren angeführten Umstände, mit anderen Worten erst eine *integrale Betrachtungsweise* zur Bejahung eines Ablehnungsgrundes führt, selbst wenn die angeführten Vorkommnisse je einzeln betrachtet dafür nicht ausreichen (ZR 98 [1999] Nr. 21 Erw. 3c; Kass.-Nr. AA090140 v. 5.8. 2010 i.S. N., Erw. II.3.2; REGINE KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 84). Mit anderen Worten muss z.B. ein einmaliger – allenfalls sogar gravierender – Verfahrensfehler nicht auf persönliche Befangenheit des Richters deuten, während eine Häufung von Verfahrensfehlern oder anderweitigen Vorgehensweisen oder Äusserungen zulasten einer Partei durchaus den Anschein erwecken kann, der betreffende Richter sei nicht willens, die Sache mit der gebotenen Unparteilichkeit zu behandeln.

Die Beschwerdeführerin bezog sich zur Begründung ihres Ablehnungsbegehrens auf eine Reihe von Umständen bzw. Verfahrenshandlungen des Abgelehnten, zu denen die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid Stellung genommen hat. Dem angefochtenen Entscheid lässt sich jedoch nicht eindeutig entnehmen, ob die Vorinstanz neben der Würdigung der einzelnen Umstände auch eine Gesamtwürdigung im oben umschriebenen Sinn vorgenommen hat; jedenfalls ist in der zusammenfassenden Erwägung (Beschluss S. 8, Ziff. 4) lediglich davon die Rede, dass die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Gründe bei objektiver Betrachtung nicht geeignet seien, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Abge-

lehnten zu begründen. Dies kann bedeuten, die Gründe seien je einzeln ungenügend (was die Vorinstanz zum Ausdruck bringt), oder aber sie seien auch in ihrer Gesamtheit nicht geeignet, den Anschein von Unparteilichkeit zu begründen (was aber so nicht gesagt wird). Eine Gesamtwürdigung drängte sich im vorliegenden Fall schon deshalb auf, weil die Vorinstanz zumindest an einer Stelle selber zum Ausdruck bringt, dass das Verhalten des Abgelehnten aus Sicht der Beschwerdeführerin Anlass zu Misstrauen geben konnte (Beschluss S. 6 und nachfolgend Ziff. 5, unangebrachte Behandlung der vom Beschwerdegegner eingereichten "Checkliste"; vgl. auch Beschluss S. 7, unpräzise Formulierung der Verfügung vom 7. April 2009).

Im Folgenden ist somit zunächst (nach Massgabe der Rügen) auf die einzelnen angeführten Vorkommnisse einzugehen und in der Folge eine Gesamtbeurteilung vorzunehmen.

3. Auf eine entsprechende Beanstandung hin hat die Vorinstanz ausgeführt (Beschluss S. 3, Ziff. 3a), in der einzelrichterlichen Verhandlung vom 1. April 2009 habe keine persönliche Befragung der Parteien stattgefunden. Die Beschwerdeführerin macht geltend (Beschwerde S. 7), diese Feststellung sei aktenwidrig; die beiden dem Beschwerdegegner gestellten Fragen seien im Rahmen seiner persönlichen Befragung gestellt worden. Dies trifft nicht zu. Im Anschluss an die Plädoyers (Prot. ER S. 8 ff.) wurden zwar dem Beschwerdegegner vom Einzelrichter noch zwei Fragen gestellt (Prot. ER S. 35), doch handelte es sich dabei nicht um eine formelle persönliche Befragung im Sinne einer Parteibefragung, d.h. im Rahmen des Beweisverfahrens nach § 149 Abs. 1 ZPO ZH, sondern um eine Klärung der vorangehenden Parteivorbringen im Hauptverfahren (RB 1989 Nr. 33; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 1 vor § 149).

4.1 Die Beschwerdeführerin nimmt weiter daran Anstoss, dass der Einzelrichter mit Verfügung vom 7. April 2009 die Einholung eines kinderpsychiatrischen Gutachtens anordnete und den Parteien dabei eine einmalige, nicht erstreckbare Frist von fünf Tagen ansetzte, um zur Person der Gutachterin Stellung zu nehmen. Die Beschwerdeführerin habe daraufhin eine Fristerstreckung bis 4. Mai

2009 beantragt, die jedoch nur teilweise, nämlich bis 30. April 2009 gutgeheissen worden sei.

Die Vorinstanz wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die gleiche Frist auch der Gegenpartei angesetzt wurde; aus der Fristansetzung und der nicht gänzlich gutgeheissenen Fristerstreckung könne keine Befangenheit konstruiert werden (Beschluss S. 3 f.).

4.2 Was die ursprünglich angesetzte Frist von 5 Tagen betrifft, ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass deren Bemessung von vornherein keinen Anschein von Befangenheit begründen konnte, da sie für beide Seiten gleichermaßen galt. Die dagegen erhobene Kritik (Nichtbeachtung von § 190 GVG) ist unter diesem Aspekt unbegründet.

4.3 Im Zusammenhang mit der ihr in der Folge gewährten Fristerstreckung bis 30. April 2009 macht die Beschwerdeführerin geltend, dem Abgelehnten sei aufgrund des begründeten Fristerstreckungsgesuches bekannt gewesen, dass die Beschwerdeführerin bis zum 25./26. April 2009 ferienabwesend gewesen sei und daher ihrer Rechtsvertreterin bis zum 27. April 2009 keine Instruktionen erteilen konnte. Es sei auch darauf hingewiesen worden, dass die beantragte Erstreckung bis zum 4. Mai 2009 genau dazu führe, dass der Beschwerdeführerin fünf Arbeitstage zur Verfügung stünden; dennoch habe er die Frist lediglich bis Donnerstag, 30. April 2009 erstreckt. Dabei falle weiter in Betracht, dass der darauffolgende 1. Mai im Kanton Zürich ein arbeitsfreier Tag sei und auf einen Freitag fiel, womit der Einzelrichter die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 30. April 2009 (wegen des anschliessenden Wochenendes) ohnehin nicht vor Montag, 4. Mai 2009 habe zur Kenntnis nehmen können. Ein unbefangener Richter hätte – so die Beschwerdeführerin weiter – unter diesen Umständen (keine Dringlichkeit, zeitliche Schwierigkeit des Einholens der Instruktionen) das Fristerstreckungsgesuch bis 4. Mai 2009 bewilligt, denn dies hätte aufgrund der genannten kalendarischen Konstellation für den weiteren Verfahrensablauf praktisch keinen Unterschied gemacht; der Beschwerdeführerin wären damit aber zusätzlich vier Tage zur Verfügung gestanden. Es sei offensichtlich, dass der Abgelehnte keinen anderen Grund für die

bloss teilweise Gutheissung des Fristerstreckungsgesuches haben konnte, als die Beschwerdeführerin zu schikanieren.

Es ist einzuräumen, dass im Ergebnis das Vorgehen des Einzelrichters aus Sicht der Beschwerdeführerin geeignet war, einen gewissen Unmut auszulösen. In der Tat hätte die beantragte Erstreckung der Frist bis 4. Mai 2009 insofern für das Gericht praktisch nichts geändert, als die entsprechende Eingabe (ER act. 56) statt am 4. am 5. Mai 2009 eingegangen wäre, während umgekehrt für die Beschwerdeführerin bzw. deren Anwältin damit eine Verlängerung der Frist um vier Tage verbunden gewesen wäre. Es handelt sich um ein Vorkommnis, das zwar für sich allein betrachtet nicht als geeignet erscheint, den Anschein von Befangenheit zu begründen, dem aber in der Gesamtwürdigung Beachtung zu schenken sein wird.

5. Die Beschwerdeführerin nahm sodann die Verfügung des Einzelrichters vom 15. April 2009 (ER act. 48 = VK act. 2/2) bzw. die ihr zugrundeliegende Befragung der Kinder sowie die Zustellungsweise dieser Verfügung zum Anlass für ihr Ablehnungsbegehren.

5.1a) Der genannten Verfügung lag eine vom abgelehnten Richter durchgeführte Anhörung der beiden Kinder A. und B. vom 8. April 2009 zugrunde. Das entsprechende Protokoll wurde den Parteien auf ausdrücklichen Wunsch der Kinder nicht zugänglich gemacht. Die Beschwerdeführerin macht zusammengefasst geltend, aufgrund des aggressiven Verhaltens der beiden Mädchen nach der Anhörung ihr gegenüber sei nicht auszuschliessen, dass der Richter sich bei dieser Anhörung voreingenommen über die Beschwerdeführerin geäussert habe. Sodann habe B. erklärt, sie habe den betreffenden Entscheid gemäss Absprache direkt vom Richter erhalten, dessen Idee es gewesen sei, ihnen den Entscheid in die Schule zu senden.

b) Dazu hält die Vorinstanz fest (Beschluss S. 4 f.), der Abgelehnte habe keine Stellung genommen und einzig auf die Protokolle der früheren Kinderanhörung im Scheidungsprozess sowie auf die neuerliche Kinderanhörung im Abänderungsprozess verwiesen. Dem Wunsch der Kinder nach Vertrauensschutz sei

Rechnung zu tragen; immerhin könne festgehalten werden, dass sich für die Schlussfolgerungen der Beschwerdeführerin weder im Protokoll der Kinderanhörung noch in den übrigen Akten Anhaltspunkte finden liessen. Auch seien die Probleme in der Schule bekannt gewesen, weshalb eine Kooperation als unbedenklich erscheine.

5.2 Was die Beschwerdeführerin hinsichtlich der Kinderanhörung vom 8. April 2009 vorbringt (Beschwerde S. 11 ff.), ist nicht geeignet, einen Ablehnungsgrund zu belegen. Eine Durchsicht des Protokolls belegt den Vorwurf, der abgelehnte Richter habe sich bei dieser Anhörung voreingenommen verhalten, nicht. Insoweit ist auch die Folgerung der Vorinstanz nicht zu beanstanden.

5.3a) Zur Zustellungsweise der Verfügung vom 15. April 2009 macht die Beschwerdeführerin geltend, die heimliche Absprache des Richters mit den Kindern über die Zustellung der Verfügung ohne Information der anderen Parteien und insbesondere ohne Information der Prozessbeiständin der Kinder und der sorgeberechtigten Beschwerdeführerin bestätige den Anschein der Befangenheit, womit sich jedoch die Vorinstanz nicht näher auseinandersetze (Beschwerde S. 13). Das Vorgehen bei der Zustellung der Verfügung an die Kinder lasse keinen anderen Schluss zu, als dass der Abgelehnte die Beschwerdeführerin gezielt habe umgehen wollen, weil er ihr gegenüber voreingenommen sei und angenommen habe, sie werde den Kindern den Entscheid über die Frage des Besuchsrechts vorenthalten.

Die Beschwerdeführerin weist weiter darauf hin, dass die Kinder im Abänderungsverfahren Parteistellung und eine Prozessbeiständin in der Person einer Anwältin hätten. Gemäss den gesetzlichen Bestimmungen habe die Mitteilung von Entscheiden an anwaltlich vertretene Parteien an den Anwalt zu erfolgen; die direkte Zustellung widerspreche dem zürcherischen Gerichtsgebrauch. Zudem würden nach zürcherischer Praxis in familienrechtlichen Prozessen schriftliche Entscheide allein dem Parteivertreter zugestellt. In Kenntnis dieser Bestimmungen habe der abgelehnte Richter – offenbar nach geheimer Absprache mit den Kindern – den in Frage stehenden Entscheid nebst der Prozessbeiständin zusätzlich den Kindern direkt zugestellt, wozu kein objektiver Anlass bestanden habe.

b) Aufgrund der Akten ergibt sich (in Übereinstimmung mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin), dass die Verfügung vom 15. April 2009 nebst den Rechtsvertretern der Parteien und der Prozessbeiständin der Kinder (ER act. 49) auch den Kindern persönlich in die Schule zugestellt worden war (vgl. OG [Rekursbeilage] 5/6). Ob im vorliegenden Verfahren den Kindern Parteistellung oder parteiähnliche Stellung (im Sinne von Verfahrensbeteiligten) zukommt (vgl. SCHWENZER [Hsrg.], FamKomm Scheidung, N 7 zu Art. 134 mit Art. 315a/b ZGB), kann hier mangels Relevanz offen bleiben. Es ist jedenfalls nicht ersichtlich, inwiefern die Direktzustellung an die beiden Töchter Ausdruck von Befangenheit des Richters gegenüber der Beschwerdeführerin sein sollte. Ein allfälliges Vorhalten dieses Entscheides durch die Beschwerdeführerin gegenüber den Kindern konnte von vornherein kein Thema sein, weil der Entscheid auch der Prozessbeiständin der Kinder zugestellt wurde und diese somit ohnehin Kenntnis davon erlangt hätten. In ausstandsrechtlicher Hinsicht ist das Vorgehen somit ohne Bedeutung; im Übrigen ist festzuhalten, dass die direkte Zustellung eines Entscheides an eine anwaltlich vertretene Partei keineswegs untersagt ist, sondern in der Regel lediglich keine rechtliche Wirkung entfaltet, insbesondere keine Fristen auslöst (HAUSER/SCHWERI, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 187 N 5).

5.4 Die Beschwerdeführerin beanstandet in diesem Zusammenhang (Beschwerde S. 15 f.) auch die Feststellung der Vorinstanz, wonach die Kooperation des Abgelehnten mit der Schule unbedenklich erscheine, weil die Probleme dort bekannt gewesen seien. Zur Begründung führt sie aus, dass der Prorektor der Schule sich bereits zuvor gegen eine Instrumentalisierung der Schule im Rahmen dieses Verfahrens zur Wehr gesetzt habe und nicht zur Entgegennahme von Gerichtsurkunden bevollmächtigt gewesen sei. Vor allem erscheine das Vorgehen aber unter dem Aspekt der strafrechtlichen Bestimmungen über das Amtsgeheimnis problematisch. Zwar sei den betreffenden Lehrern bekannt gewesen, dass ein Verfahren betreffend Abänderung des Scheidungsurteils hängig war; dies bedeute aber nicht, dass sie im Detail über den Verfahrensstand und über den Erlass konkreter Verfügungen informiert gewesen wären. Es sei nicht auszuschliessen, dass die juristische Sekretärin bzw. der Abgelehnte dem Prorektor auch Details

zum Verfahrensstand und zum Inhalt des Kuverts preisgegeben hätten. In diesem Zusammenhang wird auch gerügt, dass sich den Akten nichts über den Inhalt eines Telefongesprächs zwischen dem Prorektor der Schule und der juristischen Sekretärin des Einzelrichters entnehmen lasse. Dadurch, dass die Vorinstanz in diesem Vorgehen keinen Ablehnungsgrund erblickte, habe sie wiederum einen wesentlichen Verfahrensgrund verletzt.

Das vom Einzelrichter gewählte Vorgehen bei der Zustellung der Verfügung über die Schulleitung an die beiden Kinder mag angesichts der Tatsache, dass die Schule nach den eigenen Vorbringen der Beschwerdeführerin über das Verfahren als solches informiert war, vertretbar erscheinen; eine Gefahr der Verletzung des Amtsgeheimnisses (bezüglich des konkreten Inhalts der Verfügung) bestand zufolge der Übergabe in einem Kuvert wohl nicht. Immerhin erscheint ein solches Vorgehen aber als ungewöhnlich, und es ist auch hier ein Unbehagen aus Sicht der Beschwerdeführerin durchaus nachvollziehbar, zumal – wie bereits erwähnt – die Verfügung den Kindern ohnehin über deren Rechtsbeiständin zugeleitet worden wäre. Auch hier wird im Rahmen der Gesamtwürdigung eine abschliessende Würdigung vorzunehmen sein.

6.1 Mit Schreiben vom 6. April 2009 (ER act. 38, als "vertraulich" gekennzeichnet) liess der Beschwerdegegner dem Einzelrichter eine Art "Checkliste" für die Kinderanhörung zukommen, worin er insgesamt über 40 Fragen auflistete, die der Richter den Kindern stellen sollte. Die Beschwerdeführerin beanstandete in diesem Zusammenhang, dass das Schreiben vom Abgelehnten zu den Akten genommen worden sei, ohne sie darüber in Kenntnis zu setzen. Nachträglich habe sie die Fragen gemäss "Checkliste" den Kindern vorgelegt mit der Bitte, diejenigen Fragen anzukreuzen, die ihnen anlässlich der Anhörung gestellt worden seien, was diese getan hätten. Somit sei erstellt, dass der Abgelehnte sich bei der Anhörung der vom Beschwerdegegner vorbereiteten Checkliste bedient habe, wogegen die Beschwerdeführerin keine Möglichkeit gehabt habe, eigene Fragen vorzubereiten oder sich auch nur zum Resultat der Kinderanhörung zu äussern.

Die Vorinstanz ging auf diese Vorbringen, soweit damit eine Gehörsverletzung geltend gemacht wurde, im Hinblick auf die Möglichkeit der Heilung des

Mangels im Rekursverfahren nicht näher ein. Weiter hielt sie fest (Beschluss S. 5/6), zwar habe der Beschwerdegegner dem Einzelrichter ein vertrauliches Memorandum mit zahlreichen Fragen an die Kinder gesandt; es seien aber – auch aus dem Protokoll der Anhörung – keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Abgelehnte tatsächlich Fragen aus dieser Liste vorgelegt habe oder sich sonstwie dadurch habe beeinflussen lassen. Auch das nachträgliche Ankreuzen von Fragen durch die Kinder bilde keinen Beweis dafür; es sei durchaus möglich, dass er ohnehin Fragen in dieser Art und Weise habe stellen wollen. Der Beschwerdeführerin sei aber immerhin beizupflichten, dass es, um Vorwürfe der Beeinflussung gar nicht entstehen zu lassen, angebracht gewesen wäre, dieses vertrauliche Memorandum entweder dem Beschwerdegegner zurückzusenden oder aber der Beschwerdeführerin davon Kenntnis zu geben.

6.2 Die Beschwerdeführerin hält daran fest (Beschwerde S. 17 f.), dass der Abgelehnte insbesondere dadurch, dass er das genannte Memorandum mit Frageliste zu den Akten genommen und die Beschwerdeführerin nicht darüber in Kenntnis gesetzt habe, der Anschein von Befangenheit erweckt habe. Hinsichtlich der Stellung von Fragen wisse man zwar in der Tat nicht, ob der Abgelehnte die von den Kindern angekreuzten Fragen schon von sich aus gestellt hätte, was aber angesichts des vorangehenden Vorgehens irrelevant sei. Indem die Vorinstanz selber einräume, dass der Abgelehnte das Memorandum entweder hätte zurücksenden oder aber die Beschwerdeführerin darüber informieren sollen, anerkenne sie, dass der Verdacht der Beschwerdeführerin nachvollziehbar sei.

6.3 Man kann sich ernstlich fragen, ob der Beschwerdegegner mit seiner an den Einzelrichter gerichteten "vertraulichen" Eingabe vom 6. April 2009 zumindest in die Nähe des in § 129 GVG verankerten Verbots des Berichtens, welches in unmittelbarem Zusammenhang mit der Garantie der richterlichen Unparteilichkeit steht (vgl. ALFRED TEMPERLI, Vom Verbot des Berichtens, in: Rechtsschutz, FS Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 245 ff.), geriet oder sogar die Grenze dazu überschritt. Indem er im Hinblick auf die Kinderanhörung unaufgefordert einen Fragenkatalog einreichte und seine Eingabe gleichzeitig als "vertraulich" kennzeichnete, konnte jedenfalls der Eindruck entstehen, er versuche den Richter

ausserhalb des durch die Verfahrensordnung gezogenen Rahmens zu beeinflussen und lege Wert darauf, dass die Gegenseite davon keine Kenntnis erlange.

Grundsätzlich gilt, dass eine Zuwiderhandlung eines Richters gegen das Verbot des Berichtens (also die Berichtannahme) den Anschein von Befangenheit zu begründen vermag (vgl. HAUSER/SCHWERI, a.a.O., § 96 N 37). Selbst wenn im vorliegenden Fall noch nicht von einem eigentlichen (vollendeten) Berichten im Sinne von § 129 GVG ausgegangen wird, weil die in Frage stehende Eingabe immerhin in den Akten aufscheint, hätte – wie auch die Vorinstanz ausführt – zur Vermeidung jeglichen Verdachts der Beeinflussung für den Abgelehnten Anlass bestanden, die Beschwerdeführerin darüber sofort in Kenntnis zu setzen. Gerade in diesem Zusammenhang kann denn auch schon ein geringfügiger Anlass geeignet sein, den Anschein von Befangenheit zu erwecken (ZR 96 Nr. 8 und dazu TEMPERLI, a.a.O., S. 256).

Letztlich kann offen bleiben, ob das Verhalten des Abgelehnten in diesem Zusammenhang schon für sich allein einen Ausstandsgrund (im Sinne des Anscheins von Befangenheit) zu begründen vermag. Wie sich aus dem Nachfolgenden (Ziff. 10) ergibt, führt jedenfalls die gebotene Gesamtbetrachtung zur Bejahung eines solchen.

7.1 Ein weiterer Punkt des Ablehnungsbegehrens betrifft die Formulierung der Fragen an die im Hauptverfahren bestellte Gutachterin. Danach habe der Abgelehnte die Fragen so formuliert, als wäre die Beschwerdeführerin nicht bereits Inhaberin der alleinigen elterlichen Sorge; weiter habe er in der betreffenden Verfügung unzutreffend festgehalten, dass beide Parteien nunmehr die elterliche Sorge beantragt hätten, obschon die Beschwerdeführerin diese gemäss vorangehendem Scheidungsurteil bereits innehatte.

Die Vorinstanz erwog dazu (Beschluss S. 7), zwar sei in den entsprechenden Verfügungen unpräzise davon die Rede, beide Parteien hätten das Sorgerecht beantragt, während gemäss rechtskräftigem Scheidungsurteil das Sorgerecht nach wie vor der Beschwerdeführerin zustehe und sie somit bloss die Abweisung des Änderungsantrags beantrage. Aus dieser Ungenauigkeit könne je-

doch nicht auf Voreingenommenheit geschlossen werden. Ebenso wenig ergebe sich eine solche aus der Fragestellung an die Gutachterin, wo die Fragen neutral abgefasst seien. Schliesslich – so die Vorinstanz – werde die Gutachterin anhand sämtlicher ihr zugestellten Verfahrensakten selbst festgestellt haben, dass die Beschwerdeführerin bereits Inhaberin der elterlichen Sorge sei und dass vom Beschwerdegegner eine Abänderung beantragt werde.

7.2 Auch in diesem Zusammenhang ist die Beschwerdeführerin der Auffassung (Beschwerde S. 19 f.), die Formulierung der Fragen wie auch die Formulierung in der Verfügung vom 6. Mai 2009, mit welcher die Gutachterin bestellt wurde, bringe zum Ausdruck, dass der Abgelehnte davon ausgehe, beide Parteien beantragten die Zuweisung der elterlichen Sorge, was Ausdruck von Befangenheit gegenüber der Beschwerdeführerin sei, welche ja bereits Inhaberin der elterlichen Sorge sei. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz handle sich dabei nicht um eine bloss (redaktionelle) Ungenauigkeit ohne Relevanz; Fehler und unsorgfältige Prozessführung seien unter dem Aspekt der Ablehnung wegen Befangenheit auch relevant, wenn ein Richter gegenüber einer bestimmten Partei offensichtlich nicht das sonst übliche Mass an Sorgfalt aufwende.

Es erübrigt sich, im Einzelnen auf die weiteren diesbezüglichen Parteivorbringen einzugehen. Auch hier ist festzuhalten, dass zwar eine ungenaue Formulierung einer Frage an die Sachverständige in der Regel nicht genügt, um den Anschein von Befangenheit zu begründen; in Kombination mit weiteren Vorkommnissen ist aber auch diesem Umstand besondere Beachtung zu schenken.

8. Mit der Verfügung vom 15. April 2009 wurde das einstweilige Besuchs- und Kontaktrecht des Beschwerdegegners in einer Weise geregelt, die über dessen Anträge hinausgeht. Auch darin erblickte die Beschwerdeführerin den Ausdruck unzulässiger Bevorzugung des Beschwerdegegners und damit von Befangenheit. Die Vorinstanz erachtete die Frage, ob es zulässig sei, im Interesse des Kindeswohls über die Parteianträge hinauszugehen, als "appellatorische" Kritik und im Rahmen des Rekursverfahrens zu entscheiden, was auch für den Vorwurf mangelhafter Begründung gelte; jedenfalls könne daraus nicht auf eine Bevorzugung der Gegenseite geschlossen werden (Beschluss S. 7).

Die Beschwerdeführerin anerkennt (Beschwerde S. 21 f.), dass der Richter im Rahmen der Oficialmaxime in Kindessachen nicht an die Parteianträge gebunden ist, macht aber geltend, in diesem Fall habe er zumindest zu begründen, weshalb er so vorgehe. Letzteres trifft zu; der Einzelrichter ist aber offenbar nach § 158 Abs. 1 Satz 1 GVG vorgegangen und hat zunächst eine unbegründete Verfügung erlassen. Entsprechend hat er in Dispositiv-Ziff. 10 seiner Verfügung Frist angesetzt, um eine Begründung zu verlangen. Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden.

9. Ob schliesslich, was die Beschwerdeführerin geltend macht (Beschwerde S. 22 f.) und die Vorinstanz verneint hat (Beschluss S. 8), aus der Begründung der Ablehnung des von der Kinderbeiständin beantragten Mediationsverfahrens durch den Einzelrichter der Anschein von Voreingenommenheit herausgelesen werden kann, kann hier mangels Erheblichkeit offen gelassen werden.

10. Im Sinne des Ausgeführten sind im Sinne der gebotenen Gesamtwürdigung folgende Vorkommnisse zu rekapitulieren, die sich im Ergebnis zulasten der Beschwerdeführerin auswirkten bzw. bei dieser den Eindruck entstehen lassen konnten, der Einzelrichter lasse sich zu ihrem Nachteil von sachfremden Erwägungen leiten:

- bloss teilweise Fristerstreckung (Erw. 4.3);
- Zustellung der Verfügung vom 15. April 2009 an die Kinder über nicht in die Sache involvierte Schulverantwortliche (Erw. 5.4);
- Entgegennahme der vom Beschwerdegegner als vertraulich bezeichneten "Checkliste" ohne gleichzeitige Avisierung der Beschwerdeführerin über den Eingang dieses Schreibens (Erw. 6.3);
- ungenaue Formulierung der Verfügungen im Zusammenhang mit der Gutachterin (Erw. 7.2).

Aus dieser Häufung von Vorkommnissen, bei welcher die unkommentierte bzw. der Beschwerdeführerin nicht avisierte Entgegennahme der "Checkliste" des

Beschwerdegegners im Hinblick auf die Kinderanhörung am schwersten ins Gewicht fällt, ergibt sich im Rahmen einer gesamthaften Beurteilung, dass aus Sicht der Beschwerdeführerin mit Bezug auf den abgelehnten Einzelrichter in objektiv nachvollziehbarer Weise der Anschein von Befangenheit entstehen konnte. Insofern ist der Ablehnungsgrund des Anscheins von Befangenheit im Sinne von § 96 Ziff. 4 GVG bzw. Art. 30 Abs. 1 BV gegeben. In Gutheissung der Beschwerde ist daher der angefochtene Entscheid gestützt auf § 281 Ziff. 1 ZPO ZH aufzuheben.

11. Die Sache ist spruchreif. Das Ausstandsbegehren ist im Sinne vorstehender Erwägungen gutzuheissen und es ist festzustellen, dass Bezirksrichter Z. im vorliegenden Verfahren der Parteien den Ausstand zu beachten hat.

12. Ausgangsgemäss sind die Kosten beider Instanzen auf die Gerichtskasse zu nehmen, nachdem sich der Beschwerdegegner am Ablehnungsverfahren nicht beteiligt hat.

Mangels gesetzlicher Grundlage kann der Beschwerdeführerin weder für das Verfahren vor Verwaltungskommission noch für das Beschwerdeverfahren eine Entschädigung aus der Gerichtskasse zugesprochen werden.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird der Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. November 2009 aufgehoben.
2. In Gutheissung des Ablehnungsbegehrens wird festgestellt, dass Bezirksrichter Z. im vorliegenden Verfahren der Parteien den Ausstand zu beachten hat.
3. Die Kosten des Verfahrens vor Obergericht und des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.

4. Es wird keine Prozessentschädigung ausgerichtet.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich sowie an das Bezirksgericht Meilen, Bezirksrichter Z. (Proz.- Nr. FP090002), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Generalsekretär: