Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: PC160006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiber MLaw P. Klaus

Urteil vom 15. Juni 2016

in Sachen

A._____,
Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

gegen

B._____,
Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **Ausstand eines Mitglieds des Bezirksgerichts Meilen im Prozess FE110144**

Beschwerde gegen ein Urteil des Gerichtspräsidenten des Bezirksgerichtes Meilen vom 22. Januar 2016; Proz. BV150022

Erwägungen:

I.

1.

1.1. Seit dem 30. September 2011 ist am Bezirksgericht Meilen ein Scheidungsverfahren zwischen den Parteien hängig (act. 17/1-525). In dessen Rahmen wurden die gemeinsamen Kinder C._____, geboren am tt.mm.2005, und D._____, geboren am tt.mm.2008, mit Schreiben vom 26. Oktober 2015 an die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Beschwerdeführerin) zur Anhörung auf den 9. November 2015 vorgeladen (act. 17/429). Mit Schreiben vom 28. Oktober 2015 wies der Kindesverfahrensvertreter darauf hin, dass die Beschwerdeführerin ihm gegenüber erklärt habe, dass sie nicht daran denke mit den Kindern zur angesetzten Anhörung zu erscheinen (act. 17/432). Zum vorgesehenen Anhörungstermin ist sodann auch niemand erschienen (Prot. VI S. 160).

1.2. In der Folge wurde ein neuer Termin für die Kinderanhörung auf den 17. November 2015 anberaumt (act. 17/437) und die Beschwerdeführerin mit begründeter Verfügung vom 11. November 2015 unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle verpflichtet, dafür besorgt zu sein, dass C._____ und D._____ zum neu angesetzten Termin erscheinen (act. 17/436). Mit Schreiben vom 13. November 2015 erklärte die Beschwerdeführerin u.a., dass die Kinder nicht zur Anhörung erscheinen möchten (act. 17/450), worauf das Gericht abermals einen neuen Termin für die Kinderanhörung auf den 24. November 2015 festlegte (act. 17/457) und die Beschwerdeführerin mit begründeter Verfügung vom 17. November 2015 erneut unter Strafandrohung verpflichtete, für das Erscheinen der Kinder besorgt zu sein (act. 17/451).

1.3. Mit Eingabe vom 19. November 2015 erklärte die Beschwerdeführerin, dass C._____ und D._____ einfach nicht ins Gerichtsgebäude gehen möchten, und fragte, ob die Kinderanhörung nicht bei ihr und den Kindern zu Hause stattfinden könnte (act. 17/466). Im Anschluss daran nahm das Gericht mit Verfügung

vom 23. November 2015 die Ladung für den 24. November 2015 erneut ab und führte in der Begründung aus, dass das Gericht die Anhörung in der Schule der Kinder durchführen werde, wobei der Termin direkt mit der Schulverwaltung bzw. den Lehrpersonen abgesprochen werde (act. 17/467).

1.4. Telefonisch setzte das Gericht sodann den Anhörungstermin in Absprache mit der Schulleitung von E._____ und der Hortleiterin von D._____ auf den 26. November 2015, 13.00 Uhr an (Prot. VI S. 167-169). Mit Schreiben vom 24. November 2015 erklärte die Beschwerdeführerin sodann, dass die Kinder einer Anhörung in der Schule zugestimmt hätten, jedoch ausdrücklich wünschten, nur im Beisein von Kinderpsychologin F._____ angehört zu werden (act. 17/472). Entsprechend lud das Gericht F._____ mit E-Mail vom 25. November 2015 zur Kinderanhörung ein. Diese erklärte jedoch, dass sie am vorgesehenen Termin unpässlich sei (act. 17/474). Die Kinderanhörung von D._____ und C._____ fand schliesslich am 26. November 2015 ohne die Kinderpsychologin im Schulhaus G._____ in E._____ statt (Prot. VI S. 171 ff.).

2. Mit Eingabe vom 3. Dezember 2015 stellte die Beschwerdeführerin dem Gericht sodann folgende Anträge (act. 17/496 = act. 11/1):

> "1. Die zuständige Richterin Frau Dr. iur. H._____ sei unverzüglich wegen Befangenheit durch einen unabhängigen und unparteilichen Richter zu ersetzen.
>
> 2. Die in der Kinderanhörung vom 26. November 2015 unrechtmässig erlangten nachfolgend genannten Informationen seien für unverwertbar zu erklären.
>
> 3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates."

Innert angesetzter Frist (act. 11/3) nahmen Bezirksrichterin Dr. iur. H._____ (act. 11/7) sowie der Gesuchs- und Beschwerdegegner (fortan Beschwerdegegner) zum Ausstandsgesuch Stellung (act. 11/8). Auf die unaufgeforderte Eingabe der Beschwerdeführerin vom 11. Dezember 2015 (act. 11/4) erstattete Bezirksrichterin Dr. iur. H._____ am 23. Dezember 2015 eine ergänzende Stellungnahme (act. 11/9). Mit Urteil vom 22. Januar 2016 wies der Gerichtspräsident des Bezirksgerichts Meilen (fortan Vorinstanz) das Ausstandsgesuch ab und trat im Weiteren nicht auf die Begehren der Beschwerdeführerin ein (act. 11/15 = act. 17/521 = act. 20/1 = act. 21).

3. Gegen dieses Urteil erhebt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 8. Februar 2016 Beschwerde. Sie stellt folgende Rechtsmittelanträge (act. 19):

> "1. Das Urteil des Gerichtspräsidenten des Bezirksgerichtes Meilen vom 22. Januar 2016 sei vollumfänglich aufzuheben. Es sei das Gesuch betreffend Ausstand von Frau Dr. iur. H._____ vom 3. Dezember 2015 gutzuheissen. Ebenfalls seien die in der Kinderanhörung vom 26. November 2015 unrechtmässig erlangten Informationen für unverwertbar zu erklären, und es sei das missbräuchliche Auskunftsbegehren von Frau H._____ an die Sozialbehörde E._____ vom 3. Dezember 2015 rückgängig zu machen (siehe meine Eingabe vom 11. Dezember 2015).
>
> 2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % Mwst.) zulasten des Gesuchsgegners bzw. zulasten des Staates."

4. Mit Verfügung vom 19. Mai 2016 wurde dem Beschwerdegegner Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 26). Am 2. Juni 2016 wurde ihm zudem eine neuerliche Eingabe der Beschwerdeführerin vom 31. Mai 2016 samt Beilagen (act. 28 sowie act. 29/1-2) zugestellt (act. 30). Der Beschwerdegegner liess sich innert Frist nicht vernehmen bzw. äusserte sich nicht zur Eingabe. Die vorinstanzlichen Akten sind beigezogen (act. 1-16 sowie act. 17/1-525). Die Sache ist spruchreif.

II.

1. Gegen erstinstanzliche Entscheide über strittige Ausstandsgesuche nach Art. 50 Abs. 1 ZPO steht das Rechtsmittel der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO offen (Art. 50 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO). Die Beschwerdeführerin reichte die Beschwerde fristgerecht ein (act. 19 i.V.m. act. 11/16/4; Art. 321 Abs. 2 ZPO). Sie ist mit Anträgen versehen und schriftlich begründet (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Dem Eintreten steht nichts entgegen.

2.

2.1. Die Vorinstanz stellte zur Begründung ihres Entscheids im Wesentlichen zunächst die verschiedenen Parteivorbringen einander gegenüber und setzte sich im Anschluss mit jedem einzelnen Vorbringen der Beschwerdeführerin unter dem Blickwinkel auseinander, ob die geltend gemachten Ausstandsgründe unter den

konkreten Umständen Anlass zu objektiv berechtigten Zweifeln an der Unparteilichkeit von Bezirksrichterin Dr. iur. H._____ geben. Sie kam dabei zum Ergebnis, dass die Vorbringen der Beschwerdeführerin – soweit auf ihre Anträge überhaupt eingetreten werden könne – weder für sich alleine noch im Zusammenhang mit früheren Handlungen der Einzelrichterin einen Ablehnungsgrund zu begründen vermögen (act. 21 S. 4 ff.).

2.2. Sie verwarf dabei insbesondere die Rüge der Beschwerdeführerin, wonach die Kinderanhörung vom 26. November 2015 einerseits terminlich nicht mit ihr abgesprochen worden sei und andererseits – entgegen des von ihr dem Gericht mitgeteilten Wunsches der Kinder – nicht in Anwesenheit der Kinderpsychologin F._____ und überfallartig stattgefunden habe. Weiter erachtete die Vorinstanz auch das Argument, wonach die abgelehnte Richterin C._____ und D._____ anlässlich der Kinderanhörung als Informationsquellen missbraucht haben soll, zur Begründung eines Ausstandsgrunds für nicht stichhaltig. Im Weiteren wies die Vorinstanz den Vorwurf der generellen Parteilichkeit von Bezirksrichterin Dr. iur. H._____ als pauschal, ohne jegliche Konkretisierung und damit als ungenügend zurück (act. 21 S. 12 ff.).

3.

3.1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde führende Partei hat sich dabei mit der Begründung des vorinstanzlichen Entscheides einlässlich auseinander zu setzen und anzugeben, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet (Art. 321 ZPO; vgl. im Einzelnen BK ZPO-Sterchi, Art. 321 N 15 ff.). Neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 ZPO), weil es bei der Beschwerde nicht um die Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern im Wesentlichen um eine Rechtskontrolle des vorinstanzlichen Entscheides geht (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 3. Aufl. 2016, Art. 326 N 3).

3.2. Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Rechtsmitteleingabe eine Verletzung der Ausstandsbestimmungen in Art. 47 ff. ZPO geltend. Auch vor der Rechtsmittelinstanz begründet sie ihr Ausstandsgesuch im Wesentlichen damit, dass die überfallartige und treuwidrige Durchführung der Kinderanhörung am 26. November 2015 ohne terminliche Vorankündigung und in Abwesenheit von Kinderpsychologin F._____ – entgegen der Meinung der Vorinstanz – eine schwerwiegende Pflichtverletzung von Bezirksrichterin Dr. iur. H._____ darstelle, welche ihre Befangenheit zeige. Die abgelehnte Bezirksrichterin habe die Kinderpsychologin nur pro forma eingeladen. Das Gericht habe deren Abwesenheit an der Anhörung geplant. Unter Vorspiegelung der falschen Tatsache, dass sie eingeladen gewesen wäre, aber nicht gekonnt hätte, sei den Kindern C._____ und D._____ das Einverständnis zur Anhörung in Abwesenheit von Kinderpsychologin F._____ abgenötigt worden. Es treffe weiter nicht zu, dass sie die Kinder in irgendeiner Form manipuliert habe, damit diese nicht zur Anhörung hätten gehen wollen. Es stimme nicht, dass sie unentschuldigt nicht zur Kinderanhörung vom 9. November 2015 erschienen seien. Es sei telefonisch mit dem Kinderprozessbeistand, Rechtsanwalt lic. iur. Y._____, vereinbart gewesen, dass dieser das Gericht darüber informieren werde, dass C._____ und D._____ nicht zur Kinderanhörung erscheinen werden (act. 19 S. 1 ff.).

Weiter habe die zuständige Einzelrichterin in der Kinderanhörung auch inhaltlich schwere Fehler begangen, welche den Anschein der Befangenheit begründen würden. Sie habe C._____ und D._____ als Informationsquellen missbraucht, um einerseits etwas gegen die Beschwerdeführerin in der Hand zu haben (angebliche Arbeitstätigkeit) und um andererseits in deren intimen Beziehungsleben herumzuschnüffeln, obwohl sie dies – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – zuvor nie in das Scheidungsverfahren eingebracht hätte (act. 19 S. 5 f.).

Schlussendlich sei Bezirksrichterin Dr. iur. H._____ im Scheidungsverfahren immer wieder durch ihre parteiische Haltung zu Lasten der Beschwerdeführerin aufgefallen. So habe sie beispielsweise bis heute zu keinem Zeitpunkt durchblicken lassen, dass sie das vom Beschwerdegegner im Scheidungsverfahren

geltend gemachte Einkommen von netto lediglich Fr. 3'000.– pro Monat trotz deutlich gegenteiliger Hinweise anzweifeln würde (act. 19 S. 7).

III.

1.

1.1. Wie die Vorinstanz bereits zutreffend ausführte (act. 21 S. 10 f.), gewährleisten Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 47 ff. ZPO den Anspruch auf einen unparteiischen, unbefangenen und unvoreingenommenen Richter. Nach der Lehre und Rechtsprechung, die die Vorinstanz richtig wiedergab, ist Voreingenommenheit bzw. Befangenheit dann anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die auch in den Augen eines objektiven, vernünftigen Menschen geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des abgelehnten Richters zu wecken. Das Misstrauen muss in objektiver Weise begründet erscheinen (BGE 139 III 433, E. 2.1.2; 134 I 239, E. 2.1). Dabei genügt es, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken und den Verfahrensausgang nicht mehr als offen erscheinen lassen (BGE 139 III 120, E. 3.2.1; 136 I 207, E. 3.1; 134 I 238, E. 2.1, je mit Hinweisen).

1.2. Richterliche Rechtsanwendungsfehler sind im Rechtsmittelverfahren zu beheben und vermögen keinen hinreichenden Anschein der Befangenheit zu begründen. Wie die Vorinstanz allerdings zu Recht anführte (act. 21 S. 11), bleiben besonders krasse und wiederholt einseitig zulasten einer Partei gerichtete Irrtümer vorbehalten, die einer schweren Amtspflichtverletzung gleichkommen und damit den Anschein der Voreingenommenheit infolge einer Haltung, die auf fehlender Distanz oder Neutralität beruht, begründen (BGE 138 IV 142, E. 2.3; BGer 5A_579/2012 vom 10. September 2012, E. 2.1 sowie zuletzt 5A_924/2012 vom 29. Mai 2015, E. 2.3. m.w.H.). Richtig erfolgte auch der Hinweis (act. 21 S. 12), dass es sich dabei um unverständliche Verhaltensweisen handeln müsse. Blosse Ungeschicklichkeiten oder Missverständnisse reichen nicht aus (BGer 5A_206/2008 vom 23. Mai 2008, E. 3.2 ff.).

2.

2.1. Auch wenn es auf den ersten Blick ungewöhnlich erscheinen mag, dass eine Kinderanhörung in der Schule stattfindet und der Termin direkt mit der Schulverwaltung abgesprochen wird, ist darin keine schlechthin unverständliche Verhaltensweise des Gerichts zu sehen, die eine Befangenheit der abgelehnten Bezirksrichterin offenbaren würde. Zwar ist grundsätzlich davon abzuraten, Kinder in ihrem persönlichen Umfeld anzuhören, weil dies als unerwünschtes und dem Kindswohl entgegenstehendes Eindringen in deren Privatsphäre erlebt werden kann (Schütt, Die Anhörung des Kindes im Scheidungsverfahren, Zürich 2002, S. 162). Der Fall liegt hier jedoch anders, fand die Anhörung in der Schule ihren Grund doch darin, dass C._____ und D._____ – nach Informationen der Beschwerdeführerin – bei sich zu Hause und nicht im Gerichtsgebäude angehört werden wollten (act. 17/466). Dem kam das Gericht insofern entgegen, als dass es in der Verfügung vom 23. November 2015 ankündigte, die Anhörung nicht am Wohnsitz der Kinder, jedoch an der Schule durchzuführen (act. 17/467 S. 3). Aus dem Schreiben der Beschwerdeführerin vom 24. November 2015 geht denn auch hervor, dass die Kinder über eine Anhörung in der Schule informiert waren und dieser zustimmten (act. 17/472). Ein überfallartiges Vorgehen – wie die Beschwerdeführerin es beschreibt (act. 19 S. 5) – kann darin nicht erblickt werden.

2.2. Weiter erscheint es vom Verhalten her auch nicht als schlechthin unverständlich, wenn der Termin der Kinderanhörung nicht mit der Beschwerdeführerin vorab abgesprochen, sondern direkt mit der Schulverwaltung vereinbart wurde. Über das entsprechende Vorgehen war die Beschwerdeführerin informiert (act. 17/467). Es besteht kein Anspruch der Eltern, vor der Anhörung mit den Kindern sprechen zu können (BGer, 5A_647/2008 vom 14. November 2008, E. 4.3.1) oder an der Anhörung dabei zu sein (ZK ZPO-Schweighauser, 3. Aufl. 2016, Art. 298 N 23 m.w.H. sowie ausführlich Schütt, a.a.O., S. 155 ff.). Entsprechend sind sie auch nicht zwingend vorab über den Anhörungstermin zu informieren, auch wenn dies – wie die Vorinstanz zu Recht festhält (act. 21 S. 14) – wünschbar ist.

2.3. Wie aus der eingangs beschriebenen Prozessgeschichte hervorgeht, bemühte sich das Gericht mehrmals erfolglos, C._____ und D._____ mit Briefen (act. 17/429; act. 17/437 sowie act. 17/457) und mit einlässlich begründeten Verfügungen unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB (act. 17/436 sowie act. 17/451) an die Beschwerdeführerin zur Kinderanhörung einzuladen. In der Verfügung vom 17. November 2015 äusserte das Gericht gestützt auf ein Telefonat des Kinderprozessbeistands mit der Beschwerdeführerin (act. 17/432) denn auch Zweifel, ob es wirklich dem tatsächlichen Willen von C._____ und D._____ entspreche, auf eine Anhörung zu verzichten, und vermutete, dass die Kinder diesbezüglich von der Beschwerdeführerin beeinflusst würden (act. 17/451 S. 3). Dass die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeschrift einzelne Aussagen, die Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ an das Gericht weiterleitete (act. 17/432), richtigstellen möchte, ist unerheblich. Der geschilderte Ablauf des fraglichen Telefonats (act. 19 S. 4) ist ein Novum, welches im Beschwerdeverfahren grundsätzlich keine Berücksichtigung finden kann (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

Im Übrigen erscheint die Vermutung betreffend Anzeichen von Beeinflussung (act. 17/451 S. 3) gestützt auf das Parteiverhalten und die objektiven Umstände durchaus als vertretbar. Es ist nachvollziehbar, wenn sich das Gericht in der Folge dazu entschied, den Termin der Kinderanhörung mit der Schulverwaltung direkt abzusprechen (act. 17/467 S. 3). Zur rechtlichen Zulässigkeit eines solchen Vorgehens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. act. 21 S. 13 f.). Als Alternative wäre auch eine direkte telefonische Kontaktaufnahme von C._____ und D._____ zur Abklärung ihres wirklichen Willens in Frage gekommen. Ob die Schwestern von der Schulverwaltung über den konkreten Anhörungstermin vorgängig informiert wurden, geht aus den Akten nicht hervor (Prot. VI S. 167 ff.). Die Frage kann unter dem Blickwinkel der Beurteilung des Ausstands von Bezirksrichterin Dr. iur. H._____ letztlich auch offen bleiben.

In jedem Fall ist im beschriebenen prozessualen Vorgehen der abgelehnten Einzelrichterin keine Pflichtverletzung ersichtlich, die einen Ablehnungsgrund zu begründen vermöchte, was auch die Vorinstanz bereits zutreffend feststellte (act. 21 S. 14).

3. Gleiches gilt für den Umstand, dass C._____ und D._____ nicht in Anwesenheit von Kinderpsychologin F._____ befragt wurden. Aus dem Protokoll ist ersichtlich, dass der Termin der Kinderanhörung vom 26. November 2015 telefonisch am 24. November 2015 mit der Schulverwaltung abgesprochen wurde (Prot. VI S. 167). Am 25. November 2015 erreichte das Gericht sodann der Brief der Beschwerdeführerin, in welchem sie im Namen ihrer Kinder um Anhörung nur in Anwesenheit von Kinderpsychologin F._____ ersuchte (act. 17/472). Der zuständige Gerichtsschreiber lud die Kinderpsychologin sodann mit E-Mail vom gleichen Tag, versendet um 12.21 Uhr, zum Termin ein (act. 17/474).

Die zeitnahe Einladung war bedingt durch die kurzfristige Information der Beschwerdeführerin. Eine solche wäre jedoch nicht nötig gewesen: Genauso wie kein Anspruch auf Beisein der Eltern an einer Kinderanhörung besteht (vgl. Ziff. II./2.2), gibt es gleichermassen – vorbehältlich eines gegenteiligen Kinderwunsches – keinen Anspruch auf Anhörung in Anwesenheit von weiteren Dritten wie etwa Bezugspersonen oder Psychologen (Schütt, a.a.O., S. 156; BSK ZPO-Steck, 2. Aufl. 2013, Art. 298 N 12 m.w.H.; BGer, 5A_355/2009 vom 3. Juli 2009, E. 3.1; vgl. auch BGE 133 III 553, E. 4). Es ist weiter zu beachten, dass stets das Gericht den Prozess leitet (Art. 124 Abs. 1 ZPO) und sich diesbezüglich nicht nach den Bedingungen einer Partei zu richten hat.

Bezirksrichterin Dr. iur. H._____ fragte sowohl C._____ als auch D._____ anlässlich der Anhörung vorab, ob sie auch in Abwesenheit von Kinderpsychologin F._____ etwas sagen möchten. Sie wies darauf hin, dass das Gericht es verstehen würde, wenn sie ohne Frau F._____ nichts sagen wollten und wieder gehen würden (Prot. VI S. 171 f. sowie S. 184). D._____ verzichtete darauf mit folgenden Worten auf die Anwesenheit von Kinderpsychologin F._____: "Mir ist es egal, wenn Frau F._____ nicht da ist." (Prot. VI S. 184). Auch C._____ verzichtete auf entsprechende Frage und vor der eigentlichen Anhörung auf die Anwesenheit der Kinderpsychologin (Prot. VI S. 172). Dass die Anhörung ohne die Kinderpsychologin F._____ stattfand, ist nicht zu beanstanden. Von einer Abnötigung des Einverständnisses zur Anhörung ohne Kinderpsychologin kann keine Rede sein. Ein Anschein der Befangenheit lässt sich daraus nicht herauslesen.

4.

4.1. Die Beschwerdeführerin wirft Bezirksrichterin Dr. iur. H._____ weiter vor, sie habe die Kinderanhörung als Informationsquelle zur Abklärung ihrer Arbeitstätigkeit sowie ihres Beziehungslebens missbraucht. Daraus leitet sie eine Befangenheit der abgelehnten Bezirksrichterin ab (act. 19 S. 5 f.).

4.2. Seit dem 1. Januar 2011 ist die Kinderanhörung in Art. 298 ZPO geregelt. Das Gericht soll Kinderanhörungen gerafft protokollieren. Der für den Entscheid wesentliche Inhalt des Gesprächs muss aktenkundig sein, mehr nicht. Die Eltern sind über das Ergebnis der Anhörung in geeigneter Weise zu informieren (Art. 298 Abs. 2 ZPO). Massgeblich ist nach wie vor BGE 122 I 53 E. 4c: Es gilt, den primären Zweck der Anhörung vor Augen zu halten, nämlich die Respektierung der Persönlichkeit des Kindes. Das Kind soll Gelegenheit erhalten, sich über seine Wünsche und Bedürfnisse zu äussern. Zudem geht es darum, sich einen persönlichen Eindruck über die Lebenssituation und die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen zu verschaffen. Die Anhörung kann auch der Ermittlung des Sachverhalts dienen. Es können durch die Anhörung neue rechtlich relevante Sachverhalte hinzukommen oder Äusserungen des Kindes können die Darstellungen der Eltern in einem anderen Licht erscheinen lassen. Die Sachverhaltsermittlung kann jedoch nur soweit gehen, wie das Kind selbst in seinen Bedürfnissen und Interessen betroffen ist (BGE 131 III 553, E. 1.1 m.w.H.). Nicht erlaubt ist, das Kind direkt nach den Privatleben seiner Eltern zu befragen, die unter dem Aspekt des Mitwirkungsrechts nicht rechtserheblich sind (vgl. auch FamKomm Scheidung/Schweighauser, 2. Aufl. 2011, Anh. ZPO Art. 298 N 14).

4.3. Bezirksrichterin Dr. iur. H._____ führte ein Wortprotokoll (Prot. VI S. 171-190). Es zeigt auf, dass die Anhörung der beiden Kinder den soeben skizzierten Vorgaben nicht genügt. Fragen an die 10-jährige C._____, ob sie sich erklären könne, weshalb sich ihre Eltern so oft streiten, ob das wegen der Freundin des Vaters sei (Prot. VI S. 178 unten), um sogleich die Anschlussfrage zu stellen, ob sie, C._____, denke, dass vor allem ihr Papi am Streit zwischen den Eltern Schuld sei (Prot. VI S. 179), sind nicht mit dem Zweck der Anhörung vereinbar. Die Akten dokumentieren den seit Jahren dauernden Streit der Parteien, zeugen

aber zugleich davon, dass beide Mädchen zu beiden Elternteilen einen guten, tragfähigen Kontakt haben. Diese Fragen sind überflüssig. In erster Linie geht es darum, den Kindern zuzuhören. Stellt das Gericht Fragen, sind sie offen zu stellen. Fragen, wie sie im Protokoll auf Seite 180 wiedergegeben werden, haben indes den Charakter einer Zeugenbefragung nach Art. 169 ff. ZPO und kommen vielmehr einem zweckwidrigen Aushorchen des Kindes gleich, als dass dem Anliegen des Gesetzes Rechnung getragen würde, das Kind mit seinen Wünschen und Bedürfnissen kennenzulernen (Prot. VI S. 180: An wie vielen Tagen bist Du derzeit im Kinderhort? / Wieso bist Du denn so viel im Hort? / Was arbeitet Deine Mami? / Arbeitet sie wieder an vier Tagen?/ Ist sie also …? / Ist sie abends jeweils zu Hause? / Seit wann arbeitet Dein Mami wieder?).

4.4. Auch die – in teilweiser suggestiver Art gestellten – Fragen an die damals siebenjährige D._____, die auf das Privatleben der Mutter fokussiert sind, gehören nicht in eine Kinderanhörung (Prot. VI S. 186: Hat Dein Mami auch einen Freund? / Du meinst, sie hat mehrere Kollegen, also keinen Freund, der bei euch übernachtet? / Hat sie nicht einen ägyptischen Freund? / Ist er nicht ihr Freund? / Kennt ihr ihn also nicht so gut? / Wohnte er also nicht bei euch? / Also ist er nur ab und zu bei Euch? / Kommt er immer noch vorbei? / Kam er früher häufiger vorbei?). Es können offene Fragen zu den Eltern und Bezugspersonen gestellt werden; die Fragen müssen aber auf die Lebenssituation des Kindes abzielen (z.B. Wer hilft Dir bei den Schulaufgaben?). Wenn Verdachtsgründe bestimmter Art gegen eine mit den Kindern Umgang pflegende Person vorlägen, liessen sich die gestellten Fragen allenfalls mit der Prüfung der Anordnung von Kindesschutzmassnahmen rechtfertigen. Das ist hier aber nicht das Thema.

4.5. Die Kinderanhörung der Einzelrichterin muss als Rechtsanwendungsfehler qualifiziert werden. Ein solcher begründet – wie bereits erwähnt (vgl. III./1.2) – nur ausnahmsweise einen hinreichenden Anschein der Befangenheit. Vorliegend kommt jedoch durch die teils inquisitorische Art der Fragestellung zu Themengebieten, die nichts mehr mit den noch strittigen Scheidungspunkten zu tun haben, eine Haltung der Gerichtsperson zum Ausdruck, welche die sachliche und unbefangene Beurteilung der Sache objektiv in Frage stellt. Die Zweckentfremdung der

Kinderanhörung zur Aushorchung zeigt auf, dass die abgelehnte Einzelrichterin zentrale Grundsätze der Zivilprozessleitung nicht beachtet hat. Die Art der Anhörung und die zu extensiv verstandene Untersuchungsmaxime nach Art. 296 ZPO, welche die Kinder zu einem blossen Mittel der Sachverhaltserforschung herabstuft, offenbaren eine fehlende Distanz zur Sache. Dies ist geeignet, den Anschein der Befangenheit zu erwecken, auch wenn eine solche damit noch nicht dargetan ist.

5.

5.1. Das eben gewonnene Bild verdichtet sich, führt man sich der Vollständigkeit halber den weiteren Gang des Verfahrens vor Augen: Wenige Tage nach der Kinderanhörung schreibt die Einzelrichterin das für die Beschwerdeführerin zuständige Konkursamt Riesbach-Zürich (über sie wurde im Oktober 2013 Privatkonkurs eröffnet) und die Arbeitslosenkasse wie auch das Sozialamt der Gemeinde E._____ an und stellt unter Hinweis auf den Untersuchungsgrundsatz diverse Fragen (act. 17/493-495/1). Die Schreiben finden Eingang in die Aktenordnung, sollen aber gemäss einer Bezeichnung auf der Aktenmappe (wohl einstweilen) unter Verschluss gehalten werden. Die Beschwerdeführerin erhielt aber offensichtlich Kenntnis vom Schreiben an das Sozialamt ihrer Wohnsitzgemeinde (act. 19 S. 7 unten f.).

5.2. Der Richter muss bei Vorliegen von Verdachtsmomenten Strafanzeige erstatten (§ 167 GOG). Er darf aber nicht aktiv abklären, d.h. nach der Art einer staatsanwaltschaftlichen Voruntersuchung einen Zivilprozess führen bzw. in einem Zivilverfahren Prozesshandlungen vornehmen, die an das Führen einer Voruntersuchung erinnern. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb vorliegend die Bezirksrichterin aktiv, ohne wenigstens die Parteien – insbesondere die Beschwerdeführerin – davon in Kenntnis zu setzen, u.a. das Sozialamt anschrieb und Fragen stellte, die für das Ehescheidungsverfahren irrelevant sind ("Aus welchem Grund werden ihr Wohnungskosten in der Höhe von Fr. 3'850.-- angerechnet bzw. weshalb wird ihr nicht ein tieferer Wert eingesetzt ?"; act. 17/493/1 S. 1 unten f.). Der Scheidungsrichter macht eine eigene Bedarfserhebung. Die Frage im

Auskunftsbegehren nach der Integrationszulage kann Indikator sein für redliche Bewerbungsbemühungen, interessiert aber auch nur beschränkt, weil sich die Beschwerdeführerin einen Lohn von monatlich gerundet Fr. 4'600.– anrechnen liess (act. 17/92 S. 7, S. 13, act. 17/146, act. 17/149 S. 2, S. 8, act. 17/182, act. 17/202 S. 14). Heute macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe ihre Arbeitsstelle per 30. September 2014 verloren, müsse sich einer Krebsbehandlung unterziehen und könne derzeit aus gesundheitlichen Gründen nicht arbeiten (act. 17/420, act. 17/421/1-30 sowie act. 17/488). Sie knüpft daran aber nicht ein abgeändertes Begehren, weder in der Hauptsache, noch nimmt sie ihre (angeblichen) schwierigeren finanziellen Verhältnisse zum Anlass, ein (neues) Gesuch um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen zu stellen:

5.3. Die Parteien haben am tt. September 2009 geheiratet (act. 17/3) und trennten sich 11 Monate später im August 2010. Mit Eheschutzverfügung vom 20. Dezember 2010 wurde vom gegenseitigen Verzicht auf persönliche Unterhaltsbeiträge angesichts der gegebenen finanziellen Gegebenheiten Vormerk genommen und der Beschwerdegegner verpflichtet, der Beschwerdeführerin an die Kosten des Unterhalts der beiden gemeinsamen Töchter monatlich je Fr. 600.– zu bezahlen (act. 17/5/23). Am 29. September 2011 wurde das vorliegende Scheidungsbegehren bei der Vorinstanz rechtshängig (act. 17/1). Die Beschwerdeführerin beantragte im Rahmen eines Begehrens um Abänderung vorsorglicher Massnahmen, es sei die Verpflichtung des Beschwerdegegners zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen gemäss Eheschutzverfügung vom 20. Dezember 2010 für die Dauer des Scheidungsverfahrens zufolge Verbesserung seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu erhöhen. Der Antrag wurde indes erst- und zweitinstanzlich abgewiesen (act. 17/202 sowie act. 17/216). Es blieb damit bei den Unterhaltsbeiträgen von Fr. 600.– für jedes der beiden Kinder. In der Hauptsache beantragt die Beschwerdeführerin Unterhaltsbeiträge von je Fr. 2'000.– für jedes der beiden Kinder und verzichtet auf persönliche Unterhaltsbeiträge, falls der Beschwerdegegner die beantragten Kinderalimente akzeptiert (Prot. VI S. 92). Der Beschwerdegegner will lediglich Fr. 600.– pro Kind und keine nachehelichen Unterhaltsbeiträge bezahlen (act. 17/128 sowie act. 17/274).

5.4. Ausgehend von den Anträgen der Parteien ist das beanstandete Vorgehen der Einzelrichterin tatsächlich schwierig zu erklären. Will sie der Beschwerdeführerin – eine gelernte Coiffeuse, die sich "on the job" kaufmännisch weiterbildete und in früheren Jahren bis zur Kundenberaterin aufsteigen konnte – ein (hypothetisches) Einkommen von (weit) mehr als Fr. 4'600.– pro Monat anrechnen, hätte sie z.B. einen Kontoauszug über geleistete AHV Beiträge edieren lassen können. Die Beschwerdeführerin hat den Editionsauflagen immer Folge geleistet (zuletzt Prot. VI S. 157; act. 17/421/1-30). Weil die abgelehnte Bezirksrichterin wenige Tage nach einer nicht konformen Kinderanhörung zum Privatleben der Beschwerdeführerin versucht, ohne deren Kenntnis Auskünfte von Dritten über sie zu erhalten, die zum Teil nicht prozessrelevante Fragen beschlagen und von denen sie nicht dartut, dass sie die Angaben nicht durch Editionsanordnungen hätte erhältlich machen können, kommt man nicht umhin festzustellen, dass die Beschwerdeführerin Grund zur Annahme einer Befangenheit der befassten Bezirksrichterin hat. Die Nachforschungen von Amtes wegen (Art. 296 Abs. 3 ZPO) gehen unter jedem Titel zu weit und sind geeignet, den Anschein der Befangenheit zu erwecken. Die Beschwerde ist gutzuheissen.

5.5. Man gelangt zu keinem anderen Ergebnis, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Bezirksrichterin auch schon in die Richtung des Beschwerdegegners abklärte, welcher (auch) kein widerspruchfreies Bild seiner Einnahmen und Ausgaben produziert: Er will Fr. 3'828.– pro Monat verdienen, seine Ausgaben halten sich aber offensichtlich nicht an diesen relativ engen finanziellen Rahmen (anstatt vieler Belegstellen: act. 17/170). So zieht die Einzelrichterin im November 2014 von Amtes wegen die Strafakten in Sachen Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat und der Beschwerdeführerin gegen den Beschwerdegegner betreffend Pfändungsbetrug etc. bei, nachdem die Parteien entgegen der Abmachung die Akten nicht selbst eingereicht hatten (Prot. VI S. 110 unten; act. 17/337/1-2; Strafurteil des Einzelrichters am Bezirksgericht Zürich vom 30. August 2013).

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorwürfe der Beschwerdeführerin einen Ablehnungsgrund zu begründen vermögen. Die Zweckentfremdung der Kinderanhörung sowie die ausgedehnte Abklärung des Sachverhalts von Amtes

wegen ohne Information der Parteien zu nicht relevanten Themenbereichen eines Scheidungsverfahrens sind geeignet, den Anschein der Befangenheit zu erwecken, auch wenn eine solche damit nicht dargetan ist. Entsprechend ist die Beschwerde diesbezüglich gutzuheissen, der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und das Ausstandsgesuch gutzuheissen.

7. Die Beschwerdeführerin beantragt weiter, dass die anlässlich der Kinderanhörung erlangten Informationen für unverwertbar zu erklären seien und dass das Auskunftsbegehren der Bezirksrichterin an die Sozialbehörde E._____ vom 3. Dezember 2015 rückgängig zu machen sei (act. 19 S. 2 RB-Ziffer 1 Satz 3). Wenn auch nicht formell, so entsprechen die zuletzt genannten Anträge jedoch inhaltlich den bereits vor der Vorinstanz gestellten Rechtsbegehren (act. 11/1 S. 1 RB-Ziffer 2 sowie act. 11/4). Zutreffend stellte allerdings bereits die Vorinstanz fest, dass es zur Beurteilung dieser Anträge an der Zuständigkeit mangelt (act. 21 S. 17). Gegenstand der Prüfung eines strittigen Ausstandsgesuchs nach Art. 49 ZPO ist einzig, ob gegen die betroffene Gerichtsperson ein Ausstandsgrund vorliegt oder nicht (Art. 50 Abs. 1 ZPO). Ob Prozesshandlungen, an denen eine zum Ausstand verpflichtete Gerichtsperson mitgewirkt hat, aufzuheben, zu wiederholen bzw. daraus gewonnene Informationen nicht zu berücksichtigen sind, wie dies die Beschwerdeführerin beantragt, entscheidet das in der Sache zuständige Gericht (Peter Diggelmann, DIKE-Komm ZPO, Art. 51 N 8). Entsprechend ist auf den Antrag, dass die anlässlich der Kinderanhörung unrechtmässig erlangten Informationen für unverwertbar zu erklären seien bzw. dass das Auskunftsbegehren an die Sozialbehörde E._____ rückgängig zu machen sei, nicht einzutreten.

III.

1. Die Kosten des Ausstandsverfahrens richten sich gemäss Art. 96 ZPO nach dem kantonalen Recht, die Verteilung ist nach den Art. 104 ff. ZPO vorzunehmen (Peter Diggelmann, DIKE-Komm ZPO, Art. 50 N 6). Es dürfen danach keine Gerichtskosten erhoben werden, wenn einem von der Gerichtsperson bestrittenen Ausstandsgesuch stattgegeben wird, ist doch in diesem Fall der verfassungs-

rechtliche Anspruch der Parteien auf ein unabhängiges Gericht von diesem verletzt worden (Hauser/Schweri/Lieber, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsorganisationsgesetz, Zürich 2012, § 127 N 22; vgl. auch ZK ZPO-Wullschleger, 3. Aufl. 2016, Art. 50 N 13). Für das zweitinstanzliche Verfahren sind demnach keine Kosten zu erheben. Die erstinstanzliche Kostenauflage ist aufzuheben; die angefallenen Kosten sind dem Bezirksgericht Meilen zu belassen.

2.

2.1. Die Beschwerdeführerin beantragte sodann sowohl vor der Vorinstanz (act. 11/1 S. 1) als auch vor der Rechtsmittelinstanz (act. 19 S. 2), dass ihr eine Parteientschädigung zulasten des Beschwerdegegners bzw. zulasten des Staates zuzusprechen sei. Der Beschwerdegegner hat sich vor der Beschwerdeinstanz mit dem angefochtenen Entscheid nicht identifiziert, weshalb er nicht entschädigungspflichtig wird. Eine Parteientschädigung aus der Staatskasse ist grundsätzlich auch nicht zuzusprechen (OGer ZH, PQ150070 vom 1. Dezember 2015, E. 3). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz rechtfertigt sich nach neuerer Praxis lediglich dort, wo der Staat materiell Gegenpartei ist (BGE 140 III 501, E. 4 sowie BGer, 5A_619/2015 vom 21. Dezember 2015, E. 3.3) oder in Fällen qualifizierter Verfahrensfehler (BGE 139 III 471, E. 3.3; BGer, 5A_378/2013 vom 23. Oktober 2013, E. 2.2).

2.2. Nach Eingang eines Ablehnungsgesuchs hat die betroffene Gerichtsperson dazu Stellung zu nehmen (Art. 49 ZPO). Wird der Ausstandsgrund bestritten, so entscheidet das Gericht (Art. 50 Abs. 1 ZPO). Auch die Gegenpartei im Hauptverfahren ist zu einem Ausstandsbegehren anzuhören, da sie in ihrem Anspruch auf den gesetzlichen Richter (Art. 30 Abs. 1 BV) tangiert sein kann (vgl. ZK ZPO-Wullschleger, 3. Aufl. 2016, Art. 49 N 14 mit zahlreichen Hinweisen). Dies vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass ein Ausstandsverfahren primär vom Charakter eines Verfahrens zwischen dem Gesuchsteller und dem Staat geprägt ist. Die Vorinstanz kann daher wie in den Fällen der Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (BGE 139 III 334, E. 4.2; 140 III 501, E. 4.1.2) oder der Rechtsverzögerungsbeschwerde (BGE 139 III 471, E. 3.3; BGer, 5A_378/2013

vom 23. Oktober 2013, E. 2.2) als materielle Gegenpartei verstanden werden. Es trifft zwar zu, dass das Verfahren im Interesse und auf Antrag der Beschwerdeführerin ausgelöst wurde. Dies gilt grundsätzlich auch im Rechtsmittelstadium. Allerdings ist die Notwendigkeit, überhaupt ein Rechtsmittel zu ergreifen, auf den Entscheid der Vorinstanz zurückzuführen. Unter Hinweis auf die vorstehenden Erwägungen rechtfertigt sich vorliegend die Zusprechung einer Parteientschädigung aus der Staatskasse. Demnach ist die Kasse des Bezirksgerichts Meilen zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zu entrichten. Diese ist in Einklang mit § 2 Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 2 i.V.m. § 13 AnwGebV auf insgesamt Fr. 400.– festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Gerichtspräsidenten des Bezirksgerichts Meilen vom 22. Januar 2016 (Geschäfts-Nr.: BV150022) aufgehoben.

2. Das Ausstandsgesuch der Beschwerdeführerin gegen Bezirksrichterin Dr. iur. H._____ wird gutgeheissen.

3. Auf den Antrag, wonach die in der Kinderanhörung vom 26. November 2015 erlangten Informationen für unverwertbar zu erklären seien und das Auskunftsbegehren an die Sozialbehörde E._____ vom 3. Dezember 2015 rückgängig zu machen sei, wird nicht eingetreten.

4. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

5. Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Kasse des Bezirksgerichts Meilen eine Parteientschädigung von Fr. 400.– zugesprochen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

   Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. 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 um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw P. Klaus

versandt am: