



---

Kass.-Nr. AA050098/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Dieter Zobl, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Rudolf Ottomann und Reinhard Oertli sowie der Sekretär Viktor Lieber

## Zirkulationsbeschluss vom 24. August 2005

in Sachen

A.,

...,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin ...

gegen

A.-C.,

...,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin ...

betreffend **Ablehnung von Ersatzrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler, Bezirksgericht Zürich, im Verfahren FE041381, in Sachen der Parteien betreffend Ehescheidung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 06. Juli 2005 (VV050017/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

1. Zwischen den Parteien ist vor Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung (Einzelrichter) das Ehescheidungsverfahren anhängig. Mit Eingabe vom 19. Mai 2005 liess der Beschwerdeführer gegen die mit dem Verfahren befasste Ersatzrichterin Ch. von Moos Würgler ein Ablehnungsbegehren stellen. Die abgelehnte Richterin gab am 22. Mai 2005 die gewissenhafte Erklärung im Sinne von § 100 Abs. 1 GVG ab, wonach sie nicht befangen sei, und überwies das Begehren zuständigkeitshalber an die Verwaltungskommission des Obergerichts (KG act. 5).

Die Verwaltungskommission des Obergerichts wies das Begehren mit Beschluss vom 6. Juli 2005 ab, soweit sie darauf eintrat. Ferner wies sie das vom Beschwerdeführer gestellte Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und auferlegte diesem die Kosten (KG act. 2).

2. Dagegen richtet sich die vorliegende, rechtzeitig eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher der Beschwerdeführer beantragt, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben und das Ausstands- bzw. Ablehnungsbegehren sei gutzuheissen. Zudem stellt der Beschwerdeführer den Antrag, es sei ihm für das gesamte Ausstandsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (KG act. 1 S. 2). Die Beschwerdegegnerin hat auf Beantwortung der Beschwerde verzichtet (KG act. 13). Die Vorinstanz hat sich nicht vernehmen lassen.

Mit Verfügung vom 29. Juli 2005 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung in dem Sinne verliehen, dass das hängige Scheidungsverfahren einstweilen nicht weiterzuführen sei (KG act. 11, Disp.-Ziff. 4).

3. Gegen Entscheide des Obergerichts betreffend Ablehnungsbegehren gemäss § 101 GVG ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gestützt auf § 282 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO ohne weiteres zulässig (VON RECHENBERG, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich

1986, S. 6; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 6a zu § 282 ZPO; Kass.-Nr. 99/435 Z v. 2.3.2000 i.S. P., Erw. II/1; zuletzt Kass.-Nr. AA040075 v. 15.9.2004 i.S. P., Erw. III.1).

Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung seines Anspruchs auf einen unabhängigen, unparteiischen und unbefangenen Richter im Sinne von Art. 30 BV sowie § 96 Ziff. 4 GVG; er beruft sich auf den Nichtigkeitsgrund der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (Beschwerde S. 3, Ziff. 3).

4. Als erstes liess der Beschwerdeführer zur Begründung seines Ablehnungsbegehrens vortragen, Richterin von Moos Würgler sei auf die Begründung seines Antrages betreffend Anordnung des schriftlichen Verfahrens nicht eingegangen bzw. habe die Abweisung dieses Antrages in parteiischer Weise begründet. Das Obergericht sei seinerseits auf diese Beanstandung nicht näher eingegangen, sondern habe ausgeführt, prozessleitende Verfügungen wie die in Frage stehende bedürften gar keiner Begründung. Dies - so der Beschwerdeführer - gehe an der Sache vorbei. Entscheidend sei nicht die Frage, ob eine Begründungspflicht bestehe oder nicht, sondern dass die Richterin ihre Verfügung effektiv begründet habe. Wenn sie die Verfügung aber begründe, müsse sie dies korrekt tun und dürfe nicht den Eindruck der Parteilichkeit erwecken, was sie getan habe. Sie gehe auf die Vorbringen des Beschwerdeführers mit keinem Wort ein, sondern weise nur darauf hin, dass die Beschwerdegegnerin bereits zuvor gesagt habe, dass sie die Klageantwort mündlich zu erstatten wünsche. Indem sie einfach auf den Wunsch der Beschwerdegegnerin abstelle, der im übrigen sachfremd begründet worden sei, und nicht auf die sachlichen Argumente des Beschwerdeführers Bezug nehme, erwecke sie beim verständigen Durchschnittsmenschen den Eindruck von Befangenheit.

Das Obergericht hat in diesem Zusammenhang erwogen (Beschluss S. 3/4), auf die Ausführungen des Beschwerdeführers brauche nicht im Einzelnen eingegangen zu werden, denn prozessleitende Entscheide in Zivilsachen (zu welchen der in Frage stehende Entscheid gehört) bedürften gemäss § 159 GVG ohnehin nur dann einer Begründung, wenn eine Rekursmöglichkeit bestehe. Diese Formu-

lierung erscheint auf den ersten Blick insofern als missverständlich, als grundsätzlich auch eine Begründung, auf welche zwar kein Anspruch besteht, die aber gemacht wird, von Form oder Inhalt her geeignet sein könnte, den Anschein von richterlicher Befangenheit zu erwecken. Im vorliegenden Fall beschränkt sich jedoch die Begründung der in Frage stehenden Verfügung vom 3. Mai 2005 (KG act. 9/36) auf den Hinweis auf die klägerische Eingabe, auf die gesetzliche Grundlage von § 119 Ziff. 1 ZPO und darauf, dass die beklagte Partei, die weiter entfernt (als der Kläger) wohne, den Wunsch geäußert habe, die Klage mündlich zu beantworten. Damit wird kein Anschein von Befangenheit erweckt. Dem Vorwurf, wonach sich die Richterin nicht näher mit den Vorbringen des Beschwerdeführers (welche im Beschwerdeverfahren nicht näher genannt werden) auseinandersetze, durfte mit dem Hinweis auf § 159 GVG begegnet werden, wonach es insoweit gar keiner Begründung bedurfte. Das Abstellen auf den blossen Wunsch der Beschwerdegegnerin auf Durchführung des mündlichen Verfahrens erscheint im übrigen schon im Lichte des konventions- und verfassungsrechtlichen Anspruchs auf öffentliche bzw. mündliche Verhandlung als gerechtfertigt.

Soweit der Beschwerdeführer sich in diesem Zusammenhang daran stösst (Beschwerde S. 5 unten), dass ihm die Vorinstanz unsachliche und tendenziöse Argumentation vorwirft, ist nicht näher darauf einzugehen. Es wird nicht gesagt und ist nicht ersichtlich, inwiefern sich die Qualifizierung der Vorbringen des Beschwerdeführers durch die Vorinstanz auf den angefochtenen Entscheid ausgewirkt haben soll. Damit erweist sich die Rüge als unbegründet.

5. Ein weiterer Komplex betrifft das Verhalten der abgelehnten Richterin während der Verhandlung vom 25. April 2005 (betreffend vorsorgliche Massnahmen). Der Beschwerdeführer erhebt verschiedene Teilrügen.

a) Richterin von Moos Würigler habe - so der Beschwerdeführer - u.a. beim Verlesen der Plädoyernotizen durch seine Anwältin nicht mitgelesen oder zugehört, sondern in den ihr vorliegenden Notizen ständig vor- und zurückgeblättert; an einer Stelle habe sie die Anwältin unterbrochen, wobei dies im Protokoll nicht vermerkt worden sei, und schliesslich habe sie - offenbar im Hinblick auf die angekündigten Vergleichsgespräche - mit dem Taschenrechner "vorausgerechnet".

Das Obergericht erblickte in diesen Vorbringen keine Anhaltspunkte für den Anschein von Befangenheit (Beschluss S. 4 ff.).

Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt (Beschwerde S. 6 f.), belegt keinen Nichtigkeitsgrund. Soweit er sich vorab auf die Tonbandaufzeichnung der fraglichen Verhandlung beruft (bzw. rügt, dass die Vorinstanz entgegen dem bereits dort gestellten Beweisantrag die Aufzeichnung nicht beizog), ist nicht ersichtlich, inwiefern der Sachverhalt dadurch hätte vervollständigt werden sollen. Das Obergericht ist im wesentlichen von der Darstellung des Sachverhaltes durch den Beschwerdeführer ausgegangen, hat diese aber im Hinblick auf die gesetzlichen Ausstandsvorschriften als nicht erheblich erachtet. Ob sodann die Anwältin des Beschwerdeführers ihre Plädoyernotizen dem Gericht freiwillig überlassen hatte (wie die Vorinstanz annimmt), oder ob sie - wie der Beschwerdeführer geltend macht - diese dem Gericht auf Anraten des in einer früheren Verhandlung amtierenden Richters (bzw. entsprechend der allgemeinen Praxis) überlassen hatte, ist für die hier zu beurteilende Frage ohne Bedeutung.

b) Im Zusammenhang mit dem Blättern in den Plädoyernotizen tritt der Beschwerdeführer der vorinstanzlichen Auffassung entgegen, wonach es nicht zu beanstanden sei, wenn ein Richter während des Parteivortrages selektiv einzelne ihm in der konkreten Situation wichtig erscheinende Passagen nachlese. Zwar - so der Beschwerdeführer - könne es vorkommen, dass der Richter im Verlaufe eines Plädoyers einmal blättere oder sich sonst kurz ablenke. Hier sei aber die Richterin von Anfang an nicht bereit gewesen, dem Kläger (bzw. seiner Rechtsvertreterin) zuzuhören; sie habe immer wieder geblättert und gerechnet. Indem sie so der Begründung der Klage (recte: des Gesuch betr. vorsorgliche Massnahmen) nicht zugehört habe, habe sie objektiv den Eindruck der Parteilichkeit erweckt, was sich zudem verstärkt habe, als der Kläger habe feststellen müssen, dass sich die Richterin gegenüber der Gegenseite anders verhalten und deren Plädoyer ihre volle Aufmerksamkeit geschenkt habe.

Mangelhafte richterliche Aufmerksamkeit stellt als solche noch keinen Ablehnungsgrund dar. Was das behauptete Verhalten gegenüber der Gegenseite betrifft, ist einerseits zu berücksichtigen, dass die Anwältin der Beschwerdegeg-

nerin ihrerseits keine Notizen ins Recht gelegt hatte (vgl. Prot. ER S. 15), was erhöhte Aufmerksamkeit bedingte, und im übrigen ist - wie bereits die Vorinstanz erwogen hat - in diesem Zusammenhang letztlich entscheidend, ob wesentliche Vorbringen des Beschwerdeführers im zu treffenden (Massnahme-)Entscheid berücksichtigt werden oder nicht.

c) Das Obergericht hat hinsichtlich der Beanstandung des Protokolls der Verhandlung vom 25. April 2005 auf die Möglichkeit der Protokollberichtigung hingewiesen (Beschluss S. 5 unten). Dem hält der Beschwerdeführer entgegen (Beschluss S. 7), dies gehe erneut an der Sache vorbei, weil es nicht um das Protokoll als solches, sondern um richterliche Befangenheit gehe. Dabei übersieht aber der Beschwerdeführer, dass die Vorinstanz primär darauf abgestellt hat, dass das Protokoll entsprechend § 142 Abs. 1 GVG von einem "Kanzleibeamten" als *selbständigem* Protokollführer verfasst worden sei. Mit anderen Worten liegt die Verantwortung für das Protokoll beim Kanzleibeamten; entgegen der Meinung des Beschwerdeführers untersteht dieser insoweit als Urkundsperson bzw. Person des öffentlichen Glaubens (vgl. HAUSER/SCHWERI, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 1 zu § 142 GVG) nicht der richterlichen Weisungsgewalt.

Selbst wenn Richterin von Moos Würigler die Anwältin des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit dem von ihr gestellten Abänderungsbegehren "verbal zurechtgewiesen" haben sollte, wäre dies im übrigen noch kein Grund für die Annahme von Befangenheit; selbst eine gewisse Gereiztheit oder etwas überbordende Affektäusserungen führen noch nicht zur erfolgreichen Ablehnung (HAUSER/SCHWERI, a.a.O., N 48 zu § 96 GVG). Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, die (nicht näher konkretisierte) verbale Zurechtweisung sei in einer das Gebot des Anstandes verletzenden Art und Weise erfolgt.

d) Nach Auffassung des Beschwerdeführers sei schliesslich sein Behauptungsrecht in der Replik (betreffend vorsorgliche Massnahmen) einseitig eingeschränkt worden, während die gleichen Beschränkungen für die Beschwerdegegnerin hinsichtlich der Duplik nicht gegolten hätten. Die Vorinstanz erwog dazu (Beschluss S. 6), die Vorbringen der Beschwerdegegnerin in der Duplik hätten

sich allesamt auf Entgegnungen des Beschwerdeführers in der Replik bezogen, weshalb von einer Benachteiligung des Beschwerdeführers keine Rede sein könne.

Mit dem blossen Hinweis darauf, dass Richterin von Moos Würigler der Beschwerdegegnerin das uneingeschränkte Novenrecht in der Duplik eingeräumt habe, nicht aber ihm (bzw. seiner Anwältin) in der Replik, weist der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nach. Vorab ist nicht ersichtlich, weshalb es nicht zulässig gewesen sein soll, dass die Anwältin des Beschwerdeführers nach erfolgter Beantwortung des Massnahmebegehrens darauf hingewiesen wurde, dass sie nachfolgend nur noch zu den Noven und zu den bestrittenen Punkten replizieren dürfe (Prot. ER S. 33 unten). Dies entspricht der gesetzlichen Regelung von § 206 ZPO, wonach im summarischen Verfahren jeder Partei grundsätzlich nur je ein Vortrag zusteht und nur aufgrund neuer tatsächlicher Vorbringen der Gegenseite Anspruch auf Replik und Duplik besteht (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 3 und 5 zu § 206 ZPO). Wenn sodann zutrifft - was in der Beschwerde nicht widerlegt wird -, dass sich die Vorbringen der Beschwerdegegnerin in der Duplik auf Entgegnungen des Beschwerdeführers in der Replik bezogen, bestand insoweit kein Anlass für einen Hinweis auf Beschränkungen.

e) Damit erweisen sich die in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen als unbegründet.

6.a) Der Beschwerdeführer berief sich schliesslich auf die Unzulässigkeit der Personalunion von Eheschutz- und Scheidungsrichter, wie sie vorliegend gegeben ist. Dem hielt die Vorinstanz entgegen, die Tatsache, dass Ersatzrichterin von Moos Würigler, welche bereits im Eheschutzverfahren gewirkt hatte, mit der Führung des Scheidungsprozesses betraut worden sei, sei ihm bereits seit Herbst 2004 bekannt gewesen, weshalb auf das insoweit verspätet gestellte Ablehnungsbegehren nicht eingetreten werden könne. Es wäre aber - so die Vorinstanz - ohnehin auch materiell in grundsätzlicher Hinsicht wie auch im Lichte der konkreten Umstände als unbegründet abzuweisen gewesen (Beschluss S. 6 unten).

b) In der Beschwerde beanstandet der Beschwerdeführer vorab (Beschwerde S. 8 f., Ziff. 20 ff.), dass die Vorinstanz wegen Verwirkung auf diesen Punkt des Ablehnungsbegehrens nicht eingetreten sei. Die Befangenheit eines Richters ergebe sich häufig nicht aus einer einzigen "grotesken Verhaltensweise", sondern der Verdacht der Parteilichkeit erhärte sich erst nach und nach. Erst wenn genügend Verdachtsmomente vorlägen, beginne die Verwirkungsfrist für die Stellung des Ausstandsbegehrens zu laufen (Beschwerde Ziff. 21).

Nachdem die Vorinstanz in ihrer Eventualbegründung (dazu nachfolgend lit. c) das Begehren auch als materiell nicht stichhaltig qualifiziert hat, kann offen gelassen werden, ob die (Haupt-)Begründung der verspäteten Stellung des Begehrens an einem Nichtigkeitsgrund leidet.

c) In der Eventualbegründung nahm die Vorinstanz auf das vorangehende Eheschutzverfahren Bezug und erwog, es sei weder behauptet noch belegt worden, dass die Rekursinstanz im Eheschutzverfahren die Unterhaltsregelung mit der Begründung korrigiert habe, die Einzelrichterin habe durch Verletzung von elementaren Richterplichten einen besonders schwerwiegenden Fehler gemacht (Beschluss S. 6/7). Dagegen macht der Beschwerdeführer geltend (Beschwerde Ziff. 23), die von der Einzelrichterin erstinstanzlich angeordnete Unterhaltsregelung habe ihn enorm benachteiligt und das Ausmass der Korrektur durch das Obergericht als Rekursinstanz sei frappant gewesen, indem sein Notbedarf um mehr als Fr. 1'000.-- pro Monat angehoben worden sei. Diese grob falsche Unterhaltsregelung der heutigen Scheidungsrichterin habe somit erneut den Eindruck von Befangenheit geweckt.

Die Tatsache, dass die obere Instanz einen Entscheid - sei es aus materiellen, sei aus formellen Gründen - aufhebt, bildet noch keinen Nachweis von Parteilichkeit oder Befangenheit. Mit der Begründung der Vorinstanz, wonach eine Verletzung elementarer Richterplichten weder behauptet noch belegt worden sei, setzt sich der Beschwerdeführer nicht näher auseinander. Aus der Tatsache, dass die Rekursinstanz eine Anpassung des klägerischen Notbedarfs vorgenommen hat, kann eine solche Verletzung durch die erste Instanz nicht abgeleitet werden.

7. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet, soweit darauf einzutreten ist. Sie ist abzuweisen.

Damit entfällt die der Beschwerde beigelegte aufschiebende Wirkung.

8. Ausgangsgemäss wird damit der Beschwerdeführer kostenpflichtig, wobei er das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung stellt bzw. erneuert. Das Ablehnungsbegehren muss jedoch - in Übereinstimmung mit der Vorinstanz - als von Anfang an aussichtslos bezeichnet werden. Weder kann im Vorgehen im Zusammenhang mit der Abweisung des Begehrens auf schriftliche Erstattung der Klageantwort, noch im Zusammenhang mit dem Verhalten während der Verhandlung vom 25. April 2005 bei objektiver Betrachtung ein ernsthafter Anhaltspunkt für Befangenheit der abgelehnten Richterin erblickt werden. Dass diese zuvor im eheschutzrichterlichen Verfahren zum Nachteil des Beschwerdeführers einen Entscheid getroffen hatte, der im Rekursverfahren korrigiert wurde, erklärt aus subjektiver Sicht des Beschwerdeführers Vorbehalte gegen die betreffende Richterin und Unbehagen an deren weiteren Tätigkeit in dieser Sache, vermochte aber in objektiver Hinsicht ebenfalls keine Befangenheit zu begründen. Das Gesuch - wie auch dasjenige um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Ausstandsverfahren - ist daher abzuweisen.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das vorliegende Verfahren wird abgewiesen.
2. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist. Damit entfällt die ihr beigelegte aufschiebende Wirkung.

3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 500.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 241.-- Schreibgebühren,  
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich und das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: