



---

Kass.-Nr. AA060192/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

## Zirkulationsbeschluss vom 25. Juli 2007

in Sachen

X.,

Beklagter, Gesuchsteller und Beschwerdeführer  
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

1. Y.,

2. Z.,

Kläger, Gesuchsgegner und Beschwerdegegner  
1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

**Ablehnung von Bezirksrichterin lic.iur. A. im Prozess CG040080 in Sachen  
der Parteien betreffend Werkvertrag**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. November 2006  
(VV060031/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Zwischen den Parteien ist vor Bezirksgericht Zürich ein Forderungsprozess anhängig (vgl. BG Prot. S. 2 - 4 sowie BG act. 1 und 2 mit den Betreffen "Werkvertrag"). Mit Eingabe vom 22. September 2006 stellte der Beschwerdeführer (Beklagter im erstinstanzlichen Forderungsprozess) ein Ausstandsbegehren gegen die erstinstanzliche Referentin Bezirksrichterin lic.iur A. (OG act. 1). BRin A. gab am 29. September 2006 die gewissenhafte Erklärung ab, dass sie nicht befangen sei (OG act. 2). Die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich wies das Ablehnungsbegehren mit Beschluss vom 13. November 2006 ab, soweit sie darauf eintrat (OG act. 7 = KG act. 2).

2. Gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 13. November 2006 reichte der Beschwerdeführer innert der 30-tägigen Beschwerdefrist (OG act. 9, KG act. 1) und damit rechtzeitig eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragt er die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und, sinngemäss, die Gutheissung des Ablehnungsbegehrens, eventualiter die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (Beschwerde KG act. 1 S. 2).

3. Die dem Beschwerdeführer nach § 75 ZPO auferlegte Prozesskaution von Fr. 4'000.-- (KG act. 10) leistete er fristgerecht (KG act. 11/1, 13). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Stellungnahme zur Beschwerde (KG act. 12). Mit ihrer ebenfalls rechtzeitigen (KG act. 10, 11/2, 14) Vernehmlassung beantragen die Beschwerdegegner (Kläger im erstinstanzlichen Forderungsprozess) die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 14 S. 12). Diese Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer zugestellt (KG act. 15, 16/1). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten nicht.

## II.

Gegen Entscheide des Obergerichts betreffend Ablehnungsbegehren gemäss § 101 GVG ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gestützt auf § 282 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO ohne weiteres zulässig (Kass.-Nr. AA050098 vom 24.8.2005 Erw. 3 mit Verweisung auf 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; Kass.-Nr. 99/435 Z vom 2.3.2000 Erw. II.1 sowie Kass.-Nr. AA040075 vom 15.9.2004 Erw. III.1). Der obergerichtliche Beschluss über das Ablehnungsbegehren fällt nicht unter die Ausnahmebestimmung von § 284 Ziff. 2 ZPO (ZR 100 [2001] Nr. 3 Erw. II.1.a mit Verweisungen). Unter diesen Aspekten ist auf die Nichtigkeitsbeschwerde einzutreten.

## III.

1. Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführer habe sein Ausstandsbegehren zunächst damit begründet, die erstinstanzliche Referentin habe häufig Fragen des Vertreters des Beschwerdeführers unterdrückt und die Zeugen auffällig häufig darauf hingewiesen, sie müssten sich nicht besonders anstrengen, im Falle des fehlenden Erinnerens müssten sie nichts sagen, anstatt die Zeugen zu ermuntern, sich der fraglichen Sachverhalte zu erinnern (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 4 Erw. 4). An welcher Stelle des 345 Seiten umfassenden Protokolls sich Äusserungen der Referentin fänden, bestimmte Zeugen müssten sich nicht besonders anstrengen, habe der Beschwerdeführer jedoch nicht gesagt. Es sei daher davon auszugehen, dass es sich bei dieser Behauptung um eine (einseitige) rein subjektiv geprägte Interpretation handle. Der Beschwerdeführer habe es ebenfalls unterlassen anzugeben, welche seiner Fragen von der Referentin unzulässigerweise nicht zugelassen worden seien. Es könne jedoch nicht Aufgabe der Aufsichtsbehörde sein, im umfangreichen Protokoll über die zahlreichen Zeugenbefragungen nach bloss pauschal behaupteten Ablehnungsgründen zu forschen. Vielmehr wäre es - so die Vorinstanz weiter - Sache des Beschwerdeführers gewesen, die Tatsachen, auf welche sich das Ablehnungsbegehren stütze, konkret

zu benennen und zu belegen (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 5 Erw. 5 mit Verweisung auf Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 3 ff. zu § 100). Das Ablehnungsbegehren erweise sich daher insoweit als unbegründet (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 5 Erw. 5).

1.1. Dazu macht der Beschwerdeführer geltend, die von der Vorinstanz zitierte Literaturstelle (Hauser/Schweri, a.a.O., N 3 zu § 100) verweise auf blosser Vermutungen, welche sich durch keine Tatsachen oder Belege stützen liessen. Davon könne vorliegend keine Rede sein. Er habe seine Kritik an der Befragungstechnik der erstinstanzlichen Referentin auf das Protokoll gestützt. Seine Kritik sei damit belegt und lasse sich aufgrund des Gerichtsprotokolls leicht nachvollziehen. Die Behauptung, es handle sich um unbelegte blosser Vermutungen, die sich durch keine Tatsachen und Belege stützen liessen, sei damit widerlegt (Beschwerde KG act. 1 S. 3 Rz 3). In der Folge verweist der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde auf einzelne Stellen aus dem erstinstanzlichen Protokoll und kommentiert diese (Beschwerde KG act. 1 S. 4 - 6 Rz 5 - 12). Schliesslich führt er aus, insgesamt biete das erstinstanzliche Protokoll "reichlich Anschauungsmaterial für die einseitige und zu Gunsten der Kläger unkritische Haltung der Referentin bei der Zeugeneinvernahme". Die Vorinstanz habe es sich zu leicht gemacht, indem sie das erstinstanzliche Protokoll nicht durchgesehen habe. Der blosser Hinweis darauf, es hätte an einzelnen konkreten Hinweisen auf Belegstellen im Protokoll gefehlt, könne die Vorinstanz nicht von ihrer Aufgabe entlasten, das Recht von Amtes wegen anzuwenden und die Frage der richterlichen Objektivität von Amtes wegen zu prüfen. Die Vorinstanz hätte, so der Beschwerdeführer, die behaupteten Ablehnungsgründe anhand des erstinstanzlichen Protokolls prüfen müssen (Beschwerde KG act. 1 S. 6 Rz 13 f.).

1.2. Das Ausstandsbegehren ist zu begründen und gleichzeitig durch Urkunden oder schriftliche Auskünfte von Amtesstellen zu belegen (§ 100 Abs. 1 GVG).

1.3. Abgesehen von der Kritik eines traulichen Zusammensitzens der erstinstanzlichen Referentin mit den Beschwerdegegnern im Anschluss an einen

Augenschein (dazu nachfolgend Erw. 2) "begründete" der Beschwerdeführer sein Ausstandsbegehren lediglich folgendermassen (OG act. 1 S. 1):

"Sowohl am Augenschein wie im Rahmen der zahlreichen Zeugeneinvernahmen entstand beim Beklagten der Eindruck, die Referentin sei nicht neutral und unvoreingenommen. Zum einen unterdrückte sie häufig Fragen des beklagten Vertreters, sodann wies sie die Zeugen auffällig häufig darauf hin, sie müssten sich nicht besonders anstrengen, im Falle des fehlenden Erinnerens müssten sie nichts sagen. Anstatt die Zeugen zu ermuntern, sich der fraglichen Sachverhalte zu erinnern."

1.4. Das erstinstanzliche Protokoll über den Augenschein und die Zeugeneinvernahmen umfasst 247 Seiten (BG Prot. S. 76 - 323). Bezirksrichterin A. befragte 20 Zeugen (BG Prot. S. 77 ff., S. 116 ff., S. 219 ff., S. 313 ff.). Unter diesen Umständen und bei der Obliegenheit, ein Ausstandsbegehren zu begründen und gleichzeitig zu belegen (§ 100 Abs. 1 GVG; vorstehend Ziff. 1.2), erwog die Vorinstanz zu Recht und ohne Verletzung eines Verfahrensgrundsatzes, es sei nicht ihre Aufgabe, im umfangreichen Protokoll nach bloss pauschal behaupteten Ablehnungsgründen (vgl. vorstehend Ziff. 1.3) zu forschen; vielmehr hätte der Beschwerdeführer die Tatsachen, auf welche sich sein Ablehnungsbegehren stütze, konkret benennen und belegen müssen. Das habe er nicht getan, weshalb sein Ablehnungsbegehren insoweit unbegründet sei (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 5 unten). Zur Erfüllung der Obliegenheit von § 100 Abs. 1 GVG hätte der Beschwerdeführer beim Umfang des erstinstanzlichen Protokolls und der Anzahl der von der abgelehnten Richterin einvernommenen Zeugen tatsächlich bereits bei der Vorinstanz konkret unter genauer Bezeichnung der einzelnen Protokollstellen spezifiziert darlegen müssen, welche Fragen die erstinstanzliche Referentin unterdrückt und welche Zeugen sie in welchem Zusammenhang darauf hingewiesen habe, sie müssten sich nicht besonders anstrengen und im Falle des fehlenden Erinnerens müssten sie nichts sagen. Indem er das unterliess, begründete der Beschwerdeführer sein Begehren ungenügend und belegte es überhaupt nicht, weshalb es die Vorinstanz zu Recht insoweit als unbegründet erachtete.

1.5. Daran ändern die spezifizierten Hinweise in der Beschwerde (KG act. 1 S. 4 - 6 Rz 5 - 11) nichts. Sie sind im Beschwerdeverfahren verspätet und deshalb nicht zulässig. Der Beschwerdeführer hätte diese bereits vor Vorinstanz vortragen

müssen und kann, indem er dies erst in der Beschwerde tut, der Vorinstanz nicht vorwerfen, diese nicht beachtet zu haben. Die über ein Ausstandsbegehren entscheidende Behörde hat nur die vorgebrachten Gründe zu überprüfen. Ob sie dabei einen Nichtigkeitsgrund gesetzt hat, ist dann die im Kassationsverfahren ausschliesslich zu beurteilende Frage. Dieses Verfahren kann nicht den Sinn haben, dass weitere Begründungen nachgeschoben werden dürfen, womit letztlich die Kassationsinstanz über einen abgelehnten Antrag entscheiden würde (Kass.-Nr. 46/89 vom 5.6.1989 Erw. II.3; Kass.-Nr. 90/240 vom 18.2.1991 Erw. II.a). Das gilt in gleicher Weise für - wie vorliegend (vgl. vorstehend Erw. 1.4) - vor Vorinstanz ungenügend substantiierte Gründe. Auf erst im Beschwerdeverfahren vorgenommene Substantiierungen ist nicht einzutreten.

Ebensowenig ändert daran der Hinweis, die Vorinstanz hätte das Recht von Amtes wegen anwenden müssen (Beschwerde KG act. 1 S. 6 Rz 14). Die Vorinstanz wandte das Recht durchaus an; allerdings - zu Recht - nur auf den vom Beschwerdeführer (ungenügend begründet und unbelegt) vorgetragene Sachverhalt. Die Vorschrift der Rechtsanwendung von Amtes wegen beinhaltet nicht die Substantiierung und Erforschung eines ungenügend substantiierten Sachverhaltes von Amtes wegen. Das Gesetz weist diese Aufgabe dem Gesuchsteller zu (§ 100 Abs. 1 GVG). Die Versäumnisse des Beschwerdeführers (ungenügende Substantiierung und Belegung seines Begehrens) sind keine Verfahrensfehler der Vorinstanz. Die Rüge geht fehl.

2. Weiter erwog die Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe sein Ausstandsbegehren auch damit begründet, dass sich die erstinstanzliche Referentin nach durchgeführtem Augenschein im Hause der Beschwerdegegner gänzlich ausserhalb der üblichen neutralen Haltung verhalten habe, indem sie sich von den Beschwerdegegnern zu einem Getränk habe einladen lassen und traulich mit diesen auf einem Fauteuil gesessen sei, nachdem der Beschwerdeführer und sein Rechtsvertreter das Haus bereits verlassen hätten (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 5 oben; OG act. 1 S. 1 f.). Dieser Vorwurf beziehe sich auf den Augenschein, der am 27. März 2006 stattgefunden habe. Am 7. April 2006 sowie am 20. April 2006 hätten immer mit der gleichen Referentin ganztägige Beweisverhandlungen mit diversen Zeugenbefragungen stattgefunden. Am 2. Juni 2006 sei

eine weitere Zeugenbefragung sowie die persönliche Befragung der Parteien durchgeführt worden. Das erst am 22. September 2006 gestellte Ablehnungsbegehren sei deshalb offenkundig verspätet und rechtsmissbräuchlich. Dieser angebliche Ablehnungsgrund sei dem Beschwerdeführer seit dem 27. März 2006 bekannt. Durch sein stillschweigendes Einlassen auf den Prozess im Rahmen der späteren Beweisverhandlungen habe er den Anspruch auf die Geltendmachung dieses Grundes verwirkt. Auf das Ablehnungsbegehren sei daher insoweit nicht einzutreten (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 6).

2.1. Dazu macht der Beschwerdeführer geltend, das Protokoll sämtlicher Zeugenaussagen sei den Parteien erst lange nach der letzten Zeugenbefragung anfangs Juni 2006 zur Verfügung gestanden; dem Beschwerdeführer ab dem 23. August 2006. Erst als das ganze Protokoll vorgelegen habe, habe aufgrund eines Überblicks die einseitige Haltung der Referentin wahrgenommen werden können. Das Ablehnungsbegehren vom 22. September 2006 sei somit nicht verspätet gewesen (Beschwerde KG act. 1 S. 7 f. Rz 16 - 18, 21, 23). Der von der Vorinstanz zitierte Bundesgerichtsentscheid 114 Ia 278 sei nicht einschlägig. In jenem Verfahren sei das Ablehnungsbegehren im Gegensatz zum vorliegenden Sachverhalt erst im Rechtsmittelverfahren vorgetragen worden (Beschwerde KG act. 1 S. 7 f. Rz 19 f., 22 f.).

2.2. Die Vorinstanz bezog ihre Erwägung der Verwirkung des geltend gemachten Ablehnungsgrundes ausschliesslich auf den erhobenen Vorwurf des traulichen Zusammenseins der Referentin mit den Beschwerdegegnern am 27. März 2006. Nur insoweit trat die Vorinstanz deshalb auf das Ablehnungsbegehren gar nicht ein. Soweit der Beschwerdeführer hierunter eine "einseitige Haltung der Referentin" beanstandet, die nur aufgrund eines Überblicks aus dem gesamten Protokoll habe wahrgenommen werden können, geht die Rüge am angefochtenen Beschluss vorbei und damit von vornherein fehl.

2.3. Das, worüber die Vorinstanz hierunter entschied (Vorwurf des traulichen Beisammenseins der Referentin mit den Beschwerdegegnern am 27. März 2006), war dem Beschwerdeführer nicht erst bekannt, als er das ausgefertigte erstinstanzliche Protokoll erhielt. Vielmehr machte er geltend, sein Rechtsvertreter sei

im Anschluss an den Augenschein (vom 27. März 2006; BG Prot. S. 76 ff.) ins Haus der Beschwerdegegner zurückgekehrt, um seine Mappe zu holen. Dabei habe er das trauliche Zusammensein der Referentin mit den Beschwerdegegnern festgestellt (OG act. 1 S. 1 f.). Das hatte der Vertreter des Beschwerdeführers also tatsächlich bereits am 27. März 2006 selber festgestellt und nicht erst aus dem ausgefertigten Protokoll entnehmen können.

2.4. Zwar behandelte der von der Vorinstanz im Zusammenhang mit einer Verwirkung des Anspruchs auf Anrufung von Ablehnungsgründen zitierte Bundesgerichtsentscheid 114 Ia 278 (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 4 Erw. 3.3) tatsächlich einen Fall, in welchem der Gesuchsteller einen Ablehnungsgrund erst im Rechtsmittelverfahren vorbrachte, obwohl er ihm schon vorher bekannt war. Dies gilt für den Grossteil der publizierten diesbezüglichen Entscheide (vgl. etwa BGE 124 I 121, 120 Ia 19, 117 Ia 322, 116 Ia 387 und 485, 114 Ia 278; darunter auch der von Hauser/ Schwenk, a.a.O., in N 4 zu § 98 zitierte BGE 117 Ia 323 E. 1c; nicht so aber der allerdings eine Ablehnung eines Sachverständigen betreffende BGE 132 V 93, 112). Sodann ist nicht von vornherein klar, ob die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach derjenige, der den Richter nicht unverzüglich ablehnt, wenn er vom Ablehnungsgrund Kenntnis erhält, den Anspruch auf spätere Anrufung der verletzten Verfassungsbestimmung (der Bundesverfassung) verwirkt (BGE 114 Ia 278, 280), vollumfänglich auch für die Ablehnungsgründe nach kantonalem Recht gilt.

2.5. Die vorinstanzliche Rechtsanwendung stimmt aber mit der diesbezüglichen kantonalen Praxis überein. Zwar betrifft auch ein Grossteil der publizierten Entscheide zur diesbezüglichen Anwendung des kantonalzürcherischen Rechts Fälle, in welchen das Ausstandsbegehren erst im Rechtsmittelverfahren gestellt worden war, obwohl es bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätte gestellt werden können (vgl. z.B. ZR 89 [1990] Nr. 94 Erw. IV, ZR 101 [2002] Nr. 13 Erw. III. 8.b S. 60, ZR 103 [2004] Nr. 31). Der Grundsatz, dass ein Ablehnungsbegehren nach Treu und Glauben (§ 50 Abs.1 ZPO) *unverzüglich nach Kenntnisnahme des Ausstandsgrundes* gestellt werden muss, ansonsten das Ablehnungsrecht verwirkt ist bzw. Verzicht auf dasselbe angenommen wird, gilt aber nicht nur im Hinblick auf ein erst mit einem Rechtsmittel geltend gemachten Ablehnungsgrund

gegen vorinstanzliche Richter, sondern auch - wie der Ausdruck "unverzüglich" nahelegt - innerhalb eines Verfahrens derselben Instanz. So führt der Kommentar Hauser/Schweri (allerdings unter Verweisung auf BGE 117 Ia 323 E. 1c, der ebenfalls einen Fall behandelt, in welchem ein Ausstandsgrund erst mit dem Rechtsmittel geltend gemacht wurde) in N 4 zu § 98 GVG (also zur gesetzlichen Ordnung, dass das Ausstandsbegehren während des ganzen Verfahrens gestellt werden kann) aus, dass den Anspruch auf spätere Anrufung des schon früher bekannten Ablehnungsgrunds verwerke, wer den Justizbeamten nicht unverzüglich ablehne, nachdem er vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten habe, sondern sich stillschweigend auf den Prozess einlasse. Auch das Kassationsgericht hielt bereits in einem Entscheid vom 10. Februar 1995 fest, dass diese Praxis umfassend Anwendung findet und sich nicht etwa nur auf erst vor einer oberen Instanz geltend gemachte richterliche Befangenheit bezieht. Dabei hatte das Kassationsgericht folgenden Sachverhalt zu prüfen: Vor Bezirksgericht wurde am 15. April 1993 die Hauptverhandlung (bzw. deren erster Teil mit Klagebegründung und -antwort) durchgeführt. Der Beschwerdeführer verlangte darauf vom Bezirksgericht vor der Fortsetzung der Hauptverhandlung einen Entscheid über ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Gegen den das Gesuch abweisenden Entscheid vom 13. Mai 1993 führte er einen Rekurs ans Obergericht. Dieses hiess den Rekurs mit Beschluss vom 18. Februar 1994 gut. Im Juni 1994 nahm das Bezirksgericht Kontakt mit dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers auf zwecks Vereinbarung eines Termins für die Fortsetzung der Hauptverhandlung. Darauf stellte der Beschwerdeführer beim Bezirksgericht ein Ausstandsbegehren gegen die drei Richter und den Gerichtssekretär, welche an der Hauptverhandlung vom 15. April 1993 mitgewirkt hatten, und begründete dieses Begehren mit dem Verhalten des Gerichts anlässlich jener Verhandlung. Die Verwaltungskommission des Obergerichts erwog, gemäss § 98 GVG könne ein Ablehnungsbegehren zwar während des ganzen Verfahrens gestellt werden. Das bedeute aber nicht, dass nach Kenntnis eines Ablehnungsgrundes mit dessen Geltendmachung beliebig lange zugewartet werden dürfe. Es verstosse gegen Treu und Glauben, wenn die Rüge, die Garantie des verfassungsmässigen Richters sei verletzt, nicht unverzüglich erhoben werde, sobald der behauptete Mangel festgestellt werde. Mit einem Gesuch um Abnahme einer im Anschluss an die Hauptverhandlung

vom 15. April 1993 angesetzten Frist zur schriftlichen Replik und mit dem Verlangen eines Entscheids über die unentgeltliche Rechtspflege habe sich der Beschwerdeführer stillschweigend auf den Prozess vor dem angeblich befangenen und voreingenommenen Gericht eingelassen. Sein Anspruch auf die Anrufung der Ablehnungsgründe sei deshalb verwirkt. Das Kassationsgericht erachtete es als wesentlich, dass der Beschwerdeführer sein Ablehnungsgesuch nicht kurze Zeit nach der Hauptverhandlung vom 15. April 1993, sondern erst am 16. Juni 1994 gestellt habe. Ein Ablehnungsgesuch sei stets unverzüglich nach Kenntnis des Ablehnungsgrundes zu stellen, und eine Einlassung auf den Prozess führe zur Verwirkung des Anspruchs, weshalb der Beschwerdeführer in jenem Fall das Ablehnungsgesuch sofort (mindestens jedoch kurze Zeit) nach der Hauptverhandlung vom 15. April 1993 hätte stellen sollen und nicht noch einen Entscheid der Erstinstanz hätte abwarten dürfen. Unter den damals gegebenen Umständen sei nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz auf eine stillschweigende Einlassung auf den Prozess vor Bezirksgericht und damit auf die Verwirkung des Anspruchs auf Geltendmachung von Ablehnungsgründen geschlossen habe und auf das Ausstandsbegehren nicht eingetreten sei (Kass.-Nr. 94/363 Z vom 10. Februar 1995; Unterstreichung des Wortes "stets" im zitierten Entscheid). In einem anderen Verfahren hatte am 3. Juni 1999 vor einem Bezirksgericht eine Fortsetzung der Hauptverhandlung stattgefunden. Am 22. Juni 1999 stellte der Beschwerdeführer ein Ablehnungsbegehren gegen den Richter, der diese Verhandlung geleitet hatte. Die Verwaltungskommission des Obergerichts wies das Ablehnungsbegehren ab und erachtete es insoweit als verspätet (gegen Treu und Glauben verstossend), als es damit begründet worden war, dass der abgelehnte Richter bereits in früheren Verfahren an für den Beschwerdeführer negativen Entscheiden beteiligt gewesen sei. Das Kassationsgericht erwog dazu, dass der abgelehnte Richter bereits bei früherer Gelegenheit gegen ihn entschieden habe, habe dem Beschwerdeführer bereits vor Beginn des Scheidungsverfahrens klar sein müssen. Demnach hätte er sich auch gleich zu Beginn des Scheidungsverfahrens auf den behaupteten Ablehnungsgrund berufen können. Das Bundesgericht und das Kassationsgericht hätten verschiedentlich festgehalten, wer den Richter nicht unverzüglich ablehne, wenn er vom Ablehnungsgrund Kenntnis erhalte, sondern sich stillschweigend auf den Prozess einlasse, könne den Anspruch verwirken. Im

Lichte dieser Rechtsprechung sei die bemängelte Feststellung der Vorinstanz nicht zu beanstanden (Kass.-Nr. 99/435 Z vom 2.3.2000). In einem andern Verfahren vor Kassationsgericht hatte ein Beschwerdeführer am 31. Januar 2006 eine Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht eingereicht, nachdem das Kassationsgericht frühere Beschwerden von ihm (gegen andere obergerichtliche Entscheide) abgewiesen bzw. von der Hand gewiesen hatte. Mit der Beschwerde vom 31. Januar 2006 beantragte der Beschwerdeführer die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Kassationsverfahren. Mit Beschluss vom 10. Mai 2006 wies das Kassationsgericht dieses Gesuch ab und setzte dem Beschwerdeführer eine Kautionsfrist an. Mit Eingabe vom 30. Mai 2006 stellte der Beschwerdeführer ein Ausstandsbegehren "gegen sämtliche bereits im früheren Verfahren involvierte" Kassationsrichter. Das Kassationsgericht erwog, auf das Gesuch sei nicht einzutreten, soweit es sich gegen Kassationsrichter richtete, welche nicht am Beschluss vom 10. Mai 2006 beteiligt waren. Insoweit wäre das Gesuch als verspätet gestellt zu betrachten und das Ablehnungsrecht damit verwirkt. Dies deshalb, weil der diesen Richtern gegenüber behauptete Ablehnungsgrund der Befangenheit dem Beschwerdeführer nicht erst durch die Mitteilung des Zwischenbeschlusses vom 10. Mai 2006 zur Kenntnis gelangte, sondern bereits früher, nämlich spätestens nach erfolgter Eröffnung derjenigen (früheren) Entscheidung des Kassationsgerichts, die nach Auffassung des Beschwerdeführers die Befangenheit der daran mitwirkenden Mitglieder des Kassationsgerichts begründeten bzw. belegten. Dementsprechend hätte der Beschwerdeführer den behaupteten Ablehnungsgrund gegen diese Richter bereits früher (insbesondere in der Beschwerdeschrift) geltend machen müssen (Kass.-Nr. AA060014, Zwischenbeschluss vom 26. Juni 2006).

2.6. Der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren hatte den geltend gemachten Ablehnungsgrund des traulichen Beisammenseins der erstinstanzlichen Referentin mit den Beschwerdegegnern am 27. März 2006 bereits an diesem 27. März 2006 zur Kenntnis genommen. Er stellte nicht unverzüglich ein Ablehnungsbegehren. Vielmehr nahm er am 7. April, 20. April und 2. Juni 2006 an drei weiteren Verhandlungen unter Leitung der erstinstanzlichen Referentin teil. Erst am 22. September 2006 stellte er das Ablehnungsbegehren. Im Lichte der

vorstehend dargelegten Praxis ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Ablehnungsbegehren insoweit als verspätet und den Anspruch auf die Geltendmachung dieses Ablehnungsgrundes als verwirkt bezeichnete und insoweit auf das Ablehnungsbegehren nicht eintrat. Auch diese Rüge geht fehl.

2.7. Erhält eine Partei allerdings erst nach Eröffnung eines Entscheides Kenntnis von entsprechenden Umständen, kann sie dies auf dem Rechtsmittelweg zum Gegenstand eines Ablehnungsbegehrens machen. Damit ist es aber auch zulässig, in Verbindung mit diesen neu entdeckten Umständen bereits früher bekannte Tatsachen in die Begründung des Ablehnungsbegehrens einzubeziehen, soweit nicht auszuschliessen ist, dass erst eine Gesamtwürdigung aller Umstände zur Bejahung des Ablehnungsgrundes führt, während die isolierte Geltendmachung der bereits früher entdeckten Tatsachen die Stellung eines solchen Begehrens nicht hätte rechtfertigen können (ZR 98 [1999] Nr. 21).

Ist ein solcher nachträglicher Einbezug bereits früher bekannter Tatsachen in die Begründung eines Ablehnungsbegehrens noch nach Eröffnung eines Entscheides zulässig, ist dies umso mehr innerhalb eines erstinstanzlichen Verfahrens zulässig, wenn noch gar kein Entscheid ergangen ist. Eine Partei darf in Verbindung mit neu entdeckten Tatsachen bereits früher bekannte Tatsachen, bezüglich welcher sie nicht isoliert ein Ablehnungsbegehren gestellt hatte, in die Begründung eines Ablehnungsbegehrens einbeziehen, soweit nicht auszuschliessen ist, dass erst eine Gesamtwürdigung aller Umstände zur Bejahung des Ablehnungsgrundes führt. Unter diesen Voraussetzungen dürfen bei der Beurteilung des Ablehnungsbegehrens die einbezogenen früher bekannten Tatsachen nicht mit der Begründung ausgeblendet werden, sie seien verspätet.

Der Beschwerdeführer macht geltend, die behauptete "einseitige Haltung" bzw. "einseitige Fragetechnik" der erstinstanzlichen Referentin bzw. die "Einseitigkeit der Referentin" hätten erst wahrgenommen werden können, als das Protokoll in seiner Gesamtheit vorgelegen sei (Beschwerde KG act. 1 S. 7 Rz 16, S. 8 Rz 21, Rz 23). Soweit sich der Beschwerdeführer bei dieser Rüge auf den aus der Art und Weise der Zeugeneinvernahmen durch die erstinstanzliche Referentin geltend gemachten Ablehnungsgrund bezieht, ist auf vorstehende

Erw. 2.2 zu verweisen. Die Vorinstanz erachtete nicht diesen Ablehnungsgrund als verspätet und nicht den Anspruch auf die Geltendmachung dieses Grundes als verwirkt. Insoweit geht die Rüge am angefochtenen Beschluss vorbei und fehlt. Soweit der Beschwerdeführer aber - ohne dies klar so zu bezeichnen - damit geltend machen möchte, er habe die Tatsache des traulichen Beisammenseins der Referentin mit den Beschwerdegegnern am 27. März 2006 erst in Verbindung mit den danach entdeckten Umständen der "einseitigen Fragetechnik" der Referentin als Ablehnungsgrund angeführt, weil die isolierte Geltendmachung der früher entdeckten Tatsache (des traulichen Beisammenseins der Referentin mit den Beschwerdegegnern am 27. März 2006) die Stellung eines Ablehnungsbegehrens noch nicht hätte rechtfertigen können, diese Tatsache aber zusammen mit den später entdeckten und geltend gemachten Tatsachen in einer Gesamtwürdigung zur Bejahung des Ablehnungsgrundes führe, so wäre dies in Anwendung der eingangs dieser Ziffer zitierten Rechtsprechung zwar grundsätzlich zulässig und dürfte grundsätzlich bei einer solchen Gesamtwürdigung die früher entdeckte Tatsache nicht wegen Verspätung unbeachtet gelassen werden. Auch dies kann indes nur gelten, wenn die gesamthaft zu würdigenden Tatsachen genügend substantiiert, begründet und belegt werden. Das war vorliegend bezüglich der weiteren Tatsachen (neben derjenigen des traulichen Beisammenseins der Referentin mit den Beschwerdegegnern am 27. März 2006) nicht der Fall (vorstehend Erw. 1). Die Vorinstanz konnte diese nicht in eine Gesamtwürdigung einbeziehen, weil sie ungenügend benannt und nicht belegt waren. Damit hätte die Vorinstanz einzig die Tatsache des traulichen Beisammenseins der Referentin mit den Beschwerdegegnern am 27. März 2006 prüfen können. Die Berufung ausschliesslich auf diese Tatsache (als einzige, ausserhalb einer Gesamtwürdigung) erfolgte indes zu spät, weshalb der Anspruch verwirkt ist (vorstehende Erw. 2.6). Damit bleibt es dabei, dass auch diese Rüge fehlt geht.

3. Zusammenfassend wies der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nach. Er hatte vor Vorinstanz zwei Ablehnungsgründe geltend gemacht, nämlich einen ersten im Zusammenhang mit dem Verhalten der erstinstanzlichen Referentin bei den Zeugenbefragungen sowie einen zweiten im Zusammenhang mit dem Verhalten der erstinstanzlichen Referentin im Anschluss an den Augen-

schein vom 27. März 2006. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den ersten Ablehnungsgrund als ungenügend substantiiert und deshalb als unbegründet erachtete. Sodann ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz bei separater Prüfung auf den zweiten Ablehnungsgrund wegen Verwirkung nicht eintrat. Schliesslich ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den zweiten Ablehnungsgrund auch nicht zu einer Gesamtwürdigung aller Umstände beachtete, weil eine solche Gesamtwürdigung aufgrund der ungenügenden Substantiierung gar nicht vorgenommen werden konnte. Weitere Nichtigkeitsgründe machte der Beschwerdeführer nicht geltend. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

#### IV.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Ferner ist der Beschwerdeführer zu verpflichten, den Beschwerdegegnern für deren anwaltliche Aufwendungen im Beschwerdeverfahren eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

Gerichtskosten und Prozessentschädigung bemessen sich nach dem Streitwert (§ 3 Abs. 1 der Verordnung über die Gerichtsgebühren [GGebV], § 3 Abs. 1 der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren [AnwGebV]), wobei der Streitwert vor Rechtsmittelinstanz massgebend ist (§ 9 Abs. 1 GGebV, § 12 Abs. 3 AnwGebV).

Gemäss Angabe der Kläger und Beschwerdegegner in der Replik beträgt der Streitwert Fr. 422'505.10 (BG act. 53 S. 6 f.). Zwar geht der Beklagte von einer tieferen "Klagesumme" von (nach behaupteter Klagereduktion) Fr. 417'133.10 aus (BG 62 S. 61). Die Differenz liegt in der Position "Bevorschussung der Ersatzvornahme" (Bezeichnung der Kläger; BG act. 53 S. 6) bzw. "Sanierungskosten" (Bezeichnung des Beklagten; BG act. 62 S. 61). Der Beklagte verweist für seine Zahl auf BG act. 44. Dabei handelt es sich um eine von den Klägern eingereichte, als "ergänzende Beweisofferte" bezeichnete (BG act. 43)

"Zusammenstellung der Kosten für die Sanierungsarbeiten". Der Streitwert berechnet sich indes nicht nach Beweisofferten, sondern nach dem Rechtsbegehren des Klägers (§ 18 Abs. 1 ZPO). Dieses belief sich bezüglich dieser Position auf Fr. 228'323.95 (BG act. 53 S. 2 Anträge Ziff. 1) und, unter Einbezug dieser Zahl, im Total auf Fr. 422'505.10 (BG act. 53 S. 6 f.). Mit der Duplik beantragte der Beklagte die Abweisung der klägerischen Rechtsbegehren, soweit diese den Betrag von Fr. 14'374.90 übersteigen (BG act. 62 S. 2). Der Beklagte anerkannte damit die Forderung im Umfang von Fr. 14'374.90 (vgl. im Einzelnen BG act. 62 S. 30 Rz 109 Fr. 1'300.--; S. 32 Rz 117 Fr. 322.80 + Fr. 215.20 + Fr. 4'568.30; S. 33 Rz 125 Fr. 4'568.30; S. 34 Rz 132 Fr. 150.--; S. 34 Rz 133 Fr. 150.-- + Fr. 100.--; S. 35 Rz 134 Fr. 150.--; S. 35 Rz 135 Fr. 150.--; S. 36 Rz 141 Fr. 2'000.--; S. 36 Rz 144 Fr. 600.--; S. 51 Rz 198 Fr. 100.--; total Fr. 14'374.60). Die zur Zeit des Rechtsmittelverfahrens noch streitige Forderung und damit dieser Streitwert beträgt mithin Fr. 408'130.20 (Fr. 422'505.10 ./ Fr. 14'374.90).

Bei der Bemessung der Prozessentschädigung findet bereits die auf den 1. Januar 2007 in Kraft getretene AnwGebV vom 21. Juni 2006 Anwendung (§ 19 AnwGebV).

Dem Streitwert von Fr. 408'130.20 entsprechen eine Gerichtsgebühr gemäss § 3 Abs. 1 GGebV von Fr. 14'057.-- und eine anwaltliche Grundgebühr gemäss § 3 Abs. 1 AnwGebV von Fr. 21'563.--. Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 6 Abs. 1 und § 9 Abs. 2 GGebV (Reduktion auf zwei Drittel bis einen Neuntel) auf Fr. 2'000.-- festzusetzen. Die Prozessentschädigung ist in Anwendung von § 8 i.V. mit § 7 und § 12 Abs. 1 AnwGebV (Reduktion auf vier Neuntel bis einen Fünfzehntel) auf Fr. 3'000.-- festzusetzen.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 2'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 394.-- Schreibgebühren,  
Fr. 171.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, den Beschwerdegegnern zusammen für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 3'000.-- zu bezahlen.
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. Der Streitwert beträgt Fr. 408'130.20.  
  
Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich und an die 8. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: