



Kass.-Nr. AA080090/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, der Kassationsrichter Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## Zirkulationsbeschluss vom 24. Juli 2008

in Sachen

1. **P & Co.**,  
....
  2. **...**,
  3. **...**,
  4. **W. F.**, .....
  5. **...**,
  6. **A. P.**, .....
  - ....
  7. **...**,
  8. **...**,
  9. **...**,  
Kläger, Appellanten und Beschwerdeführer
- 1, 4, 6 vertreten durch A. P., ....

sowie

1. **A. P.**,  
.....
  2. **P AG**,  
...
  3. **E. P.**,  
...
- 2, 3 vertreten durch A. P., ....

gegen

1. **Kanton Zürich**,
  2. **Gemeinde Y**, .....
- Beklagte, Appellanten und Beschwerdegegner
- 1 vertreten durch Obergericht des Kantons Zürich, ...
- 1 vertreten durch Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, ...
- 1, 2 vertreten durch Gemeindesteueramt Y, ...

betreffend

**Kollokationsklage**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss und ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. März 2008 (NF060003/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Mit Eingabe vom 4. April 2008 an das Bezirksgericht X erhoben neun Kläger Klage im Wesentlichen mit dem Rechtsbegehren, es seien verschiedene im Konkursverfahren B Immobilien AG geltend gemachte Forderungen nicht zu kollozieren (ER act. 1). Die Einzelrichterin im beschleunigten Verfahren wies diese Klage mit Urteil vom 9. November 2006 ab (ER act. 40 = OG act. 46). Gegen dieses Urteil erhoben die Kläger Berufung (ER act. 43).

Das Obergericht (II. Zivilkammer) setzte den Klägern 2, 3, 5 und 7 bis 9 mit Beschluss vom 5. Februar 2007 unter anderem Frist zur Leistung einer Prozesskaution für das Berufungsverfahren an (OG act. 49). Das Kassationsgericht wies die dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde mit Beschluss vom 5. Februar 2007 ab, soweit sie von den Klägern 2, 3, 5 und 7 bis 9 erhoben wurde, und setzte die Frist zur Leistung der Prozesskaution wieder an (OG act. 57). Die Kläger 2, 3, 5 und 7 bis 9 leisteten die Prozesskaution für das Berufungsverfahren nicht (OG act. 59), weshalb das Obergericht mit Beschluss vom 12. Juli 2007 auf die Berufungen der Kläger 2, 3, 5 und 7 bis 9 nicht eintrat (OG act. 60) und mit Präsidialverfügung desselben Tags den Klägern 1, 4 und 6 Frist zur Stellung und Begründung der Berufungsanträge ansetzte (OG act. 62). Mit der Berufungsbegründung verkündeten die verbliebenen Kläger dem Kanton Zürich, der Konkursmasse B Immobilien AG und den bisherigen Klägern 2, 3, 5 und 7 bis 9 den Streit. Weiter erklärte der bisherige Kläger 9, A.P., der zugleich Vertreter der übrigen Kläger ist, seinen Eintritt in den Prozess als Nebenintervenient (OG act. 66 S. 2). Von diesen Streitverkündungen und vom Beitritt A.P.s in den Prozess nahm das Obergericht mit Beschluss vom 2. November 2007 Vormerk (OG act. 68). Mit Beschluss vom 28. März 2008 trat das Obergericht auf ein Ausstandsbegehren der Kläger und des Nebenintervenienten nicht ein und merkte vor, dass das erstinstanzliche Urteil rechtskräftig sei, soweit damit betreffend die Forderung Nr. 001 die Klage auf

Abweisung der Kollokation abgewiesen worden sei. Mit Urteil desselben Tages wies das Obergericht die Klage der Kläger 1, 4 und 6 ab (OG act. 74 = KG act. 2).

2. a) Gegen diesen Beschluss und dieses Urteil führen die Kläger 1, 4 und 6 Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1). Mit Verfügung vom 27. Mai 2008 verlieh der Präsident des Kassationsgericht der Nichtigkeitsbeschwerde aufschiebende Wirkung (KG act. 5). Weitere prozessuale Vorkehrungen wurden nicht getroffen.

b) Die Beschwerdeführer beantragen, es sei das Kassationsverfahren zu sistieren, bis der Hauptprozess CB990006 am Bezirksgericht X (B AG gegen U AG) erledigt sei (KG act. 1 S. 1 Antrag 3) bzw. bis das Konkursamt X aktiv geworden sei und den Kollokationsplan und das Inventar revidiert habe (Antrag 6). Das Kassationsgericht hat zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid aufgrund der beim Erlass des angefochtenen Entscheids vorliegenden Aktenlage an einem Nichtigkeitsgrund leidet. Allfällige Änderungen der tatsächlichen Grundlagen des vorliegenden Rechtsstreits als Folge des Ausgangs des Prozesses CB990006 vor Bezirksgericht X bzw. von Aktivitäten des Konkursamtes Y wären im Kassationsverfahren nicht zu beachtende Noven. Es besteht deshalb kein Anlass, das vorliegende Kassationsverfahren zu sistieren.

c) Die Beschwerdeführer beantragen weiter, es sollten nur absolut neutrale Richter und juristische Mitarbeiter des Kassationsgerichts am Entscheid mitwirken (KG act. 1 S. 1 Antrag 4). Zur Begründung führen die Beschwerdeführer zunächst allgemein an, es bestehe ein gewisses Unbehagen, wenn Personen mitwirkten, welche bereits in früheren Verfahren mitgewirkt hätten (KG act. 1 S. 16 unten). Der Umstand allein, dass ein Richter oder ein juristischer Sekretär bereits an einem früheren Verfahren einer oder beider Parteien mitgewirkt hat, vermag keinen Anschein der Befangenheit zu begründen. Namentlich nennen die Beschwerdeführer den Kassationsrichter O und den juristischen Sekretär N (S. 17 oben). O ist nicht mehr Mitglied des Kassationsgerichts und N wirkt am vorliegenden Kassationsverfahren nicht mit. Bezüglich weiterer Richter oder Kanzleibeamter nennen die Beschwerdeführer keine konkreten Anhaltspunkte, welche den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen. Es ist deshalb auf den Antrag nicht weiter einzugehen.

d) Die Beschwerdeführer beantragen weiter, es sei eine öffentliche Verhandlung durchzuführen (KG act. 1 S. 1 Antrag 5). Das Verfahren vor Kassationsgericht ist schriftlich. Eine Verhandlung ist nur anzusetzen, wenn das Kassationsgericht bei Nichtigkeitsbeschwerden gegen Urteile beabsichtigt, einen abweichenden Entscheid in der Sache selbst zu fällen, der nicht lediglich die Änderung der Kosten- und Entschädigungsfolgen betrifft (§ 292 ZPO). Ein solcher Entscheid ist vorliegend nicht zu fällen, weshalb auch keine Verhandlung anzusetzen ist.

e) Die Beschwerdeführer beantragen, es seien ein neutrales Rechtsgutachten einzuholen, ein Beweisverfahren durchzuführen und Zeugen einzuvernehmen (KG act. 1 S. 2 Antrag 8). Da das Kassationsgericht nur zu prüfen hat, ob der angefochtene Entscheid auf Grund der beim Erlass des angefochtenen Entscheids vorliegenden Aktenlage an einem Nichtigkeitsgrund leidet, besteht für die Abnahme von Beweisen durch das Kassationsgericht kein Raum. Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an (§ 57 ZPO) und ist dazu auf Grund eigener Rechtskenntnisse in der Lage. Für die Einholung eines Rechtsgutachtens besteht kein Anlass.

f) Die Beschwerdeführer beantragen, es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die P AG und E.P., also die ursprünglichen Kläger 2 und 7, als Nebenintervenienten in den vorliegenden Prozess eintreten (KG act. 1 S. 2 Antrag 11). Da die Beschwerdeschrift durch A. P. eingereicht wurde und dieser alle Kläger, also auch die ursprünglichen vertritt, ist dieser Antrag als Erklärung der P AG und von E.P., dem Kassationsverfahren als Nebenintervenienten beizutreten, entgegen zu nehmen und das Rubrum entsprechend zu ergänzen.

## II.

1. Die Beschwerdeführer erklären frühere, das heisst vor den Vorinstanzen vorgebrachte Anträge, Hinweise und Begründungen zum integrierenden Bestandteil der Nichtigkeitsbeschwerde und geben die betreffenden Vorbringen im Wortlaut wieder (KG act. 1 S. 2 - 14 lit. B).

Die Beschwerdebegründung muss die Angabe enthalten, wie weit der angefochtene Entscheid angefochten wird und welche Änderungen beantragt werden, sowie eine Begründung der Anträge unter Nachweis der Nichtigkeitsgründe (§ 288 Ziffer 2 und 3). Dies setzt eine Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid und dessen Begründung selbst voraus. Die Wiedergabe von Anträgen und Vorbringen, die vor Erlass des angefochtenen Entscheids erfolgt sind, ist wegen des zeitlichen Ablaufs nicht geeignet, selbständig Nichtigkeitsgründe im angefochtenen Entscheid nachzuweisen. Auf solche vor den Vorinstanzen erfolgte Anträge und Vorbringen kann allenfalls im Rahmen der Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid und unter Nennung der entsprechenden Aktenstelle verwiesen werden. Es steht der beschwerdeführenden Partei in diesem Zusammenhang selbstverständlich frei, darüber hinaus solche Anträge und Vorbringen im Wortlaut wiederzugeben.

2. a) In der Berufungsbegründung stellten die Beschwerdeführer folgenden Antrag: "Es sei davon auszugehen, dass alle Personen, welche am Obergericht des Kantons Zürich als Richter, Richterinnen, Ersatzrichter, Ersatzrichterinnen, juristische Gerichtsschreiber, juristische Sekretäre, juristische Sekretärinnen tätig sind oder waren, im vorliegenden Verfahren nicht amten werden, weil es sich bei der Beklagten und Appellatin Nr. 1 um die 'eigene Behörde', nämlich Kanton Zürich, vertreten durch das Obergericht Zürich handelt." (OG act. 66 S. 3 Antrag 12).

Die Beschwerdeführer rügen im Kassationsverfahren, das Obergericht habe sich mit diesem Antrag nicht auseinandergesetzt und sich willkürlich darüber hinweg gesetzt. Weiter hätten die Beschwerdeführer auf Seite 8 der Berufungsbegründung verschiedene Personen als Zeugen angerufen, so unter anderem S.B., P.D., H.M. und P.H. (*Justizbeamte*). Diese Personen hätten den Ausstand beachten müssen (KG act. 1 S. 17 Ziffer 6/1).

Das Obergericht befasste sich in seinem Beschluss vom 2. November 2007 mit der Ansicht der Beschwerdeführer, seine Mitglieder und juristischen Sekretärinnen und Sekretären hätten nicht am Verfahren mitzuwirken, und verwarf diese (OG act. 68 S. 5 Erw. 5). Die Rüge, das Obergericht habe sich mit dem Antrag der Beschwerdeführer nicht auseinandergesetzt, geht somit fehl.

Der Umstand allein, dass die Beschwerdeführer verschiedene Mitglieder und Kanzleibeamte als Zeugen benennen, bedeutet nicht, dass diese als befangen im Sinne von § 96 Ziffer 4 GVG erscheinen. Solange diese nicht tatsächlich als Zeugen einzuvernehmen sind, besteht auch kein Konflikt zwischen zwei sich gegenseitig ausschliessenden Stellungen im Prozess, derjenigen des Zeugen und derjenigen der Gerichtsperson, welche die Zeugenaussage zu würdigen hat. Somit hatten die genannten Personen nicht in den Ausstand zu treten und es ist die entsprechende Rüge unbegründet.

b) Das Obergericht trat mit dem angefochtenen Entscheid auf ein Ausstandsbegehren der Beschwerdeführer und des Nebenintervenienten A.P. nicht ein (KG act. 2 S. 12, erstes Beschluss - Dispositiv). Es hielt fest, der Vertreter der Beschwerdeführer, der Nebenintervenient A.P., habe anlässlich der öffentlichen Beratung - nach der Urteilsberatung und vor der mündlichen Eröffnung - ein Ausstandsbegehren gegen die Gerichtsbesetzung gestellt (OG Prot. S. 12). Gemäss § 98 GVG könne ein Ausstandsbegehren in Fällen mit öffentlicher Urteilsberatung nur bis zu deren Beginn gestellt werden.

Die Beschwerdeführer weisen darauf hin, dass sie bereits mit der Berufungsbeurteilung ein Ablehnungsbegehren gestellt hätten (OG act. 66 S. 3 Antrag 12). Bei der Ablehnung am 28. März 2008 (öffentliche Urteilsberatung) handle es sich somit um eine Wiederholung des ursprünglichen Begehrens (KG act. 1 S. 19 oben).

Wie bereits ausgeführt, verwarf das Obergericht mit Beschluss vom 2. November 2007 die Ansicht der Beschwerdeführer, es hätten die Richter und Kanzleibeamten des Obergerichts allesamt in Ausstand zu treten (OG act. 68 S. 5 Erw. 5). Das Ausstandsbegehren, welches anlässlich der öffentlichen Urteilsberatung, bevor zur mündlichen Eröffnung geschritten werden konnte, gestellt wurde, richtet sich offensichtlich gegen die konkrete Besetzung. Es ist nicht bloss eine Wiederholung des ursprünglichen, mit Beschluss vom 2. November 2007 erledigten Ausstandsbegehrens, sondern ein neues Begehren, welches nach Beginn der öffentlichen Urteilsberatung und damit verspätet gestellt wurde. Der entsprechende Nichteintretensentscheid ist nicht zu beanstanden.

3. Die Beschwerdeführer machen weiter geltend, sie hätten in der Berufungsbeurteilung (OG act. 66 S. 3) unter Ziffer 14 und 15 zwei Sistierungsanträge gestellt, und rügen, das Obergericht habe diese Anträge nicht behandelt und darüber keine Entscheidung gefällt (KG act. 1 S. 17 f. Ziffern 6/2 und 3). Dies trifft nicht zu: Das Obergericht setzte sich in seinem Beschluss vom 2. November 2007 mit beiden Sistierungsbegehren auseinander (OG act. 68 S. 4 Erw.- 3.1 und 3.2) und wies diese ab (S. 6, Dispositiv Ziffer 4).

4. Die Beschwerdeführer rügen weiter, das Obergericht habe sich geweigert, eine öffentliche Verhandlung durchzuführen (KG act. 1 S. 18 Ziffer 4). Das Obergericht begründet im angefochtenen Entscheid, weshalb es dem entsprechenden Antrag nicht stattgibt und weist darauf hin, dass es im Hinblick auf Art. 6 Ziffer 1 EMRK genüge, wenn vor der Vorinstanz eine solche mündliche und öffentliche Verhandlung stattgefunden habe (KG act. 2 S. 6 oben). Dem ist zu folgen. Zwar bestimmt § 268 Abs. 1 ZPO, dass die Parteien nach Ablauf der Frist zur Berufungsantwort zur mündlichen Replik und Duplik vorzuladen sind, wobei die Berufungsinstanz dafür das schriftliche Verfahren anordnen kann, doch ist nach § 268 Abs. 3 ZPO keine Berufungsverhandlung durchzuführen, wenn der Berufungsbeklagte keine Antwort einreicht. Das Obergericht setzte den Beschwerdegegnern mit Beschluss vom 2. November 2007 Frist zur Beantwortung der Berufung an (OG act. 68 S. 6 Dispositiv- Ziffer 6). Die Beschwerdegegner reichten innert Frist keine solche ein. Somit war keine Berufungsverhandlung durchzuführen. Das Obergericht handelte richtig, indem es den Parteien den Termin der Urteilsberatung anzeigte (OG act. 70/1 - 4) und ihnen damit die Möglichkeit zum Erscheinen eröffnete. Die Rüge ist unbegründet.

5. Das Obergericht hält fest, die Beschwerdeführer rügten, dass A.H. und R.W. als Vertreter der Beschwerdegegner keine Vollmacht vorgelegt hätten, und dass R.W. nur als Vertreter des Steueramtes, nicht aber als Vertreter des Gemeinderates X handeln dürfen, die Beschwerdegegnerin 2 somit nicht vertreten gewesen sei. Einer Vollmacht bedürfe nur, so das Obergericht, wer nicht schon von Gesetzes wegen befugt sei, eine Partei zu vertreten. Dass A.H. als im fraglichen Zeitpunkt Chef des Rechnungswesens des Obergerichts des Kantons Zürich

und R.W. als Steuersekretär der Gemeinde X die entsprechenden Vertretungsbefugnisse gehabt hätten, ergebe sich aufgrund ihrer beruflichen Stellung bei den Beschwerdegegnern. Sie hätten deshalb keiner Vollmacht bedurft. Selbst wenn man davon ausgehen würde, sie hätten nicht als Vertreter handeln dürfen bzw. hätten eine Prozessvollmacht vorlegen müssen, könne die Frage letztlich offen bleiben. Das Handeln der besagten Personen im Prozess sei mit der Nichtanfechtung des erstinstanzlichen Entscheids durch die Beschwerdegegner bzw. deren zuständigen Organe genehmigt worden. Im Übrigen legten die Beschwerdeführer nicht dar, inwieweit sie bezüglich des Entscheids in der Sache durch die behauptete fehlende Bevollmächtigung beschwert seien (KG act. 2 S. 9 Erw. II/4).

Die Beschwerdeführer bestreiten mehrfach, dass Mitarbeiter ohne Vollmacht Behörden vertreten dürften bzw. dass die Beschwerdegegner ordnungsgemäss vertreten gewesen seien. Auch sei die Annahme, das Handeln der besagten Personen sei durch die Beschwerdegegner bzw. deren zuständige Organe genehmigt worden, willkürlich und aktenwidrig (KG act. 1 S. 20 Ziffer 11, S. 22 f. Ziffer 14). Sie setzen sich jedoch nicht mit der betreffenden Erwägung II/4 des angefochtenen Entscheids auseinander und zeigen damit nicht auf, dass diese mit Nichtigkeitsgründen behaftet ist. An der Vertretungsbefugnis von A.H. und R.W. kraft ihrer Organstellung als Chef des Rechnungswesens des Obergerichts bzw. als Steuersekretär der Gemeinde X zu zweifeln, besteht kein Anlass.

6. Was die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführer im Kassationsverfahren angeht (KG act. 1 S. 18 - 24, Ziffern 5 und 7 bis 18), wiederholen diese die vor den Vorinstanzen eingenommenen Standpunkte oder bestreiten die Ausführungen des Obergerichts, ohne sich jedoch mit diesen Erwägungen auseinanderzusetzen und im einzelnen aufzuzeigen, inwiefern diese an einem Nichtigkeitsgrund litten. Diesbezüglich ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

7. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet und ist abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

### III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens den drei Beschwerdeführern je zu einem Drittel, je unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag, aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 70 Abs. 1 ZPO). Mangels erheblicher Umtriebe sind den Beschwerdegegnern für das Kassationsverfahren keine Entschädigungen zuzusprechen.

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

1. Das Sistierungsbegehren der Beschwerdeführer wird abgewiesen.
2. Auf das Ausstandsbegehren der Beschwerdeführer wird nicht eingetreten.
3. Es wird keine öffentliche Verhandlung angesetzt.
4. Vom Beitritt der P AG und von E.P. als Nebenintervenienten der Kläger 1, 4 und 6 wird Vormerk genommen.
5. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
6. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 9'000.--.
7. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Beschwerdeführern 1, 4 und 6 je zu einem Drittel, unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag, auferlegt.
8. Den Beschwerdegegnern werden für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
9. 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 156'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils und der Beschlüsse des Obergerichtes vom 28. März 2008 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

10. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürichs und die Einzelrichterin im beschleunigten Verfahren am Bezirksgericht X, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: