



Kass.-Nr. AA080119/U/la

Mitwirkende: der Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli, Matthias Brunner und Georg Naegeli sowie die juristische Sekretärin Michaela Sauer

Zirkulationsbeschluss vom 18. März 2009

in Sachen

X.,

...

Gesuchsteller, Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin

gegen

Y.,

...

Gesuchsgegnerin, Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch

vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

**Ablehnung von Einzelrichter lic.iur. _____, Bezirksgericht _____, im
Prozess FP050004 in Sachen der Parteien betreffend Unterhalt**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Juni 2008 (VV080020/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. a) Mit Eingabe vom 8. April 2008 liess der Beschwerdeführer (Kläger und Gesuchsteller) im Rahmen eines beim Bezirksgericht _____ unter der Verfahrens-Nr. FP050004 anhängigen Prozesses der Parteien betreffend Unterhalt gegen den streitbefassten Einzelrichter lic.iur. _____ ein Ausstandsbegehren stellen (OG act. 1). Mit Verfügung vom 11. April 2008 (OG act. 2) überwies der genannte Einzelrichter dieses zuständigkeithalber an die Verwaltungskommission des Obergerichts (Vorinstanz); zugleich gab er im Sinne von § 100 Abs. 1 GVG die gewissenhafte Erklärung ab, in keiner Art und Weise befangen zu sein.

b) Die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich wies das Ablehnungsbegehren mit Beschluss vom 21. Juni 2008 ab, soweit sie darauf eintrat (OG act. 8 = KG act. 2).

2. a) Dagegen richtet sich die vorliegende, fristgerecht erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, welcher mit Verfügung vom 29. Juli 2008 aufschiebende Wirkung erteilt wurde (KG act. 6). Die Beschwerdegegnerin (Beklagte und Gesuchsgegnerin) und die Vorinstanz haben auf eine Beschwerdeantwort bzw. eine Stellungnahme verzichtet (KG act. 12 und 13).

b) Da es sich um ein einfaches und rasches Verfahren handelt, untersteht der Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren keiner Kautionspflicht (§ 78 Ziff. 2 ZPO i.V.m. § 53 Ziff. 1 ZPO).

c) Mit Datum vom 5. Oktober 2008 hat der Beschwerdeführer eine nachträgliche Eingabe eingereicht (KG act. 8 und act. 9/1-5). Auf diese ist wegen Ablaufs der Beschwerdefrist nicht einzutreten.

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. August 2005 i.S. B., 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. März 2000 i.S. A., Erw. II.1 sowie Kass.-Nr. AA040075 vom 15. September 2004 i.S. P., Erw. III.1). Der obergerichtliche Beschluss über das Ablehnungsbegehren fällt nicht unter die Ausnahmebestimmung von § 284 Ziff. 2 ZPO (ZR 100 Nr. 3; Erw. II.1.a mit Verweisungen). Unter diesen Aspekten ist auf die Nichtigkeitsbeschwerde einzutreten.

III.

1. a) Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführer habe sich zur Begründung des Ablehnungsbegehrens auf Vorfälle bezogen, die sich vor der Fällung des (inzwischen aufgehobenen) Urteils vom 23. April 2007 ereignet hätten. Insoweit erweise sich das Ablehnungsbegehren als verspätet. Es verstosse gegen Treu und Glauben, einen Richter erst viel später abzulehnen, wenn der Mangel schon früher feststellbar oder sogar bekannt gewesen sei. Wer den Richter nicht unverzüglich ablehne, wenn er vom Ablehnungsgrund Kenntnis erhalte, sondern sich stillschweigend auf den Prozess einlasse, verwirke den Anspruch auf spätere Anrufung der Ablehnungsgründe. All die vom Beschwerdeführer genannten Gründe wären spätestens mit der Berufung bei der Rechtsmittelinstanz vorzubringen gewesen, weshalb im heutigen Zeitpunkt darauf gar nicht einzutreten sei (KG act. 2 S. 5 f.).

b) Der Beschwerdeführer beanstandet die Auffassung der Vorinstanz als willkürlich. Über Ausstandsbegehren gegen Mitglieder der Bezirksgerichte entscheide die Verwaltungskommission, nicht das Obergericht im Berufungsverfahren. Sodann habe der Beschwerdeführer vom umstrittenen Brief von Einzelrichter _____ erst mit Akteneinsicht zur Ausarbeitung der Berufungsbegründung Kenntnis erhalten. Zudem habe im Berufungsverfahren vor Obergericht Zürich kein Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers bestanden, die Befan-

genheit des damals nicht mehr zuständigen Richters in _____ vorzubringen. Erst als (kumulativ) das Verfahren (1) wieder vor dem Bezirksgericht _____ anhängig gewesen sei, (2) Einzelrichter _____ wiederum tätig war und (3) Einzelrichter _____ mit Verfügung vom 17. März 2008 erneut eine zu Lasten des Klägers einseitige Anordnung getroffen habe, sei der Beschwerdeführer wiederum beschwert gewesen (KG act. 1 S. 4). Folglich habe die Vorinstanz mit der von ihr vertretenen Auffassung, die Rügen seien verspätet, die Nichtigkeitsgründe von § 281 Ziff. 1 bis 3 ZPO gesetzt.

c) Der Beschwerdeführer führt aus, über Ausstandsbegehren gegen Mitglieder der Bezirksgerichte entscheide die Verwaltungskommission, nicht das Obergericht im Berufungsverfahren. Dazu ist Folgendes zu sagen: In denjenigen Konstellationen, in welchen ein Ablehnungsbegehren erst nach Fällung des bezirksgerichtlichen Endentscheids gestellt und gleichzeitig ein Rechtsmittel gegen diesen Endentscheid anhängig gemacht wurde, steht der Weg an die Verwaltungskommission des Obergerichts *nicht* mehr offen. Vielmehr ist die angerufene Rechtsmittelinstanz nach § 102 Abs. 2 GVG auch für die Beurteilung des Ablehnungsbegehrens zuständig (Kompetenzattraktion zugunsten des Rechtsmittelgerichts; vgl. ZR 98 Nr. 21, 101 Nr. 98, Kass.-Nr. AA030122 vom 15. Dezember 2003 i.S. Z., Erw. 6.f). Für den konkreten Fall ist dies jedoch nicht von Bedeutung. Vielmehr geht es darum, ob der Beschwerdeführer verpflichtet war, vor Obergericht im Rahmen der gegen das Urteil vom 23. April 3007 erhobenen Berufung ein Ablehnungsbegehren zu stellen. Nur wenn er dazu verpflichtet war und dies nicht tat, kann ihm schliesslich vorgeworfen werden, sein Ablehnungsbegehren sei im jetzigen Zeitpunkt verspätet.

§ 102 Abs. 2 GVG, wonach die Anfechtung auf dem Rechtsmittelweg zu erfolgen habe, bedeutet nur, dass ein Entscheid, an dem ein ausgeschlossener oder mit Erfolg abgelehnter Richter mitgewirkt habe, mit dem zur Verfügung stehenden Rechtsmittel (und nicht von der mit der Ablehnung befassten Behörde) zu korrigieren sei (ZR 101 Nr. 98, Erw. 3). Es lässt sich daraus aber nicht ableiten, dass der Beschwerdeführer verpflichtet gewesen wäre, vor der Berufungsinstanz ein Ablehnungsbegehren gegen den erstinstanzlichen Richter zu stellen.

Somit durfte der Beschwerdeführer seine Berufung durchaus mit anderen Gründen als mit der Befangenheit des erstinstanzlichen Einzelrichters begründen, bestand doch zu diesem Zeitpunkt im Übrigen gar kein Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers, die Befangenheit des damals nicht mehr zuständigen Richters in _____ geltend zu machen. Auch konnte vom Beschwerdeführer nicht verlangt werden, im Rahmen des Berufungsverfahrens für den Fall der Rückweisung eventualiter den Ausstand des erstinstanzlichen Einzelrichters zu beantragen, zumal sich ja ein Teil der geltend gemachten Tatbestände noch gar nicht verwirklicht hatte (siehe nachfolgend insbesondere Ziff. 5).

Erst als Einzelrichter _____ nach der Rückweisung durch das Obergericht an die Erstinstanz wieder mit dem Fall befasst war und das Verfahren mit Verfügung vom 17. März 2008 (dem Beschwerdeführer zugegangen am 20. März 2008; vgl. ER act. 91 und 92/2) fortgesetzt wurde, bestand für den Beschwerdeführer ein aktuelles Rechtsschutzinteresse, den Einzelrichter abzulehnen. Der Beschwerdeführer zögerte mit der Stellung des Ablehnungsbegehrens nicht lange, dieses datiert vom 8. April 2008 (ER act. 93). Die Vorfälle, die er zur Begründung aufführt, haben sich bis auf einen (siehe diesbezüglich den folgenden Absatz) allesamt zeitlich nicht weit vor Fällung des (inzwischen aufgehobenen) Urteils vom 23. April 2007 ereignet. Somit verletzte der Beschwerdeführer den Grundsatz, dass ein Ablehnungsbegehren nach Treu und Glauben (§ 50 Abs. 1 ZPO) unverzüglich nach Kenntnisnahme des Ausstandsgrundes gestellt werden muss, nicht. Der Beschwerdeführer hat sein Ablehnungsrecht nicht verwirkt.

Was den Vorfall betrifft, der etwas weiter zurück liegt – nämlich die Ermahnung der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers in der Verhandlung vom 13. Mai 2005 – gilt, dass es zulässig ist, in Verbindung mit neu entdeckten Umständen bereits früher bekannte Tatsachen in die Begründung des Ablehnungsbegehrens einzubeziehen. Dies gilt, 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 (Kass.-Nr. AA060192 vom 25. Juli 2007 i.S. B., Erw. III.2.7; ZR 98 Nr. 21). Somit durfte die

Vorinstanz bei der Beurteilung des Ablehnungsbegehrens die einbezogene früher bekannte Tatsache nicht mit der Begründung ausblenden, sie sei verspätet. Damit ist die Rüge des Beschwerdeführers berechtigt. Dies führt jedoch nicht automatisch zur Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde, da die Vorinstanz ihren Entscheid für den Fall, dass das Ablehnungsbegehren nicht als verspätet gelten würde und darauf eingetreten werden müsste, mit einer Eventualbegründung versehen hat (vgl. KG act. 2 Ziff. III.2 [recte: V.2]). Da der Beschwerdeführer auch diese Begründung der Vorinstanz rügt, ist im Folgenden darauf in den Ziffern 2 bis 5 näher einzugehen.

2. a) Betreffend die Ermahnung der Rechtsvertreterin des Klägers in der Verhandlung vom 13. Mai 2005 führte die Vorinstanz aus, diese möge richtig oder falsch gewesen sein, von einer schweren Verletzung von Richterpflichten im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung könne dabei keine Rede sein (KG act. 2 S. 6).

b) Der Beschwerdeführer macht geltend, dass das Recht (und die anwaltliche Pflicht), Vorbringen der Gegenpartei zu bestreiten, Inhalt des rechtlichen Gehörs im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV sei und auf dem Willkürverbot (Art. 9 BV/ § 50 ZPO) und dem Gebot von fair trial (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) basiere. Damit verletze die von der Vorinstanz vertretene Auffassung (wonach es sich nicht um eine schwere Verletzung von Richterpflichten handle) materielles Recht (Art. 29 und 9 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK) sowie wesentliche Verfahrensgrundsätze (§ 50 ZPO) zum Nachteil des Beschwerdeführers (KG act. 1 S. 5f.).

c) Sinngemäss rügt der Beschwerdeführer also die Würdigung der Vorinstanz, bei der Ermahnung der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers durch den abgelehnten Einzelrichter könne nicht von einer schweren Verletzung von Richterpflichten im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (wonach nur besonders schwere oder wiederholte Irrtümer, die als schwere Verletzung der Pflichten des Richters betrachtet werden müssten, geeignet seien, objektiv den Anschein der Befangenheit zu erwecken) die Rede sein. Somit ist im Beschwerdeverfahren zu prüfen, ob die Vorinstanz ihren Entscheid betreffend Vorliegen oder Fehlen von Ablehnungsgründen im Sinne von § 96 Ziff. 4 GVG fehlerfrei ge-

troffen hat und ob der Vorwurf der Parteilichkeit der abgelehnten Justizperson berechtigt ist oder nicht. Der Berufung des Beschwerdeführers auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK kommt im Übrigen insofern keine selbständige Bedeutung zu, als die sachliche Tragweite dieser Norm nicht über den Regelungsgehalt der kantonalrechtlichen Bestimmungen hinausgeht (Kass.-Nr. AA060103 vom 21. Dezember 2006 i.S. P., Erw. II.4).

d) Die entsprechenden rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz sind zutreffend, worauf zwecks Vermeidung von Wiederholungen zu verweisen ist (KG act. 2 S. 4 f. Ziff. 1 und 2; § 161 GVG).

e) Vorliegend geht es darum, dass Einzelrichter _____ in der Verhandlung vom 13. Mai 2005 die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers wegen ihrer Ausführungen gerügt und ihr angedroht habe, ihr das Wort zu entziehen (KG act. 2 S. 3 Ziff. 1.d). Anderes ist dem Entscheid nicht zu entnehmen, insbesondere nicht, dass Einzelrichter _____ der beschwerdeführerischen Rechtsvertreterin in willkürlicher Weise das Wort auch tatsächlich entzogen hätte (womit allenfalls das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt worden wäre). Somit ist mit der Vorinstanz davon auszugehen – unabhängig davon, ob die Rüge/ Drohung/ Ermahnung des Einzelrichters richtig oder falsch war –, dass von einer schweren Verletzung von Richterpflichten im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine Rede sein könne. Nur bei einer besonders schweren Verletzung der Pflichten des Richters kann objektiv der Anschein der Befangenheit erweckt werden. Davon kann bei der konkret vorliegenden einmaligen Ermahnung nicht gesprochen werden. Indem die Vorinstanz somit in der Rüge/ Drohung/ Ermahnung der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers durch Einzelrichter _____ keinen Ablehnungsgrund sah, verletzte sie keinen wesentlichen Verfahrensgrundsatz und erfüllte damit den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO nicht. Folglich ist die Rüge des Beschwerdeführers unbegründet.

3. a) Zur Begründung des Ablehnungsbegehrens des Beschwerdeführers vor Vorinstanz, wonach sich der Abgelehnte mit einem Schreiben vom 23. April 2007 direkt an die gesetzliche Vertreterin der Beschwerdegegnerin gewandt habe und eine Kopie dieses Schreibens nur dem Rechtsvertreter der Beschwerdegeg-

nerin zugestellt worden sei (KG act. 2 S. 3), äusserte sich die Vorinstanz folgendermassen: Grund dafür, dass sich der Abgelehnte direkt an die gesetzliche Vertreterin der Beschwerdegegnerin gewandt habe, sei, dass diese mit Brief vom 18. April 2007 persönlich an den Einzelrichter gelangt war. Die vom Abgelehnten im ordnungsgemäss den Akten beigefügten Brief erteilte Antwort sei sachlich, korrekt und adäquat zur Anfrage (KG act. 2 S. 6)

b) Der Beschwerdeführer rügt vor Kassationsgericht, dass sich ein unbefangener Richter jeder direkten Kontaktaufnahme mit den am Verfahren Beteiligten zu enthalten habe, auch – und gerade – wenn sich ein Verfahrensbeteiligter in einem persönlichen Schreiben an den Richter wende. Die von Einzelrichter _____ verfasste Antwort sei in einer tröstenden Weise abgefasst, aus welcher abzuleiten sei, dass das Verfahren schon zu Gunsten der Beschwerdegegnerin ausgehe. So erkläre der Einzelrichter Frau _____ (der Mutter der Beschwerdegegnerin), die Betreuung jetzt ja gestoppt zu haben, das Gericht sei an der Arbeit und sie werde sehr bald über den nächsten Schritt orientiert werden. Damit sei das Schreiben entgegen der Auffassung der Vorinstanz weder sachlich noch korrekt und alles andere als adäquat, umso mehr, als nur die Beschwerdegegnerin, nicht aber der Beschwerdeführer, darüber orientiert worden sei. Die Auffassung der Vorinstanz sei willkürlich im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO (KG act. 1 S. 6 f.).

c) Im Zusammenhang mit der Willkürfrage ist der Beschwerdeführer auf Folgendes hinzuweisen:

Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde ge-

nau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides aufgrund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen (vgl. Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288).

d) Der Beschwerdeführer rügt die Ausführungen der Vorinstanz, wonach die von Einzelrichter _____ verfasste Briefantwort sachlich, korrekt und adäquat zur Anfrage sei, als willkürlich im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO (KG act. 1 S. 6). Er legt jedoch nicht dar, inwiefern der angefochtene Entscheid willkürlich sein solle. Zwar führt der Beschwerdeführer aus, die vom Einzelrichter verfasste Antwort sei seines Erachtens in einer tröstenden Weise abgefasst, aus welcher abzuleiten sei, dass das Verfahren schon zu Gunsten der Beschwerdegegnerin ausgehe (KG act. 1 S. 6). Dadurch setzt der Beschwerdeführer aber lediglich den Feststellungen der Vorinstanz seine eigene Interpretation und Bewertung des Briefes entgegen, ohne darzutun, weshalb die fragliche Annahme der Vorinstanz willkürlich sein sollte. Auf die Willkürüge ist demnach nicht weiter einzutreten.

e) Der Beschwerdeführer rügt wie gesagt, ein Richter habe sich jeder direkten Kontaktaufnahme mit den am Verfahren Beteiligten zu enthalten, auch – und gerade – wenn sich ein Verfahrensbeteiligter in einem persönlichen Schreiben an den Richter wende. Sodann rügt der Beschwerdeführer, dass er selbst nicht über das Schreiben orientiert worden sei.

Die Rüge des Beschwerdeführers geht fehl. Es ist dem Richter nach zürcherischem Verfahrensrecht nicht schlechthin verboten, mit einer Partei oder deren Vertreter telefonisch oder sonstwie in Kontakt zu treten. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Richter durch seinen Kontakt mit einer der Parteien den Anschein von Befangenheit erweckt, ist jedoch in dem Sinne ein strenger Massstab anzuwenden, als bereits ein geringfügiger Anlass, der geeignet ist, das Vertrauen in die Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit zu erschüttern, zum Ausstand des betreffenden Justizbeamten führen muss (ZR 96 Nr. 8, Erw. II.3).

Zur Ablehnung wegen Befangenheit genügt es in concreto nicht, dass Einzelrichter _____ mit der gesetzlichen Vertreterin der Beschwerdegegnerin schriftlich Kontakt hatte. Auch unter dem Blickwinkel, dass an den Anschein der

Befangenheit ein strenger Massstab anzulegen ist (Hauser/ Schveri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 51 zu § 96), ist das äusserst neutral gehaltene Antwortschreiben von Einzelrichter _____ vom 23. April 2007 nicht geeignet, Misstrauen an dessen Unparteilichkeit zu wecken. Hervorzuheben ist weiter, dass die Initiative zur Kontaktaufnahme nicht vom abgelehnten Richter ausging, sondern von der Mutter der Beschwerdegegnerin (vgl. ER act. 76). Sodann ging es im Schreiben vom 23. April 2007 eben gerade nicht um die Sache selbst, sondern lediglich um die Mitteilung, dass man das Schreiben der Mutter der Beschwerdegegnerin vom 18. April 2007 zur Kenntnis genommen habe und man bezüglich des hängigen Verfahrens an der Arbeit sei. Deshalb könne man die Parteien sehr bald über den nächsten Schritt orientieren (ER act. 78). In der Folge wurde das Schreiben ordnungsgemäss den Akten beigefügt. Auch dass das Schreiben dem Beschwerdeführer nicht zugestellt wurde, ist nicht zu beanstanden, werden doch auch bei Telefongesprächen mit einer Partei, die den Gang des Verfahrens nicht beeinflussen, Aktennotizen erstellt, ohne dass diese der Gegenseite zugestellt würden.

Zusammenfassend ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz im Schreiben vom 23. April 2007 keinen Ablehnungsgrund sah. Somit verletzte sich auch hier keinen wesentlichen Verfahrensgrundsatz; der Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO ist nicht gegeben.

4. a) Vor Vorinstanz rügte der Beschwerdeführer, er sei im inzwischen aufgehobenen Urteil verpflichtet worden, die Prozessentschädigung direkt an die Gerichtskasse zu zahlen, wohl im Bestreben, der Beschwerdegegnerin auch noch die Inkassobemühungen abzunehmen (KG act. 2 S. 3). Die Vorinstanz führte diesbezüglich aus, dies habe seinen Grund offenbar darin, dass die dem unentgeltlichen Rechtsvertreter zustehende Entschädigung durch die Gerichtskasse bereits zuvor an diesen ausgezahlt worden sei.

Selbst aber wenn dem nicht so wäre, so die Vorinstanz weiter, würde das vom Gericht gewählte Vorgehen lediglich den unentgeltlichen Rechtsvertreter von allfälligen Inkassobemühungen befreien, denn gemäss § 89 Abs. 1 ZPO wäre die Entschädigung ja ihm persönlich zuzusprechen gewesen. Der diesbezügliche

Entscheid des Gerichts begünstige damit weder die Beschwerdegegnerin noch deren gesetzliche Vertreterin. Folglich sei die Verpflichtung des Beschwerdeführers zur direkten Zahlung der Prozessentschädigung an die Gerichtskasse für die Beurteilung des Ablehnungsbegehrens gänzlich irrelevant (KG act. 2 S. 7).

b) Der Beschwerdeführer rügt, die Auffassung der Vorinstanz, die Entschädigung sei an diesen bereits zuvor ausbezahlt worden, sei eine reine Hypothese der Vorinstanz, die in den Akten keine Stütze finde. Es sei gerichtsnotorisch, dass Entschädigungen an unentgeltliche Rechtsvertreter erst nach Rechtskraft des Entscheides ausbezahlt würden. Damit erweise sich die Behauptung der Vorinstanz als willkürlich und aktenwidrig im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO (KG act. 1 S. 7).

Zudem übersehe die Vorinstanz, dass es bei der Befangenheit nicht um die Begünstigung der Beschwerdegegnerin, sondern um die Benachteiligung des Beschwerdeführers gehe. Dieser laufe nämlich Gefahr der Doppelzahlung sowohl an das Bezirksgericht _____ wie auch an den Rechtsanwalt der Beschwerdegegnerin. So würden Prozessentschädigungen nämlich in Anwaltsvollmachten routinemässig an den Rechtsvertreter abgetreten und begründeten ein eigenes Forderungsrecht des Anwaltes. Im weiteren existierten keinerlei Rechtsgrundlagen, eine Partei zur Zahlung einer Prozessentschädigung an das Gericht zu verpflichten. Im Übrigen lasse auch eine Begünstigung "nur" des Rechtsvertreters der Beschwerdegegnerin den Verdacht auf Befangenheit ohne weiteres zu. Damit erweise sich die Argumentation der Vorinstanz als willkürlich zum Nachteil des Beschwerdeführers im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO (KG act. 1 S. 8).

c) Ob die Verpflichtung des Beschwerdeführers zur (teilweisen) direkten Zahlung der Prozessentschädigung an die Gerichtskasse diesen benachteiligt oder die Beschwerdegegnerin bevorzugt (wobei anzumerken ist, dass die allfällige Bevorzugung einer von zwei Parteien logischerweise immer die Benachteiligung der anderen mit sich bringt), kann offen bleiben. Der Inhalt von Dispositivziffer 5 des Urteils vom 23. April 2007 (OG act. 87), ob richtig oder falsch, ist für die Beurteilung des Ablehnungsbegehrens nämlich aus anderen Gründen irrelevant.

Nach konstanter Praxis stellt allein der Umstand, dass ein Richter in einem früheren Verfahren oder – wie hier – Verfahrensstadium zu Ungunsten einer Partei entschieden hat, keine den Ablehnungsgrund der Befangenheit im Sinne von § 96 Ziff. 4 GVG begründende (oder den durch Art. 30 Abs. 1 BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK garantierten verfassungsmässigen Anspruch auf einen unabhängigen Richter verletzende) unzulässige Vorbefassung dar. Dies gilt selbst dann, wenn der frühere Entscheid sachlich falsch gewesen war und deshalb später (auf dem Rechtsmittelweg) aufgehoben wurde (BGE 114 Ia 278; Hauser/Schweri, a.a.O., N 23, 40 und 42 zu § 96; Kass.-Nr. AA060159 vom 21. Dezember 2006 i.S. M., Erw. II.5.b.aa, mit diversen Verweisen).

Für den Vorwurf der Voreingenommenheit reicht es konkret also nicht aus, wenn Einzelrichter _____ in Dispositivziffer 5 des Urteils vom 23. April 2007 eine den Beschwerdeführer benachteiligende Rechtsauffassung vertrat. Die die Berufung behandelnde II. Zivilkammer des Obergerichts hob die Ziffer im Rahmen der Aufhebung des Urteils vom 23. April 2007 mit Rückweisungsbeschluss vom 7. Februar 2008 auf. Dabei prüfte sie zwar die Rechtmässigkeit der Entschädigungsregelung nicht explizit, sondern hielt lediglich fest, dass (aufgrund der Rückweisung) die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Endentscheid zu regeln seien (OG act. 115 S. 10). Selbst wenn aber ausdrücklich ausgeführt worden wäre, dass der Entscheid von Einzelrichter _____ hinsichtlich der Entschädigungsfolgen sachlich falsch gewesen sei, würden nach dem Gesagten keine Umstände vorliegen, die den Abgelehnten als befangen im Sinne von § 96 Ziff. 4 GVG erscheinen liessen. Damit erweist sich die Rüge des Beschwerdeführers als unbegründet.

5. a) Weiter hatte der Beschwerdeführer vor Vorinstanz gerügt, dass Einzelrichter _____ nach Rückweisung des Verfahrens mit Verfügung vom 17. März 2008 von den Parteien Angaben über ihre Finanzen verlangt habe. Dabei habe er vom Beschwerdeführer auch über allfällige Erbschaften in den Jahren 2004 – 2008 Auskünfte verlangt, während von der Beschwerdegegnerin solche Angaben nicht verlangt worden seien (KG act. 2 S. 3). Dazu führte die Vorinstanz aus, dass die bloss prozessleitende Verfügung vom Bezirksrichter jederzeit in

Wiedererwägung gezogen werden könne, worauf in Dispositivziffer 4 der Verfügung sogar ausdrücklich hingewiesen werde. Die Argumentation des Beschwerdeführers, wonach dieser Umstand unbeachtlich sei, weil eine solche neue Anordnung "im Belieben des befangenen Herrn _____" stehe, sei zirkelschlüssig. Es stehe somit selbst aus der Sicht des Beschwerdeführers seine "Benachteiligung" noch gar nicht fest. Aus der blossen Möglichkeit einer künftigen Benachteiligung könne nicht auf eine bestehende Befangenheit geschlossen werden (KG act. 2 S. 7).

b) Der Beschwerdeführer rügt, aus der Aktenlage ergebe sich aktuell und tatsächlich, dass dem Beschwerdeführer weitergehende Offenlegungspflichten auferlegt seien als der Beschwerdegegnerin. Damit stehe die Benachteiligung des Beschwerdeführers klar fest. Der abgelehnte Einzelrichter habe nach Rückweisung des Verfahrens gleich in seiner ersten Anordnung die befangene Verfahrensführung weitergeführt. Die Benachteiligung als "noch gar nicht feststehend" zu beurteilen, erweise sich als willkürlich (KG act. 1 S. 10).

c) Hauptsächlich argumentierte die Vorinstanz, dass die bloss prozessleitende Verfügung vom Richter jederzeit in Wiedererwägung gezogen werden könne, weshalb aus der blossen Möglichkeit einer künftigen Benachteiligung nicht auf eine bestehende Befangenheit geschlossen werden könne (KG act. 2 S. 7). Damit setzt sich der Beschwerdeführer nicht näher auseinander, weshalb sich seine Rüge als unbegründet erweist, soweit darauf einzutreten ist.

6. Welchen Fehler der Beschwerdeführer der Vorinstanz mit seiner Rüge unter Ziffer 4 (KG act. 1 S. 9) anlasten will, ist unklar. In dieser Ziffer verweist der Beschwerdeführer auf BGE 114 Ia 153, wonach es genüge, wenn Umstände vorliegen würden, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermöchten. Die Befangenheit von Richter _____ sei darin begründet, dass immer wiederkehrende Missachtungen und Beugungen der ZPO, stets zum Nachteil des Beschwerdeführers, in selten anzutreffender Häufigkeit und besonderer Schwere, auftreten würden. Diese würden den Verdacht der Parteilichkeit in objektiver Weise und seine Befangenheit im Sinne von § 96 Ziff. 4 GVG dokumentieren. § 96 Ziff. 4 GVG solle gerade verhindern, dass

eine Partei gezwungen sei, auf "bessere Zeiten" im Rechtsmittelverfahren zu hoffen.

Der Beschwerdeführer unterlässt es, einen konkreten Bezug zu einer im angefochtenen Entscheid enthaltenen entscheidungswesentlichen Erwägung herzustellen. Es fehlt damit am Nachweis eines Nichtigkeitsgrundes.

7. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Beschwerdeführer die Eventualbegründung (vgl. oben Ziff. 1.c Abs. 4) der Vorinstanz mit seinen Rügen nicht zu Fall bringen kann. Weil gesamthaft betrachtet das Verhalten des Abgelehnten nicht geeignet ist, den Anschein der Befangenheit im Sinne von § 96 Ziff. 4 GVG zu begründen, verletzt der Entscheid der Vorinstanz somit keinen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO.

IV.

1. a) Die Vorinstanz setzte die pauschale Spruchgebühr auf Fr. 1'000.– fest (KG act. 2 S. 8).

b) Der Beschwerdeführer rügt, dass eine Begründung für diesen Betrag, z.B. Ausführungen über Schwierigkeit, Zeitaufwand und die Berechnung, vollständig fehlen würden. Dies würde eine Verletzung der Begründungspflicht und des rechtlichen Gehörs zum Nachteil des Beschwerdeführers darstellen. Für diesen sei es damit nicht nachvollziehbar, wie die Gebühr berechnet worden sei. Zudem sei sie offensichtlich zum Nachteil des Beschwerdeführers willkürlich hoch festgesetzt worden (KG act. 1 S. 11 f.).

c) Zuerst einmal beanstandet der Beschwerdeführer die von der Vorinstanz festgesetzte Gerichtsgebühr als zu hoch. Damit erhebt er der Sache nach eine Kostenbeschwerde im Sinne von § 206 GVG. Im Unterschied zu Anordnungen, welche die Kostenaufgabe und -verteilung sowie die zu leistenden Prozessschädigungen zum Gegenstand haben, handelt es sich bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr nach § 201 GVG nach ständiger Praxis nicht um einen Akt der Rechtsprechung, sondern um einen solchen der Justizverwaltung. Dement-

sprechend sind diesbezügliche Mängel nicht mittels kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde bei der Kassationsinstanz, sondern gegebenenfalls mittels Kostenbeschwerde bei der Aufsichtsbehörde geltend zu machen (§ 206 GVG i.V.m. § 108 Abs. 1 GVG; ZR 90 Nr. 34, Erw. II.2; Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 14 f. zu § 64). Daran ändert auch die Vorschrift von § 206 Satz 2 GVG nichts, wonach im Falle, in welchem gegen einen Entscheid Berufung oder Rekurs erhoben wird, die (Kosten-)Beschwerde mit diesem Rechtsmittel zu verbinden ist. Diese Bestimmung sieht die gleichzeitige Anfechtung der Gebühren- und Kostenansätze im Rahmen einer Nichtigkeitsbeschwerde nicht vor. Dementsprechend hält die Praxis eine solche – insbesondere bei an das Kassationsgericht zu richtenden Kassationsbeschwerden – für unzulässig (ZR 88 Nr. 29). Liegen Rügen betreffend die Höhe der Gerichtsgebühr somit ausserhalb der kassationsgerichtlichen Beurteilungskompetenz, kann diesbezüglich nicht auf die Beschwerde eingetreten werden.

d) Soweit der Beschwerdeführer im Rahmen seiner Kostenbeschwerde – auf welche wie gesagt nicht eingetreten werden kann – eine Verletzung der Begründungspflicht bzw. des rechtlichen Gehörs rügt, ist er auf Folgendes hinzuweisen: Gemäss § 157 lit. b Ziff. 9 GVG sind Entscheide über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu begründen, wenn von der gesetzlichen Regel abgewichen wird. Diese so statuierte Begründungspflicht betrifft allerdings nur diejenigen Fälle, in welchen die Kosten und Entschädigungen in Abweichung von § 64 Abs. 2 bzw. § 68 Abs. 1 ZPO nicht entsprechend des Verhältnisses von Obsiegen und Unterliegen *verteilt* werden; hinsichtlich der *Bemessung* der Gerichtsgebühr bzw. der Prozessentschädigung lässt sich dem Gesetz keine entsprechende Begründungspflicht entnehmen (Kass.-Nr. 140/85 i.S. S., Entscheid vom 5. Mai 1986, Erw. 3; vgl. auch Hauser/ Schweri, a.a.O, N 36 zu § 157). Aus der Vorschrift von § 157 lit. b Ziff. 9 GVG vermöchte der Beschwerdeführer folglich nichts zu seinen Gunsten ableiten, auch wenn auf seine Rüge bzw. Kostenbeschwerde einzutreten wäre.

Aus dem Gebot der Gewährung des rechtlichen Gehörs von Art. 29 Abs. 2 BV folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörde, ihren Entscheid zu be-

gründen – insbesondere muss dieser so abgefasst sein, dass er vom Betroffenen sachgerecht angefochten werden kann. Aus verfassungsrechtlicher Sicht dürfen an die Begründung eines Entscheides jedoch keine zu hohen Anforderungen gestellt werden, denn dem Anspruch nach Art. 29 BV kommt gegenüber dem kantonalen Verfahrensrecht nur subsidiäre Bedeutung zu. Zurückhaltung ist insbesondere dann geboten, wenn das kantonale Recht selbst keine Pflicht zur Begründung vorsieht. Sind bezüglich eines Kosten- und Entschädigungsentscheides die tatbeständlichen und rechtlichen Berechnungsgrundlagen klar, so muss der Entscheid nicht begründet werden (BGer 1P.284/2002 vom 9. August 2002, mit Hinweisen, abgedruckt in: AnwRev 10/2002, S. 15 f.). Darauf ist der Beschwerdeführer hinzuweisen, ohne dass auf seine Rüge einzutreten wäre.

2. Damit dringt der Beschwerdeführer auch diesbezüglich mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde nicht durch, soweit überhaupt darauf einzutreten ist. Folglich entfällt die aufschiebende Wirkung der Beschwerde.

V.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Nichtigkeitsverfahrens in Anwendung der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) dem mit seinen Anträgen unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen.

2. Da der Beschwerdegegnerin vor Kassationsgericht keine entschädigungspflichtigen Kosten und Umtriebe (im Sinne von § 68 Abs. 1 ZPO) entstanden sind, fällt die Zusprechung einer Prozessentschädigung ausser Betracht.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 1'650.—.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
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 subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) allenfalls die ordentliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig. Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

Der Streitwert beträgt Fr. 21'600.—.

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich und den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirkes _____ (ad FP050004), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: