



Kass.-Nr. AA090107/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 10. September 2009

in Sachen

1. A L,

...,

2. B L,

...,

Gesuchsteller, Beklagte und Beschwerdeführer

gegen

1. A A,

...,

2. B B,

...,

3. C C,

...,

4. D D,

...,

5. E E,

...,

6. F F,

...,

7. G G,

...,

8. H H,

...,

9. I I,

...,

10. J J,

...,

11. K K,

...,

12. L L,

...,

13. M M,

...,

Gesuchsgegner, Kläger und Beschwerdegegner

1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

**Ablehnung von lic. iur. X, Präsident des Bezirksgerichtes Y,
im Verfahren CG090011 in Sachen der Parteien betreffend Befehl/Verbot**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Juni 2009 (VV090024/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Die Parteien bewohnen eine Einfamilienhaussiedlung in Y mit gemeinsamer Gasheizungsanlage, welche sich auf dem Grundstück der beiden Beschwerdeführer befindet. Vor dem Bezirksgericht Y (II. Abteilung) ist eine Klage hängig, mit welcher die Beschwerdegegner den Erlass eines Befehls, wonach die Beschwerdeführer die gemeinsame Heizung wieder in Betrieb zu nehmen und die Beschwerdegegner mit Heizwärme zu beliefern sowie ihnen den Zutritt zum Heizungsraum zu gewähren hätten, beantragen. Vorsitzender im Prozess ist Gerichtspräsident X.

Mit Eingabe vom 7. Juni 2009 an das Bezirksgericht lehnten die Beschwerdeführer Gerichtspräsident X ab (OG act. 1). Der Gerichtspräsident überwies dieses Ablehnungsbegehren zuständigkeitshalber an die Verwaltungskommission des Obergerichts und gab zugleich im Sinne von § 100 Abs. 1 GVG die gewissenhafte Erklärung ab, dass gegen ihn kein Ausstandsgrund vorliege (OG act. 3). Mit Beschluss vom 19. Juni 2009 trat die Verwaltungskommission auf das Ablehnungsbegehren nicht ein und auferlegte die Kosten seines Verfahrens (Gerichtsgebühr Fr. 850.--) den Beschwerdeführern solidarisch (OG act. 6 = KG act. 2).

Gegen diesen Beschluss und ausdrücklich auch gegen die Auferlegung der Kosten des obergerichtlichen Verfahrens richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1 S. 2 und 7). Das Kassationsgericht zog die obergerichtlichen Akten bei. Eine Beschwerdeantwort der Beschwerdegegner und eine Vernehmung des Obergerichts wurden nicht eingeholt.

2. Der Entscheid über ein Ausstandsbegehren gegen einen Richter ist ein zivilrechtlicher Entscheid, auch wenn dazu nach § 101 GVG die Aufsichtsbehörde als zuständig erklärt wird. Demgemäss kommt § 284 Ziff. 2 ZPO, wonach die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Entscheide einer Aufsichtsbehörde nicht zulässig ist, nicht zum Zug und es ist die Nichtigkeitsbeschwerde gegen den angefochtenen Entscheid der Verwaltungskommission des Obergerichts gegeben (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 8 oben).

3. a) Das Obergericht führt aus, dem Grundsatz entsprechend, dass die Ausübung prozessualer Befugnisse nur innerhalb der Schranken von Treu und Glauben zulässig sei, müsse das Ablehnungsbegehren so früh wie möglich angebracht werden. Es verstosse daher gegen Treu und Glauben, einen Richter erst viel später anzulehnen, wenn der Mangel schon früher feststellbar oder gar 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 (BGE 114 Ia 278; KG act. 2 S. 4 Erw. III/2).

Das Obergericht fährt fort, Gerichtspräsident X habe mit Präsidialverfügung vom 18. Februar 2009 den Beschwerdeführern Frist zur Einreichung einer schriftlichen Klageantwort angesetzt. Ihre Klageantwort vom 10. März 2009 hätten die Beschwerdeführer "zHv Herrn X Präsident" eingereicht. Den Beschwerdeführern sei somit seit Kenntnisnahme der Verfügung vom 18. Februar 2009 bekannt bzw. hätten sie damit rechnen müssen, dass Gerichtspräsident X in diesem Prozess mitwirken werde. In der Klageantwort fände sich jedoch kein gegen die Person von Gerichtspräsident X gerichtetes Ablehnungsbegehren. Vielmehr hätten die Beschwerdeführer bis zehn Tage vor der bereits im März 2009 auf den 16. Juni 2009 angesetzten Hauptverhandlung (Replik / Duplik) zugewartet, um die ihnen längst bekannten Ablehnungsgründe geltend zu machen. Dieses Zuwarten während mehr als drei Monaten sei im Sinne der dargelegten Rechtsprechung als rechtsmissbräuchlich zu werten, weshalb auf das Ablehnungsbegehren nicht einzutreten sei (KG act. 2 S. 4 f. Erw. IV/1).

b) Die Beschwerdeführer bringen vor, sie hätten ihre Eingabe (Klageantwort) vom 10. März 2009 an Gerichtspräsident X gerichtet, weil dies so rechtlich verlangt werde. Sie hätten damals nicht gewusst, dass Gerichtspräsident X den Prozess auch leiten werde. Sie hätten aber bereits in dieser Eingabe an das Gericht festgehalten, dass sie keine befangene Person wünschten und auch bereits Gerichtspräsident X als befangen erklärt, indem sie seine widersprüchlichen Schreiben erwähnt und eingereicht hätten. Zudem hätten sie eine Vorladung erhalten, in der explizit festgehalten worden sei, dass die mitwirkenden Richter erst zehn Tage vor dem Prozess bekannt seien und man diese somit erst zehn Tage vorher erfragen könne. Dies hätten die Beschwerdeführer gemacht und danach Gerichtspräsident X abgelehnt (KG act. 1 S. 6).

Der Prozess begann nicht erst mit der Hauptverhandlung, sondern bereits mit der Anhängigmachung der Klage beim Bezirksgericht. Mit Verfügung vom 18. Februar 2009 setzte der Gerichtspräsident den Beschwerdeführern Frist zur Beantwortung der Klage an (OG act. 5). Der Name und die Amtsbezeichnung des Gerichtspräsidenten sind auf der ersten Seite der genannten Verfügung angeführt, so dass die Beschwerdeführer mit Empfang der Verfügung wussten, dass Gerichtspräsident X mindestens in diesem Moment die Prozessleitung inne hatte. Die Beschwerdeführer richteten ihre Beschwerdeantwort vom 10. März 2009 nicht allgemein an das Bezirksgericht Y, sondern nannten den Gerichtspräsidenten namentlich in der Adresse (KG act. 3/9 S. 1). Sie nahmen also an, wozu sie auf Grund der Präsidialverfügung vom 18. Februar 2009 Anlass hatten, Gerichtspräsident X habe die Prozessführung inne.

In einem "Zusatz" hielten die Beschwerdeführer fest (KG act. 3/9 S. 6 f.):

"Da bereits bei der Hauptverhandlung vom 7.7.04 mehrfach rechtswidrig mit uns Beklagten vorgegangen worden ist und auch mit Schreiben vom 7.11.2006 (Beilage 11) von Ihnen festgehalten worden ist, dass nur das Urteil vom 15.9.04 (nicht das sogenannte Hauptverfahren vom 7.7.04) zivilrechtlich war, und Sie Herr Präsident diese schriftlich gemachte Aussage auch wieder schriftlich zurücknehmen mussten mit Schreiben vom 10.1.2007 (Beilage 12) müssen wir annehmen, dass mehrere Gerichtsangestellte in unserer Sache befangen sind. Wir bitten Sie, unser Verfahren nur durch neutrale Personen, also auch nicht durch befangene / unter Druck gesetzte untergeordnete Angestellte ausführen zu lassen."

Zwar verweisen die Beschwerdeführer auf zwei Schreiben des Gerichtspräsidenten, die frühere Verfahren betreffen. Das Vorbringen der Beschwerdeführer, dass Gerichtspräsident X eine in einem Schreiben abgegebene Erläuterung in einem nachfolgenden Schreiben berichtigt habe, lässt jedoch nicht auf ein sinngemässes Ablehnungsbegehren gegen Gerichtspräsident X schliessen. Auch die Umschreibung der von den Beschwerdeführern als befangen erachteten Personen mit "mehrere Gerichtsangestellte" bzw. "befangene / unter Druck gesetzte untergeordnete Angestellte" lässt nicht den Gerichtspräsidenten als abgelehnt erscheinen.

Im Fall, der dem vom Obergericht zitierten Bundesgerichtsentscheid zugrunde liegt, brachte die betreffende Partei die geltend gemachten Ablehnungsgründe erst im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens vor, was das Bundesgericht als gegen Treu und Glauben verstossend und damit verspätet erkannte (BGE 114 Ia 280 Erw. 3e). Vorliegend stellten die Beschwerdeführer das Ablehnungsbegehren bereits im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens. Es trifft wohl zu, dass die Beschwerdeführer ihr Ablehnungsbegehren nicht so früh wie an sich möglich stellten, sondern damit gut drei Monate zuwarteten, nachdem sie die Präsidialverfügung vom 18. Februar 2009 erhielten, welche von Gerichtspräsident X erlassen wurde. Allerdings handelt es sich bei der genannten Verfügung lediglich um eine routinemässige Eingangsverfügung, mit welcher Frist zur Klageantwort angesetzt wurde und welche regelmässig nicht mit einer vertieften Auseinandersetzung des Verfügenden mit der Materie des Falles verbunden ist. Daraus liess sich noch nicht schliessen, der Gerichtspräsident werde auch der nachfolgenden Besetzung des Gerichts in Verhandlungen sowie beim Erlass von auf den Streitgegenstand konkret abgestimmter prozessleitenden Entscheiden und des Endentscheides ebenfalls mitwirken. Indem die Beschwerdeführer dem Hinweis des Gerichts in der Vorladung, die Besetzung des Gerichts in der Verhandlung könne zehn Tage im Voraus erfragt werden, Folge leisteten und diese Auskunft abwarteten, anstatt vorsorglich ein Ablehnungsbegehren gegen Gerichtspräsident X zu stellen, welches allenfalls gegenstandslos geworden wäre, handelten sie nicht gegen Treu und Glauben. Ihr am 7. Juni 2009 und damit neun Tage vor der Hauptverhandlung - unmittelbar nach Bekanntgabe der Zusammensetzung des Gerichts - ge-

stelltes Ablehnungsbegehren ist jedenfalls in zeitlicher Hinsicht nicht rechtsmissbräuchlich.

4. a) Das Obergericht hält im angefochtenen Entscheid weiter fest, selbst wenn auf das Ablehnungsbegehren einzutreten wäre, wäre dieses abzuweisen, und begründet dies (KG act. 2 S. 5 f. Erw. IV/2). Im Brief vom 7. November 2006 habe Gerichtspräsident X geschrieben: "Das Urteil vom 15.9.2004 (nicht 7.7.2004) wurde vom Bezirksgericht Y im ordentlichen Verfahren gefällt" (OG act. 2/2; recte: "... im ordentlichen Zivilverfahren ..."). Die in Klammern gesetzte Bemerkung interpretierten die Beschwerdeführer nun dahingehend, der Abgelehnte habe damit zum Ausdruck gebracht, die Verhandlung vom 7. Juli 2004 sei kein "ordentliches Zivilverfahren" gewesen. Dies sei absurd bzw. es sei für jeden unbefangenen Leser sofort klar, dass mit der Klammerbemerkung nur eine Abgrenzung und Klarstellung gegenüber der eigentümlichen Fragestellung (vgl. OG act. 2/1) vorgenommen werden sollte. Der objektive Leser verstehe daher die im Brief vom 7. November 2006 erteilte Auskunft richtigerweise so, dass das Verfahren CG030033 in einem "ordentlichen Zivilverfahren" mit Urteil vom 15. September 2004 erledigt worden sei und es stellt gleichzeitig klar, dass der Prozess nicht am 7. Juli 2004 abgeschlossen worden sei. Dementsprechend folgerichtig habe der Abgelehnte im Brief vom 10. Januar 2007 explizit erwähnt, er könne (unter Hinweis auf sein Schreiben vom 7. November 2007) nur wiederholen, dass es sich bei der Prozessart des Verfahrens CG030033 um ein ordentliches Zivilverfahren gehandelt habe (OG act. 2/3 S. 3 oben). Der im Ablehnungsbegehren erhobene Vorwurf, Gerichtspräsident X habe irgend etwas zu widerrufen probiert, entbehre jeglicher Grundlage (KG act. 2 S. 5 Erw. IV/2.1).

Das Obergericht fährt fort, in gleicher Weise unbegründet sei der Vorwurf an den Abgelehnten, er habe eine falsche Auskunft erteilt: Im Brief vom 10. Januar 2007 habe er behauptet, die Parteien würden zu Beginn einer Verhandlung üblicherweise über den Verhandlungsablauf orientiert, doch entstünden den Parteien keine Nachteile, wenn dies einmal unterlassen werde (vgl. OG act. 2/3 S. 2 unten). Richtig sei demgegenüber, so die Beschwerdeführer, dass die Orientierung "obligatorisch" sei, und dass ihnen wegen der Nichtorientierung krassste Nachteile entstanden seien (OG act. 1 S. 2). Das Obergericht hält hierzu fest, eine gesetzli-

che Vorschrift, welche den Richter verpflichte, die Parteien vorgängig über den Ablauf der Verhandlung zu orientieren, gebe es nicht. Üblicherweise werde dies im Interesse eines geordneten Ablaufs einer Gerichtsverhandlung zwar gemacht, doch entstünden dadurch keine Rechtsnachteile. Bleibe nämlich das Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt, sei ihr im Rahmen der richterlichen Fragepflicht Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben. Unterbleibe dies, könne die dadurch benachteiligte Partei dies mit dem Rechtsmittel gegen den Endentscheid als Verweigerung des rechtlichen Gehörs rügen und korrigieren. Wenn die Beschwerdeführer dies im betreffenden Fall nicht getan hätten, so hätten sie sich die dadurch entstandenen Nachteil selbst zuzuschreiben. Hätten sie es erfolglos getan, sei die Prozessleitung durch den Richter jenes Verfahrens offenbar nicht zu beanstanden (KG act. 2 S. 6 Erw. IV/2.2).

Das Obergericht führt abschliessend aus, wie bereits im Ablehnungsverfahren der gleichen Parteien (Beschluss der Verwaltungskommission vom 25. April 2008) festgehalten worden sei, entsprächen die von den Beschwerdeführern vorgebrachten Befangenheitsgründe allein ihrer subjektiven Überzeugung, während in den Augen eines objektiven und vernünftigen Dritten keinerlei Anhaltspunkte vorlägen, welche auf eine Befangenheit des abgelehnten Richters schliessen liessen (KG act. 2 S. 6 Erw. IV/2.3).

b) Die Beschwerdeführer schildern in der Beschwerdeschrift den Ablauf der zwischen den Parteien vor Bezirksgericht anhängigen bzw. anhängig gewesenen Prozesse und erheben Vorwürfe gegen verschiedene Richter und Gerichtsbeamte, insbesondere gegen Vizepräsident Andreas Fischer, der in früheren Verfahren der Parteien mitgewirkt habe. Es sei zu vermuten, dass dieser in der Sache der Beschwerdeführer "federführend" sei und auch das Sagen bei den anderen Gerichtsangestellten habe, ja sogar beim Präsidenten. Was den Gerichtspräsidenten betrifft, wiederholen die Beschwerdeführer ihr Vorbringen, dieser habe seine zuerst gemachte Aussage (betreffend den Charakter des Verfahrens als Zivilverfahren) mit erneutem Schreiben widerrufen / verändern müssen, ohne sich mit den diesbezüglichen Erwägungen des Obergerichts auseinanderzusetzen.

Das Ablehnungsbegehren richtet sich einzig gegen Gerichtspräsident X. Das Verhalten von Vizepräsident Fischer in einem früheren Verfahren ist nicht Gegenstand des angefochtenen Entscheids. Er wirkt im heute beim Bezirksgericht anhängigen Verfahren offenbar nicht mit. Die Beschwerdeführer gehen in ihrer Beschwerdeschrift nicht auf die Erwägungen des Obergerichts ein und zeigen damit auch nicht auf, dass diese fehlerhaft seien und an einem Nichtigkeitsgrund litten.

Die Feststellung des Obergerichts, das Ablehnungsbegehren wäre abzuweisen, hält somit Bestand. Der Umstand, dass das Obergericht auf das Ablehnungsbegehren nicht eintritt, weil es das Begehren als verspätet erachtet, statt dieses abzuweisen, ändert in der Auswirkung des Entscheids nichts: so oder so dringen die Beschwerdeführer mit ihrem Ablehnungsbegehren nicht durch.

5. Die Nichtigkeitsbeschwerde richtet sich auch gegen die Auferlegung der Verfahrenskosten, ohne dass dies die Beschwerdeführer konkret begründen. Die Kostenaufgabe ist eine Folge des Unterliegens der Parteien im Verfahren vor der Verwaltungskommission des Obergerichts (§ 64 Abs. 2 ZPO) und damit nicht zu beanstanden.

6. Da die Parteien auch im Kassationsverfahren unterliegen, haben sie dessen Kosten solidarisch zu tragen (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 70 Abs. 1 ZPO). Mangels erheblicher Umtriebe ist den Beschwerdegegner keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 500.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Beschwerdeführern je zur Hälfte, unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag, auferlegt.
4. Den Beschwerdegegnern werden für das Kassationsverfahren 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 Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses der Verwaltungskommission des Obergerichtes vom 19. Juni 2009 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.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Verwaltungskommission des Obergerichtes des Kantons Zürich und das Bezirksgericht Y (II. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: