



Kass.-Nr. AA100080/U/mum

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

Zirkulationsbeschluss vom 23. September 2010

in Sachen

S,

...,

Beklagter, Gesuchsteller und Beschwerdeführer

gegen

S-H,

...,

Klägerin, Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

**Ablehnung von Bezirksrichter W im Prozess FE070029
in Sachen der Parteien betreffend Ehescheidung auf Klage**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. Juni 2010 (VV100022/U) und einen Beschluss des Bezirksgerichts J (Gesamtgericht) vom 8. Juni 2010 (FE070029/Z06/cf)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Parteien stehen seit Februar 2007 vor dem Bezirksgericht J im Ehescheidungsprozess. Mit dem Fall ist Bezirksrichter W als Einzelrichter befasst. Die Parteien wurden zu Konventionsverhandlungen mit persönlicher Befragung auf den 9. Juni 2010 vorgeladen. Mit Eingabe vom 21. April 2010 stellte der Beklagte (Beschwerdeführer) beim Bezirksgericht J den Antrag, Bezirksrichter W und die juristische Sekretärin S seien für die Verhandlung vom 9. Juni 2010 „in Ausstand zu setzen“ (OG act. 1 = BG act. 74). Der abgelehnte Richter überwies daraufhin das Ausstandsbegehren an die Verwaltungskommission des Obergerichts: gleichzeitig teilten er und die abgelehnte juristische Sekretärin mit, dass keine Ablehnungsgründe vorlägen, und gaben im Sinne von § 100 GVG die gewissenhafte Erklärung ab, in der Sache nicht befangen zu sein (OG act. 2 = BG act. 76).

Mit Beschluss vom 3. Juni 2010 trat die Verwaltungskommission auf das Ablehnungsbegehren gegen Bezirksrichter W infolge Verspätung nicht ein. Weiter trat es wegen fehlender Zuständigkeit auf das Ablehnungsbegehren gegen die juristische Sekretärin S und auf das Protokollberichtigungsbegehren nicht ein (OG act. 6 = KG act. 2).

Das Bezirksgericht J (Gesamtgericht) trat sodann, mit Beschluss vom 8. Juni 2010, unter Hinweis auf die Erwägungen des genannten Beschlusses der Verwaltungskommission auf das Ablehnungsbegehren gegen die juristische Sekretärin S nicht ein (KG act. 3). Der Einzelrichter (Bezirksrichter W) wies mit Verfügung vom 30. Juni 2010 das erwähnte Protokollberichtigungsbegehren ab (BG act. 84).

2. Der Beklagte erhob mit Eingabe vom 5. Juli 2010 beim Kassationsgericht Nichtigkeitsbeschwerde sowohl gegen den Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 3. Juni 2010 wie auch gegen den Beschluss des Bezirksgerichts J vom 8. Juni 2010 mit dem Antrag, diese Beschlüsse seien aufzuheben.

Weiter seien ein anderer Richter sowie ein anderer Gerichtssekretär zu ernennen, welche im (bezirksgerichtlichen) Fall unvoreingenommen seien (KG act. 1 S. 2).

II.

1. Das Kassationsgericht beurteilt in Zivilsachen Nichtigkeitsbeschwerden gegen Entscheide des Obergerichts, des Handelsgerichts sowie des obergerichtlichen und handelsgerichtlichen Einzelrichters (§ 69a GVG). In dieser Aufzählung der Vorinstanzen, welche abschliessend ist, werden die Bezirksgerichte nicht genannt. Das Kassationsgericht ist also zur Beurteilung von Nichtigkeitsbeschwerden gegen Entscheide der Bezirksgerichte nicht zuständig, weshalb auf die vorliegende Beschwerde nicht einzutreten ist, soweit sie sich gegen den Beschluss des Bezirksgerichts J vom 8. Juni 2010 richtet.

2. a) Das Obergericht hält zunächst allgemein fest, 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 gegen Treu und Glauben, einen Richter erst viel später abzulehnen, 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, der Beschwerdeführer begründe sein Ablehnungsbegehren im Wesentlichen damit, der Abgelehnte (Bezirksrichter W) habe anlässlich der Verhandlung im Juli 2008 die Befragung der Beschwerdegegnerin nicht richtig bzw. unvollständig protokolliert. Die Beschwerdegegnerin sei während jener Verhandlung wiederholt laut geworden, was vom Richter nicht unterbunden worden sei. Nicht protokolliert worden sei sodann die Befragung des Kindes. Im weiteren erhebe der Beschwerdeführer Vorwürfe gegen den Abgelehnten, welche bereits Thema eines vor Obergericht und Bundesgericht durchgeführten Rechtsmittelverfahrens gewesen seien, nämlich solche, welche die Ausübung der Obhut über

das gemeinsame Kind der Parteien sowie damit zusammenhängend die Regelung des persönlichen Verkehrs sowie das Kindeswohl an sich betreffen. Alle diese vom Beschwerdeführer angerufenen Gründe betreffen die Zeit vor der Sistierung des erstinstanzlichen Verfahrens im Januar 2009 und hätten demzufolge sofort im Jahr 2008 mit einem separaten Ablehnungsbegehren oder aber im Rahmen des Rekurses gegen den Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 18. September 2008 geltend gemacht werden müssen. Alle diese Vorbringen seien deshalb im Sinne der vorstehenden allgemeinen Erwägungen verspätet. Auf das Ablehnungsbegehren sei nicht einzutreten.

b) Der Beschwerdeführer hält dafür, sein Ausstandsbegehren sei auf keinen Fall verspätet. Am Bezirksgericht J sei es üblich, mehrere Richter mit einem Fall zu betrauen. Im Jahr 2007 sei der Gerichtspräsident H zuständig für die Prozessführung gewesen. In der Vorladung auf den 28. Mai 2008 sei die Scheidung der Gerichtspräsidentin S übertragen worden. Sie habe den Fall bis zum 18. Juni 2008 geführt und am 18. Juni 2008 eine Verfügung erlassen, ohne die Gegenpartei anzuhören. Am 2. Juli 2008 sei der Fall spontan von Bezirksrichter W übernommen worden. Er habe kurzfristig einsteigen und so schnell wie möglich seine Meinung bilden müssen. Im Januar 2009 sei der Prozess auf unbestimmte Zeit sistiert worden. Der Beschwerdeführer habe nicht gewusst, wer nach der Wiederaufnahme des Prozesses den Fall übernehmen würde. Es wäre vollkommen absurd gewesen, vor der Sistierung des Prozesses das Ausstandsbegehren einzureichen, da nicht abzusehen gewesen sei, wie der weitere Verlauf des Prozesses sein werde. Nach der Wiederaufnahme des Falls im Februar 2010 und der Festsetzung von Bezirksrichter W als Prozessführer habe der Beschwerdeführer im April 2010 reagiert, was als angemessener Zeitrahmen gewertet werden könne. Der Beschwerdeführer habe sich auf keinen Fall stillschweigend auf den Prozess eingelassen (KG act. 1 S. 3 Ziff. 2).

c) Der erste Teil der Hauptverhandlung erfolgte am 24. Mai 2007 unter Vorsitz des damaligen Gerichtspräsidenten H als Einzelrichter (BG Prot. S. 4 - 19). Am 13. März 2008 erfolgte die Vorladung zu einer Verhandlung zur mündlichen Replik und Duplik und zu vorsorglichen Massnahmen auf den 28. Mai 2008. In der Vor-

ladung selbst wird der Verhandlungsführende Einzelrichter nicht genannt (BG act. 29; auf dem den Parteien nicht zugestellten, dem Aktenexemplar beigehefteten „Vorladungsprotokoll“ wird Gerichtspräsident H als Einzelrichter angeführt). Diese Verhandlung wurde am 26. Mai 2008 auf den 2. Juli 2008 verschoben. Auch in dieser Vorladung wird der verhandlungsführende Einzelrichter nicht genannt (BG act. 35, auf dem den Parteien nicht zugestellten, dem Aktenexemplar beigehefteten „Vorladungsprotokoll“ wird Bezirksrichter W als Einzelrichter angeführt). Am 29. Mai 2008 erliess Gerichtspräsidentin S eine Verfügung, in welcher sie als superprovisorische Massnahmen über die gemeinsame Tochter der Parteien eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB anordnete und diesem insbesondere die Regelung der Modalitäten der Besuchsrechtsausübung und die Förderung und Verbesserung der Kommunikation zwischen den Parteien übertrug (BG act. 38). Die ausführliche, 4 ½ Stunden dauernde Verhandlung zur mündlichen Replik und Duplik und zu vorsorglichen Massnahmen vom 2. Juli 2008 stand unter Vorsitz von Bezirksrichter W (BG Prot. S. 21 - 51). Am 20. August 2008 erfolgte eine Anhörung der gemeinsamen Tochter der Parteien durch Bezirksrichter W (BG Prot. S. 53). Mit Verfügung vom 18. September 2008 befand Bezirksrichter W über die vorsorglichen Massnahmen (BG act. 52). Mit Verfügung vom 15. Januar 2009 sistierte Bezirksrichter W das erstinstanzliche Verfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung des beim Obergerichts hängigen Rekursverfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen (BG act. 57). Nachdem das Obergericht mit Beschluss vom 15. Juli 2009 den Rekursentscheid gefällt hatte (BG act. 59) und das Bundesgericht mit Urteil vom 4. November 2009 auf eine dagegen erhobene Beschwerde nicht eingetreten war (BG act. 60), nahm Bezirksrichter W als Einzelrichter das Verfahren mit Verfügung vom 4. Februar 2010 wieder auf (BG act. 61) und verpflichtete mit weiterer Verfügung desselben Tages die Parteien, verschiedene Unterlagen einzureichen (BG act. 62). Mit Verfügung vom 24. Februar 2010 ordnete Bezirksrichter W eine Konventionsverhandlung mit persönlicher Befragung an und lud die Parteien dafür auf den 3. Juni 2010 vor (BG act. 65; die Verhandlung wurde später auf den 9. Juni 2010 verschoben, BG act. 73).

Zusammenfassend ergibt sich, dass seit der Verhandlung vom 2. Juli 2008 sämtliche Verhandlungen und Verfügungen im erstinstanzlichen Verfahren unter Mit-

wirkung von Bezirksrichter W als Einzelrichter im ordentlichen Verfahren erfolgten. Gerichtspräsidentin S wirkte - abgesehen vom Beschluss des Gesamtgerichts vom 8. Juni 2010 betreffend des Ablehnungsbegehrens gegen die juristische Sekretärin (BG act. 78) - nur einmal im erstinstanzlichen Scheidungsverfahren mit, als sie mit Verfügung vom 29. Mai 2008 superprovisorische vorsorgliche Massnahmen anordnete (BG act. 38). Der frühere Gerichtspräsident H, welcher den ersten Teil der Hauptverhandlung durchführte, ist nicht mehr im Amt. Der Beschwerdeführer musste zumindest mit der Möglichkeit rechnen, dass Bezirksrichter W sich nicht bloss vorübergehend und wegen Verhinderung eines anderen Richters einspringend mit dem Scheidungsprozess der Parteien befasst. Nachdem das Bezirksrichter W im Ablehnungsbegehren des Beschwerdeführers vom 21. April 2010 vorgeworfene Verhalten sich im Jahr 2008 ereignet haben soll, ist die Ansicht des Obergerichts, die entsprechenden Vorbringen seien verspätet erfolgt, weshalb auf das Ablehnungsbegehren gegen Bezirksrichter W nicht einzutreten sei, nicht zu beanstanden.

3. Das Obergericht begründet im angefochtenen Entscheid kurz, weshalb das Ablehnungsbegehren abzuweisen wäre, wenn auf dieses eingetreten werden könnte (KG act. 2; allgemeine Ausführungen S. 4 Erw. III/3; konkret fallbezogene Ausführungen S. 5 Erw. IV/3). Da das Obergericht ohne einen Nichtigkeitsgrund zu setzen auf das Ablehnungsbegehren nicht eingetreten ist, kann offen bleiben, ob die Eventualbegründung des Obergerichts, weshalb das Ablehnungsbegehren im Falle eines Eintretens abzuweisen wäre, mängelfrei sei. Auf die entsprechenden Vorbringen des Beschwerdeführers in seiner Beschwerdebegründung (KG act. 1 S. 3 ff. Ziff. 3 ff.) ist deshalb nicht weiter einzugehen.

Ergänzend ist anzumerken, dass die Kassationsinstanz nur zu prüfen hat, ob der angefochtene Entscheid nach der bei der Vorinstanz gegebenen Aktenlage an einem Nichtigkeitsgrund leidet (Diether von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 17). Soweit der Beschwerdeführer die Begründungsweise des Beschlusses des Bezirksgerichts J vom 8. Juni 2010 (BG act. 78) und die Einholung einer Stellungnahme der Gegenpartei zum Protokollberichtigungsbegehren durch Verfügung

des Bezirksrichters W vom 7. Juni 2010 (BG act. 81) als Hinweise auf Parteilichkeit verstanden haben will (KG act. 1 S. 4 f. Ziff. 6 und 7), betreffen diese Vorbringen Prozesshandlungen nach Ergehen des Entscheids des Obergerichts über das Ablehnungsbegehren und sind deshalb zum vornherein nicht geeignet, aufzuzeigen, dass der angefochtene Entscheid des Obergerichts unter einem Nichtigkeitsgrund leidet.

4. Die Nichtigkeitsbeschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Mangels erheblicher Umtriebe ist der Beschwerdegegnerin, welche die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zu beantworten hatte, 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 dem Beschwerdeführer auferlegt.

4. Der Beschwerdegegnerin wird für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigung 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 3. Juni 2010 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 Obergerichts des Kantons Zürich und das Bezirksgericht J, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: