



Kass.-Nr. AA060188/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Rudolf Ottomann und Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Roland Götte

Zirkulationsbeschluss vom 26. Juni 2007

in Sachen

X.,

Gesuchstellerin, Klägerin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

gegen

Y.,

Gesuchsgegner, Beklagter und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

betreffend

**Ablehnung von Ersatzrichterin lic. iur. B., Bezirksgericht Q.,
im Prozess FP060034 in Sachen der Parteien betreffend Abänderung
Scheidungsurteil**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der Verwaltungskommission
des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Dezember 2006 (VV060037/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Klageschrift vom 20. Juni 2006 verlangte X. (künftig: Beschwerdeführerin) beim Bezirksgericht Q. die Abänderung ihres ausländischen (serbischen) Scheidungsurteils. Im Rahmen dieses Verfahrens wurde mit Verfügung vom 8. November 2006 ein von der Beschwerdeführerin gestelltes Gesuch betreffend Erlass superprovisorischer Massnahmen einstweilen abgewiesen. Unter Bezugnahme auf diesen Entscheid machte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 20. November 2006 geltend, die mit dem Fall betraute Ersatzrichterin lic. iur. B. sei vorbefasst bzw. befangen. Soweit die Beschwerdeführerin verlangte, Ersatzrichterin B. möge in den Ausstand treten, wurde dieses Begehren von Letzterer mitsamt den Akten und einer gewissenhaften Erklärung, wonach kein Ablehnungsgrund bestehe, an die Verwaltungskommission des Obergerichtes überwiesen (vgl. OG act. 1 [lit. B] und OG act. 2).

2. Mit Beschluss vom 1. Dezember 2006 wies die Verwaltungskommission des Obergerichtes das Ausstandsbegehren der Beschwerdeführerin ab (OG act. 4 = KG act. 2; künftig: KG act. 2).

3. Gegen diesen Beschluss hat die Beschwerdeführerin rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben. In der Beschwerdeschrift vom 7. Dezember 2006 verlangt ihr Rechtsvertreter die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und stellt den Antrag, es sei ihm die gewissenhafte Erklärung von Ersatzrichterin B. zur Stellungnahme zuzustellen (KG act. 1 S. 2). Mit Eingabe vom 18. Dezember 2006 wurde die Beschwerde sodann innert Frist ergänzt (KG act. 9).

Während die Vorinstanz auf Vernehmlassung verzichtete (KG act. 8), verlangt Y. (künftig: Beschwerdegegner) die Abweisung der Beschwerde (KG act. 14 S. 2).

Nachdem die der Beschwerdeführerin mit Präsidialverfügung vom 12. Dezember 2006 (KG act. 6) auferlegte Kautions von Fr. 1'500.-- fristgerecht geleistet

wurde (vgl. KG act. 13), ersucht diese mit Eingabe vom 4. April 2007 um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung bzw. Prozessverbeiständung für das Kassationsverfahren (KG act. 19).

Nach Ablauf der Beschwerdefrist liess die Beschwerdeführerin dem Kassationsgericht mit Eingabe vom 29. Mai 2007 schliesslich kommentarlos eine Kopie einer Verfügung der Einzelrichterin am Bezirksgericht Q. vom 21. Mai 2007 zukommen (vgl. KG act. 23 und 24).

II.

1.1 Die Beschwerdeführerin bringt zunächst vor, Ersatzrichterin B. mit Eingabe vom 20. November 2006 aufgefordert zu haben, *von sich aus* - d.h. ohne ein begründetes Gesuch - in Ausstand zu treten und die vorliegende Rechtssache Bezirksrichter A. zurückzugeben. Die gewählte, klare Formulierung habe nicht als Ablehnungsbegehren verstanden werden können bzw. dürfen. Zumindest - so die Beschwerdeführerin - wäre Ersatzrichterin B. verpflichtet gewesen, nachzufragen, ob tatsächlich ein Ablehnungsgesuch gestellt werde. Indem sie dies unterlassen und die Akten direkt dem Obergericht zur Verfügung gestellt habe, habe sie die richterliche Fragepflicht nach § 55 ZPO verletzt (Hervorhebung gemäss Beschwerdeschrift, KG act. 1 S. 5/6 [lit. B]).

1.2 Allfällige Mängel des bezirksgerichtlichen Verfahrens können im vorliegenden Beschwerdeverfahren grundsätzlich nicht gerügt werden; Anfechtungsobjekt bildet einzig der Entscheid der Verwaltungskommission. Soweit das Vorbringen der Beschwerdeführerin dahingehend verstanden werden kann, dass es die Verwaltungskommission versäumt habe, den behaupteten Mangel zu korrigieren, indem sie sich trotz richterlicher Fragepflicht nicht erkundigt habe, ob tatsächlich ein Ablehnungsbegehren gestellt werde, erweist sich diese Rüge als unbegründet:

Die Beschwerdeführerin machte in ihrer Eingabe vom 20. November 2006 geltend, dass die Vorbefasstheit/Befangenheit von Ersatzrichterin B. in liquider Form belegt sei und dass kein Richter/keine Richterin so willkürlich urteilen dürfe.

Sie forderte Ersatzrichterin B. deshalb formell auf, von sich aus in Ausstand zu treten und die Rechtssache an Bezirksrichter A. zurückzugeben (OG act. 1 S. 3 oben). Weil die Beschwerdeführerin mit diesen Ausführungen in aller Deutlichkeit zum Ausdruck brachte, dass sie mit der Besetzung durch B. nicht einverstanden sei, konnte der "formelle" Antrag, wonach Letztere "von sich aus" in Ausstand zu treten habe, nicht dahingehend verstanden werden, dass es dieser lediglich anheim gestellt werde, nach eigenem Gutdünken in Ausstand zu treten oder nicht. Es war vielmehr davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin die Verneinung eines Ablehnungsgrundes nicht akzeptieren würde, womit ihre Ausführungen zweifellos als Ablehnungsbegehren i.S.v. § 98 GVG zu interpretieren waren (vgl. auch KG act. 1 S. 5 [Ziff. 7], wo die Beschwerdeführerin erneut die angebliche Befangenheit von Ersatzrichterin B. betont). Von einem unklaren Begehren, welches in Ausübung der richterlichen Fragepflicht nach § 55 ZPO hätte geklärt werden müssen, kann deshalb keine Rede sein. Soweit das Gesuch von der Verwaltungskommission ohne weitere Nachfrage als Ablehnungsbegehren behandelt wurde, ist dieses Vorgehen nicht zu beanstanden.

2.1 Die Beschwerdeführerin bringt sodann vor, ihr sei die gewissenhafte Erklärung von Ersatzrichterin B., welche diese gegenüber dem Obergericht abgegeben habe, nie zur Stellungnahme zugestellt worden. Mit diesem Vorgehen, welches der üblichen Praxis der Verwaltungskommission des Obergerichtes des Kantons Zürich widerspreche, sei der Anspruch auf rechtliches Gehör nach § 56 ZPO verletzt worden (KG act. 1 S. 6 [lit. C]).

2.2 Unter Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 6 EMRK hat das Bundesgericht seine Praxis zum Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör in verschiedenen neueren Entscheiden konkretisiert: Der in Art. 6 Ziff. 1 EMRK enthaltene Anspruch auf ein faires Verfahren verleihe den Parteien das Recht, von sämtlichen, dem Gericht eingereichten Eingaben oder Vernehmlassungen Kenntnis zu erhalten und zu diesen Stellung nehmen zu können. Mit Bezug auf Vernehmlassungen spiele es etwa keine Rolle, ob darin neue Tatsachen oder Begründungen enthalten seien, welche nicht schon im angefochtenen Entscheid aufgeführt gewesen seien. Unerheblich sei sodann der mögliche tatsächliche Einfluss von Parteibemerkungen auf den zu treffenden

Entscheid. Schliesslich sei auch nicht von Belang, ob nach (kantonalem) Verfahrensrecht ein zweiter bzw. weiterer Schriftenwechsel vorgesehen sei. Wenn das Verfahrensrecht einen einfachen Schriftenwechsel als Regelfall vorsehe, sei es einem Gericht jedoch gestattet, sich bei der Zustellung von Vernehmlassungen in einem ersten Schritt auf die entsprechende Information, ohne förmliche Aufforderung zur Stellungnahme, zu beschränken. Dadurch werde die Partei hinreichend in die Lage versetzt, die Notwendigkeit einer Stellungnahme von ihrer Seite zu prüfen und ein derartiges Anliegen wahrzunehmen; andernfalls sei davon auszugehen, dass sie darauf verzichte. Ein derartiges Vorgehen setze Art. 6 Ziff. 1 EMRK pragmatisch um. Halte eine Partei eine Stellungnahme zu einer zur Kenntnisnahme zugestellten Vernehmlassung für erforderlich, so habe sie diese unverzüglich zu beantragen bzw. einzureichen (vgl. Entscheide des Bundesgerichts 5P.385/2005 vom 17. Januar 2006 Erw. 2; 5P.398/2005 vom 23. Dezember 2005 Erw. 2; 1A.92/2005 vom 22. November 2005 Erw. 3.3 [= BGE 132 I 42] und 1A.276/2004 vom 12. Juli 2005, Erw. 2; vgl. auch Christoph Leuenberger, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2004, in: ZBJV, Band 142, S. 25 ff.). Dem Entscheid 1P.457/2006 vom 19. September 2006 ist sodann zu entnehmen, dass auf eine Zustellung von Vernehmlassungen zwecks Gewährung der Möglichkeit zur Stellungnahme (wohl nur) bei Rechtsmissbrauch verzichtet werden darf (Erw. 3.2).

2.3 Die Verwaltungskommission fällt ihre Entscheid, ohne der Beschwerdeführerin vorab die Erklärung von Ersatzrichterin B. zuzustellen und ihr damit Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen (vgl. vorinstanzliche Akten). Es kann an dieser Stelle offen gelassen werden, ob bzw. inwiefern sich eine Stellungnahme zur gewissenhaften Erklärung von Ersatzrichterin B. zu Gunsten der Beschwerdeführerin hätte auswirken können. Gemäss der oben zitierten bundesgerichtlichen Praxis wäre es der Beschwerdeführerin zu überlassen gewesen, die Notwendigkeit/Zweckmässigkeit einer Stellungnahme zu prüfen. Indem der Beschwerdeführerin diese Möglichkeit nicht gewährt wurde, wurde ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

3.1 In ihrer Ergänzung zur Beschwerdeschrift bringt die Beschwerdeführerin schliesslich vor, der Homepage des Bezirksgerichts Q. habe sich am 18. Dezem-

ber 2006 entnehmen lassen, dass Frau B. per 1. August 2006 (noch immer) als Gerichtsschreiberin aufgeführt gewesen sei. Soweit sie bereits in der Verfügung vom 11. Juli 2006 als Ersatzrichterin bezeichnet worden sei, sei dies mit dem in Art. 29/30 BV verankerten Anspruch auf Beurteilung durch den verfassungsmässigen Richter nicht vereinbar (KG act. 9 S. 1).

3.2 Es ist nicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin diese Behauptungen bereits in ihrer Eingabe vom 20. November 2006 (OG act. 1) vorgetragen hat. Weil im kassationsgerichtlichen Verfahren nur zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid nach dem bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstand an einem Nichtigkeitsgrund leidet, womit Noven unzulässig sind (vgl. von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 17 f.), ist auf diese Argumentation nicht weiter einzugehen.

III.

1. Nachdem sich die Beschwerde in Bezug auf die Rüge betreffend die Verletzung des rechtlichen Gehörs als begründet erwiesen hat, ist der angefochtene Entscheid der Verwaltungskommission aufzuheben und die Sache zur Behebung des Mangels an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diesem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Kosten des Nichtigkeitsverfahrens vollumfänglich dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Damit ist das Gesuch der Beschwerdeführerin betreffend Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Mit Blick auf § 89 ZPO gilt dies aber nicht für das Gesuch betreffend die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters. Dieser Antrag ist abzuweisen, lässt die Leistung der Kautions (KG act. 13) doch darauf schliessen, dass die Beschwerdeführerin durchaus in der Lage war, die für die Führung des vorliegenden Verfahrens nötigen Mittel aufzubringen bzw. erhältlich zu machen, womit sie nicht als "mittellos" i.S.v. § 84 bzw. § 87 ZPO bezeichnet werden kann.

2. Das Ablehnungsbegehren wurde im Rahmen eines Prozesses betreffend Abänderung eines Scheidungsurteils gestellt. Soweit in diesem Verfahren in erster Linie über eine allfällige Umteilung der elterlichen Sorge über den gemeinsa-

men Sohn Daniel zu entscheiden ist (vgl. KG act. 1 S. 3 [Ziff. 1]), handelt es sich um eine nicht-vermögensrechtliche Streitigkeit, womit sich die Frage nach dem Erreichen der Streitwertgrenze von Art. 74 BGG nicht stellt. Unter diesen Umständen kann gegen den vorliegenden Beschluss gemäss Art. 92 Abs. 1 BGG Beschwerde beim Bundesgericht erhoben werden.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Dezember 2006 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Das Gesuch der Beschwerdeführerin betreffend Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Das Gesuch der Beschwerdeführerin betreffend Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters wird abgewiesen.
4. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 260.-- Schreibgebühren,
Fr. 247.-- Zustellgebühren und Porti.
5. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdegegner auferlegt.
6. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 700.-- (inkl. MWST) zu entrichten.
7. 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. Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich sowie das Bezirksgericht Q., je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: