



Kass.-Nr. AA100094/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 16. November 2010

in Sachen

W-R,

g...,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

W,

...,

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin ...

betreffend

**Ablehnung von Ersatzrichterin F im Verfahren FE000000 in Sachen Eheleute
W-R betreffend Ehescheidung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Juli 2010 (VV100027/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Parteien stehen vor dem Bezirksgericht K im Ehescheidungsprozess. Streitig ist unter anderem die Kinderzuteilung. Am 18. Mai 2010 fand in Anwesenheit der Parteien und ihrer Rechtsvertreter die Fortsetzung der Hauptverhandlung statt. Zu Beginn der Verhandlung erläuterte die prozessleitende Einzelrichterin, Ersatzrichterin F, den Ablauf der Verhandlung. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin wies in seinen Ausführungen unter anderem auf einen neueren Bundesgerichtsentscheid hin, dessen Erwägungen auf den vorliegenden Fall angewandt aus seiner Sicht klar für die Zuteilung der beiden Kinder an die Beschwerdeführerin sprechen soll. Nachdem die beiden Rechtsvertreter ihre Ausführungen beendet hatten, unterbrach die Einzelrichterin die Verhandlung und beriet sich mit dem juristischen Sekretär. Im Anschluss daran präsentierte sie ihre Sicht der Rechtslage, gemäss welcher die Kinder dem Beschwerdegegner zuzuteilen seien. Nach einer erneuten Unterbrechung der Verhandlung verliess die Beschwerdeführerin das Gerichtsgebäude. Ein Vergleich konnte in der Folge nicht geschlossen werden.

Mit Eingabe vom 9. Juni 2010 stellte die Beschwerdeführerin ein Ablehnungsbegehren gegen Ersatzrichterin F (OG act. 1), welches vom Bezirksgericht zusammen mit einer gewissenhaften Erklärung der abgelehnten Richterin vom 23. Juni 2010, dass gegen sie keine Ausstandsgründe vorlägen und sie sich nicht befangen fühle (OG act. 3), an die Verwaltungskommission des Obergerichts überwiesen wurde. Mit Beschluss vom 22. Juli 2010 wies die Verwaltungskommission das Ablehnungsbegehren ab (OG act. 9 = KG act. 2).

2. Mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Beschwerdeführerin, der genannte Beschluss sei aufzuheben und es sei die Sache zu neuem Entscheid an die Verwaltungskommission zurückzuweisen. Eventuell habe das Kassationsgericht einen neuen Entscheid in der Sache selbst zu fällen und das Ablehnungsbegehren gutzuheissen (KG act. 1 S. 2).

Der Präsident des Kassationsgerichts verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde mit Verfügung vom 30. August 2010 aufschiebende Wirkung (KG act. 7). Der Beschwerdegegner und die Verwaltungskommission verzichteten auf eine Beschwerdeantwort bzw. Vernehmlassung (KG act. 9 und 10).

II.

1. Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO leidet. Daher sind neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig. Gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft (vgl. Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 f. zu § 288 ZPO mit Hinweisen; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.). Aus der genannten Natur des Beschwerdeverfahrens 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).

Über weite Strecken begründet die Beschwerdeführerin ihr Ablehnungsbegehren erneut und nimmt nur am Rand bzw. indirekt Bezug auf die konkreten Erwägungen der Verwaltungskommission. Soweit die Beschwerdebegründung den Charakter der Wiederholung, Ergänzung oder Neuformulierung der ursprünglichen Begründung des Ablehnungsbegehrens aufweist, ist auf sie nicht weiter einzugehen.

2. Die Tragweite von Art. 6 Ziff. 1 EMRK geht nicht über den in Art. 30 Abs. 1 BV geregelten Anspruch auf einen verfassungsmässigen Richter hinaus (BGE 128 I 288 E. 2.2, mit Hinweisen; J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 574/75). Aus diesen beiden Bestimmungen, die ihrerseits nicht über die Regelung der §§ 95 ff. GVG hinausgehen, ergeben sich gewisse Minimalanforderungen an das kantonale Verfahrensrecht wie insbesondere der Anspruch auf Beurteilung durch einen unabhängigen und unparteiischen Richter. Im übrigen verweist das Bundesgericht auf die Anwendbarkeit des kantonalen Prozessrechts (BGE 129 V 335 E. 1.3.2, mit Hinweisen).

Nach § 96 Ziff. 4 GVG kann ein Justizbeamter abgelehnt werden, wenn Umstände vorliegen, die ihn als befangen erscheinen lassen. Sowohl nach der zürcherischen wie auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss der Richter Gewähr für eine unabhängige und unparteiische Beurteilung der Streitsache bieten. Für eine erfolgreiche Ablehnung ist aber nicht vorausgesetzt, dass der Richter in einer Angelegenheit tatsächlich befangen und nicht zu einem unparteiischen Urteil fähig ist. Es genügt, wenn aufgrund gewisser Umstände der Anschein einer – wenn auch tatsächlich nicht vorhandenen – Voreingenommenheit erweckt wird. Dabei ist allerdings nicht das subjektive Empfinden einer Partei massgebend; vielmehr muss das Misstrauen als objektiv begründet erscheinen (BGE 126 I 73 E. 3a, 169 E. 2a; ZR 86 Nr. 42 mit Hinweisen; Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 31 zu § 96). Konkret kann sich der Anschein der Befangenheit daraus ergeben, dass der Abgelehnte unsachliche oder sachfremde Motive in die Behandlung und Entscheidung des Falles einfliessen lässt (ZR 87 Nr. 33, 86 Nr. 42 mit Hinweisen).

3. a) Die Verwaltungskommission hält dafür, zur Begründung eines Ablehnungsbegehrens untauglich seien vom Richter gemachte Äusserungen im Rahmen seiner Bemühungen um eine vergleichsweise Erledigung des Rechtsstreits, und zwar auch dann, wenn diese Meinungskundgabe einseitig zugunsten bzw. zulasten einer Partei ausfalle. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung habe der Richter im Verfahren sein subjektives Empfinden wohl zurückhaltend zu äussern, doch gäbe es im Zivilprozess Situationen, in denen der Richter seine vorläufige

Auffassung über den Streitgegenstand kundtun dürfe. Insbesondere Vergleichsgespräche führten erfahrungsgemäss nur dann zu tragfähigen Lösungen, wenn der Richter zwar vorläufig, aber offen zum Streitgegenstand und zu den Prozessaussichten Stellung nehme. Je früher im Prozess eine solche richterliche Stellungnahme gemacht werde, desto offenkundiger sei, dass es sich dabei um eine bloss vorläufige Meinungsäusserung handle, mithin Änderungen je nach dem weiteren Prozessverlauf möglich blieben (KG act. 2 S. 5 Erw. III/3).

Die Beschwerdeführerin hält dafür, aus der letztgenannten, zutreffenden Feststellung ergebe sich umgekehrt, je später die richterliche Stellungnahme im Prozess erfolge, desto weniger werde sich der Richter von seiner allmählich gereiften Meinung „über den Stand der Dinge“ abbringen lassen. Diese Meinung festige sich zunehmend und im Gleichschritt mit der Prozessdauer. Sie werde am Ende des Verfahrens definitiv sein, dann nämlich, wenn der Prozessstoff vollständig auf seinem Pult liege. Dies sei hier der Fall. Die Einzelrichterin habe erst nach praktisch vollständigem Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens und nur noch vor der als nächstem prozessualen Schritt angekündigten Urteilseröffnung ihre, wie sie [in der gewissenhaften Erklärung, OG act. 3] schreibe, „vorläufige Sicht der Rechtslage“ den Parteien kundgetan, wobei gleich danach nur noch Vergleichsgespräche hätten geführt werden sollen. In diesem Prozessstadium sei die behauptete „vorläufige Sicht der Prozesslage“ in Tat und Wahrheit die definitive Sicht der Rechtslage. Wenn gar noch hinzukomme, dass die Richterin nicht im Kollegium, sondern allein entscheide, könne im Ernst nicht angenommen werden, sie werde bis zum einzig noch formell zu eröffnenden Urteil noch andern Sinnes werden (KG act. 1 S. 3 f. Ziffern 3 und 4).

b) Es dürfte zutreffen, dass die Einzelrichterin infolge der bereits längeren Prozessdauer und damit verbunden vertieften Befassung mit dem vorliegenden Rechtsstreit über eine gefestigte Rechtsansicht verfügte, als sie diese den Parteien präsentierte. Immerhin gab die Bekanntgabe der Rechtsansicht den Parteien die Möglichkeit, darauf zu reagieren, bevor das Urteil in der Sache fällt, so dass die Umschreibung „vorläufige Sicht der Rechtslage“ durch die Einzelrichterin zutreffen dürfte. Selbst wenn es schwer sein mag, die Einzelrichterin in diesem spä-

ten Verfahrensstadium noch von einer grundsätzlich anderen Rechtsansicht zu überzeugen, begründet dies keine Befangenheit.

Die Richterin war nicht verpflichtet, eine Vergleichsverhandlung durchzuführen. Sie hätte auch direkt zur Urteilsfällung schreiten können. Eine Vergleichsverhandlung kann gerade in einem Familienrechtsstreit, der typischerweise von Emotionen geprägt ist bzw. solche auslöst, auch in einem späten Verfahrensstadium Sinn machen, besteht doch die Möglichkeit, sofern sich die Parteien darauf einlassen, den zu erwartenden Entscheid im Hauptstreitpunkt (hier Kinderzuteilung) verständlich zu machen, auf Enttäuschungen direkt zu reagieren, allenfalls über die sich aus dem grundlegenden Entscheid ergebenden Nebenfolgen eine Einigung zu finden und vielleicht dadurch gar eine alle Beteiligten belastende Verlängerung des Rechtsstreits (mögliches Rechtsmittelverfahren) zu vermeiden. Hinter solchen „Zwecksmässigkeitsüberlegungen“, so die Beschwerdeführerin (KG act. 1 S. 4 Ziffer 5), ist nicht ohne weiteres die Hoffnung zu sehen „die Parteien ... doch noch gefügig zu machen.“ Die Bekanntgabe der Rechtsansicht dient auch nicht, wie es die Beschwerdeführerin ausdrückt, „... zu drohen, wie das kommende Urteil ausfallen werde, es sei denn, die Parteien würden sich angesichts dessen, das sie nun wissen, was es geschlagen hat, sozusagen in allerletzter Minute doch noch zu einem Vergleich bequemen“. Auch nach Bekanntgabe der Rechtsansicht durch die Richterin stand es der Beschwerdeführerin frei, diese Ansicht nicht zu akzeptieren, ein Urteil abzuwarten und wenn dieses nicht wunschgemäss ausfallen sollte, Berufung einzulegen und damit letztlich den Entscheid in die Hand anderer Richter zu legen. Dies dürfte die Beschwerdeführerin entweder gewusst haben oder sie hätte dies von ihrem routinierten Rechtsvertreter erfahren. Allein dass die Einzelrichterin den Parteien im Hinblick auf Vergleichsgespräche ihre Rechtsansicht vortrug und diese Rechtsansicht nicht der von der Beschwerdeführerin erhofften entsprach, begründete und offenbarte keine Voreingenommenheit.

4. a) Die Verwaltungskommission hält fest, der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin habe gegen das von der Einzelrichterin offen kommunizierte Vorgehen nicht remonstriert. Wenn die Beschwerdeführerin nunmehr im Nachhinein das angekündigte und unwidersprochen gebliebene Vorgehen der Einzelrichterin als un-

zulässiges und auf Vorbefasstheit schliessendes Verhalten rüge, erscheine diese Argumentation als rechtsmissbräuchlich (KG act. 2 S. 8 unten).

Die Beschwerdeführerin rügt diese Feststellung als willkürlich, als ob je einmal ein Anwalt in welchem Prozess auch immer dagegen remonstriert hätte, geschweige denn dies hätte tun müssen. So etwas müsste einem überhaupt erst einmal in den Sinn kommen. Kaum eine Partei werde den Richter grundsätzlich und zum vornherein daran hindern wollen, bekanntzugeben, wie er die Sache betrachte, im Gegenteil (KG act. 1 S. 4 f. Ziff. 6).

b) Dieses Vorbringen der Beschwerdeführerin ändert nichts an der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin im Wissen darum, dass der Prozess bereits weit vorangeschritten war, dass mit einer baldigen Urteilsfällung zu rechnen war und dass es die Einzelrichterin sein wird, welche allein und nicht als Teil eines Kollegiums, in welchem sie allenfalls in die Minderheit versetzt werden könnte, dieses Urteil wird zu fällen haben, sich nicht gegen die Durchführung einer Vergleichsverhandlung nach Bekanntgabe der vorläufigen Sicht der Rechtslage durch die Einzelrichterin aussprach, also sich oppositionslos auf das vorangekündigte Vorgehen der Richterin einliess. Mit dem Obergericht ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin eine Befangenheit der Richterin deshalb geltend macht, weil diese eine ihr nicht genehme Sicht der Dinge präsentierte (KG act. 2 S. 8 f.). Ein solches Vorgehen verstösst gegen Treu und Glauben (André E. Lebrecht, Der Ausstand von Justizbeamten nach zürcherischem Prozessrecht, SJZ 86 (1990), S. 301 rechte Spalte). Die gerügte Erwägung ist demnach nicht zu beanstanden.

5. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet und ist sie abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. Damit fällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung dahin.

III.

Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin die Kosten des Kassationsverfahrens zu tragen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Mangels erheblicher Umtriebe ist dem Beschwerdegegner keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid über ein Ausstandsbegehren. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig (Art. 92 Abs. 1 BGG).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde 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. 1'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Dem Beschwerdegegner 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.

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 K (Einzelrichterin), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: