

Art. 49 ZPO, Verwirkung. *Hat ein Vertreter Kenntnis von einem möglichen Ausstandsgrund, wird das der Partei zugerechnet (E. 3.2 und 3.3).* **Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO, politische Betätigung.** *Die von Verfassung und Gesetz den Mitgliedern der Gerichte erlaubte politische Betätigung stellt keinen Ausstandsgrund dar. Programm der Partei, welcher die betreffende Richterin angehört, als Grundlage für einen Ausstand? (E. 4).*

(Erwägungen des Obergerichts:)

1.1 Seit dem 10. September 2008 ist am Bezirksgericht Zürich ein vom Kläger eingeleiteter Scheidungsprozess hängig. Die erste, rein formelle Verfügung im Verfahren wurde von Bezirksrichterin S. erlassen; spätestens seit Juli 2009 bearbeitet Bezirksrichterin X. den Prozess in der Sache. Der Kläger liess sich zuerst von Rechtsanwalt M. vertreten, der am 5. Juli 2011 mitteilte, sein Mandat sei erloschen. Bereits am 24. Mai 2011 hatte der Kläger neu Rechtsanwalt Dr. .D. mandatiert, und dieser trat und tritt bis heute als Vertreter des Klägers auf. Das Verfahren gestaltet sich einigermaßen kompliziert; im Rahmen vorsorglicher Massnahmen wurden Ober- und Bundesgericht bereits je zwei Mal angerufen; das Obergericht wies die Rechtsmittel beider Parteien ab, während das Bundesgericht auf die jeweiligen Beschwerden des Klägers wegen mangelhafter Begründung am 23. Mai 2011 resp. am 21. August 2012 nicht eintrat.

Am 17. Oktober 2012 liess der Kläger den Ausstand von Bezirksrichterin X. verlangen. Zusammengefasst bemängelte er sowohl das politische Engagement der Richterin als auch bestimmte Entscheide und Verhaltensweisen im Verfahren (auf die Begründung im Einzelnen ist zurückzukommen). Die Richterin überwies das Gesuch zusammen mit einer kurzen Stellungnahme der Verwaltungskommission des Obergerichts, welche beide Seiten anhörte und am 7. Februar 2013 entschied, auf das Ablehnungsbegehren nicht einzutreten (auf die Begründung ist ebenfalls zurückzukommen). Dieser Entscheid ging dem Vertreter des Klägers am 14. Februar 2013 zu.

1.2 Mit Eingabe vom 22. Februar 2013, zur Post gegeben am selben Tag, focht der Kläger den Entscheid der Verwaltungskommission bei der Rekurskommission an, mit den folgenden Anträgen:

"1. Es sei der Beschluss der Verwaltungskommission vom 7.2.2013 vollumfänglich aufzuheben.

2. Es sei festzustellen, dass die Bezirksrichterin X. als befangen erscheint und in den Ausstand zu treten hat, alles unter K.u.E.F. zulasten der Beschwerdegegnerin."

Die Rekurskommission zog die Akten von Verwaltungskommission und Bezirksgericht bei; weitere prozessleitende Anordnungen wurden nicht getroffen.

2. Vorweg rechtfertigen sich einige Bemerkungen zum Verfahren.

Die Verwaltungskommission hat bereits darauf hingewiesen, dass ihr Verfahren noch dem alten kantonalen Prozessrecht unterstand. Der am Bezirksgericht hängige Scheidungsprozess war beim Inkrafttreten der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung bereits hängig und ist daher vom Bezirksgericht nach dem bisherigen Verfahrensrecht zu Ende zu führen (Art. 404 Abs. 1 ZPO). § 101 Abs. 1 GVG/ZH bestimmt, dass streitige Ablehnungsbegehren von der Aufsichtsbehörde zu entscheiden sind, und Aufsichtsbehörde über die Bezirksgerichte im Sinne dieser Bestimmung war und ist die Verwaltungskommission des Obergerichts. Diese entscheidet in solchen Fällen nicht als Rechtsmittelbehörde, sondern als erste Instanz. Gegen ihren Entscheid steht als Rechtsmittel der Weiterzug an die Rekurskommission zur Verfügung (§ 19 der VO über die Organisation des Obergerichts vom 3. November 2010, LS 212.51). Das Verfahren vor der Rekurskommission richtet sich nach dem neuen Verfahrensrecht, da der Entscheid der Verwaltungskommission nach dem 1. Januar 2011 eröffnet worden ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Die Beurteilung verfahrensrechtlicher Rügen hat gleichwohl nach dem alten Recht zu erfolgen, da der angefochtene Entscheid dieses anzuwenden hatte (*OGerZH* NK100014 vom 12. Januar 2011 = ZR 110/2011 Nr. 6; ebenso BGE 138 I 1 vom 31. Januar 2012 E. 2.1).

Die Verordnung LS 212.51 bezeichnet das zur Verfügung stehende Rechtsmittel als Rekurs. Da der Weiterzug aber bundesrechtlich vorgeschrieben ist und Art. 50 Abs. 2 ZPO die Beschwerde neuen Rechts nennt, hält sich die Rekurskommission an diese Terminologie (*OGerZH* KD110003 vom 5. Mai 2012 E. III/2) - ohne dass dem eine weiter gehende materielle Bedeutung zukäme.

Da die Beurteilung durch die Verwaltungskommission Teil des erstinstanzlichen Verfahrens ist, spielen die für die Rechtsmittel aufgestellten Beschränkungen neuer Vorbringen dort keine Rolle. Vor der Rekurskommission gilt dem gegenüber Art. 326 ZPO, wonach neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen sind - keine der in Abs. 2 vorbehaltenen Ausnahmen trifft auf dieses Verfahren zu. Das bedeutet, dass die tatsächlichen Grund-

lagen für die Beurteilung der Beschwerde ausschliesslich in den Akten der Einzelrichterin und der Verwaltungskommission zu suchen sind. Rechtliche Argumente sind freilich auch neu unbeschränkt zulässig.

Die Verwaltungskommission ist auf das Ablehnungsbegehren wegen Verspätung nicht eingetreten. Sie hat sich zwar auch zu den geltend gemachten Ablehnungsgründen geäussert, allerdings ausdrücklich im Sinne einer Eventualbegründung (Erw. III/4.1 zu Beginn: "Selbst wenn auf das Ablehnungsgesuch einzutreten wäre, ..."). Wenn in einem solchen Fall Beschwerde erhoben wird, stellt sich die Frage, wie weit die materiellen Erwägungen Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sein können. Das Bundesgericht führt dazu aus: "Ist [die Vorinstanz] auf einen Antrag nicht eingetreten, kann sich die Beschwerde (...) nicht auf die materielle Beurteilung (...) beziehen, sondern kann sich nur gegen das Nichteintreten richten. Einzig die prozessuale Frage, ob [die Vorinstanz] zu Recht (...) nicht (...) eingetreten ist, bildet den Beschwerdegegenstand". So weit ein Beschwerdeführer gleichwohl materiell argumentiert, wird auf eine Beschwerde nicht eingetreten (*BGer* 5A_94/2013 vom 6. März 2013 E. 3.1.2, unter Hinweis auf BGE 138 III 46 E. 1.2 und 137 II 128 E. 2.5 f.). Anzuführen ist immerhin, dass die materielle Problemstellung Thema werden kann, wenn die Beschwerdeinstanz das Nichteintreten als unrichtig beurteilt und den angefochtenen Entscheid unter diesem Aspekt aufhebt. Dann - aber auch erst dann - ist zu prüfen, ob die Sache spruchreif ist (Art. 327 Abs. 3 ZPO), und das führt zur Auseinandersetzung mit der Sache selbst.

3.1 Der Beschwerdeführer begründete das Ablehnungsbegehren (zur Terminologie des alten Rechts vgl. §§ 95 und 96 GVG/ZH) mit mehreren Umständen: Zunächst sei Bezirksrichterin X. Mitglied und Kantonsratskandidatin der Sozialdemokratischen Partei, welche es sich zur Aufgabe gemacht habe, den schwächsten Gliedern der Gesellschaft zu helfen und sich dezidiert gegen ein Recht des Stärkeren ausspreche. Zudem habe sie in der Verfügung vom 15. Januar 2010 zum Ausdruck gebracht, dass sie die Aussagen der Ehefrau (Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin) als glaubwürdiger beurteile als die des Ehemannes (= Gesuchstellers und Beschwerdeführers) und habe damit unausgesprochen die angeblich schwächere Partei bevorzugt. Ferner habe sie in der Verfügung vom 9. September 2011 eine Abänderung der vorsorglichen Unterhaltsregelung abgelehnt und damit der Ehefrau "einen Kurs" (gemeint wohl: einen Kursgewinn) von 20% zugestanden. Endlich habe die Bezirksrichterin wohl ausdrücklich erklärt, dass sie für Fragen der elterlichen Sorge und Obhut nicht zuständig sei, den Ehemann aber gleichwohl genötigt, ein Schreiben zu unterzeichnen, welches der Ehefrau ein freies Reisen mit dem Kind

ermögliche. All das zeige, dass die Richterin nicht unabhängig sei oder mindestens den Anschein erwecke, nicht unabhängig zu sein ("mindestens den Anschein der Unabhängigkeit verletzt").

In der abschliessenden Stellungnahme gegenüber der Verwaltungskommission vertiefte der Beschwerdeführer seine rechtliche Argumentation, namentlich durch Hinweise zur Gewaltentrennung und zur Rechtsvergleichung, ohne aber zusätzliche tatsächliche Momente einzubringen.

3.2 Die Verwaltungskommission beurteilt das Ablehnungsbegehren als verspätet, weil der Beschwerdeführer die angerufenen Umstände nicht unverzüglich geltend gemacht habe. Sie verweist dafür auf die konstante Praxis des Bundesgerichtes (angefochtener Entscheid E. IV/2. und 3.).

Der Beschwerdeführer lässt das in der heute zu beurteilenden Beschwerde so nicht gelten. Er sei "ein englischsprachiger Staatsangehöriger" (gemeint wohl: "englischer" Staatsangehöriger), der kein Deutsch spreche, in der Schweiz kein Stimmrecht habe und daher keinen Anlass habe, sich um Äusserungen von Kandidatinnen in einem Wahlkampf für den Kantonsrat zu kümmern. Erst "im Jahre 2012" seien ihm von dritter Seite die Äusserungen der Bezirksrichterin zur Kenntnis gebracht worden. Der Vorwurf, er habe die Ablehnung zu spät geltend gemacht, sei nicht berechtigt.

Erst nach dem Erscheinen eines neuen Buches zum Thema der "standards of judicial independence" im Herbst 2012 sei ihm klar geworden, dass Bezirksrichterin X. nicht nur für ihn, sondern auch für unbeteiligte Dritte den Anschein einer Befangenheit erweckt habe.

Zudem seien im Scheidungsprozess jetzt die vorsorglichen Massnahmen abgeschlossen, und das Verfahren trete ins Hauptstadium des effektiven Scheidungsverfahrens - dafür sei das Ablehnungsbegehren auf keinen Fall verspätet, sei doch dazu noch keine richterliche Verfügung oder Anordnung getroffen worden.

3.3 Anders als nach der schweizerischen Zivilprozessordnung unterscheidet das hier anzuwendende alte Prozessrecht noch zwischen den absoluten Ausschluss- und den relativen Ablehnungsgründen (§§ 95 und 96 GVG/ZH). Heute geht es um Ablehnungsgründe: "andere Umstände" im Sinne von § 96 Ziff. 4 GVG/ZH, welche Bezirksrichterin X. nach Auffassung des Beschwerdeführers als befangen erscheinen lassen (er führt zutreffend aus, dass es nicht der tatsächlichen Befangenheit bedarf, die ja als innere Befindlichkeit des Gerichtsmitgliedes nur sehr schwer oder gar nicht nachweisbar wäre, sondern dass der Anschein der Befangenheit genügt).

Diese mussten und müssen nach konstanter Praxis "unverzüglich" geltend gemacht werden, andernfalls ist die Berufung darauf verwirkt (für die kantonale Praxis Hauser/Schweri, GVG/Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, § 98 N. 4; für die Praxis des Bundesgerichts BGE 134 I 20 E. 4.3.1, BGE 132 II 485 E. 4.3, BGE 121 I 225). Die Praxis verallgemeinerte damit den Gedanken von § 98 GVG/ZH am Ende, wonach das Begehren in Fällen mit öffentlicher Urteilsberatung nur bis zu deren Beginn gestellt werden konnte (heute gibt es keine öffentlichen Urteilsberatungen mehr: § 134 Abs. 1 GOG). So wenig wie eine Partei sollte abwarten können, in welche Richtung die Beratung sich entwickelte, so wenig sollte sie das Ablehnungsbegehren davon abhängig machen dürfen, ob sich das laufende Verfahren zu ihren Gunsten resp. Ungunsten entwickle. Auch die beförderliche Verfahrensführung (§ 53 Abs. 1 ZPO/ZH), an welcher in der Regel beide Seiten interessiert sind, legte nahe, den Parteien das unverzügliche Geltendmachen von Ablehnungsgründen zuzumuten, unter der Androhung der Verwirkung. Diese langjährige Praxis zu ändern besteht umso weniger Veranlassung, als sie im neuen Recht nun positiv Eingang gefunden hat (Art. 49 Abs. 1 ZPO; Bot ZPO 7273).

Der Beschwerdeführer begründet sein Ablehnungsbegehren damit, dass Bezirksrichterin X. bei den letzten Wahlen für den Zürcher Kantonsrat kandidierte und sich dabei zur Linie ihrer Partei bekannte. Diese Wahlen fanden im Frühjahr 2011 statt. Die beanstandeten Entscheide der Bezirksrichterin im Scheidungsprozess datieren vom 15. Januar 2010 und vom 9. September 2011. Bereits am 25. August 2009 hatte der Beschwerdeführer die Erklärung unterzeichnet, dass er damit einverstanden sei, wenn die Gesuchsgegnerin mit dem Kind alleine reise, insbesondere nach und von Brasilien. Das Ablehnungsbegehren vom 17. Oktober 2012 erfolgte damit nicht "unverzüglich", gleich welche Zeitspanne in Tagen oder Wochen man dafür genügen lassen will.

Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, bisher sei es nur um die vorsorglichen Massnahmen gegangen. Das eigentliche Scheidungsverfahren stehe erst bevor, und dafür sei sein Begehren jedenfalls rechtzeitig. Der Scheidungsprozess ist aber eine Einheit, wenn man auch die Phasen der vorsorglichen Massnahmen und der Hauptsache gedanklich trennen kann. Ob der Richter oder die Richterin in den Ausstand treten muss, hat nichts damit zu tun, ob über vorsorgliche Massnahmen oder über die Sache selbst entschieden wird.

Der Beschwerdeführer argumentiert, als fremdsprachigen und in der Schweiz nicht stimmberechtigten Ausländer habe ihn das Engagement der Bezirksrichterin bei den Kantonsratswah-

len nicht weiter interessiert, und erst "im Jahr 2012" sei er von dritter Seite darauf aufmerksam gemacht worden. Auch wenn es auf eine solche Mitteilung ankäme, wäre damit nicht erstellt, dass er das Ablehnungsgesuch unverzüglich einreichte. Nach der Praxis muss er sich allerdings auch das Wissen eines Vertreters anrechnen lassen (*BGer* *4A_425/2012 vom 26. Februar 2013 E. 3.2.1). Im Verfahren war der Beschwerdeführer immer anwaltlich vertreten, und zwar durch in Zürich praktizierende Anwälte. Diesen war und ist das hiesige politische System bekannt, insbesondere wissen sie, dass in der Schweiz die Mitglieder der Gerichte aller Stufen zwar nicht rechtlich, aber faktisch einer politischen Partei angehören müssen. Wenn sie es als Problem ansahen, konnten und mussten sie auch wissen, dass Bezirksrichterin X. auf der Liste der Sozialdemokratischen Partei für den Kantonsrat kandidierte. Ob sich die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei und/oder ein politisches Engagement mit dem Richteramt vertragen, ist eine wohlbekannte Frage und wurde nicht erst im Herbst 2012 als Problem erkannt, auch wenn der Beschwerdeführer zu jenem Zeitpunkt durch ein neues Buch darauf aufmerksam wurde.

Die beanstandeten Entscheide von Bezirksrichterin X. und der Umstand, dass sie den Beschwerdegegner veranlasst habe, die Erklärung zu den Reisen der Beschwerdegegnerin mit ihrem Kind abzugeben, datieren zwischen einem und drei Jahren vor dem zu beurteilenden Ablehnungsgesuch.

Es bleibt daher bei der Beurteilung der Verwaltungskommission, dass auf das Ablehnungsgesuch wegen Verspätung nicht einzutreten ist.

4. Damit kommt die Frage des Ausstandes in der Sache nicht zur Beurteilung (oben, E. 2 am Ende). Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Rekurskommission die Auffassung der Verwaltungskommission in der Sache teilt, wonach eine begründete Besorgnis der Befangenheit von Bezirksrichterin X. nicht bestehe (angefochtener Entscheid E. 4.1 bis 4.5). Wenige Überlegungen seien angefügt:

Der Beschwerdeführer stösst sich an der Erklärung der Bezirksrichterin, sie wolle dem "Recht des Stärkeren" wehren helfen. Möglicherweise glaubt er, sie betrachte ihn als den (im Vergleich zu seiner Frau) "Stärkeren" und entscheide darum zu seinen Ungunsten. Objektiv ist das nicht zu begründen, und wahrscheinlich beruht das Ganze auf einem Missverständnis. Der moderne Rechtsstaat hat nicht nur in der politischen Sichtweise der Sozialdemokratie als eine seiner wichtigsten Aufgaben, bei Auseinandersetzungen unter seinen Bürgern und Bewohnern Faustrecht und Selbstjustiz zu ersetzen durch ein geregeltes gerichtliches Verfahren. In diesem

soll der Stärkere sehr wohl obsiegen können, aber nicht weil er der Stärkere ist (sei es physisch, finanziell oder aufgrund seiner sozialen Vernetzungen), sondern weil er das Recht auf seiner Seite hat. Der Stärkere hat a priori so wenig recht wie der Schwächere. Auch diesen nur seiner Schwäche wegen zu privilegieren wäre willkürlich. Dass Bezirksrichterin X. dies gemeint hätte, geht aus den vorhandenen Unterlagen aber nicht hervor und ist nicht anzunehmen. Die beiden Entschiede, mit denen sich der Beschwerdeführer ungerecht behandelt fühlt, wurden von der I. Zivilkammer des Obergerichts überprüft, und es konnten keine Fehler festgestellt werden (auf die bundesrechtlichen Beschwerden trat das Bundesgericht nicht ein). Von der Tatsache, dass der Beschwerdeführer in jenen Entschieden mit seinen Anträgen zu den vorsorglichen Massnahmen nicht durchdrang, ist daher keinesfalls auf eine Befangenheit der Richterin zu schliessen - ganz abgesehen davon, dass selbst ein objektiv unrichtiger Entscheid für sich allein zum Anschein der Befangenheit nicht genügt. Im Übrigen ist es durchaus richtig, dass sich die Angehörigen der Gerichte allzu pointierter politischer Stellungnahmen enthalten sollten (nur beispielhaft R. Kiener, richterliche Unabhängigkeit S. 308). Sie sind allerdings auch voll berechnigte Staatsbürger und Staatsbürgerinnen mit politischen Grundhaltungen; dass diese durch die Zugehörigkeit zu einer Partei zum Ausdruck kommt und damit transparent wird, ist jedenfalls kein Nachteil.

Wie bereits angetönt ist es eine wichtige und schwierige Frage, wie weit die Mitglieder der Gerichte sich politisch aktiv sollen betätigen können und dürfen (der Beschwerdeführer belegt das mit seinen zahlreichen rechtsvergleichenden Hinweisen in der Beschwerde). Sie wurde und wird an verschiedenen Orten und zu verschiedenen Zeiten durchaus unterschiedlich beantwortet. Erst nach dem zweiten Weltkrieg wurde im Wahlgesetz vom 4. September 1983 die Unvereinbarkeit der Ämter von Kantonsrat und Oberrichter eingeführt. Die Unvereinbarkeiten wurden bei der Arbeit an der neuen Kantonsverfassung erneut diskutiert, und als Resultat davon bestimmten Verfassungsrat und Stimmbürgerschaft, dass die Mitgliedschaft im Kantonsrat (nur) mit dem Amt als Richter/in in einem obersten kantonalen Gericht unvereinbar sei (Art. 42 KV). Das Gesetz über die politischen Rechte statuiert für die Mitglieder der Bezirksgerichte diverse Unvereinbarkeiten, nicht aber mit der Zugehörigkeit zum Kantonsrat (§ 26 Abs. 2 lit. b GPR). Dass Bezirksrichterin X. für dieses Amt kandidierte, stand mit dem geltenden Recht im Einklang; etliche Mitglieder von Bezirksgerichten sind aktuell Mitglieder des Kantonsrates. Wenn der Beschwerdeführer vorbringen lässt, "wer bereit ist, um der eigenen politischen Machtgelüste willen die Gewaltenteilung derart zu pervertieren, zeigt, dass ihn das geltende Recht nicht kümmert", schießt das in der Wortwahl und in der Sache über das Ziel hinaus.

5. Die Kosten des Verfahrens gehen ausgangsgemäss zu Lasten des Beschwerdeführers. Im Rahmen der zur Verfügung stehenden Spanne von Fr. 100.-- bis Fr. 7'000.-- (§ 9 Abs. 1 GebV OG) sind sie auf Fr. 2'500.-- anzusetzen. Der Beschwerdegegnerin sind im Verfahren vor der Rekurskommission keine Aufwendungen entstanden, welche ihr durch den Beschwerdeführer zu ersetzen wären.

Es wird erkannt:

- I. Die Beschwerde wird abgewiesen, so weit darauf eingetreten werden kann.
- II. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden auf Fr. 2'500.-- angesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
- III. Eine Prozessentschädigung wird für das Beschwerdeverfahren nicht zugesprochen.

Obergericht, Rekurskommission

Urteil vom 11. April 2013

Geschäfts-Nr.: KD130002-O/U