

# **BGer 4A 131/2013 vom 3. September 2013**

Bundesgericht, 2013-09-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_131\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_131_2013)

FR: TF 4A 131/2013 du 3 septembre 2013

IT: TF 4A 131/2013 del 3 settembre 2013

## **Regeste**

Ausstand; Rechtsverweigerung | Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Sendung des Bundesgerichts mit den Vernehmlassungen der Vorinstanz und der Schlichtungsstelle sowie der Verfügung vom 9. Juli 2013 wurde dem Beschwerdeführer am 12. Juli 2013 avisiert, in der Folge aber bei der Poststelle nicht abgeholt und dem Bundesgericht am 7. August 2013 retourniert. Nach Art. 44 Abs. 2 BGG gilt eine eingeschriebene Sendung, soweit der Adressat bei einer versuchten Zustellung nicht angetroffen und daher eine Abholungseinladung in seinen Briefkasten oder sein Postfach gelegt wird, in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie auf der Post abgeholt wird, spätestens aber am siebten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch, soweit der Adressat mit der fraglichen Zustellung hatte rechnen müssen (Zustellungsfiktion; vgl. BGE 134 V 49 E. 4 S. 51 f.; 130 III 396 E. 1.2.3 S. 399 ; 127 I 31 E. 2a/aa; je mit Hinweisen). Da der Beschwerdeführer nach der Beschwerdeerhebung mit einer Zustellung rechnen musste, gilt die genannte Sendung des Bundesgerichts als am siebten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch, mithin am 19. Juli 2013, als zugestellt. Nachdem der Beschwerdeführer in der Folge innert der angesetzten Frist bis zum 24. Juli 2013 keine Stellungnahme zu den genannten Vernehmlassungen einreichte, ist Verzicht auf eine solche anzunehmen (vgl. BGE 138 I 484 E. 2.2).

### **E. 2**

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist ( BGE 138 III 471 E. 1 S. 475; 138 IV 186 E. 1; 136 II 101 E. 1 S. 103, 470 E. 1 S. 472); immerhin muss die Eingabe auch bezüglich der Eintretensvoraussetzungen hinreichend begründet werden ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ; BGE 134 II 120 E. 1 S. 121; 133 II 400 E. 2 S. 403 f.).

### **E. 2.1**

Gegenstand des angefochtenen Entscheids, soweit in der Beschwerdebegründung thematisiert, ist die Frage, ob der Beschwerdeführer Anspruch auf einen formellen Entscheid über sein Ausstandsgesuch vom 2. August 2012 hat und die Schlichtungsbehörde anzuweisen ist, über dasselbe zu entscheiden, was die Vorinstanz verneinte. Soweit der Beschwerdeführer mit der vorliegenden Beschwerde mehr als die Aufhebung dieses Entscheids und die Anweisung der Schlichtungsstelle zur Herbeiführung eines Entscheids über das Gesuch verlangt, kann daher auf die Beschwerde nicht eingetreten werden ( Art. 75 Abs. 1 BGG ).

## **E. 2.2**

Die Vorinstanz und die Schlichtungsbehörde bestreiten, dass der Beschwerdeführer ein aktuelles und praktisches Rechtsschutzinteresse im Sinne von Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG an der Beurteilung der Beschwerde habe. Die Verfahren auf Stufe Schlichtungsstelle seien längst abgeschlossen. So seien in den beiden Verfahren, in denen der Beschwerdeführer Beklagtenpartei sei, am 14. Februar 2013 der Klagpartei/Vermieterschaft die Klagebewilligung erteilt worden. Die beiden Verfahren, in denen der Beschwerdeführer als Kläger auftrete, seien in Anwendung von Art. 206 Abs. 1 ZPO zufolge Nichterscheinens an der Schlichtungsverhandlung als erledigt abgeschrieben worden. Von diesem Sachverhalt ist mangels Bestreitung durch den Beschwerdeführer auszugehen (vgl. Urteil 4A\_747/2012 vom 5. April 2013 E. 3.3).

### **E. 2.2.1**

Die Berechtigung zur Beschwerde setzt nach Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG, der mit Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG betreffend die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten identisch ist, voraus, dass der Beschwerdeführer ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat. Das schutzwürdige Interesse besteht im praktischen Nutzen, den die Gutheissung des Rechtsmittels dem Beschwerdeführer bringen würde, indem ihm ein wirtschaftlicher, ideeller oder materieller Nachteil durch den angefochtenen Entscheid erspart bliebe ( BGE 137 II 40 E. 2.3 S. 43; Urteil 4A\_134/2012 vom 16. Juli 2012 E. 2.1). Das Interesse muss aktuell sein, was heisst, dass es noch im Zeitpunkt bestehen muss, in dem der bundesgerichtliche Entscheid ergeht. Fällt das schutzwürdige Interesse im Laufe des Verfahrens dahin, wird die Sache als erledigt erklärt; fehlte es schon bei der Beschwerdeeinreichung, ist auf die Eingabe nicht einzutreten ( BGE 137 I 23 E. 1.3.1 S. 24; 136 III 497 E. 2.1 mit Hinweisen). Das Bundesgericht verzichtet ausnahmsweise auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses, wenn sich die aufgeworfenen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen können, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen deren grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt ( BGE 137 I 23 E. 1.3.1 S. 25 mit Hinweisen).

### **E. 2.2.2**

Die Vorsitzende der Schlichtungsbehörde liess die Parteien mit Verfügung vom 11. September 2012 zur Schlichtungsverhandlung laden, die von einer Stellvertretung geleitet werde. Nach Auffassung der Vorinstanz war der Beschwerdeführer damit mit dem Ausstandsgesuch durchgedrungen. Der Beschwerdeführer bestreitet dies, weil die Vorsitzende nur in einen Teilausstand getreten sei. Konkret macht er dazu allerdings einzig geltend, dass die Vorladung zur Schlichtungsverhandlung weiterhin durch die Vorsitzende vorgenommen worden sei. Weitere verfahrensleitende Handlungen, welche die Vorsitzende tatsächlich vorgenommen haben soll, nennt er nicht. Wesentlich erscheint im vorliegenden Zusammenhang, dass das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde seinen Fortgang nahm und die Schlichtungsverhandlung am 14. Februar 2013 stattfand. Da der Beschwerdeführer zu dieser nicht erschien, wurde den Beschwerdegegnern für die von ihnen geltend gemachten Forderungen die Klagebewilligung erteilt (Art. 206 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO) und das Verfahren wegen Säumnis des Beschwerdeführers abgeschrieben ( Art. 206 Abs. 1 ZPO ), soweit dieser als Kläger auftrat. Damit wurde das Schlichtungsverfahren abgeschlossen und ist nicht ersichtlich, welchen praktischen Nutzen dem Beschwerdeführer ein selbständiger Entscheid der Schlichtungsstelle über das

Ausstandsbegehren bringen könnte, wie er vom Beschwerdeführer mit der vorliegenden Beschwerde angestrebt wird. Denn damit würde die ergangene Klagebewilligung bzw. Abschreibungsverfügung nicht aufgehoben. Damit fehlt dem Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren ein aktuelles Rechtsschutzinteresse. Ob im Schlichtungsverfahren Vorschriften über den Ausstand verletzt wurden, könnte jedoch nach Abschluss des Schlichtungsverfahrens bei gegebenen Voraussetzungen durch den erstinstanzlichen Sachrichter (nachfolgende E. 2.2.2.1) bzw. durch eine Rechtsmittelbehörde überprüft werden (nachfolgende E. 2.2.2.2), soweit nicht ohnehin um die Durchführung eines neuen Schlichtungsverfahrens ohne Beteiligung von befangenen Personen ersucht werden kann (E. 2.2.2.2 in fine) :

#### **E. 2.2.2.1**

Soweit sich ein Beklagter gegen die Klagebewilligung wehren will, weil diese dem Kläger unter Mitwirkung von befangenen Personen erteilt wurde, steht ihm dazu zwar kein Rechtsmittel zur Verfügung (Urteil 4A\_28/2013 vom 3. Juni 2013 E. 2.3, zur Publikation vorgesehen). Er kann deren Gültigkeit jedoch im erstinstanzlichen Klageverfahren bestreiten. Das Gericht hat dann im Rahmen der Klärung der Prozessvoraussetzungen zu prüfen, ob der geltend gemachte Mangel die Ungültigkeit der Klagebewilligung bewirkt ( Art. 60 ZPO ; vgl. dazu Urteil 4A\_28/2013 vom 3. Juni 2013 E. 2.1 und 2.3, zur Publikation vorgesehen; François Bohnet, in: Bohnet und andere [Hrsg.], Code de procédure civile commenté, 2011, N. 65 zu Art. 59 ZPO , N. 9 f. zu Art. 209 ZPO ; vgl. auch Simon Zingg, in: Berner Kommentar, 2012, N. 161 ff. zu Art. 59 ZPO ). Dies wäre denkbar, wenn wegen der Mitwirkung einer befangenen Schlichterin die Möglichkeit einer Einigung der Parteien illusorisch war und das Schlichtungsverfahren dadurch seines Zwecks beraubt wurde.

#### **E. 2.2.2.2**

Die Abschreibung des Schlichtungsverfahrens als gegenstandslos wegen Säumnis des Klägers infolge Nichterscheinens an der Schlichtungsverhandlung gemäss Art. 206 Abs. 1 ZPO ist ein gesetzlich besonders geregelter Fall der Abschreibung wegen Gegenstandslosigkeit nach Art. 242 ZPO (vgl. Paul Oberhammer, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N. 1 zu Art. 242 ZPO ; Pascal Leumann Liebster, in: Sutter-Somm und andere [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 5 zu Art. 242 ZPO ; Georg Naegeli, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar zur ZPO, 2010, N. 7 zu Art. 242 ZPO ). Eine entsprechende Abschreibungsverfügung stellt eine prozessleitende Verfügung besonderer Art dar und untersteht nach Massgabe von Art. 319 lit. b ZPO der Beschwerde ( Kurt Blickensdorfer, in: Brunner und andere [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, 2011, N. 12 zu Art. 319 ZPO ; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 26 N. 31a). Da das Gesetz die Anfechtbarkeit einer Abschreibungsverfügung nach Art. 206 Abs. 1 ZPO nicht vorsieht ( Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO ), steht die Beschwerde gegen eine solche Verfügung nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO offen, wenn durch die Verfügung ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht (vgl. Nicolas Jeandin, in: Bohnet und andere [Hrsg.], Code de procédure civile commenté, 2011, N. 9 und 15 zu Art. 319 ZPO ; vgl. auch Dominik Infanger, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N. 10 zu Art. 206 ZPO ). Ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil kann dem Kläger beispielsweise entstehen, wenn die erneute Einreichung eines Schlichtungsgesuchs verspätet ist, weil infolge des Ablaufs einer Verwirkungsfrist bei Abschreibung des Schlichtungsverfahrens ein materieller

Rechtsverlust eingetreten ist (vgl. Alvarez/ Peter, Berner Kommentar, 2012, N. 7 f. zu Art. 206 ZPO ; Infanger, a.a.O., N. 10 zu Art. 206 ZPO ; Jörg Honegger, in: Sutter-Somm und andere [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 5 zu Art. 206 ZPO ; Jeandin, a.a.O., N. 23 zu Art. 319 ZPO ). In diesem Fall kann er in der Beschwerde rügen, die Abschreibungsverfügung sei unter Mitwirkung einer befangenen Person zustande gekommen bzw. am Verfahren, das zu dieser geführt habe, seien befangene Personen beteiligt gewesen ( Art. 320 lit. a ZPO ). In anderen Fällen, in denen infolge der Abschreibung des Schlichtungsverfahrens kein Rechtsverlust eintritt, steht dem Kläger die Möglichkeit offen, ein neues Schlichtungsgesuch einzureichen und erneut den Ausstand von Mitgliedern der Schlichtungsbehörde zu verlangen, die ihm befangen erscheinen.

### **E. 3**

Zusammenfassend kann auf die Beschwerde mangels eines aktuellen praktischen Interesses an ihrer Beurteilung nicht eingetreten werden. Auf die Erhebung von Gerichtskosten ist ausnahmsweise zu verzichten (Art. 66 Abs. 1 zweiter Satz BGG). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen ( Art. 68 Abs. 1-3 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.