

# **ZH\_OBERGERICHT RU110039 vom 2. November 2011**

ZH Obergericht, 2011-11-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_RU110039](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RU110039)

FR: ZH\_OBERGERICHT RU110039 du 2 novembre 2011

IT: ZH\_OBERGERICHT RU110039 del 2 novembre 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Prozessverlauf

#### **E. 1.1**

Mit Schreiben vom 12. Juli 2011 gelangte der Beklagte an die Vorinstanz und stellte ein Ausstandsbegehren gegen den Friedensrichter C. \_\_\_\_\_ von D. \_\_\_\_\_ mit dem Antrag auf Überweisung des Verfahrens an einen andern Richter (Urk. 1). Friedensrichter C. \_\_\_\_\_ nahm mit Schreiben vom 19. August 2011 dazu Stellung. Er beantragte dabei, ihn in allen Verfahren mit dem Beklagten von seinen Amtspflichten zu befreien (Urk. 5). Diese Stellungnahme wurde dem Beklagten mit dem Zirkularbeschluss vom 24. August 2011 zugestellt (Urk. 7 S. 4, schriftliche Mitteilungen).

#### **E. 1.2**

Die Vorinstanz wies das Ausstandsbegehren mit Zirkularbeschluss vom 24. August 2011 ab, ebenso den Antrag des Friedensrichters auf Überweisung künftiger Prozesse mit dem Beklagten als Partei an eine andere Schlichtungsbehörde (Urk. 10). Hiergegen hat der Beklagte am 3. Oktober 2011 (Poststempel 30. September 2011) fristgerecht Beschwerde erhoben (Urk. 8; Urk. 9). Er beantragt, den vor Vorinstanz gestellten Anträgen stattzugeben, und verlangt eine Umtriebsentschädigung (Urk. 9 S. 5). Der Kläger verzichtete im Falle einer Rückweisung auf Erstattung einer Beschwerdeantwort (Prot. S. 2).

### **E. 2**

Prozessuales

#### **E. 2.1**

Für das vorliegende Verfahren kommt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 404 f. ZPO).

#### **E. 2.2**

Gemäss Art. 50 Abs. 1 ZPO entscheidet das Gericht über Ausstandsbegehren, wenn der geltend gemachte Ausstandsgrund bestritten wird. Friedensrichter C. \_\_\_\_\_ bestritt die vom Beklagten geltend gemachten Ausstandsgründe (Urk. 5), womit das Gericht darüber zu befinden hat. Gemäss § 127 lit. c GOG entscheidet das Bezirksgericht über Ausstandsbegehren, wenn Friedensrichter betroffen sind. Gemäss der Geschäftsordnung des Bezirksgerichtes Bülach ist diese Kompetenz der Gerichtsleitung übertragen (§ 17 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Bezirksgerichts Bülach). Diese entschied im vorliegenden Fall und belehrte gemäss Art. 50

- 3 - Abs. 2 ZPO die Beschwerde als Rechtsmittel gegen ihren Entscheid (Urk. 10 S. 2 und 4, Erwägung 2. und 6.). Der Entscheid über ein Ausstandsbegehren ist ein Akt der Rechtsprechung und nicht der Justizverwaltung. Insofern hat sich die Vorinstanz in ihrem Entscheid fälschlicherweise als untere kantonale Aufsichtsbehörde über die Friedensrichter bezeichnet, was jedoch vorliegend keine Relevanz hat.

### **E. 3**

Beschwerde der Beklagten

#### **E. 3.1**

Der Beklagte rügt, dass die Vorinstanz sein rechtliches Gehör verletzt habe, indem sie ihm keine Möglichkeit eingeräumt habe, zur Stellungnahme von Friedensrichter C.\_\_\_\_\_ in einer Replik Stellung zu nehmen (Urk. 9 S. 1).

#### **E. 3.2**

Die Stellungnahme des betroffenen Gerichtsmitgliedes bildet einen wesentlichen Akt im Ablehnungsverfahren. Die gesuchstellende Partei hat daher gemäss Art. 29 Abs. 2 BV Anspruch auf Kenntnisnahme und Replik (ZPO-Kommentar Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Zürich [etc.] 2010, Wullschlegler, N 15 zu Art. 49). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst das Recht, von jeder dem Gericht eingereichten Stellungnahme Kenntnis zu nehmen und sich dazu äussern zu können, unabhängig davon, ob diese neue Tatsachen oder Argumente enthält und ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermag (BGE 133 I 100). Damit hätte die Vorinstanz die Stellungnahme von Friedensrichter C.\_\_\_\_\_ - selbst wenn diese für die Entscheidungsfindung nicht herangezogen wurde - dem Beklagten vor Entscheidung zustellen müssen.

##### **E. 3.2.1**

Darauf könnte nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann verzichtet werden, wenn sich das Ausstandsbegehren als trölerisch und rechtsmissbräuchlich erweist (BGer. 1P.457/2006 E. 3.2). In einem solchen Fall sollte allerdings bereits auf die Einholung einer Stellungnahme verzichtet werden (ZPO-Kommentar Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O.). Die Vorinstanz holte eine Stellungnahme des Friedensrichters ein und äusserte sich in ihrem Entscheid nicht darüber, ob sie das Ausstandsbegehren des Beklagten als trölerisch oder rechtsmissbräuchlich erachtete. Lediglich aus der Tatsache, dass die Chancen des Beklagten, mit seinen Vorbringen durchzudringen, als gering erachtet

- 4 - werden, kann nicht auf trölerisches Verhalten oder Rechtsmissbräuchlichkeit des Begehrens geschlossen werden. Damit konnte die Vorinstanz nicht auf Zustellung der Stellungnahme des Friedensrichters und die Einholung der Stellungnahme des Beklagten verzichten und verletzte das rechtliche Gehör des Beklagten.

#### **E. 3.3**

Wird eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz festgestellt, so leidet der Entscheid an einem schweren Mangel und wird aufgrund der sogenannten formellen Natur des Gehörsanspruch unabhängig davon, ob der Entscheid ohne die Verletzung anders ausgefallen wäre, aufgehoben (ZPO-Kommentar Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Zürich [etc.] 2010, Sutter-Somm/Chevalier, N 26 zu Art. 53).

### **E. 3.3.1**

Ausnahmsweise kann die Verletzung von der Rechtsmittelinstanz geheilt werden. Die Heilung ist nur zulässig, wenn die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht gravierend ist und die Rechtsmittelinstanz die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat wie die Vorinstanz (ZPO-Kommentar Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 27 zu Art. 53).

### **E. 3.3.2**

Eine Beschwerde kann wegen unrichtiger Rechtsanwendung und wegen offensichtlich unrichtiger Feststellung des Sachverhaltes erhoben werden (Art. 320 ZPO). Bei Rechtsfragen hat die Beschwerdeinstanz die gleiche Kognition wie die Vorinstanz (ZPO-Kommentar Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Zürich [etc.] 2010, Freiburghaus/Afheldt, N 1 zu Art. 320). Allerdings kommt der Beschwerde hinsichtlich der Sachverhaltserstellung eine beschränkte Kognition zu. Damit hat die Beschwerdeinstanz nicht die selbe Kognition wie die Vorinstanz, womit vorliegend die Verletzung des rechtlichen Gehörs im Beschwerdeverfahren nicht geheilt werden kann.

### **E. 3.4**

Der vorinstanzliche Entscheid ist daher aufzuheben und das Verfahren an die Vorinstanz zurückweisen. Sie ist darauf hinzuweisen, dass auch die Gegenpartei ein Recht zur Stellungnahme zum Ausstandsbegehren des Beklagten hat (ZPO-Kommentar Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Zürich [etc.] 2010, Wullschleger, N 14 zu Art. 49). Der Beklagte hat sodann Anspruch auf Kenntnis-

- 5 - nahme und Replik zu den Stellungnahmen des Friedensrichters und der Gegenpartei. Das Verfahren ist in diesem Sinne fortzuführen.

## **E. 4**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

### **E. 4.1**

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind gemäss Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Gerichtskasse zu nehmen.

### **E. 4.2**

Der Beklagte verlangt eine Umtriebsentschädigung, ohne diese zu beziffern (Urk. 9 S. 1). Gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO wird, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist, in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung geschuldet. Da keine konkreten Umtriebe geltend gemacht werden, die eine Entschädigung rechtfertigen würden, ist dem Beklagten keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen. Mangels Umtriebe ist dem Kläger auch keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen. Es wird beschlossen:

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