

# ZH\_OBERGERICHT RU190012 vom 20. März 2019

ZH Obergericht, 2019-03-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_RU190012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RU190012)

FR: ZH\_OBERGERICHT RU190012 du 20 mars 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT RU190012 del 20 marzo 2019

## Erwägungen

### E. 1

Auf das Schlichtungsbegehren sei mangels Postulationsfähigkeit des Vertreters der Klägerin nicht einzutreten.

### E. 1.2

Das Bezirksgericht eröffnete ein Verfahren "betreffend Ausstand". Der Gerichtspräsident gab den Parteien der Hauptsache mit Verfügung vom 31. Januar 2019 Kenntnis und setzte der Beklagten (in jenem Verfahren: "Gesuchstellerin") Frist zur Zahlung eines Kostenvorschusses von Fr. 600.-- an.

Mit Eingabe vom 18. Februar 2019 stellte der Vertreter der Beklagten dem Bezirksgericht folgende Anträge: "1. Der Gesuchstellerin sei die mit Verfügung vom 31. Januar 2019 angesetzte Frist von 10 Tagen zu Bezahlung eines Kostenvorschusses von Fr. 600.-- einstweilen abzunehmen. 2. Eventualiter, es sei der Gesuchstellerin die mit Verfügung vom 31. Januar 2019 angesetzte Frist von 10 Tagen zu Bezahlung eines Kostenvorschusses von Fr. 600.-- erstmals um 20 Tage zu erstrecken." Der Gerichtspräsident gab dem ersten Antrag statt. Mit Eingabe ebenfalls vom 18. Februar 2019 führte die Beklagte bei der Kammer gegen die Verfügung vom 31. Januar 2019 Beschwerde, mit den Anträgen: "1. Es sei die von der Vorinstanz mit Verfügung vom 31. Januar 2019 angeordnete Verpflichtung der Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 600.-- vollständig aufzuheben. 2. Die Vorinstanz sei anzuweisen, von der Erhebung eines Kostenvorschusses für die Beurteilung des Ausstandsbegehrens gegen Friedensrichterin Y abzusehen. 3. Eventualiter, es sei der von der Vorinstanz mit Verfügung vom 31. Januar 2019 auf Fr. 600.-- festgesetzte Kostenvorschuss der Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin auf Fr. 200.-- zu reduzieren und die Vorinstanz anzuweisen, der Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin entsprechend eine neue Frist zu dessen Bezahlung anzusetzen. 4. Subeventualiter, es sei der von der Vorinstanz mit Verfügung vom 31. Januar 2019 auf Fr. 600.-- festgesetzte Kostenvorschuss der Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin angemessen zu reduzieren und die Vorinstanz anzuweisen, der Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin entsprechend eine neue Frist zu dessen Bezahlung anzusetzen. 5. Subsubeventualiter, es sei die Vorinstanz anzuweisen, den von ihr mit Verfügung vom 13. Januar 2019 auf Fr. 600.-- festgesetzten Kostenvorschuss der Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin auf Fr. 200.-- zu reduzieren und die Vorinstanz anzuweisen, der Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin entsprechend eine neue Frist zu dessen Bezahlung anzusetzen.

### E. 2

Es sei das Verfahren einstweilen auf die prozessuale Frage der Postulationsfähigkeit des Vertreters der Klägerin bzw. das Vorliegen sämtlicher Prozessvoraussetzungen zu

beschränken.

**E. 3**

Die auf den 23. Januar 2019, 10:00 Uhr, angesetzte Schlichtungsverhandlung sei abzusagen.

**E. 4**

Ein neuer Termin für die Schlichtungsverhandlung sei erst anzusetzen, wenn die Frage der Postulationsfähigkeit des Vertreters der Klägerin geklärt sei.

**E. 5**

Eventualiter, es sei der Beklagten das persönliche Erscheinen an der Schlichtungsverhandlung zu erlassen.

**E. 6**

Subsubsubeventualiter, es sei die Vorinstanz anzuweisen, den von ihr mit Verfügung vom 31. Januar 2019 auf Fr. 600.-- festgesetzten Kostenvorschuss der Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin angemessen zu reduzieren und die Vorinstanz anzuweisen, der Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin entsprechend eine neue Frist zu dessen Bezahlung anzusetzen.

**E. 7**

Subsubsubsubeventualiter, es sei die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

**E. 8**

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Staatskasse, eventualiter solidarisch zu Lasten der Gesuchsgegnerinnen und Beschwerdegegnerinnen, subeventualiter zu Lasten der Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin 1, subsubeventualiter zu Lasten der Gesuchsgegnerin 2." Zudem stelle ich die folgenden prozessualen Anträge: "1. Es seien von der Vorinstanz sowie gegebenenfalls auch dem Friedensrichteramt X die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens beizuziehen. 2. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, als der Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin einstweilen, bis zu einem rechtskräftigen Entscheid der Beschwerdeinstanz, die Pflicht zur Bezahlung des von der Vorinstanz angeordneten Kostenvorschusses von Fr. 600.-- zu erlassen sei. 3. Eventualiter, es sei der Beschwerde insoweit aufschiebende Wirkung zu gewähren, als das Gericht die Vorinstanz anzuweisen habe, der Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin einstweilen, bis zu einem rechtskräftigen Entscheid der Beschwerdeinstanz, die Pflicht zur Bezahlung des von der Vorinstanz angeordneten Kostenvorschusses von Fr. 600.-- zu erlassen." 2. Der angefochtene Entscheid wurde dem Anwalt der Beklagten mit eingeschriebener Post zugestellt (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Gemäss der elektronischen Sendungsverfolgung der Post wurde ihm die Sendung am Freitag 1. Februar 2019 zur Abholung avisiert, und am letzten Tag der Abholfrist, am Freitag 8. Februar 2019, vermerkte die Post "zugestellt am Schalter". Den der Sendung beigelegten Empfangsschein datierte der Vertreter mit "11.02.2019". Das war falsch und bedeutete objektiv eine Urkundenfälschung. Mit Beschluss von heute hat die Kammer entschieden, dazu keine Weiterungen zu veranlassen. Die zu behan-

delnde Beschwerde ist rechtzeitig, auch wenn auf die tatsächliche Zustellung an den Anwalt oder eine von ihm beauftragte Person abgestellt wird. Die Beschwerde richtet sich gegen die Auflage eines Kostenvorschusses und ist daher nach Art. 103 ZPO zulässig. Die Frist zum Zahlen des Vorschusses ist der Beschwerdeführerin von der Vorinstanz abgenommen worden, und die entsprechenden prozessualen Anträge sind gegenstandlos. Die Beschwerdeführerin wirft die Frage auf, wer richtigerweise Partei im Verfahren der Ablehnung von Friedensrichterin Mettler sein solle. Dass die Gegenpartei des Verfahrens in der Sache Partei sein muss, versteht sich, weil die Bestimmungen zum Ausstand immer in einer Spannung zu den Vorschriften über den gesetzlichen Richter stehen. Bei der abgelehnten Gerichtsperson ist es nicht so eindeutig. Die Ablehnung richtet sich nicht gegen die Person selbst, sondern gegen ihre Funktion im konkreten Verfahren. Von da her ist es ähnlich, wie wenn gegen einen Entscheid ein Rechtsmittel ergriffen wird. Dieses mag damit begründet werden, die urteilende Person habe willkürlich entschieden, und das kann durchaus (auch) als gegen die Person gerichtete Rüge verstanden werden. Gleichwohl wird bei Rechtsmitteln in aller Regel weder die Vorinstanz noch die urteilenden Personen als Gegenpartei betrachtet. Etwas anders ist es zum Beispiel bei Betreibungsbeschwerden - auch wenn es einen Gegner des Betreibungsverfahrens gibt, wird häufig (auch) das Amt als Partei ins Beschwerdeverfahren einbezogen. Und ähnlich ist es bei Auseinandersetzungen um die unentgeltliche Rechtspflege. Beim Ausstand ist die Praxis nicht ganz einheitlich. Im Kanton Zürich dürfte es Praxis sein, die abgelehnte Gerichtsperson ins Verfahren einzubeziehen, obgleich sie keine Parteirechte hat und etwa einen die Ablehnung gutheissenden Entscheid nicht anfechten könnte. Das Bundesgericht beantwortet die Frage nicht einheitlich: in BGer 4A\_377/2014 vom 25. November 2014 wurde der abgelehnte Richter nicht ins Rubrum aufgenommen, wohl aber in BGer 5A\_842/2016 vom 24. März 2017. Es ist nicht leicht zu sehen, wie die Rechte der Beschwerdeführerin durch die eine oder andere Behandlung der abgelehnten Friedensrichterin tangiert werden. Darum ist auch die beiläufig Kritik der Beschwerdeführerin unberechtigt, sie habe im Verfahren des Bezirksgerichtes (noch) keine Gelegenheit erhalten, sich zu dieser Frage zu äussern. Die Gestaltung des Rubrums ist unverändert zu belassen. Auf einen Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren wurde verzichtet. Nur der Vollständigkeit halber mag hier im Rahmen der formellen Punkte noch angemerkt werden, dass es ein Verfahren der "Vorabentscheidung" durch eine höhere Instanz (wie es der Beschwerdeführerin vorzuschweben schien, als sie das von der Friedensrichterin ultimativ verlangte) im schweizerischen Prozess nicht gibt. Die Friedensrichterin hätte auch wenn sie es gewollt hätte, vom Bezirksgericht keine verbindliche Antwort auf die Frage erhalten können, ob sie den Vertreter der Beschwerdegegnerin "mangels Postulationsfähigkeit" (was immer das heisst) zum Schlichtungsverfahren zulassen dürfe. 3. Die Beschwerdeführerin scheint es zu beanstanden, dass der Vertreter der Beschwerdegegnerin sie nicht vor der Einreichung des Schlichtungssuches darüber informierte. Das hat mit dem beanstandeten Kostenvorschuss soweit erkennbar nichts zu tun. Ein allfälliger Interessenkonflikt des Vertreters der Beschwerdegegnerin ist möglicherweise für die Frage des Ausstandes der Friedensrichterin zu diskutieren. Mit dem beanstandeten Kostenvorschuss hat es nichts zu tun. Weshalb das Obergericht Rechtsanwältin B als Zeugin einvernehmen sollte, und was ein Augenschein für die Beurteilung der Rechtmässigkeit des Vorschusses nützen könnte, ist unerfindlich. Dass der Vertreter der Beschwerdeführerin den Vertreter der Beschwerdegegnerin auf die seiner Meinung nach problematische Stellung seiner

ehemaligen Mitarbeiterin im Verfahren hinwies, hat wie die detailliert beschriebenen weiteren diesbezüglichen Demarchen des Vertreters der Beschwerdeführerin keinen erkennbaren Zusammenhang mit dem beanstandeten Kostenvorschuss. Die Friedensrichterin sah nach der Darstellung in der Beschwerde in der Stellung der ehemaligen Mitarbeiterin des Vertreters der Beschwerdeführerin in

der Kanzlei des Vertreters der Beschwerdegegnerin kein Problem, und sie führte die Schlichtungsverhandlung wie vorgesehen durch - mit Beteiligung beider Parteien. Das wird wohl im Verfahren des Ausstandes ein Thema sein, hat aber mit dem beanstandeten Kostenvorschuss nichts zu tun. Auf gewisse Ersuchen gegenüber der Friedensrichterin (Mitteilung, wer ihr Auskunft über das Vorgehen erteilt habe, Zustellung einer Kopie der Klagebewilligung) soll der Vertreter der Beschwerdeführerin keine Antwort erhalten haben. Ein Zusammenhang mit dem beanstandeten Kostenvorschuss ist nicht erkennbar. Die Friedensrichterin schrieb dem Vertreter der Beschwerdeführerin offenbar am 29. Januar 2019, sie sehe keinen Grund, in den Ausstand zu treten. Was das mit dem beanstandeten Kostenvorschuss zu tun hat, ist nicht zu sehen. Die Beschwerdeführerin glaubt, es seien die Voraussetzungen für ein Ausstandsverfahren nicht gegeben. Das ist unzutreffend. Sie hat von der Friedensrichterin verlangt, dass diese in den Ausstand trete (Brief vom 22. Januar 2019). Die Friedensrichterin hat erklärt, ihrer Meinung nach bestehe für ihren Ausstand kein Grund. Damit war die Frage streitig (Art. 50 Abs. 1 ZPO), und zuständig zur Beurteilung war und ist das Bezirksgericht (§ 127 lit. c GOG in Verbindung mit Art. 3 und 4 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerdeführerin vermisst eine "substanzierte" Begründung der Friedensrichterin zu ihrer Auffassung. Einer solchen bedurfte es nicht, um die Frage des Ausstandes im Sinne von Art. 50 Abs. 1 ZPO "streitig" werden zu lassen. Ob die Friedensrichterin anzuhalten ist, sich ergänzend und im Sinne der Beschwerde "substanziert" zu äussern, wird das für Verfahren und Entscheidung zuständige Bezirksgericht entscheiden. Die Beschwerdeführerin kritisiert, dass überhaupt ein Kostenvorschuss erhoben wurde; das sei im Verfahren des Ausstandes prinzipiell nicht zulässig. Es trifft zu, dass das Bundesgericht diese Auffassung in einer älteren Entscheidung vertritt (BGE 100 Ia 28), und es ist selbstverständlich richtig, dass die Garantie des unabhängigen und unvoreingenommenen Richters ein hohes Prinzip ist. Dass es von Amtes wegen durchgesetzt werden müsse, trifft allerdings spätestens seit dem Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung nicht mehr

zu - ein Ausstandsgrund muss vielmehr von einer Partei geltend gemacht werden, und wer das nicht unverzüglich tut, verwirkt das Recht (Art. 49 ZPO; es gibt nicht einmal mehr die frühere Bestimmung kantonaler Rechte, dass jedes Mitglied der Gerichtsbesetzung den Ausstand eines anderen Mitwirkenden verlangen kann). Die Bestimmungen über die Zuständigkeit der Gerichte sind sodann ebenfalls sehr wichtig, haben ebenfalls Verfassungs- und Konventionsrang, werden von Amtes wegen und ohne Gefahr einer Verwirkung von allen Instanzen abgeklärt, und gleichwohl gelten die allgemeinen Bestimmungen über die Vorschusspflicht für die Gerichtskosten auch dort: entgegen dem (zu) engen Wortlaut von Art. 98 ZPO ist etwa auch eine beklagte Partei vorschusspflichtig, wenn sie ein Rechtsmittel ergreift. Unabhängig von der Parteistellung ist zudem vorschusspflichtig, wer Beweiserhebungen beantragt. Das separate und vom Verfahren in der Hauptsache getrennte Verfahren der Ablehnung, das im vorliegenden Fall auch von einer anderen Instanz geführt wird, ist diesen Konstellationen nicht gleich, aber sehr ähnlich. Es ist daher angezeigt, den allgemeinen Grundsatz der Kostenvorschusspflicht

(Art. 98 ZPO) auch auf das von einer Partei angestrebte Verfahren des Ausstandes anzuwenden. Dass dieser Grundsatz der allgemeinen Vorschusspflicht kritisiert wurde und wird, und dass politische Bestrebungen im Gang sind, die Last der Vorschusspflicht zu mildern, ändert daran nichts. Sollte der Zugang zum Recht (hier: zum unbefangenen [Friedens-]Richter) für die Beschwerdeführerin aus finanziellen Gründen gefährdet sein, könnte sie die unentgeltliche Rechtspflege in Anspruch nehmen - als Eigentümerin des Hauses, in welchem die in der Sache streitige Schiebetüre eingebaut wurde, könnte sie damit freilich an der Erfordernis der Prozessarmut (Art. 117 lit. a ZPO) scheitern. Im Übrigen würde das Argument der Beschwerdeführerin, der Ausstand müsse kostenfrei durchgesetzt werden können, auch verlangen, dass generell keine Kosten erhoben würden. Es wäre tatsächlich denkbar, das Verfahren des Ausstandes kostenfrei zu erklären unter Vorbehalt der Mutwilligkeit, wie etwa beim Verfahren der unentgeltlichen Rechtspflege, Art. 119 ZPO, der bescheidenen Arbeitsstreitigkeiten, Art. 114 lit. c ZPO oder des Schlichtungsverfahrens bei Miete und Pacht, Art. 113 Abs. 2 lit. c ZPO, je in Verbindung mit Art. 115 ZPO) - das entspricht aber

weder dem geltenden Recht noch der Praxis (so etwa der bereits erwähnte Entscheidung BGer 4A\_377/2019 vom 25. November 2014). Die Beschwerdeführerin beanstandet endlich die Höhe des Vorschusses. Dieser dürfe von Vorneherein nicht höher sein als der Betrag, welchen das Schlichtungsverfahren als Ganzes kosten könnte, und das wären Fr. 420.--, sie beantragt aber für den Fall, dass ein Vorschuss überhaupt zulässig wäre, eine Herabsetzung auf nicht mehr als Fr. 200.--. Massgebend für Entscheide über Ausstandsgesuche ist § 9 GebV OG mit einem Rahmen von Fr. 100.-- bis Fr. 7'000.--. Die Beschwerdeführerin meint zwar, diese Bestimmung sei nur auf Zivilprozessen zugeschnitten, und nicht auf Schlichtungsverfahren. Das findet in der Verordnung allerdings keine Stütze, und warum der Ausstand einer Friedensrichterin andere Probleme stellte und darum anders zu behandeln wäre als der eines Einzelrichters oder des Mitgliedes eines Kollegiums, ist nicht zu erkennen. Selbstredend ist die Gebühr in dem weiten Rahmen auch mit Blick auf die Sache anzuwenden: in einem Millionenprozess mag eine Gebühr von mehreren tausend Franken angezeigt sein, in einer kleinen Sache eine Zahl im unteren Bereich. Einen Anhaltspunkt kann dabei durchaus das geben, was das Sachgericht oder hier die Schlichtungsbehörde in der Sache selbst wird verrechnen können. Und die Beschwerdeführerin weist richtig darauf hin, dass beim gegebenen Streitwert von Fr. 8'769.05 die Gebühr für die Schlichtung höchstens Fr. 420.-- beträgt (§ 3 Abs. 1 GebV OG). Allerdings ist der Entscheid über den Ausstand anders als die reine Schlichtung eine Angelegenheit die mit einem formellen Entscheid abgeschlossen werden muss, und wenn die Friedensrichterin (was hier wegen des Streitwertes zwar nicht zulässig wäre) über ein Begehren zu entscheiden hat oder wenn sie einen Urteilsvorschlag macht, darf sie die Gebühr um die Hälfte erhöhen (das gleiche hier Fr. 630.--). Und es kommt hinzu, dass das Bezirksgericht mit vier Personen (drei Mitglieder und Gerichtsschreiberin/Gerichtsschreiber) zu besetzen ist, wogegen die Friedensrichterin das Verfahren alleine führt. Alles in Allem sind die Fr. 600.--, welche das Bezirksgericht als Vorschuss festsetzte, nicht zu beanstanden. Sollte sich das Verfahren dann als ungewöhnlich einfach erweisen und einen sehr geringen Aufwand verursachen, bestünde für das Bezirksgericht Anlass, eine

Gebühr von weniger als Fr. 600.-- in Erwägung zu ziehen. Falls das Verfahren allerdings ausföhrt, ist auch eine höhere Gebühr vertretbar. Zusammengefasst ist die Beschwerde

abzuweisen. 4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig. Die Entscheidunggebühren sind nach den Grundsätzen festzusetzen, wie sie für die Vorinstanz massgebend waren (dazu vorstehend). Dem von der Beschwerdeführerin verursachten Aufwand angemessen wäre im Rahmen von Fr. 100.-- bis Fr. 7'000.-- eine Gebühr von deutlich über Fr. 1'000.--. Mit Rücksicht auf den letzten Endes im Streit liegenden Betrag ist die Gebühr auf Fr. 600.-- festzusetzen. Parteienschädigungen sind nicht zuzusprechen: der Beschwerdeführerin nicht, weil sie unterliegt, der Beschwerdegegnerin nicht, weil sie mit der Beschwerde keinen Aufwand hatte, der ihr zu entschädigen wäre. Obergericht, II. Zivilkammer Urteil vom 20. März 2019 Geschäfts-Nr.: RU190012-O/U Hinweis: vgl. auch den Entscheid RU190012/Z02

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