

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP170037-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

Urteil vom 26. April 2018

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 23. November 2017 (FV160063-L)

Erwägungen:

1. a) Mit Verfügung vom 23. November 2017 entschied die Vorinstanz im Forderungsprozess der Parteien das Folgende (Urk. 74 S. 4):

- " 1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'775.–. Weitere Gerichtskosten (Auslagen) bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 1'800.– zu bezahlen.
5. (Schriftliche Mitteilung.)
6. (Rechtsmittelbelehrung.)"

b) Innert Frist erhob der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) mit Eingabe vom 12. Dezember 2017 Berufung gegen die vorgenannte Verfügung. Er stellte dabei den Antrag, die Verfügung sei vollständig aufzuheben (Urk. 73 S. 2).

c) Auf die im Berufungsverfahren gemachten Ausführungen des Klägers ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als sich dies für die Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

2. Die Vorinstanz trat auf die Klage nicht ein, da der Kostenvorschuss für die Gerichtskosten auch innert Nachfrist nicht geleistet worden sei (unter Hinweis auf Art. 101 Abs. 3 ZPO). Da die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) die Klage noch nicht beantwortet haben müssen, sei noch kein Anspruch auf eine ordentliche Anwaltsgebühr entstanden (unter Hinweis auf § 11 Abs. 1 AnwGebV). Immerhin aber habe sich der Rechtsvertreter der Beklagten eingehend über den Fall instruieren lassen müssen und auch mit den Kostenfragen (Armenrecht, Sicherheit für die Parteientschädigung) einen nicht unerheblichen Aufwand gehabt (unter Hinweis auf Urk. 8 und Urk. 22). Es rechtfertigt sich daher, der Beklagten eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 1'800.– zuzusprechen (mangels entsprechenden Antrags ohne Mehrwertsteuerzusatz; Urk. 74 S. 3 E. 2 f.).

Der Kläger führt dazu in seiner Berufungsschrift zusammengefasst aus, die Vorinstanz habe mehrfach festgestellt, dass seine Klage aussichtslos sei. In einem solchen Fall könnten der Beklagten keine Kosten in der Höhe von Fr. 1'800.– entstanden sein. Unklar sei ohnehin, wieso der Rechtsvertreter der Beklagten vor Verfahrenseröffnung in die Sache einbezogen worden sei. Da das Verfahren zu keinem Zeitpunkt eröffnet worden sei, hätte sich der Rechtsvertreter der Beklagten nicht instruieren lassen müssen. Bei einer von der Vorinstanz festgesetzten Parteientschädigung von Fr. 1'800.– hätte der Rechtsvertreter der Beklagten am Ende mit dem Fall gleich viel zu tun gehabt wie die Vorinstanz. Der Rechtsvertreter der Beklagten könne so viele Akten studieren, wie er wolle, aber vor einer offiziellen Verfahrenseröffnung, die ihm – dem Kläger – systematisch verweigert worden sei, könne das nur auf freiwilliger Basis geschehen. Daher sei die Erwägung 4 der angefochtenen Verfügung ersatzlos aufzuheben. Die Vorinstanz hätte sodann kein Urteil fällen dürfen, da die Sache mit Verfügung vom 6. April 2017, bestätigt durch den obergerichtlichen Beschluss vom 29. Mai 2017, längstens rechtskräftig erledigt worden sei. Dies verstosse gegen den Grundsatz, dass in einer Sache nur einmal entschieden werden dürfe. Zudem hätte der vorinstanzliche Richter vor rechtskräftiger Entscheidung über das ihn betreffende Ausstandsge such keinen neuen Entscheidung fällen dürfen (Urk. 73).

3. a) Die Schweizerische Zivilprozessordnung bzw. übergeordnetes Verfassungsrecht sehen entgegen der Auffassung des Klägers kein Tätigkeitsverbot für die abgelehnten Gerichtspersonen vor, nachdem das entsprechende Ausstandsbegehren abgewiesen, aber die Rechtsmittelfrist gegen den Ausstandsentscheid noch nicht abgelaufen und auch noch kein entsprechendes Rechtsmittel erhoben worden ist. Ihre Prozesshandlungen stehen bloss unter dem Vorbehalt späterer Aufhebung, wenn das Ausstandsbegehren gegen diese Gerichtspersonen im Rechtsmittelverfahren erfolgreich sein sollte (BGer 5A_579/2013 vom 11. November 2013, E. 4.2.2 m.w.H.).

b) Der Ansicht des Klägers, dass es sich vorliegend um eine abgeurteilte Sache (*res iudicata*) handle, kann nicht gefolgt werden. In der von ihm erwähnten Verfügung vom 6. April 2017 wurde sein Antrag, den Kostenvorschuss in Raten

zu bezahlen, abgewiesen und ihm eine Nachfrist von zehn Tagen zur Leistung des Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 3'550.– angesetzt. Sodann wurde ihm eine erstmalige Frist zur Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung der Beklagten von Fr. 4'550.– angesetzt (Urk. 42 S. 5 Dispositivziffern 1 bis 3; siehe auch Urk. 48). Inwiefern mit dieser Verfügung über die Klage vom 19. April 2016 (Urk. 2) rechtskräftig entschieden worden sein sollte, führt der Kläger nicht aus. Zudem ist eine solche rechtskräftige Erledigung auch nicht ersichtlich. Das Gleiche gilt in Bezug auf die vom Kläger diesbezüglich ebenfalls erwähnte Verfügung vom 15. März 2017 (Urk. 73 S. 2), mit welcher dem Kläger Frist zur Leistung des Kostenvorschusses von Fr. 3'550.– angesetzt wurde (Urk. 38; siehe auch Urk. 47).

c) ca) Der Kläger rügt die von der Vorinstanz zugesprochene Parteientschädigung. Die Vorinstanz hatte der Beklagten mit Verfügung vom 3. Mai 2016 Frist angesetzt, um sich zum Gesuch des Klägers um unentgeltliche Rechtspflege zu äussern und um bereits vor einer allfälligen mündlichen Verhandlung schriftlich Stellung zu nehmen. Die Vorinstanz erwog dazu u.a., dass eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege habe, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfüge und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheine. Zur Beurteilung der Erfolgsaussichten der Klage brauche es noch nähere Abklärungen, weshalb es sich anbiete, hierzu auch die Gegenpartei anzuhören (Urk. 5). In der Folge nahm die Beklagte mit Eingabe vom 24. Mai 2016 Stellung zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und behielt sich dabei vor, nach Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege die Sicherstellung der Parteientschädigung zu beantragen, da der Kläger Prozesskosten aus früheren Verfahren schulde (Urk. 8 S. 6). In einer weiteren Eingabe vom 8. Juni 2016 stellte die Beklagte dann den Antrag, der Kläger sei zu verpflichten, für ihre Parteientschädigung eine Sicherheit von Fr. 4'450.– zu leisten (Urk. 22).

cb) Das Vorgehen der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden. Gemäss Art. 119 Abs. 3 Satz 2 ZPO kann die Gegenpartei zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege angehört werden. Zwingend anzuhören ist sie, wenn die unentgeltliche Rechtspflege die Leistung der Sicherheit für die Parteientschädigung umfassen

soll, was immer dann der Fall ist, wenn die klagende Partei in einem gerichtlichen Verfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellt und die Gegenpartei die Sicherstellung der Parteientschädigung verlangt oder ein solches Gesuch zu erwarten ist. In diesem Fall erlangt die Gegenpartei Parteistellung und hat Anspruch auf eine Parteientschädigung, wenn die unentgeltliche Rechtspflege nicht bewilligt wird (Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 119 N 23; Emmel, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 119 N 13 Abs. 3 und N 15; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 119 N 9; BK ZPO-Bühler, Art. 119 N 120 f.). Vorliegend war zwischen den Parteien ein Gesuch um Sicherstellung der Parteientschädigung zu erwarten und wurde in der Folge auch gestellt, weshalb die Beklagte Parteistellung erlangte und Anspruch auf eine Parteientschädigung hatte.

cc) Wie die Vorinstanz zu Recht ausführte, ist gemäss § 11 Abs. 1 der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) vom 8. September 2010 noch kein Anspruch auf eine ordentliche Anwaltsgebühr entstanden, da die Beklagte die Klage nicht beantworten musste (Urk. 74 S. 3 E. 3). In Anbetracht, dass sich die Beklagte, um einen Antrag um Zusprechung einer Sicherheitsleistung (Urk. 22) stellen zu können, im Rahmen des Gesuchs des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu den Kriterien Mittellosigkeit (Urk. 8 S. 4 N 9 ff.) und Aussichtslosigkeit (Urk. 8 S. 2 ff. N 2 ff.) äussern musste, rechtfertigt sich jedoch die durch die Vorinstanz in Dispositivziffer 4 der angefochtenen Verfügung festgelegte Parteientschädigung von gesamthaft Fr. 1'800.–.

d) Damit erweist sich die Berufung als offensichtlich unbegründet. Es kann daher davon abgesehen werden, eine Berufungsantwort der Beklagten einzuholen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Berufung ist abzuweisen.

4. a) Mit Eingabe vom 6. Dezember 2017 (bei der Vorinstanz am 8. Dezember 2017 eingegangen; vgl. Urk. 79 S. 1) stellte der Kläger bei der Vorinstanz einen erneuten Befangenheitsantrag gegen Bezirksrichter lic. iur. C. _____ (Urk. 79). Diese leitete das Gesuch zuständigkeithalber an die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich weiter (Urk. 78).

b) Nach Abschluss des Verfahrens, d.h. wenn die betreffende Instanz den Entscheid schon gefällt hat, können Ausstandsgründe während laufender Rechtsmittelfrist bei der Rechtsmittelinstanz vorgebracht werden (BGE 139 III 466 E. 3.4 m.w.H.). Da das Ausstandsbegehren vom 6. Dezember 2017 innert Beru- fungsfrist erhoben wurde, hat die Vorinstanz dieses zu Recht der erkennenden Kammer zur Entscheidung zukommen lassen.

c) Die Rechtsschrift des Klägers betreffend die geltend gemachte Befangen- heit von Bezirksrichter lic. iur. C._____ vom 6. Dezember 2017 (Urk. 79) erschöpft sich in den gleichen Ausführungen, welche in der Berufungsschrift vom 12. De- zember 2017 (Urk. 73) vorgebracht worden sind. Wie aus vorstehender Erwä- gung 3 ersichtlich, sind die Vorbringen der Berufungsschrift nicht stichhaltig. Dies gilt auch in Bezug auf das Ausstandsbegehren. Der Umstand allein, dass Bezirks- richter lic. iur. C._____ die rechtliche oder tatsächliche Auffassung des Klägers zur Sache nicht teilt, vermag nach objektiver Betrachtungsweise noch keine Be- fangenheit oder Voreingenommenheit dem Kläger gegenüber zu begründen. Ein Richter erscheint sodann nicht schon deshalb als befangen, weil er ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit der Klage abgewiesen hat (BGE 131 I 113 E. 3.7.3). Das Ausstandsbegehren des Klägers ist deshalb abzuweisen.

5. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr ist gestützt auf § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'200.– festzusetzen.

Mangels wesentlicher Umtriebe ist der Beklagten für das Berufungsverfahren keine Entschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Das Ausstandsbegehren des Klägers vom 6. Dezember 2017 gegen Be- zirksrichter lic. iur. C._____ wird abgewiesen.

3. Die Entscheidgebühr des Berufungsverfahrens wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.
5. Der Beklagten wird für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der Doppel der Urk. 73, 75 und 76/1-3 sowie einer Kopie der Urk. 79, und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 25'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 26. April 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
cm