

§ 19 OrgVO/OG, Verfahren der Rekurskommission. *Das Verfahren richtet sich im Prinzip nach dem VRG (E 3.1).* **§ 117 GOG, Zuweisung an eine andere Instanz.** *Zuständig bei einer Schlichtungsbehörde in Mietsachen ist entgegen dem Wortlaut des Gesetzes das Obergericht (E 3.2).* *Voraussetzung für die Zuweisung an eine andere Instanz ist ein korrektes Ausstandsverfahren in der ordentlicherweise zuständigen Instanz (E 3.3).* **Art. 113 Abs. 2 lit. c ZPO, Kostenfreiheit der Schlichtung bei Miete und Pacht.** *Die Kostenfreiheit gilt auch für das Rechtsmittelverfahren (E. 4)*

Der Präsident des Bezirksgerichts Y. rief in einer mietrechtlichen Auseinandersetzung die Schlichtungsbehörde Y. an. Deren Vorsitzender, ein Gerichtsschreiber des Bezirksgerichts, ersuchte die Verwaltungskommission darum, die Sache einer anderen Schlichtungsbehörde zuzuweisen. Den entsprechenden Entscheid der Verwaltungskommission focht die Vermieterin bei der Rekurskommission an.

(aus den Erwägungen der Rekurskommission:)

2.2 Mit Schreiben vom 8. April 2013 zog die Beklagte ihr Rechtsmittel zurück. Damit ist das Verfahren der Rekurskommission erledigt, und der Entscheid der Verwaltungskommission ist rechtskräftig. Da sich verschiedene Fragen gestellt haben, welche auch in anderen Verfahren zu prüfen sein könnten, rechtfertigen sich gleichwohl die nachstehenden Erwägungen:

3.1 Der Entscheid über die Umteilung einer Sache im Sinne von § 117 GOG ist der Sache nach eine prozessleitende Verfügung im Rahmen eines hängigen Verfahrens. Auch wenn die Verwaltungskommission als Aufsichtsbehörde entschied, tat sie es in dieser Frage nicht als Rechtsmittel-, sondern als erste Instanz. Damit steht der Weiterzug an die Rekurskommission zur Verfügung (§ 19 Abs. 1 OrgVO/OG).

Das Rechtsmittel wird in § 19 OrgVO/OG als Rekurs bezeichnet. Die Rechtsmittelbelehrung der Verwaltungskommission nennt es Beschwerde. Im Rahmen der Rechtsmittel gegen altrechtliche Ausstands-Entscheide (§ 100 GVG/ZH) hat die Rekurskommission tatsächlich entschieden, weil dieser Weiterzug sich direkt auf Art. 50 Abs. 2 ZPO abstützt, sei es von Bundesrechts wegen eine Beschwerde im Sinne von Art. 319 ZPO (*OGerZH* KD110003 vom 5. Mai 2012 E. III/2). In anderen Fällen besteht aber kein ausreichender Grund, die Terminologie der massgebenden Rechtsgrundlage zu übergehen. Das Rechtsmittel ist demnach als Rekurs zu bezeichnen.

Auch wenn das Bundesgericht schreibt, es "[scheine] sich beim Rechtsmittelzug von der Verwaltungs- an die Rekurskommission nur um eine übergangsrechtliche Notlösung zu handeln" (*BGer* *5A_448/2012 vom 17. Januar 2013), ist das anwendbare Verfahren zu klären. Ausdrückliche Vorschriften des Bundes dazu gibt es nicht, und der Kanton hat ebenfalls keine aufgestellt. Wenn es um Beschwerden im Sinne von Art. 50 Abs. 2 ZPO gegen Ausstands-Entscheide geht, liegt die Anwendung der ZPO auf der Hand (das wurde bisher auch nie in Frage gestellt). Auch andere mögliche Geschäfte der Rekurskommission pflegen einen mehr oder weniger engen Bezug zu einem Zivilprozess zu haben. Hingegen geht es regelmässig eher um Justizverwaltung als um Rechtsprechung - etwa im heute zu beurteilenden Fall der Zuweisung an eine gleich geordnete Instanz, oder in einem früheren Fall, wo streitig war, ob ein Notar durch die Aufsichtsbehörde vom Amtsgeheimnis entbunden werden solle. Von da her scheint es angezeigt, die Bestimmungen zum Rekurs im kantonalen Verwaltungsverfahren analog anzuwenden - was auch die Bezeichnung "Rekurs" in § 19 OrgVO/OG nahe legt, denn einen Rekurs gibt es im Zivilprozess- und auch im Zwangsvollstreckungsrecht nirgends mehr. Das bedeutet insbesondere, dass die Rekurskommission in den Geschäften, die nicht der ZPO unterstehen, an die gestellten Anträge nicht gebunden ist (§ 27 VRG), und dass sie den massgeblichen Sachverhalt von Amtes wegen erstellt (§ 7 VRG; Kölz/Bosshart/Röhl, VRG 2. Aufl. 1999, N. 70 der Vorbemerkungen zu §§ 19-28, N. 4 zu § 27a) und dass dem Lauf der Weiterzugsfrist und dem Rechtsmittel selber aufschiebende Wirkung zukommt (§ 25 VRG).

3.2 § 117 GOG gestattet es unter bestimmten Voraussetzungen (dazu sogleich), von der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung abzuweichen. Diesen Entscheid trifft "die Aufsichtsbehörde" (§ 117).

Im heute zu entscheidenden Fall geht es um das Tätigwerden einer Schlichtungsbehörde. Die paritätischen Schlichtungsbehörden in Miet- und Pachtsachen unterstehen ebenso wie die Friedensrichter (= die Schlichtungsbehörden im Sinne von Art. 197 ZPO für alle anderen Materien) der Aufsicht des Bezirksgerichts (§ 81 Abs. 1 lit. a und b GOG). Auf den ersten Blick scheint also, dass für den angefochtenen Entscheid das Bezirksgericht zuständig gewesen wäre, und nicht das Obergericht resp. dessen Verwaltungskommission. Dass sich beim Bezirksgericht wegen der Parteistellung seines Präsidenten auch dafür die Ausstands-Frage gestellt hätte, ändert für die Zuständigkeitsfrage vorerst nichts - es hätte dann eben vorweg die Instanz für den Entscheid über die Bestimmung der Schlichtungsbehörde bestimmt werden müssen.

Die Problematik liegt auf einer anderen Ebene: Wie gesehen, entscheidet das Bezirksgericht über die Zuweisung eines Geschäftes an einen anderen Friedensrichter, wenn der zuständige Amtsträger (und, so ist zu ergänzen: auch sein ordentlicher Stellvertreter) wegen Befangenheit nicht handeln kann. Bei dieser Entscheidung geht es nicht so sehr darum, die Zuständigkeit einer Instanz aufzuheben (die ist bereits faktisch aufgehoben durch den Ausstand), sondern darum, eine andere Instanz anzuweisen, die die Sache zu behandeln. Das kann das Bezirksgericht bei den Friedensrichtern tun, weil ihm alle Friedensrichter in seinem Bezirk administrativ unterstehen. Schlichtungsbehörden in Mietsachen gibt es aber pro Bezirk nur eine. Sind alle ihre Mitglieder im Ausstand, kann dies das zuständige Bezirksgericht *feststellen* (ohne dass dem eine eigene rechtliche Bedeutung zukäme). Das Bearbeiten der Sache einer anderen Schlichtungsbehörde zu *übertragen*, steht ihm aber nicht zu, denn die anderen Schlichtungsbehörden unterstehen je dem Gericht ihres Bezirks - beispielweise diejenige des Bezirks Z. dem Bezirksgericht Z.

Es ist nicht erinnerlich, dass diese Problematik bei der Erarbeitung und der Diskussion des GOG zur Sprache kam. Das Gesetz enthält damit eine (systematische) Lücke. Im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB ist sie so zu füllen, dass die Entscheidung über die Zuweisung einer anderen Schlichtungsbehörde in Mietsachen dem Obergericht resp. dessen Verwaltungskommission (als der mittelbaren Aufsichtsbehörde, § 80 Abs. 2 GOG) zusteht.

Der heute zu beurteilende Entscheid ist also unter dem Gesichtspunkt der Zuständigkeit einwandfrei.

3.3 Wenn über die Sache entschieden werden müsste, wäre schwieriger zu klären, ob die Voraussetzungen für die Bezeichnung einer ausserordentlich zuständigen Instanz erfüllt waren.

Die Verwaltungskommission nahm den Fall anhand aufgrund einer Mitteilung des leitenden Gerichtsschreibers des Bezirksgerichts Y., dass ein Tätigwerden der Schlichtungsbehörde in der Sache des Gerichtspräsidenten "nicht opportun" sei. Eine Sache kann (nur) dann einer anderen als der ordentlicherweise zuständigen Instanz zugewiesen werden, wenn diese "infolge Ausstands (...) nicht besetzt werden kann" (§ 117 GOG) - denn eine solche Massnahme tangiert den Anspruch der Parteien auf das gesetzmässige Gericht. Insbesondere ist daran zu erinnern, dass die Parteien auf den Ausstand einer Person verzichten können (früher § 102 Abs. 1 GVG/ZH, heute indirekt Art. 49 Abs. 1 ZPO). Zwar dürfte auch heute gelten, dass einer Person selber der gewünschte Ausstand nicht verweigert werden soll, wenn sie gewissenhaft das Bestehen eines Aus-

standsgrundes erklärt (§ 100 Abs. 2 erster Satz GVG/ZH). Wie es sich damit verhält, muss im Einzelfall geklärt werden. Das erwähnte Schreiben des leitenden Gerichtsschreibers sagt dazu wenig aus, auch wenn man ihm bei gutem Willen entnehmen kann, der Schreibende erkläre sich selber in der Sache seines Präsidenten als befangen.

Die Beklagte machte geltend, sie habe die Schlichtungsbehörde Y. immer als neutral und professionell erlebt, und sie sehe nicht, weshalb das hier anders sein solle.

Was die Vorsitzenden der Schlichtungsbehörde angeht, ist dem zu entgegnen, dass sie (alles Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber des Bezirksgerichts: § 64 Abs. 1 lit. a GOG) so eng mit dem Gerichtspräsidenten zusammenarbeiten und von diesem so sehr abhängig sind, dass es kaum zumutbar scheint, sie gegen ihren Willen und/oder gegen den Willen der Parteien eine Sache ihres Vorgesetzten behandeln zu lassen. Eine Ausnahme ist denkbar, wenn eine Gerichtsschreiberin etwa zwischen bereits erfolgter Wahl zur Richterin und dem Amtsantritt oder überhaupt im gekündigten Arbeitsverhältnis steht (und das Arbeitszeugnis bereits erhalten hat). Wünschbar wäre generell analog der Praxis in den Fällen, in welchen ein Richter oder eine Richterin betroffen ist, eine Erklärung aller in Frage kommenden Vorsitzenden der Schlichtungsbehörde zu ihrem Ausstand (Art. 48 ZPO). Jedenfalls aber sollte das Gesuch an die Verwaltungskommission den Ausstand deutlich(er) benennen, und nicht bloss mit mangelnder "Opportunität" begründet werden - das ist gegenüber dem Anspruch der Parteien auf die gesetzliche Besetzung des Gerichtes etwas unpräzise formuliert.

In der Schlichtungsbehörde wirken auch Vertreterinnen und Vertreter der Verbände mit (Art. 200 Abs. 1 ZPO). Diese unterstehen zwar an sich wie die Gerichtsschreiberinnen und die Gerichtsschreiber der Aufsicht des Bezirksgerichts (§ 81 Abs. 1 lit. b GOG). Vom Gerichtspräsidenten eigentlich abhängig sind sie allerdings nicht. Ob sie in einem Fall wie dem heutigen selber den Ausstand verlangen oder ob eine Partei sie ablehnt, ist also nicht klar. Denkbar wäre, die Schlichtungsbehörde durch einen oder eine ausserordentliche(n) Vorsitzende(n) präsidieren zu lassen, um den Anspruch der Parteien auf die gesetzmässige Besetzung so weit als möglich zu wahren. Möglich wäre andererseits wohl auch die Überlegung, dass eine Schlichtungsbehörde wenn möglich in der als Ganzes eingespielten Besetzung tagen können sollte, und dass in diesem Sinn der Beizug (nur) eines oder einer ausserordentlichen Vorsitzenden im Sinne des Gesetzes "nicht angebracht" sei. Dazu müsste sich die entscheidende Instanz allerdings äussern, und für diesen Ent-

scheid dürfte regelmässig beachtlich sein, ob die "weiteren Mitglieder" (also die Verbandsvertreter) formell im Ausstand sind oder nicht.

Wäre die Sache nicht durch den Rückzug des Rechtsmittels erledigt worden, hätte die Rekurskommission demnach die Grundlagen für den Entscheid ergänzend erstellen müssen.

3.4 (...)

4. Für die Kosten des Verfahrens ist Ausgangspunkt Art. 113 Abs. 2 lit. c ZPO: "Im Schlichtungsverfahren" bei einer Streitigkeit aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen werden keine Kosten erhoben. Nach der Praxis der für Mietsachen zuständigen II. Zivilkammer des Obergerichts gilt das auch für ein *Rechtsmittel* im Rahmen des Schlichtungsverfahrens (*OGerZH PD110005* vom 23. Juni 2011). Diese Praxis ist auch für das vorliegende Rekursverfahren zu übernehmen.

Obergericht, Rekurskommission

Beschluss vom 18. April 2013

Geschäfts-Nr.: KD130001-O/U