

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC210014-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Ersatzrichterin lic. iur. N. Jeker
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 21. Juni 2021

in Sachen

A._____, lic. iur.,
Beschwerdeführer

betreffend **Postulationsfähigkeit**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen
Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 8. April 2021, Proz.
FP190035 i.S. B._____/ C._____ betreffend Abänderung Scheidungsurteil**

Erwägungen:

1.

1.1. Zwischen der Klägerin B._____ und dem Beklagten C._____ ist beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Winterthur ein Verfahren betreffend Abänderung des Scheidungsurteils vom 25. Mai 2016 hängig, wobei die Klägerin durch Rechtsanwalt lic. iur. A._____ (nachfolgend Beschwerdeführer) vertreten ist (act. 5/1). Mit Eingabe vom 7. Januar 2021 bestritt der Beklagte mit Hinweis auf die teilamtliche Richtertätigkeit des Beschwerdeführers am Bezirksgericht ... die Wirksamkeit der Eingaben bzw. die Postulationsfähigkeit des Beschwerdeführers (act. 5/41). Nachdem der Beschwerdeführer hierzu Stellung genommen hatte (act. 5/53), stellte das Einzelgericht mit Verfügung vom 8. April 2021 fest, der Beschwerdeführer sei nicht weiter berechtigt, die Klägerin im vorliegenden Verfahren zu vertreten, weshalb er als Vertreter der Klägerin aus dem Rubrum gestrichen werde (act. 5/59 = act. 4).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 22. April 2021 Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich mit dem Antrag, es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und festzustellen, dass er weiterhin zur berufsmässigen Vertretung der Klägerin berechtigt sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten des Beklagten (act. 2).

1.3. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 5/1-63). Der dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 11. Mai 2021 auferlegte Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 1'000.-- wurde rechtzeitig geleistet (act. 7-9). Auf weitere prozessleitende Schritte wurde verzichtet. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Der Beschwerdeführer bezeichnet seine Rechtsmitteleingabe als Berufung. Er vertritt die Ansicht, der angefochtene Entscheid stelle für die Parteien zwar einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG dar, für ihn sei es hingegen

ein (berufungsfähiger) Endentscheid, weil das Verfahren damit für ihn abgeschlossen sei (act. 2 S. 3).

a) Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers schliesst der angefochtene Entscheid das Verfahren bei der Vorinstanz nicht ab, weshalb es sich nicht um einen Endentscheid gemäss Art. 308 Abs. 1 ZPO, sondern um eine prozessleitende Verfügung handelt, und es bleibt dabei, unabhängig davon, wer ein Rechtsmittel dagegen ergreift. Solche prozessleitende Entscheide sind nicht berufungsfähig. Hingegen kann Beschwerde erhoben werden, wenn dies entweder im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist oder wenn durch die Verfügung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b ZPO).

b) Mit dem angefochtenen Entscheid ist das Verfahren allerdings für den Beschwerdeführer beendet, worauf dieser zu Recht hinweist. Mit der Nichtzulassung des Beschwerdeführers als Vertreter und der Streichung aus dem Rubrum, wäre die Anfechtung des Endentscheides für den Beschwerdeführer mangels Legitimation und Beschwer nicht möglich. Darin ist der notwendige nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil für den Beschwerdeführer zu erblicken.

c) Da nach der Praxis der Kammer ein unrichtig bezeichnetes Rechtsmittel ohne Weiteres mit dem richtigen Namen bezeichnet und nach den richtigen Regeln behandelt wird (OGer ZH, NQ110026 E. 2.2 vom 23. Juni 2011), ist das als Berufung erhobene Rechtsmittel somit als Beschwerde entgegenzunehmen.

2.2. Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den Art. 319 ff. ZPO. Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungslast ergibt sich zudem, dass die Beschwerde Rechtsmittelanträge zu enthalten hat.

Die vorliegende Beschwerde vom 22. April 2021 (Datum Poststempel) wurde rechtzeitig, schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Zudem wird der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und er hat ein schutzwürdiges Interesse an seiner Aufhebung. Mithin ist der

Beschwerdeführer beschwert und als betroffener Dritter zur Beschwerde legitimiert (BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Vor Art. 308-334 N 94, BK ZPO-STERCHI, Bern 2012, Vorbemerkungen zu Art. 308 N 18). Es ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

2.3. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Die Berufungsinstanz wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist daher weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Die Begründungspflicht (Art. 53 ZPO) verpflichtet das Gericht nicht dazu, sich mit jedem einzelnen rechtlichen oder sachverhaltlichen Einwand der Parteien eingehend auseinanderzusetzen. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung seines Entscheids auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (vgl. statt vieler: BK ZPO-Hurni, Art. 53 N 60 f.).

Der Beschwerdeführer rügt mit der Beschwerde die unrichtige Rechtsanwendung. Auf die entsprechenden Ausführungen des Beschwerdeführers wird in den nachfolgenden Erwägungen insoweit einzugehen sein, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

3.

3.1. Die Vorinstanz weist zunächst darauf hin, dass sich die Zulässigkeit der anwaltlichen Tätigkeit von Richtern nach § 6 GOG richte, wonach die berufsmässige Vertretung von Parteien (a) den vollamtlichen Mitgliedern und Ersatzmitgliedern der Bezirksgerichte und des Obergerichts vor allen Gerichten, (b) den teilamtlichen Mitgliedern der Bezirksgerichte und des Obergerichts vor diesen Gerichten und (c) den nicht vollamtlichen Ersatzmitgliedern der Bezirksgerichte und des Obergerichts, den Beisitzenden der Arbeits- und Mietgerichte sowie den Handelsrichtern vor dem Gericht, dem sie angehören,

untersagt sei. Vor diesem Hintergrund erwog die Vorinstanz, der Beschwerdeführer sei unbestrittenermassen teilamtliches Mitglied des Bezirksgerichtes ... mit einem Beschäftigungsumfang von 35 % und dürfe demnach weder vor dem Obergericht noch den Bezirksgerichten des Kantons Zürich als Parteivertreter auftreten. Die Regelung der Berechtigung zur berufsmässigen Vertretung von Parteien vor den kantonalen Gerichten gehöre zweifellos zur Organisation der Gerichte, deren Regelung nach Art. 3 ZPO den Kantonen obliege. Die Frage der Vertretungsbefugnis sei ohne Weiteres vom mit der Sache befassten Gericht zu beurteilen. Es bestehe ein erhebliches Interesse der Öffentlichkeit an der Neutralität der gewählten Richter und jeder Anschein von Befangenheit sei zu vermeiden, weshalb die nach Bestellungsart und Amtsumfang differenzierten Regelungen von § 6 GOG durchaus verhältnismässig erscheinen würden. Sodann sei das vom Beschwerdeführer angeführte bundesgerichtliche Urteil 2P.301/2005 vorliegend nicht einschlägig, zumal es sich auf das GOG des Kantons Aargau und im Übrigen auf die (teilzeitliche) Anwaltstätigkeit einer Gerichtsschreiberin und nicht eines teilamtlichen Richters beziehe (act. 4 S. 2 f.).

3.2. Dagegen bringt der Beschwerdeführer im Wesentlichen zusammengefasst vor, die Vorinstanz sei sachlich nicht zuständig, um ihm die Tätigkeit als Anwalt zu untersagen. Die Vorinstanz stütze ihren Entscheid auf § 6 GOG. Dagegen sei die Zulassung von Anwälten zur Vertretung von Parteien vor Gerichten umfassend und abschliessend in Art. 68 ZPO geregelt, weshalb entsprechende kantonale Regelungskompetenzen derogiert würden. Das mit der Sache befasste Gericht habe nur die Vertretungsbefugnis eines Rechtsvertreters zu prüfen. Diese Prüfung müsse im vorliegenden Falle positiv ausfallen, zumal er Inhaber des Anwaltspatents und nach BGFA zur Vertretung von Parteien befugt sei. Berufliche Verfehlungen, die eine Person in der Funktion eines Anwalts begehe, sei nach dem BGFA durch die Aufsichtsbehörde zu ahnden, welche ihm die Tätigkeit als Anwalt untersagen könnte. Die Ahndung von nach GOG untersagten Nebenbeschäftigungen eines Richters falle hingegen in die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde über die Gerichte, mithin dem Obergericht des Kantons Zürich.

Gestützt auf das GOG wäre ihm aber nicht die Tätigkeit als Anwalt, sondern jene als Richter zu untersagen (act. 2 S. 4 ff.).

Darüber hinaus macht der Beschwerdeführer Ausführungen zu dem von der Vorinstanz angeführtem Interesse der Öffentlichkeit an der Neutralität der Richter (act. 2 S. 6 f.) und zur Verfassungswidrigkeit von § 6 Abs. 1 lit. b GOG bzw. zur Verletzung der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 Abs. 1 BV (act. 2 S. 7 ff.). Weiter führt der Beschwerdeführer an, der Bundesgerichtsentscheid 2P.301/2005 vom 23. Juni 2006 sei doch beachtlich, weil die Regelung des Kantons Aargau starke Ähnlichkeit mit jener des Kantons Zürich aufweise, zumal es auch den Ersatzrichtern im Kanton Aargau erlaubt sei, an anderen Gerichten (innerhalb des Kantons) als Anwälte aufzutreten, wohingegen dies den teilamtlichen Gerichtsschreibern und Richtern ebenfalls verboten sei. Ausserdem würden sich mit Blick auf die Wirtschaftsfreiheit dieselben Fragen wie im Kanton Zürich stellen und das übergeordnete Recht sei selbstredend identisch (act. 2 S. 11).

4.

4.1. Art. 3 ZPO bestimmt, dass die Organisation der Gerichte und der Schlichtungsbehörde Sache der Kantone ist, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Den Kantonen wird damit eine weitreichende Kompetenz gewährt. Diese Kompetenz umfasst unter anderem auch den Erlass von Regeln betreffend Nebenbeschäftigungen und öffentliche Ämter der Gerichtspersonen (ZK ZPO-SUTTER-SOMM/GUT, 3. Aufl. 2016, Art. 3 N 3). Der Kanton Zürich hat von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht und in § 6 GOG statuiert, in welchem Umfang den Gerichtsmitgliedern und Ersatzrichtern die berufsmässige Vertretung vor Gerichten gestattet ist. Dabei gilt, je enger die Bindung zum Gericht ist, desto weniger darf der Richter als Anwalt auftreten. Es soll damit einerseits verhindert werden, dass der Richter seine Amtspflichten vernachlässigt, und andererseits ist zu vermeiden, dass bei den Rechtsuchenden das Vertrauen in die richterliche Unabhängigkeit schwindet (HAUSER/SCHWERI/LIEBER, Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 (GOG), 2. Aufl. 2017, § 6 N 6). Mit dieser Thematik hat sich im Übrigen bereits das Kassationsgericht des Kantons Zürich

mit Zirkulationsbeschluss vom 23. Juni 2006 (KassGer ZH AA060043) und nach einer gegen diesen Entscheid gerichteten staatsrechtlichen Beschwerde auch das Bundesgericht mit Urteil vom 7. Dezember 2006 (BGE 133 I 1) auseinandergesetzt. Den genannten Entscheiden ging ein Ablehnungsbegehren gegen die erstinstanzliche Richterin wegen Befangenheit voraus, weil im Prozess vor erster Instanz das Mitglied einer Rechtsmittelinstanz als Parteivertreter auftrat. Das Bundesgericht prüfte die Konstellation unter dem Aspekt der richterlichen Befangenheit gemäss Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK und hielt im Ergebnis fest, die Neutralität unterinstanzlicher Richter sei objektiv nicht dadurch gefährdet, dass ein Parteivertreter gleichzeitig im Nebenamt Mitglied einer Rechtsmittelinstanz sei. Eine Ausstandspflicht könne jedoch gegeben sein, wenn konkrete Umstände auf mangelnde Unvoreingenommenheit des unterinstanzlichen Richters schliessen liessen.

4.2. Die Befangenheit der vorinstanzlichen Richterin ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Sodann tangiert die Frage, ob ein nebenamtlicher Richter gestützt auf § 6 Abs. 1 GOG berufsmässig eine Partei vertreten darf, nicht seine Tätigkeit als Anwalt, sondern betrifft allenfalls seine Unabhängigkeit als Richter bzw. seine richterliche Tätigkeit. Es ist also eine aufsichtsrechtliche Angelegenheit, für deren Beurteilung gemäss § 80 Abs. 1 GOG i.V.m. § 18 Abs. 1 lit. j Ziff. 5 der Verordnung über die Organisation des Obergerichts vom 3. November 2010 die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich als Aufsichtsbehörde zuständig ist. Der Entscheid fällt nicht in die Kompetenz des verfahrensleitenden Gerichts, an welchem der betreffende Richter als Anwalt auftritt. Die Vorinstanz ist demnach für die Beurteilung der Zulässigkeit der gleichzeitigen anwaltlichen Tätigkeit des als Richter amtierenden Beschwerdeführers gemäss § 6 GOG sachlich nicht zuständig.

Dementsprechend hat das Bundesgericht in seinem Urteil vom 23. Juni 2006 (BGer 2P.301/2005) eine staatsrechtliche Beschwerde gegen einen *Entscheid des Personalrekursgerichts des Kantons Aargau* beurteilt. Eine in einem Arbeitspensum von 50 % angestellte Gerichtsschreiberin am Bezirksgericht ersuchte bei der *Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Aargau*

um Bewilligung einer Nebenerwerbstätigkeit (zu 20 bis 30 %) als Anwältin in einer Kanzlei in Aarau. Das Bundesgericht setzte sich in seinem Entscheid mit der Zulässigkeit der Nichtbewilligung dieser Nebenerwerbstätigkeit durch die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Aargau unter dem Aspekt der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV und der Frage der Interessenkollision auseinander.

4.3. Demgegenüber überprüft das Zivilgericht die Postulationsfähigkeit (Prozessführungsbefugnis) einer Partei bzw. ihres Vertreters oder ihrer Vertreterin gemäss Art. 68 ZPO. Die Befugnis zur berufsmässigen Vertretung vor Gericht ist in Art. 68 Abs. 2 ZPO abschliessend geregelt. Die Kantone können zwar weiterhin Vorschriften erlassen, allerdings nur im Rahmen von Abs. 2 (ZK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, 3. Aufl. 2016, Art. 68 N 1, N 2 und N 7). Einschränkende kantonale Bestimmungen sind nicht beachtlich. Nach Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO sind Anwältinnen und Anwälte, die nach dem Anwaltsgesetz vom 23. Juni 2000 (BGFA) berechtigt sind, zur Vertretung von Parteien in allen Verfahren vor schweizerischen Gerichten zugelassen. Dabei handelt es sich um Anwältinnen und Anwälte, die die Voraussetzungen von Art. 7 und Art. 8 BGFA erfüllen und in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind oder über eine kantonale Auftretensberechtigung verfügen (ZK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, 3. Aufl. 2016, Art. 68 N 10 ff.). Der Eintrag im Anwaltsregister verlangt gemäss Art. 7 und 8 BGFA das Vorliegen von fachlichen und persönlichen Voraussetzungen. Unter anderem muss ein Anwalt oder eine Anwältin in der Lage sein, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben (Art. 8 Abs. 1 BGFA). Anwältinnen und Anwälte, die eine der Voraussetzungen nicht mehr erfüllen, werden im Register gelöscht (Art. 9 BGFA).

4.4. Der Beschwerdeführer ist im Anwaltsregister des Kantons Zürich eingetragen. Unbestrittenermassen ist der Beschwerdeführer zudem ein teilamtliches Mitglied des Bezirksgerichtes ... mit einem Beschäftigungsumfang von 35 %. Ob dieser Umstand einen Einfluss auf die Unabhängigkeit seiner Anwaltstätigkeit im Sinne von Art. 8 Abs. 1 BGFA hat und allenfalls zu einer Löschung zu führen hätte, steht vorliegend nicht zur Diskussion und wäre auch

nicht in diesem Verfahren zu prüfen. Der Vollständigkeit halber ist einzig darauf hinzuweisen, dass es bei der Voraussetzung der sogenannt institutionellen Unabhängigkeit gemäss

Art. 8 Abs. 1 BGFA darum geht, dass der Anwalt das Mandat im ausschliesslichen Interesse des Klienten führen können und bei der Berufsausübung nicht dem Einfluss eines Dritten ausgesetzt sein soll (vgl. STAEHELIN/OETIKER, Kommentar BGFA, 2. Aufl. 2011, Art. 8 N 31 ff.). Dies scheint bei einer nebenberuflichen Tätigkeit des Anwalts als Richter auf den ersten Blick nicht in Frage gestellt und es ergeben sich hierfür gestützt auf die Akten auch keine Anhaltspunkte und wird von den Parteien auch nicht behauptet. Daher kann eine Meldung gemäss Art. 15 BGFA an die Aufsichtsbehörde (Aufsichtskommission über Anwältinnen und Anwälte) an dieser Stelle unterbleiben.

4.5. Der Beschwerdeführer ist nach dem Gesagten als im Anwaltsregister eingetragener Rechtsanwalt nach Art. 68 Abs. 2 ZPO zur Vertretung der Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren berechtigt. Die Regelung von § 6 GOG ändert nichts daran. Die Beschwerde erweist sich als begründet und ist antragsgemäss gutzuheissen.

Mit Blick auf den Umstand, dass mit dem vorliegenden Entscheid eine Divergenz geschaffen wird zu dem vom Beklagten vor Vorinstanz eingereichten obergerichtlichen Entscheid (act. 43/2), ist es den Parteien zu überlassen, die Frage der Vereinbarkeit der anwaltlichen Tätigkeit des Beschwerdeführers mit seiner richterlichen Tätigkeit der Verwaltungskommission des Obergerichts als Aufsichtsbehörde zur Prüfung vorzulegen.

5.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben. Dem Beschwerdeführer ist die geleistete Prozesskaution zurück zu erstatten (vorbehältlich Verrechnungsrecht) und es ist ihm eine Parteientschädigung aus der Staatskasse auszurichten, weil in materieller Hinsicht die Vorinstanz Gegenpartei ist (Art. 106 Abs. 1 ZPO; OGer ZH PQ150070 vom 01.12.2015;

BGE 139 III 471 E. 3.3; BGE 140 III 501; BGer 4D_24/2014 vom 14.10.2014; vgl. auch URWYLER/GRÜTTER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 106 N 5; ZK ZPO-JENNY, 3. Aufl. 2016, Art. 106 N 3). Da der Beschwerdeführer als Anwalt der Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren betroffen ist, das Rechtsmittel aber im eigenen Namen erhoben hat, sind ihm nicht die Kosten einer berufsmässigen Vertretung, sondern seine Umtriebe zu entschädigen (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO). Dabei rechtfertigt es sich vorliegend, die Entschädigung unter Berücksichtigung von § 5 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 lit. b AnwGebV festzusetzen und um einen Drittel zu reduzieren, weil die Instruktion und der Verkehr mit der Klägerin entfallen (vgl. ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, 3. Aufl. 2016, Art. 95 N 42). Demnach erscheint eine Entschädigung von Fr. 900.-- als angemessen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Winterthur vom 8. April 2021 aufgehoben.
2. Es wird festgestellt, dass der Beschwerdeführer zur berufsmässigen Vertretung der Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren berechtigt ist.
3. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. Der vom Beschwerdeführer geleistete Prozesskostenvorschuss ist ihm vorbehältlich eines Verrechnungsrechts zurück zu erstatten.
4. Dem Beschwerdeführer wird zu Lasten der Staatskasse eine Umtriebsentschädigung von Fr. 900.-- zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer und an die Parteien im vorinstanzlichen Verfahren sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Siegwart

versandt am: