

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PP130011-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

## Urteil vom 28. Juni 2013

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagter, Widerkläger und Beschwerdeführer

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Kläger, Widerbeklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (6. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. März 2013; Proz. FV120177**

### **Erwägungen:**

1. Mit Eingabe vom 19. September 2012 gelangte der Kläger, Widerbeklagte und Beschwerdegegner (fortan Kläger) an die Vorinstanz mit dem Begehren, der Beklagte, Widerkläger und Beschwerdeführer (fortan Beklagter) sei zu verpflichten, ihm ausstehende Werklohnzahlungen von Fr. 5'930.65 zuzüglich 5% Zins auf Fr. 2'283.60 seit dem 9. Februar 2010 und 5% Zins auf Fr. 3'647.05 seit dem 17. Februar 2010 sowie Fr. 380.-- Schlichtungskosten zu bezahlen (act. 1). In seiner innert erstreckter Nachfrist eingereichten Stellungnahme erhob der Beklagte im Umfang von Fr. 25'857.20 Widerklage (act. 15 und 17, act. 21 und 23).

Am 10. Februar 2013 liess der Beklagte die Vorinstanz wissen, dass am 27. Januar 2013 in seiner Liegenschaft C.\_\_\_\_-Strasse ... in D.\_\_\_\_ ein Brand ausgebrochen sei, wofür er den Kläger haftbar zu machen beabsichtige. Ebenso werde er gegen diesen Strafanzeige einreichen. Deshalb sowie mit Blick auf seine gesundheitlichen Probleme ersuche er darum, das Verfahren bis zur Klärung der strafrechtlichen Konsequenzen "des Gesamtfalles" und zu seiner Genesung ruhen zu lassen (act. 30). Mit Verfügung vom 14. Februar 2013 wies die Vorinstanz das Sistierungsgesuch ab und setzte dem Kläger Frist zur Stellungnahme zur Widerklage an (act. 32). Daraufhin teilte der Beklagte der Vorinstanz am 3. März 2013 mit, er erachte den mit dem Verfahren betrauten ... lic. iur. E.\_\_\_\_ sowie den mitwirkenden Gerichtsschreiber lic. iur. F.\_\_\_\_ als befangen und ersuche um deren sofortigen "Rücktritt" (act. 34). In ihrer Stellungnahme vom 7. März 2013 stellten sich die betroffenen Gerichtspersonen auf den Standpunkt, das Ausstandsbegehren sei verspätet. Würde dennoch darauf eingetreten, sei es abzuweisen, da eine Befangenheit oder der Anschein einer solchen nicht vorliege (act. 37). Mit Verfügung vom 19. März 2013 wies die Vorinstanz das Gesuch ab (act. 49).

2. Hiergegen erhob der Beklagte rechtzeitig Beschwerde nach Art. 50 Abs. 2 ZPO mit den Anträgen, ... E.\_\_\_\_ sei durch einen unvoreingenommenen fähigen Richter und das Einzelgericht durch ein Dreiergericht zu ersetzen. Sodann sei ihm Verhandlungsunfähigkeit bis zum 30. Mai 2013 zuzubilligen und bei

Dr. med. G.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_-Str. ..., D.\_\_\_\_\_, ein neues Gutachten einzuholen. Gleichzeitig reichte er zahlreiche Beilagen ein (act. 46 und 47/1-6). Ebenfalls noch innert der Beschwerdefrist gelangte der Beklagte am 31. März 2013 mit weiteren Unterlagen an die Kammer (act. 48). Mit Verfügung vom 10. April 2010 wurde ihm Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 1'000.-- für das zweitinstanzliche Verfahren angesetzt. Der Vorschuss ging rechtzeitig Frist ein (act. 50 und 52). Am 27. April 2013 verlangte der Beklagte schliesslich die Einstellung des Verfahrens bis zum 30. Juni 2013 sowie Schadenersatz für seine Umtriebe sowohl vom Bezirks- als auch vom Obergericht (act. 53).

3. Zur Begründung bringt der Beklagte im Wesentlichen vor, infolge seiner schweren Verletzung durch ein SBB-Unglück sei er arbeits- und verhandlungsunfähig. Eine Heilung sei frühestens auf Ende Mai 2013 zu erwarten. Diese Tatsachen würden von ... E.\_\_\_\_\_ trotz Arztzeugnissen bestritten. Dieser wolle das Verfahren mit aller Macht vorantreiben, obwohl jedem Richter klar sein müsse, dass ein so schweres Unglück zum totalen Ausfall führt. Indem ... E.\_\_\_\_\_ behauptet, die Arztzeugnisse seien gefälscht, ohne dies zu beweisen, sei er befangen und müsse ersetzt werden. Dies auch deshalb, weil er nicht erkenne, dass in diesem Verfahren der Kläger der wahre Bösewicht sei und er seine Geschützte gegen diesen und nicht gegen ihn (den Beklagten) richten müsse. Es stelle sich ferner die Frage, ob ein solcher Richter überhaupt fähig sei, einen etwas komplizierteren Prozess durchzuführen. Er selbst lehne es ab, sich in seinem Zustand weiter mit diesem Nonsens zu befassen, da er mental geschädigt sei. In anderen Fällen, die nicht solche Bagatellen betreffen würden, sei die Verhandlung wegen Krankheit der Staatsanwältin vertagt worden. Allgemein bestehe Konsens darüber, dass ... E.\_\_\_\_\_ und die Nothelferin I.\_\_\_\_\_ völlig unterbeschäftigt seien und sich deshalb in solchen Kleinigkeiten verlieren würden (act. 46).

4.a) Es dürfen keine Umstände, die ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zugunsten oder zulasten einer Partei auf den Entscheid einwirken. In Konkretisierung dieses verfassungsrechtlichen (Art. 30 Abs. 1 BV) und staatsvertragsrechtlichen (Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II) Anspruchs auf ein unparteiisches, unbefangenes und unvoreingenommenes Gericht

statuiert die Zivilprozessordnung in Art. 47 Abs. 1 verschiedene Ausstandsgründe. Geltend gemacht werden kann nach dieser Bestimmung im Einzelnen, die abgelehnte Gerichtsperson habe aus irgendwelchen Gründen ein Interesse am Ausgang des Verfahrens (lit. a), sie sei infolge einer Tätigkeit in anderer Funktion in derselben Sache vorbefasst (lit. b), sie stehe in einer besonderen zivilrechtlichen Beziehung zu einer Partei, ihrer Vertretung oder zu einem Mitglied der Vorinstanz, das in der gleichen Sache tätig war (lit. c-e), oder andere Gründe, insbesondere Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder ihrer Vertretung würden den Anschein der Befangenheit begründen (lit. f). Will eine Partei eine Gerichtsperson ablehnen, hat sie beim Gericht unverzüglich ein entsprechendes Gesuch zu stellen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat. Dabei sind die den Ausstand begründenden Tatsachen glaubhaft zu machen (Art. 49 ZPO). Die Bedenken der ablehnenden Partei müssen objektiv begründet erscheinen, weder subjektive Empfindungen noch reine Vermutungen über die Haltung einer Gerichtsperson sind entscheidend. Umgekehrt reicht es aus, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen (BGE 134 I 20 E.4.2, BGE 137 I 227 E. 2.1, je m.w.H.).

b) In seiner Beschwerdeschrift nennt der Beklagte nur noch ... E.\_\_\_\_\_, Gerichtsschreiber F.\_\_\_\_\_ bleibt hingegen unerwähnt. Der Vollständigkeit halber ist dennoch Folgendes festzuhalten: Die Ausstandsgründe beziehen sich auf Gerichtspersonen. Die Zivilprozessordnung enthält, anders als Art. 34 Abs. 1 BGG, welcher Richter, Richterinnen, Gerichtsschreiber und Gerichtsschreiberinnen als Gerichtspersonen bezeichnet, keine entsprechende Legaldefinition. Die Umschreibung von Art. 34 Abs. 1 BGG ist auch für die Auslegung der Zivilprozessordnung massgebend. Damit die Gerichtsschreiber von der Ausstandspflicht erfasst sind, ist allerdings erforderlich, dass sie Einfluss auf die Urteilsfindung haben, was gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Fall ist, wenn sie beratend mitwirken und den Entscheid redigieren (BGer 4P.35/2006 vom 24. März 2006 E. 2.3; BGer 4P.12/ 2007 vom 10. Mai 2007 E. 6.3; KUKO ZPO-Kiener, Art. 47 N 5 ff.; BK ZPO-Rüetschi, Art. 47 N 5). Da Gerichtsschreiber F.\_\_\_\_\_ an der Verfügung vom 14. Februar 2013 mitwirkte und ihm beratende Stimme zu-

kommt (§ 133 Abs. 1 GOG), ist er grundsätzlich auch von den Ausstandsregeln betroffen.

5.a) Der Beklagte erblickt die Befangenheit nunmehr vor allem darin, dass ... E.\_\_\_\_\_ seine Verhandlungsunfähigkeit bestreite und die ärztlichen Zeugnisse in Frage stelle. Ferner sieht er den Kläger durch ... E.\_\_\_\_\_ bevorzugt. Damit beruft er sich auf den Auffangtatbestand von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO, wonach eine Gerichtsperson als befangen gilt, wenn aus ihrem Verhalten gegenüber einer Partei bei objektiver Betrachtung inhaltlich oder durch die Art der Kommunikation auf besondere Sympathien oder Antipathien oder auf eine Ungleichbehandlung der Prozessparteien geschlossen werden kann (ZK ZPO-Wull-schleger, 2. Aufl., Art. 47 N 33 mit Verweis auf BGer 4P.254/2006 vom 6. Dezember 2006, E. 2.2).

b) Entgegen der Ansicht des Beklagten hat sich ... E.\_\_\_\_\_ mit den eingereichten Arztzeugnissen befasst. In der beanstandeten Verfügung vom 14. Februar 2013 hielt er zu Recht fest, dass der Gesundheitszustand des Beklagten der Einholung einer Stellungnahme vom Kläger nicht entgegensteht und weiter, dass sich das "Aerztliche Zeugnis" vom 8. Januar 2013 lediglich über die Arbeitsunfähigkeit ("AUF"), nicht jedoch über eine allfällige Verhandlungsunfähigkeit ausspricht. Damit wurde die Arbeitsunfähigkeit gerade nicht in Frage gestellt. Zur Verhandlungsunfähigkeit äusserte sich ... E.\_\_\_\_\_ (noch) nicht und bestritt diese somit auch nicht. Vielmehr stellte er klar, dass eine solche gegebenenfalls bei einer Vorladung zur Verhandlung zu berücksichtigen wäre (act. 32). Sodann bezeichnete er das Attest nicht als Fälschung, sondern erwog lediglich, dass es offenbar vom Beklagten selbst aufgesetzt wurde. Das Schreiben ist in derselben (Schreibmaschinen-)Schrift verfasst wie die zahlreichen anderen Eingaben des Beklagten und trägt dessen Briefkopf. Dr. med. J.\_\_\_\_\_ vermerkte darunter handschriftlich "Sachverhalt und AUF wird bestätigt" und brachte seinen Stempel an. Der Schluss von ... E.\_\_\_\_\_ liegt somit auf der Hand und gibt keineswegs Anlass zu Zweifeln an seiner Objektivität. Das am 3. März 2013 nachgereichte Zeugnis vom 26. Februar 2013, welches neu auch die Verhandlungsunfähigkeit erwähnt, fand in der Verfügung vom 14. Februar 2013 zwangsläufig keine Berücksichtigung (act. 35/1).

c) Für seine Einwände, ... E.\_\_\_\_\_ verkenne, dass der Kläger der wahre Bösewicht sei, und helfe diesem, vermochte der Beklagte keinerlei konkrete Hinweise zu nennen. Bei der behaupteten Ungleichbehandlung handelt es sich um eine durch nichts belegte Unterstellung, die in den Akten keine Stütze findet. Ebenso wenig ist ersichtlich, weshalb ... E.\_\_\_\_\_ nicht in der Lage sein sollte, ein korrektes und faires Verfahren durchzuführen. Krasse oder wiederholte Fehler, die einer Amtspflichtverletzung gleichkämen und so befangenheitsbegründend wären, nannte der Beklagte keine und ergeben sich auch nicht aus den Akten (KUKO ZPO-Kiener, Art. 47 N 19).

d) Seine weiteren Vorwürfe gegen ... E.\_\_\_\_\_ (Verletzung des rechtlichen Gehörs durch ein parteiliches und voreingenommenes Gericht, Anzweifeln der Strafanzeige und Zitieren von veralteter Judikatur) nimmt der Beklagte im Beschwerdeverfahren nicht mehr auf. Dazu kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 49 S. 7 ff.).

e) Anzumerken bleibt, dass gemäss den eingereichten Unterlagen das Zivilgericht Basel-Stadt im dort hängigen Prozess zwischen den Parteien das Ausstandsbegehren des Beklagten entgegen dessen Behauptungen nicht etwa "problemlos" anerkannte, sondern vielmehr zur Behandlung weiterleitete (act. 48).

6. Indem der Beklagte moniert, ... E.\_\_\_\_\_ führe das Verfahren ungeachtet seiner Verhandlungsunfähigkeit fort, beanstandet er sinngemäss die Abweisung seines Sistierungsgesuches. Damit verkennt er indes den Zweck des Ablehnungsrechts: Es geht nicht darum, eine Gerichtsperson abzulehnen, weil diese einen falschen Entscheid getroffen hat, sondern einzig um die Wahrung des Anspruchs auf eine faire und unvoreingenommene Beurteilung. Angebliche Verfahrensfehler oder falsche Sachentscheide begründen für sich allein grundsätzlich keinen Ausstandsgrund. Sie sind nicht mittels Ausstandsbegehren, sondern mit einem gegen den entsprechenden Entscheid erhobenen Rechtsmittel geltend zu machen (BGer 5A\_10/2012 vom 14. März 2012 E. 2, BGer 5A\_579/2012 vom 10. September 2012 E. 2.1). Der Beklagte nahm die Verfügung vom 14. Februar 2013 am 18. Februar 2013 entgegen (act. 33/2). Damit endete die 10-tägige Beschwerdefrist am 28. Februar 2013 (Art. 142 ZPO). Dass die Verfügung keinen

Hinweis auf die Möglichkeit einer Beschwerde enthält, schadet nichts, da prozessleitende Entscheide nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen sein müssen (ZK ZPO-Reetz, 2. Aufl., Vorbemerkungen zu den Art. 308-318 N 23). Demnach ist die Beschwerde, soweit sie sich gegen die verweigerte Sistierung richtet, verspätet, weshalb offen bleiben kann, ob überhaupt ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 vorläge.

7. Des Weiteren fordert der Beklagte die Ersetzung des Einzelgerichtes durch ein "Dreiergericht". Damit beanstandet er die sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts. Die Beschwerde kann sich jedoch nur auf das Dispositiv des angefochtenen Entscheides beziehen. Dieser betrifft einzig das Ausstandsgesuch des Beklagten, Zuständigkeitsfragen sind nicht Gegenstand der Verfügung. Im Übrigen ist die sachliche Zuständigkeit gesetzlich geregelt, die Parteien haben diesbezüglich keine Wahlmöglichkeit. Für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu Fr. 30'000.-- gilt das vereinfachte Verfahren, für welches im Kanton Zürich das Einzelgericht zuständig ist (Art. 243 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 24 lit. a GOG). Stehen sich wie vorliegend Klage und Widerklage gegenüber, bestimmt sich der Streitwert nach dem höheren Rechtsbegehren (Art. 94 Abs. 1 ZPO). Da die Klage auf ca. Fr. 6'000.-- und die Widerklage auf ca. Fr. 26'000.-- lautet, ist das Einzelgericht für die Sache so oder so zuständig.

8. Das oben Gesagte, wonach im Rechtsmittelverfahren keine neuen Anträge gestellt werden können, gilt auch für das Anliegen des Beklagten, es sei ein neues Gutachten einzuholen. Die Frage nach einem Gutachten war nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens und kann somit im Beschwerdeverfahren nicht behandelt werden.

9.a) Schliesslich verlangte der Beklagte, es sei ihm Verhandlungsunfähigkeit bis zum 30. Mai 2013 zu attestieren. Die Beschwerdeinstanz hat indes wie oben dargelegt einzig über das Ausstandsbegehren zu befinden. Ersucht der Beklagte indes, ebenso wie mit seiner Eingabe vom 27. April 2013, womit er die Einstellung bis 30. Juni 2013 verlangt, sinngemäss um Sistierung des Beschwerdeverfahrens, weil gegen Verhandlungsunfähige schlicht keine Prozesse geführt werden könnten (act. 53), so ist ihm Folgendes entgegenzuhalten: Bis zum

30. Juni 2013 musste er ohnehin keine weiteren Prozesshandlungen vornehmen, weshalb dieses Anliegen gegenstandslos ist.

b) In der Eingabe vom 27. Mai 2013 bezeichnete der Beklagte das gesamt bisherige (Beschwerde-)Verfahren als nichtig. Sollte er mit diesem Einwand eine Verlängerung der Beschwerdefrist beanspruchen, so ist dem nicht stattzugeben. Der Beklagte nahm den angefochtenen Entscheid am 22. März 2013 entgegen (act, 39/2), weshalb die 10-tägige Rechtsmittelfrist in Anwendung von Art. 142 ZPO am 2. April 2013 endete. Nach Fristablauf kann die Beschwerdeschrift nicht mehr ergänzt werden. Im Übrigen vermochte der Beklagte offensichtlich eine hinreichende Begründung einzureichen. Anhaltspunkte, dass er nicht in der Lage gewesen wäre, seine Rechte innert der Beschwerdefrist zu wahren, liegen ungeachtet der nachgereichten Arztzeugnisse keine vor (act. 48 und 53).

c) Ebenfalls am 27. April 2013 verlangte der Beklagte sowohl vom Bezirks- als auch vom Obergericht Schadenersatz für seine Umtriebe (act. 53). Für allfällige Schadenersatzklagen ist er auf das Haftungsgesetz zu verweisen. Ein entsprechendes Begehren wäre zunächst an den Regierungsrat zu richten (§ 22 Haftungsgesetz). Anzumerken ist aber, dass das Schadenersatzbegehren weder genügend begründet noch beziffert ist. Ein Begehren muss so bestimmt und bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten beziffert sein, dass es bei Gutheissung der Klage zum Dispositiv des Urteils erhoben und ohne Weiterungen vollstreckt werden kann (ZK ZPO-Leuenberger, 2. Aufl., Art. 221 N 28). Ferner gilt auch hier, dass im Beschwerdeverfahren neue Begehren, die sich nicht auf das Dispositiv des angefochtenen Entscheides beziehen und im Übrigen erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist gestellt werden, unzulässig sind.

10. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beklagte keine Umstände darzutut, die den Anschein der Befangenheit von ... E. \_\_\_\_\_ begründen. Es liegen keine Anzeichen für das Vorliegen eines Ausstandsgrundes im Sinne von Art. 47 Abs. 1 ZPO vor. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

11. Ausgangsgemäss sind die Kosten dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dem Kläger ist mangels erheblicher Umtriebe keine Entschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt, dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
5. 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 der (höheren) Widerklage beträgt Fr. 26'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: