

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB170001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Nietlispach

Beschluss vom 15. März 2017

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Beschwerdeführerin

gegen

B. _____ AG,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

betreffend **Forderung (Ausstand)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich,
2. Abteilung, vom 19. Dezember 2016 (CG160090-L)**

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Mit Eingabe vom 28. September 2016 (Urk. 4/2) und unter Einreichung der Klagebewilligung des Friedensrichteramts C._____, vom 19. September 2016 (Urk. 4/1) machte die Klägerin und Beschwerdeführerin (im Folgenden Klägerin) beim Bezirksgericht Zürich gegen die Beklagte und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beklagte) eine Klage anhängig. Damit verlangt sie von dieser Auskunftserteilung über die Verwendung des Vermögens zweier Stiftungen sowie die Bezahlung von Schadenersatz in der Höhe von rund € 17.2 Mio.; zugleich stellte sie das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege. Mit Beschluss vom 9. November 2016 setzte das Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung (Vorinstanz), der Klägerin Frist an zur Verbesserung ihrer Klage und des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege sowie zur Bezeichnung eines Zustelldomizils in der Schweiz. Überdies wurde die Prozessleitung samt Durchführung von Beweisabnahmen an den Referenten, Bezirksrichter lic. iur. D._____, delegiert (Urk. 4/5). Der Beschluss wurde der Klägerin am 1. Dezember 2016 auf dem Rechtshilfeweg zugestellt (Urk. 4/6 und Urk. 4/16).

Mit Zuschrift desselben Datums teilte die Klägerin der Vorinstanz mit, dass das gerichtliche Schriftstück nicht habe angenommen und rechtswirksam zugestellt werden können, und sie verlangte die (direkte) Zustellung der gerichtlichen Schriftstücke an ihre ständige Wohnadresse (in Berlin) unter Angabe ihres richtigen Namens (Urk. 4/9). Am 8. Dezember 2016 beantwortete der vorinstanzliche Referent diese klägerische Eingabe (Urk. 4/10). In der Folge beschwerte sich die Klägerin mit Eingabe vom 13. Dezember 2016 (Urk. 4/12/1-2) bei der Vorinstanz über das Schreiben des Referenten. Zugleich beantragte sie (1) die Zustellung des Beschlusses vom 9. November 2016, (2) die Zustellung des Formulars zum "Antrag auf Prozesskostenhilfe" nach Art. 119 ZPO, (3) die Öffnung des Zugangs zum unabhängigen Gericht, (4) den Ausstand des Referenten sowie (5), der Beklagten Frist zur Erstattung der Klageantwort anzusetzen und im Falle beklagter Säumnis das Urteil zu fällen. Am 16. Dezember 2016 nahm der abgelehnte

Referent im Sinne von Art. 49 Abs. 2 ZPO schriftlich zum Ablehnungsbegehren Stellung und erklärte, uneingeschränkt in der Lage zu sein, seine richterliche Funktion einwandfrei erfüllen zu können (Urk. 4/13). Mit Beschluss vom 19. Dezember 2016 wies die Vorinstanz sowohl das Ausstandsgesuch als auch die übrigen in der klägerischen Eingabe vom 13. Dezember 2016 gestellten Anträge ab. Zugleich setzte sie eine Entscheidgebühr von Fr. 500.– für die Beurteilung des Ausstandsgesuchs fest, deren Verteilung dem Endentscheid vorbehalten wurde (Urk. 4/15 = Urk. 2).

1.2. Gegen diesen Beschluss erhob die Klägerin mit Eingabe vom 2. Januar 2017, hier eingegangen am 5. Januar 2017, Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 1):

- "1. den Beschluss des Bezirksgerichtes aufzuheben
2. für das Verfahren ein unabhängiges Gericht in mehrfacher Besetzung zu bestellen
3. den Ablehnungsantrag gegen Richter D. _____ zur gesetzeskonformen Behandlung zu unterziehen
4. die Festsetzung der Entscheidgebühr zum Ablehnungsantrag in Höhe von CHF 500.00 aufzuheben".

Daneben reichte sie gleichentags eine Beschwerde wegen Rechtsverweigerung ein, die von der Kammer mit Urteil vom 20. Januar 2017 abgewiesen wurde (Geschäfts-Nr. RB170002, Urk. 4). Hiergegen führte die Klägerin Beschwerde beim Bundesgericht. Eine weitere, mit Datum vom 3. Februar 2017 erhobene Beschwerde der Klägerin wegen Rechtsverzögerung ist bei der Kammer unter der Geschäfts-Nr. RB170005 noch hängig.

Mit Verfügung vom 31. Januar 2017 wurde der Beklagten Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (Urk. 6). Die rechtzeitig erstattete Beschwerdeantwort mit dem Antrag auf Abweisung der Beschwerde datiert vom 15. Februar 2017 (Urk. 10; s.a. Urk. 6 und Art. 142 f. ZPO). Sie wurde der Klägerin mit Verfügung vom 20. Februar 2017 (durch Publikation im Amtsblatt) zur Kenntnis gebracht (Urk. 11 und Urk. 16). Unter dem 23. Februar 2017 reichte die Klägerin daraufhin eine spontane Eingabe ein (Urk. 13), die der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 11, Anhang). Weitere prozessuale Anordnungen

wurden nicht getroffen, und es gingen im vorliegenden Verfahren auch keine weiteren Eingaben ein.

2. Prozessuales

2.1. Die Klägerin rügt als rechtswidrig, dass ihr die Beschwerdeantwort (resp. die Verfügung vom 20. Februar 2017 betreffend deren Zustellung; Urk. 11) nicht auf dem Rechtshilfeweg, sondern durch Publikation im Amtsblatt zugestellt wurde (vgl. Urk. 11 [Dispositiv-Ziffer 2] und Urk. 16); dafür bestehe keine Grundlage (Urk. 13). Das trifft nicht zu: Die Klägerin wurde im Rahmen des vorliegenden Verfahrens mit vorinstanzlichem Beschluss vom 9. November 2016 gestützt auf Art. 140 ZPO aufgefordert, innert 20 Tagen ab dessen Zustellung ein Zustelldomizil in der Schweiz zu bezeichnen. Damit verbunden wurde die Androhung, dass gerichtliche Zustellungen inskünftig durch Publikation im kantonalen Amtsblatt erfolgen würden, sollte sie dieser Aufforderung nicht nachkommen (Urk. 4/5). Gemäss Zustellungszeugnis des Amtsgerichts Charlottenburg (Berlin) vom 9. Dezember 2016 wurde ihr dieser Beschluss am 1. Dezember 2016 entsprechend den einschlägigen prozessualen Vorschriften auf dem Rechtshilfeweg (gemäss Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 15. November 1965 [HZUe65, SR 0.274.131]) zugestellt (Urk. 4/16; vgl. auch BGer 4A_222/2016 vom 15. Dezember 2016, E. 2.2.1; 4A_141/2015 vom 25. Juni 2015, E. 5.1). Die prozessleitende Anordnung betreffend Zustelldomizil, welche nicht selbstständig anfechtbar war (vgl. Art. 319 lit. b ZPO und nachstehend, E. 2.2) und innert der zehntägigen Frist ab deren Zustellung (Art. 321 Abs. 2 ZPO) auch unangefochten blieb, wurde damit rechtswirksam. Bis zum Ablauf der ihr angesetzten Frist am 6. Januar 2017 (vgl. Art. 142 f. und Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO) und bis heute hat die Klägerin keinen Zustellungsempfänger in der Schweiz bezeichnet. Deshalb durfte ihr die Verfügung vom 20. Februar 2017 androhungsgemäss durch Publikation im kantonalen Amtsblatt zugestellt werden (Art. 141 Abs. 1 lit. c ZPO), zumal das HZUe65 ein Vorgehen nach Art. 140 ZPO nicht ausschliesst (BGer 5D_65/2014 vom 9. September 2015, E. 3 m.w.Hinw.). Im Übrigen wurde ihr die Beschwerdeantwortsschrift auf entsprechendes Ersuchen am 28. Februar 2017

postalisch zugesandt (vgl. Urk. 13 und 14), was ihr ermöglichte, sich innert gebotener Frist dazu zu äussern (vgl. zum sog. "Replikrecht" auch hinten, E. 3.3). Das Beschwerdeverfahren ist demnach spruchreif. Der Beschwerdeentscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 327 Abs. 2 ZPO).

2.2. Beim angefochtenen Beschluss der Vorinstanz handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid. Prozessleitende Entscheide sind nur dann (selbstständig) mit Beschwerde anfechtbar, wenn das Gesetz dies vorsieht (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) oder wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Von einem solchen Nachteil ist auszugehen, wenn dieser selbst mit einem für die beschwerdeführende Partei günstigen Endentscheid in der Hauptsache nicht leicht wiedergutmacht werden kann (BGer 5A_638/2016 vom 2. Dezember 2016, E. 2.5.3 m.Hinw. auf BGE 141 III 395 E. 2.5 S. 399 f.). Als Rechtsmittelvoraussetzung ist ein derart drohender Nachteil von der beschwerdeführenden Partei darzutun, es sein denn, er liege auf der Hand (vgl. Botschaft ZPO, BBI 2006 S. 7377; BK ZPO II-Sterchi, Art. 319 N 15).

2.2.1. Soweit sich die form- und fristgerecht erhobene Beschwerde (vgl. Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO sowie Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO) gegen die vorinstanzliche Abweisung des Ausstandsgesuchs richtet (Urk. 2 S. 9, Dispositiv-Ziffer 1), ist sie kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung zulässig (Art. 50 Abs. 2 ZPO; s.a. Urk. 2 S. 8 E. IV.2). Dasselbe gilt gemäss Art. 110 ZPO mit Bezug auf die Festsetzung der Entscheidgebühr (Urk. 2 S. 9, Dispositiv-Ziffer 3). Diesbezüglich ist unter Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu nachstehend, E. 2.3) auf die Beschwerde einzutreten.

2.2.2. Nicht ersichtlich und in der Beschwerde auch nicht dargetan ist demgegenüber, dass und inwiefern der Klägerin durch die Abweisung ihrer weiteren, in der Eingabe vom 13. Dezember 2016 gestellten Anträge ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil im vorstehend erörterten Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO drohen sollte. Soweit die Klägerin auch die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Beschlusses beantragt (vgl. Urk. 1 S. 1, Antrag 1 [und

S. 4, Ziff. 13]), kann deshalb nicht auf die Beschwerde eingetreten werden. In diesem Punkt ist der vorinstanzliche Entscheid nicht beschwerdefähig.

2.3. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei hat sich die beschwerdeführende Partei in der Beschwerdebegründung (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) konkret mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3; 5D_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1; 5A_488/2015 vom 21. August 2015, E. 3.2, je m.Hinw. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO; BGer 5A_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 m.w.Hinw.; vgl. aber immerhin BGE 139 III 466 E. 3.4 S. 471 und BGer 4A_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Das gilt zumindest insoweit, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt.

3. Verletzung des rechtlichen Gehörs

3.1. Die Klägerin wirft der Vorinstanz vor, in mehrfacher Hinsicht ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt zu haben (Urk. 1 S. 1). Insbesondere müsse der abgelehnte Richter, wenn er es ablehne, in den Ausstand zu treten, auf die (geltend gemachten) Ablehnungsgründe reagieren und ihr dies offenbaren (Urk. 1 S. 2, Ziff. 3.b). Damit beanstandet sie sinngemäss, dass es die Vorinstanz unterlassen habe, ihr vor dem Entscheid über das Ausstandsgesuch Gelegenheit zu geben, zur Erklärung des abgelehnten Richters (Urk. 4/13) Stellung zu nehmen.

3.2. Eine Partei, die eine Gerichtsperson ablehnen will, hat dem Gericht unverzüglich ein entsprechendes Gesuch zu stellen, sobald sie vom Ablehnungsgrund Kenntnis erhalten hat. Die den Ausstand begründenden Tatsachen sind glaubhaft zu machen (Art. 49 Abs. 1 ZPO). Die betroffene Gerichtsperson nimmt zum Gesuch Stellung (Art. 49 Abs. 2 ZPO). Wird der geltend gemachte Ausstandsgrund bestritten, entscheidet das Gericht (Art. 50 Abs. 1 ZPO). Der Entscheid ergeht im summarischen Verfahren (ZK ZPO-Wullschleger, Art. 50 N 5; KUKO ZPO-Kiener, Art. 50 N 1; CPC-Komm-Tappy, Art. 50 N 21; Urbach, OFK ZPO, ZPO 50 N 3; s.a. Hauser/Schweri/Lieber, GOG-Kommentar, § 127 N 17). Von einer Stellungnahme der abgelehnten Gerichtsperson (und der Gegenpartei) kann nach bundesgerichtlicher Praxis ausnahmsweise abgesehen werden, wenn das Ablehnungsbegehren klarerweise unbegründet, d.h. offensichtlich haltlos ist oder als trölerisch und rechtsmissbräuchlich erscheint (BGer 5A_309/2016 vom 4. Oktober 2016, E. 6.1; 5A_461/2016 vom 3. November 2016, E. 5.1 m.w.Hinw.; s.a. Livschitz, Stämpfli Handkommentar, ZPO 49 N 12; Urbach, OFK ZPO, ZPO 50 N 5).

3.3. Nach gefestigter bundesgerichtlicher Praxis verleiht der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO) bzw. auf ein faires Verfahren (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) den Parteien das Recht, von sämtlichen dem Gericht eingereichten Eingaben oder Vernehmlassungen Kenntnis zu erhalten und zu diesen Stellung zu nehmen, bevor das Gericht seinen Entscheid fällt. Unerheblich ist dabei, ob die Eingabe neue und/oder wesentliche Vorbringen (Tatsachen oder Argumente) enthält und ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermag. Es ist Sache der Parteien (und nicht primär des Gerichts) zu beurteilen, ob eine Entgegnung erforderlich ist oder nicht, bzw. zu entscheiden, ob sie zu einer Eingabe Bemerkungen anbringen wollen (statt vieler BGE 133 I 100 E. 4.3-4.6; 137 I 195 E. 2.3.1; 138 I 484 E. 2.1; BGer 2C_356/2010 vom 18. Februar 2011, E. 2.1; 4A_410/2011 vom 11. Juli 2011, E. 4.1; BK ZPO I-Hurni, Art. 53 N 39 f.). Mit Blick auf dieses sog. "Replikrecht" müssen grundsätzlich sämtliche Eingaben von Parteien sowie Vernehmlassungen und Stellungnahmen von Vorinstanzen oder Dritten den übrigen Verfahrensparteien zur Kenntnisnahme zugestellt werden. Denn nur durch effektive Kenntnis der eingegangenen Eingabe werden diese in die La-

ge versetzt, ihr konventions- und verfassungsmässiges Äusserungsrecht auch tatsächlich wahrnehmen zu können. Die Zustellung kann mit der Anordnung eines weiteren Schriftenwechsels verbunden werden oder mit der förmlichen Fristansetzung zur freigestellten Vernehmlassung. Die Eingabe kann, soweit das Gesetz einen weiteren Schriftenwechsel nicht zwingend vorsieht, jedoch auch ohne ausdrücklichen Hinweis auf eine weitere Äusserungsmöglichkeit zur blossen Kenntnisnahme (Information, Orientierung) übermittelt werden, wenn von den Parteien erwartet werden kann, dass sie unaufgefordert Stellung nehmen, was namentlich bei anwaltlich Vertretenen oder Rechtskundigen zutrifft. Hält eine Partei eine Stellungnahme zu einer ihr (ohne formelle Fristansetzung) zur Kenntnisnahme zugestellten Eingabe oder einem anderen Aktenstück für erforderlich, muss sie diese grundsätzlich von sich aus unverzüglich einreichen oder beantragen, ansonsten davon auszugehen ist, sie verzichte auf eine Stellungnahme. Auf der anderen Seite muss das Gericht bei dieser Vorgehensweise mit der Entscheidungsfällung zuwarten, bis es annehmen darf, der Adressat habe auf eine weitere Eingabe verzichtet (BGE 133 I 98 E. 2.2; 138 I 484 E. 2.2; BGer 5D_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3; s.a. Müller, ZPO – Praktische Fragen aus Richtersicht, SJZ 2014, S. 375 f.; Baeriswyl, Replikrecht, Novenrecht und Aktenschluss – endloser Weg zur Spruchreife?, SJZ 2015, S. 514 f.).

Das "Replikrecht" besteht nach einhelliger Ansicht auch im summarischen Verfahren (vgl. Baeriswyl, a.a.O., S. 514; BK ZPO II-Günterich, Art. 253 N 10 ff.; Kaufmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 253 N 39 ff.; BSK ZPO-Mazan, Art. 253 N 15; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 253 N 7; CPC-Komm-Bohnet, Art. 253 N 9; s.a. BGer 5A_82/2015 vom 16. Juni 2015, E. 4.1; 5A_151/2007 vom 22. Januar 2008, E. 3.2) und insbesondere auch im Verfahren betreffend den Ausstand von Gerichtspersonen. Folglich ist eine Stellungnahme der abgelehnten Gerichtsperson, welche einen wesentlichen Akt im Ablehnungsverfahren bildet, den Parteien vor dem Entscheid über das Ausstandsgesuch zur Kenntnis zu bringen, damit diese die Möglichkeit haben, ihr Recht auf Äusserung wahrzunehmen (BGer 5A_461/2016 vom 3. November 2016, E. 5.1; Pra 95 [2006] Nr. 126 E. 2; ZK ZPO-Wullschlegler, Art. 49 N 15 m.w.Hinw.; Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 49 N 6 mit Anm. 17; Hauser/Schweri/Lieber, GOG-Kommentar, § 127 N 18).

3.4. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin mit Eingabe vom 13. Dezember 2016 ein Ausstandsgesuch gegen den Referenten, Bezirksrichter lic. iur. D._____, gestellt (Urk. 4/12/1-2). Dieser hat dazu schriftlich Stellung genommen und eine Befangenheit verneint (Urk. 4/13). In der Folge wies die Vorinstanz das Gesuch ab, ohne den Parteien die Stellungnahme des abgelehnten Richters vorher zur Kenntnisnahme zugestellt zu haben; den Akten lässt sich jedenfalls kein gegenteiliger Hinweis entnehmen. Mit diesem Vorgehen hat die Vorinstanz der Klägerin die Möglichkeit abgeschnitten, sich vor dem Entscheid über den Ausstand in Ausübung ihres "Replikrechts" zur Stellungnahme des abgelehnten Richters zu äussern. Darin liegt eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO) bzw. auf ein faires Verfahren (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) und mithin eine unrichtige Rechtsanwendung (Art. 320 lit. a ZPO). Die Beschwerde ist insoweit begründet und der vorinstanzliche Entscheid hinsichtlich der Abweisung des Ausstandsbegehrens und der damit zusammenhängenden Festsetzung der Entscheidgebühr (Urk. 2 S. 9, Dispositiv-Ziffern 1 und 3) aufzuheben. Damit erübrigt es sich, auf die weiteren von der Klägerin gegen die Abweisung des Ausstandsbegehrens erhobenen Rügen einzugehen.

3.5. Gemäss Aktenlage wurde den Parteien die Stellungnahme des abgelehnten Richters bis heute nicht zugestellt. Sie hatten somit noch keine Gelegenheit, sich dazu zu äussern. Insoweit ist die Streitsache (d.h. das Ausstandsbegehren) noch nicht spruchreif (vgl. Reich, Stämpflis Handkommentar, ZPO 327 N 4). Unter diesen Umständen fällt eine (ohnehin nur ausnahmsweise mögliche) Heilung der Gehörsverletzung im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens ausser Betracht (vgl. dazu BGE 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f.; 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197 f.; BGer 2C_356/2010 vom 18. Februar 2011, E. 2.2). Eine solche würde im Übrigen auch daran scheitern, dass die Beschwerdeinstanz mit Bezug auf die Feststellung des Sachverhalts lediglich über eine beschränkte Kognition verfügt (Art. 320 lit. b ZPO) und im Beschwerdeverfahren zudem ein umfassendes Novenverbot gilt (vgl. vorne, E. 2.3; s.a. Hoffmann-Nowotny/Stauber, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel – Berufung und Beschwerde, 2013, Art. 327 N 14; Schenker, Stämpflis Handkommentar, ZPO 53 N 23). Die Sache ist deshalb zur Neubeurteilung im Sinne der vorstehenden Erwägungen an die Vorinstanz zu-

rückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 327 N 11). Dabei wird den Parteien vor Ausfällung des neuen Entscheids Gelegenheit zu geben sein, zur Erklärung des abgelehnten Richters vom 16. Dezember 2016 (Urk. 4/13) Stellung zu nehmen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Das vorliegende Beschwerdeverfahren dreht sich um Fragen, die nicht unmittelbar mit der materiellen Beurteilung der eingeklagten Ansprüche zusammenhängen, sondern um rein prozessuale Anträge und Aspekte des Rechtsstreits. Es erscheint deshalb gerechtfertigt, die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens selbstständig und abschliessend zu regeln und davon abzusehen, ihre Verteilung der Vorinstanz zu überlassen (vgl. Art. 104 Abs. 4 ZPO) bzw. vom definitiven Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache abhängig zu machen (vgl. BGer 4A_523/2013 vom 31. März 2014, E. 8.1; 4A_364/2013 vom 5. März 2014, E. 15.4). Sie sind in Anwendung der allgemeinen Regel nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens der Parteien mit ihren Rechtsmittelanträgen zu verlegen (Art. 106 ZPO).

4.2. Soweit die Klägerin die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 2 des vorinstanzlichen Beschlusses (betreffend Abweisung der übrigen Anträge gemäss Eingabe vom 13. Dezember 2016) verlangt, gilt sie als im Rechtsmittelverfahren unterliegende Partei (vgl. vorne, E. 2.2.2 und Art. 106 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Der darauf entfallende, auf die Hälfte zu veranschlagende (Gerichts-)Kostenanteil ist deshalb der Klägerin aufzuerlegen. Demgegenüber obsiegt die Klägerin mit ihrem Rechtsmittelantrag in Bezug auf den Entscheid über das Ausstandsbegehren (Urk. 2 S. 9, Dispositiv-Ziffer 1). Die Beklagte, welche die Abweisung der Beschwerde beantragt hat (Urk. 10), unterliegt in diesem Punkt. Entsprechend sind die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren richtet sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; vgl. Art. 96 ZPO). Sie ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 700.– festzusetzen.

4.3. Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen: Die Klägerin hat für das zweitinstanzliche Verfahren keine solche beantragt (vgl. Urk. 1; BGE 139 III 334 E. 4.3 S. 344; 140 III 444 E. 3.2.2 S. 447). Im Übrigen wäre auch nicht ersichtlich, inwiefern die Voraussetzungen von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO erfüllt sein sollten. Die Beklagte ihrerseits hat zwar einen Antrag auf Entschädigung gestellt (Urk. 10). Da sie im Beschwerdeverfahren nicht anwaltlich vertreten ist, kommt die Zusprechung einer Entschädigung aber nur ausnahmsweise (vgl. Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 95 N 25; BSK ZPO-Rüegg, Art. 105 N 2) und lediglich gestützt auf Art. 95 Abs. 3 lit. a und c ZPO in Frage (s.a. Botschaft ZPO, BBI 2006 S. 7293). Die Beklagte begründet und substantiiert ihren Antrag auf Zusprechung einer Parteientschädigung mit keinem Wort. Sie legt nicht einmal ansatzweise dar, welche notwendigen Auslagen ihr im Zusammenhang mit dem vorliegenden Beschwerdeverfahren entstanden sind und inwiefern ein begründeter Fall im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO vorliegen sollte (vgl. BGer 4A_355/2013 vom 22. Oktober 2013, E. 4.2 m.w.Hinw.; BSK ZPO-Rüegg, Art. 105 N 2 und Art. 95 N 21; ZK ZPO-Suter/von Holzen, Art. 95 N 30). Letzteres ist auch nicht ersichtlich. Der Beklagten ist deshalb ebenfalls keine (reduzierte) Parteientschädigung zuzusprechen.

5. Unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren

5.1. Die Klägerin stellte für das vorinstanzliche Verfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 4/2), welches bis anhin noch nicht beurteilt werden konnte. Im Rechtsmittelverfahren ist die unentgeltliche Rechtspflege neu zu beantragen (Art. 119 Abs. 5 ZPO).

5.2. In der Beschwerdeschrift (Urk. 1) wird kein entsprechendes Gesuch gestellt. Es bleibt deshalb bei der teilweisen Kostenaufgabe (gemäss vorstehender E. 4.2). Damit hätte es aber auch dann sein Bewenden, wenn für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch gestellt worden wäre. Der zur (hälftigen) Kostentragungspflicht der Klägerin führende Antrag auf Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Beschlusses war angesichts der fehlenden Beschwerdefähigkeit des vorinstanzlichen Entscheids in diesem Punkt (vgl. vorne, E. 2.2.2) nämlich von

vornherein aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO. Ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren wäre folglich abzuweisen, soweit es nicht zufolge Kostenaufgabe an die Beklagte gegenstandslos wäre (s.a. Art. 118 Abs. 2 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositiv-Ziffern 1 und 3 des Beschlusses des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 19. Dezember 2016 aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Im Übrigen wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 700.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte gegen Empfangsschein, an die Klägerin durch Publikation im Amtsblatt des Kantons Zürich, sowie an die Vorinstanz gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen in das Beschwerdeverfahren mit der Geschäfts-Nr. RB170005.

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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert liegt über Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 15. März 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Nietlispach

versandt am:
mc