

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RU120028-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

## Urteil vom 30. Mai 2012

in Sachen

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

Kläger und Beschwerdeführer,

gegen

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

Beklagte und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C.\_\_\_\_\_ AG,

betreffend

**Forderung / Ausstandsbegehren usw.**

Beschwerde gegen einen Beschluss der Schlichtungsbehörde Zürich vom  
18. April 2012 (MK110897)

## Erwägungen:

### 1. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1. Mit Eingabe vom 23. Dezember 2011 stellte der Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend Kläger) bei der Schlichtungsbehörde Zürich ein Schlichtungsgesuch (act. 1). Die Parteien wurden in der Folge auf den 7. Februar 2012 zur Schlichtungsverhandlung vorgeladen (act. 5). Anlässlich der Schlichtungsverhandlung über eine zeitlich begrenzte Mietzinsherabsetzung sowie über die Heiz- und Betriebskostenrechnung konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden (vgl. Prot.-I S. 2 f.). Daraufhin unterbreitete die Schlichtungsbehörde Zürich den Parteien mit Beschluss vom 7. Februar 2012 einen Urteilsvorschlag und wies darin die klägerischen Rechtsbegehren ab (act. 9). Mit Eingabe vom 12. März 2012 stellte der Kläger beim Mietgericht des Bezirksgerichts Zürich folgende Anträge (act. 12):

- " 1. Dr. D. \_\_\_\_\_ wird umgehend von Dienst suspendiert.
2. Das Gericht informiert alle 88 übrigen Beteiligten Mieter und Mieterinnen, dass die Nebenkostenabrechnung vom 12. September 2011 insoweit ein Betrug darstellt, weil die Beklagte die in der Nebenkostenabrechnung Bezug genommene eine Vielzahl von Posten bei über drei Stunden andauernden Besichtigung / Akteneinsicht am 11. Januar 2012 nicht belegen konnte.
3. Eine Schlichtung wird unter rechtlichen Gesichtspunkten unter Berücksichtigung meiner Sachvorträge wiederholt, weil die angegriffene Schlichtung keine Schlichtung sondern Förderung des Betrugs, Preistreiberei, Parteiergreifende unzulässige Einschüchterungsversuch war."

Mit Schreiben vom 16. März 2012 wurde dem Kläger vom Mietgericht des Bezirksgerichts Zürich mitgeteilt, dass die Behandlung der Aufsichtsbeschwerde in die Zuständigkeit des Gesamtgerichtspräsidenten falle, weshalb sein Schreiben dorthin weitergeleitet werde. Weiter wurde der Kläger darauf hingewiesen, dass, ohne seinen ausdrücklichen Gegenbericht binnen fünf Tagen, davon ausgegangen werde, er wolle mit seinem Schreiben auch den Urteilsvorschlag der Schlichtungsbehörde nicht gelten lassen (act. 13). Mit Eingabe beim Mietgericht des Bezirksgerichts Zürich vom 20. März 2012 präziserte der Kläger seinen Antrag wie folgt (act. 14):

" Der Antrag vom 12. März 2012 ist ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ("Wiederherstellung") gleichbedeutend mit Art. 148 f ZPO."

Mit Beschluss vom 18. April 2012 der Schlichtungsbehörde Zürich wurden das Ausstandsbegehren, der Antrag auf Wiederherstellung sowie das Wiedererwägungsgesuch abgewiesen (act. 15 = act. 19 Dispositivziffern 1 bis 3).

1.2. Mit Eingabe vom 26. April 2012 erhob der Kläger beim Bezirksgericht Zürich gegen den Beschluss der Schlichtungsbehörde Zürich vom 18. April 2012 eine Dienstaufsichtsbeschwerde bzw. Beschwerde (act. 21). Das Bezirksgericht Zürich leitete die Eingabe des Klägers mit Schreiben vom 30. April 2012 zur Bearbeitung der Beschwerde an die Kammer weiter, mit dem Hinweis, dass die Dienstaufsichtsbeschwerde derzeit an ihrem Gericht behandelt werde (act. 20). Der Kläger beantragte in seiner Beschwerde vom 26. April 2012 sinngemäss, es seien seine bisher gestellten und nicht stattgegebenen Anträge gutzuheissen (act. 21).

1.3. Von der Einholung einer Beschwerdeantwort wurde abgesehen (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Materielles

2.1. Die Vorinstanz führt in ihrem Beschluss vom 18. April 2012 aus, der Kläger beanstande verschiedene seiner Ansicht nach bestehende Verfahrensmängel wie mangelnde Auseinandersetzung mit dem Streitgegenstand an sich, Befangenheit und fehlende Fachkenntnisse des Vorsitzenden, unterlassene Information aller anderen Mieter und Mieterinnen sowie Protokollführung, weshalb er auch geltend mache, dass am 7. Februar 2012 keine Schlichtungsverhandlung stattgefunden habe und letztere somit neu anzusetzen sei. Eine Wiederholung der Schlichtungsverhandlung sei nur in Ausnahmefällen möglich, namentlich bei Gutheissung eines Ausstandsbegehrens oder bei einer Fristwiederherstellung im Sinne von Art. 148 f. ZPO. Eine Gerichtsperson trete in den Ausstand, wenn einer der in Art. 47 Abs. 1 ZPO genannten Gründe vorliege. Eine Person, die eine Gerichtsperson ablehnen wolle, habe unverzüglich ein entsprechendes Gesuch zu stellen, wobei unverzüglich keinesfalls länger als zehn Tage bedeute. Bei einem verspäteten Gesuch sei der Anspruch auf Ausstand verwirkt. Die Zehntagesfrist habe

vorliegend spätestens ab Zustellung des Urteilsvorschlags (23. Februar 2012), wenn nicht bereits ab dem Datum der Schlichtungsverhandlung (7. Februar 2012), zu laufen begonnen. Die klägerische Eingabe vom 12. März 2012 erweise sich demnach als verspätet und der Anspruch als verwirkt. Das Ausstandsbegehren sei daher abzuweisen (act. 19 S. 3).

Bezüglich des vom Kläger gestellten Antrags auf "Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gleichbedeutend mit Art. 148 f. ZPO" hält die Vorinstanz fest, Art. 147 ZPO setze voraus, dass eine Partei eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vorgenommen habe oder zu einem Termin nicht erschienen sei. Dies treffe vorliegend nicht zu. Die Art. 147-149 ZPO würden darüber hinaus keinen generellen Anspruch auf Wiederholung eines Prozessschrittes verleihen, weshalb der Kläger aus diesen Bestimmungen keine Rechte ableiten könne. Auch der Antrag auf Wiederherstellung sei folglich abzuweisen. Weiter sei der vom Kläger sinngemäss im Rahmen eines Wiedererwägungsgesuches verlangten Prüfung der geltend gemachten Verfahrensmängel entgegenzuhalten, dass grundsätzlich kein Anspruch auf Wiedererwägung bestehe. Allfällige Verfahrensmängel wären im Rahmen einer Ablehnung des Urteilsvorschlages geltend zu machen, da die Ablehnung nicht nur dann zu erklären sei, wenn eine Partei in der Sache mit dem Urteilsvorschlag nicht einverstanden sei, sondern auch dann, wenn allenfalls Fehler formeller und anderer Art vorliegen würden. Dass am 7. Februar 2012 eine Schlichtungsverhandlung stattgefunden habe, sei im Übrigen protokollarisch festgehalten worden, wobei die Parteivorbringen infolge Protokollierungsverbots nicht festgehalten worden seien. Das Wiedererwägungsgesuch sei daher abzuweisen (act. 19 S. 4).

2.2. Der Kläger macht in seiner nicht leicht verständlichen Beschwerdeschrift vom 26. April 2012 geltend, die Vorinstanz habe es im Urteilsvorschlag vom 7. Februar 2012 unterlassen, auf die zehntägige Frist zur Stellung eines Ausstandsgesuches hinzuweisen. Es fehle somit an der erforderlichen Rechtsmittelbelehrung. Er führt weiter aus, der vorsitzende Gerichtsschreiber hätte die Schlichtungsverhandlung vom 7. Februar 2012 nicht durchführen dürfen, wegen fehlender "Befähigung zum Richteramt" und weil er kein Jurist sei. In der Neben-

kostenabrechnung seien Beträge ausgewiesen, die nicht belegt seien, weshalb der Tatbestand des Betruges erfüllt sein könnte. Vor dem Hintergrund dieses Betrugsverdachts sei über die verstrichene Zehntagesfrist hinwegzusehen. Es könne ihm im Übrigen nicht zur Last gelegt werden, dass er die Bestimmungen der Art. 47-49 ZPO nicht gekannt habe (act. 21).

2.3. Aus Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK ergibt sich der Anspruch auf Beurteilung einer Sache durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht. Es soll garantiert werden, dass keine sachfremden Umstände, welche ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zugunsten oder zulasten einer Partei auf das gerichtliche Urteil einwirken. Die Garantie des verfassungsmässigen Richters wird verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Voreingenommenheit und Befangenheit in diesem Sinne werden nach der Rechtsprechung angenommen, wenn sich im Einzelfall anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände Gegebenheiten ergeben, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Bei dessen Beurteilung ist jedoch nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen, das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen (vgl. BGE 134 I 238 Erw. 2.1).

Art. 47 Abs. 1 lit. a-f ZPO regelt die einzelnen Ausstandsgründe und umschreibt, wann eine Gerichtsperson in den Ausstand zu treten hat. Als solche gelten alle Personen, welche an der Willensbildung des Gerichts mitentscheidend oder beratend beteiligt sind, somit auch die Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber (vgl. BGE 124 I 255 Erw. 4c). Gemäss Art. 49 Abs. 1 ZPO hat eine Partei, die eine Gerichtsperson ablehnen will, dem Gericht unverzüglich ein entsprechendes Gesuch zu stellen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, wird bezüglich der unverzüglichen Gesuchsstellung ein strenger Massstab angelegt. Es ist schon aus Art. 51 Abs. 1 ZPO zu folgern, dass diese Frist in keinem Fall länger als 10 Tage sein kann (PETER DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, Art. 49 N 3). Bei Verspätung ist das Ablehnungsrecht verwirkt (vgl. Botschaft ZPO, S. 7273).

Der Kläger macht in seiner Beschwerdeschrift nicht geltend, dass sein Ausstandsgesuch vom 12. März 2012 (act. 12) unverzüglich bzw. fristgerecht erfolgt sei. Vielmehr beruft er sich darauf, dass die Verspätung infolge fehlender Rechtsmittelbelehrung im Urteilsvorschlag vom 7. Februar 2012 entschuldbar sei. Es ist richtig, dass jeder Entscheid eine Rechtsmittelbelehrung enthalten muss, sofern die Parteien nicht auf das Rechtsmittel verzichtet haben (Art. 238 lit. f ZPO). Entsprechend der bisherigen Praxis muss in erster Instanz jedoch nur auf die klassischen Rechtsmittel, nämlich die Berufung und die Beschwerde hingewiesen werden, nicht aber auf die Revision, die Erläuterung und die Berichtigung (vgl. STAEBELIN, ZPO-Komm, Art. 238 N 24).

Beim Ausstandsgesuch im Sinne von Art. 49 ZPO handelt es sich – entgegen den Ausführungen des Klägers – nicht um ein Rechtsmittel. Dies ergibt sich bereits aus einem Blick ins Gesetz bzw. der Gesetzessystematik. Die gesetzlichen Bestimmungen über den Ausstand befinden sich bei den allgemeinen Bestimmungen der ZPO (1. Teil, 2. Titel, 3. Kapitel, Art. 47-51). Die Rechtsmittel sind unter den besonderen Bestimmungen der ZPO geregelt (2. Teil, 9. Titel, Art. 308 ff.). Das Gericht hat die Parteien ohne konkrete Veranlassung nicht auf die Möglichkeit der Stellung eines Ausstandsgesuches aufmerksam zu machen. Hingegen hat eine Gerichtsperson einen möglichen Ausstandsgrund von sich aus rechtzeitig offenzulegen und von sich aus in den Ausstand zu treten, wenn sie einen Ausstandsgrund als gegeben erachtet (Art. 48 ZPO). Die Vorinstanz hat es im Urteilsvorschlag vom 7. Februar 2012 somit richtigerweise unterlassen, auf die zehntägige Frist zur Stellung eines allfälligen Ausstandsgesuches hinzuweisen. Im Urteilsvorschlag wurde indes auf die rechtliche Wirkung im Sinne von Art. 211 ZPO hingewiesen, wonach ein Urteilsvorschlag als angenommen gelte und die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids habe, wenn ihn keine Partei innert 20 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung ablehne (vgl. act. 9, Dispositivziffer 4).

Im Übrigen liegen entgegen der Auffassung des Klägers für die verspätete Einreichung des Ausstandsgesuches keine entschuldbaren Gründe vor. Dass der Kläger die gesetzliche Grundlage bzw. den Art. 49 ZPO nicht kannte, wonach ein Ausstandsgesuch unverzüglich gestellt werden muss, vermag die verspätete Ge-

suchseinreichung rechtlich nicht zu entschuldigen. Denn nach einem allgemeinen Grundsatz kann niemand Vorteile aus seiner eigenen Rechtsunkenntnis ableiten (BGE 124 V 215 Erw. 2b/aa).

Der Kläger ist darüber hinaus darauf hinzuweisen, dass vorliegend nicht zu beurteilen ist, ob der Straftatbestand des Betruges im Sinne von Art. 146 StGB erfüllt ist. Dies wäre vielmehr im Rahmen eines allfälligen strafrechtlichen Verfahrens zu klären.

2.4. Wie sich nachfolgend zeigt, kann auch den weiteren Ausführungen des Klägers nicht zugestimmt werden, wonach der vorsitzende Gerichtsschreiber die Schlichtungsverhandlung vom 7. Februar 2012 nicht hätte durchführen dürfen.

Das Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG) vom 10. Mai 2010 regelt unter anderem die Organisation der Behörden und deren Zuständigkeit in Zivil- und Strafverfahren (§ 1 lit. a GOG). Demnach hat jeder Bezirk eine Paritätische Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen (§ 63 GOG). Die Vorsitzenden der Schlichtungsbehörde werden vom Bezirksgericht aus seinen Gerichtsschreiberinnen oder Gerichtsschreibern gewählt (§ 64 lit. a GOG). Die Schlichtungsbehörde tagt mit einem Vorsitzenden und je einem Vertreter der Mieter und der Vermieter in Dreierbesetzung, was sich allerdings nicht klar aus dem Gesetz ergibt (HAUSER/SCHWERI/LIEBER, GOG-Kommentar, § 64 N 5).

Es ist demnach gesetzlich verankert, dass die Vorsitzenden der Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen aus dem Kreis der Gerichtsschreiber des entsprechenden Bezirksgerichts gewählt werden und diese die Schlichtungsverhandlungen leiten. Im Übrigen handelt es sich beim besagten Gerichtsschreiber Dr. phil. et *lic. iur.* D. \_\_\_\_\_ (vgl. Beschluss vom 7. Februar 2012, unter "Mitwirkend", act. 9; Prot.-I S. 2) entgegen der Auffassung des Klägers sehr wohl um einen Juristen, was keiner weiteren Erläuterung bedarf.

Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass die Aussagen der Parteien anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 7. Februar 2012 zu Recht nicht pro-

tokolliert wurden, da dies gesetzlich so vorgesehen ist (vgl. Art. 205 Abs. 1 ZPO). Denn neben dem persönlichen Erscheinen ist die Wahrung der Vertraulichkeit des Schlichtungsverfahrens eine wichtige Bedingung für eine erfolgreiche Schlichtung (vgl. Botschaft ZPO, S. 7332).

2.5. Aus den dargelegten Umständen ergibt sich, dass sämtliche Vorbringen des Klägers unbegründet sind, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. Dies vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass dem Kläger von der Vorinstanz aufgrund seiner sinngemässen Ablehnung des Urteilsvorschlages die Klagebewilligung zu erteilen ist, welche zur Einreichung der Klage beim Gericht berechtigt (vgl. Art. 209 ZPO).

### 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Gemäss Art. 113 Abs. 2 lit. c ZPO werden für das Schlichtungsverfahren betreffend Miete von Wohn- und Geschäftsräumen keine Gerichtskosten erhoben, was auch für das Rechtsmittelverfahren gilt (vgl. OGer ZH vom 23. Juni 2011, PD110005). Ebenso findet die Regelung, wonach im Schlichtungsverfahren keine Parteienschädigungen zugesprochen werden (Art. 113 Abs. 1 ZPO), im Rechtsmittelverfahren Anwendung (OGer ZH vom 31. Oktober 2011, PD110010). Der Beklagten sind im Beschwerdeverfahren keine Umtriebe erwachsen, weshalb ihr auch deshalb keine Entschädigung auszurichten wäre.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage einer Kopie von act. 21, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Schlichtungsbehörde Zürich, 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mindestens Fr. 2'025.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Graf

versandt am: