

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RU230006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Beschluss vom 17. März 2023

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____,

Gesuchs- und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Ausstandsbegehren**

**Beschwerde gegen einen Beschluss der I. Abteilung des Bezirksgerichtes
Bülach vom 12. Januar 2023 (BV220014)**

Erwägungen:

1.1. Der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) stellte mit Eingabe vom 21. November 2022 beim Friedensrichteramt C._____ ein Schlichtungsgesuch betreffend Persönlichkeitsverletzung gegen seine Ehefrau D._____ und allfällige involvierte unbekannte Mitwirkende oder beteiligte Dritte. Zudem stellte der Beschwerdeführer ein Ausstandsgesuch gegen die Friedensrichterin B._____ (Gesuchs- und Beschwerdegegnerin; nachfolgend: Friedensrichterin) (act. 2/1). Die Friedensrichterin nahm zum Ausstandsbegehren ablehnend Stellung (vgl. act. 2/2) und überwies es dem Bezirksgericht Bülach (nachfolgend: Vorinstanz) zum Entscheid (act. 1). Die Vorinstanz wies das Ausstandsgesuch mit Beschluss vom 12. Januar 2023 ab (act. 7 = act. 10 = act. 12; nachfolgend zitiert als act. 10).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 9. Februar 2023 (hierorts gleichentags um 23:57 Uhr per IncaMail eingegangen, act. 14/1-3) Beschwerde, wobei er sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Gutheissung des Ausstandsbegehrens beantragte, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vorinstanz sowie der Friedensrichterin. Ferner stellte er ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (act. 11).

1.3. Dem Beschwerdeführer und der Friedensrichterin wurde Mitteilung vom Eingang des Rechtsmittels gemacht (vgl. act. 15/1-2) und die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-8). Da sich die Beschwerde, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, sogleich als offensichtlich unzulässig erweist, kann auf das Einholen einer Antwort verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO). D._____ und der Friedensrichterin sind mit dem vorliegenden Entscheid lediglich Kopien der Eingabe vom 9. Februar 2023 zuzustellen.

2.1. Da Ausstandsgesuche im summarischen Verfahren zu behandeln sind (Digelmann, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 50 N 4; ZK ZPO-Wullschleger, 3. Aufl. 2016, Art. 50 N 5), beträgt die Beschwerdefrist gegen Entscheide darüber in Anwendung von Art. 321 Abs. 2 ZPO 10 Tage (vgl. auch BK ZPO-Rüetschi, Art. 50 N 5). Fristen, die – wie bei der Zustellung eines Entscheides – durch eine

Mitteilung ausgelöst werden, beginnen am folgenden Tag zu laufen (Art. 142 Abs. 1 ZPO). Um eine Rechtsmittelfrist einzuhalten, muss das Rechtsmittel spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post übergeben werden (vgl. Art. 143 Abs. 1 ZPO). Wird die Rechtsmittelschrift verspätet eingereicht, ist auf das Rechtsmittel nicht einzutreten (Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Vor Art. 308–334 N 77).

Ein Entscheid gilt als zugestellt, wenn die Sendung von der Adressatin oder vom Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegen genommen wurde (Art. 138 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Scheitert die Zustellung, weil der Adressat oder eine andere zur Entgegennahme berechnigte Person nicht angetroffen werden, wird bei einer eingeschriebenen Postsendung jeweils eine Abholungseinladung hinterlegt. Die Sendung gilt dann grundsätzlich in dem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie bei der Post abgeholt wird. Geschieht dies jedoch nicht bis zum Ablauf des siebten Tages nach dem erfolglosen Zustellungsversuch, so greift die Zustellungsfiktion von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO, wonach die Zustellung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt gilt, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste. Die siebentägige Abholfrist beginnt dabei am Tage nach dem erfolglosen Zustellungsversuch zu laufen (ZK ZPO-Staehelin, 3. Aufl. 2016, Art. 138 N 8). Die Zustellungsfiktion gilt auch dann, wenn die Post – allenfalls im Auftrag des Adressaten – eine längere Abholfrist gewährt oder die Sendung "postlagernd" oder aufgrund eines Zurückbehaltungsauftrages auf der Poststelle aufbewahrt und zur Abholung bereit hält. In solchen Fällen gilt die Zustellung am siebten Tag nach Eingang der Sendung beim Postamt, bei welchem die Sendung abzuholen ist, als erfolgt, wobei die Frist am dem Eingangstag folgenden Tag beginnt. Dies gilt unabhängig davon, ob die Sendung vom Adressaten gar nicht oder zu einem Zeitpunkt nach Ablauf der siebentägigen Frist entgegen genommen wird und auch wenn der siebte Tag auf ein Wochenende oder einen anerkannten gesetzlichen Feiertag fällt (BK ZPO-Frei, Art. 136 N 6, Art. 138 N 21; BSK ZPO-Gschwend, 3. Aufl. 2017, Art. 138 N 20; Huber, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 138 N 56 und 59; ZK ZPO-Staehelin, 3. Aufl. 2016, Art. 138 N 8; BGE 127 I 31 E. 2; OGer ZH LC130004 vom 9. April 2013 E. II.2.2).

2.2. Vorliegend holte der Beschwerdeführer den angefochtenen Entscheid am 30. Januar 2023 am Schalter der Poststelle in C._____ ab. Aus dem Sendungsnachweis der Post ist jedoch ersichtlich, dass die Sendung bereits am 20. Januar 2023 bei der Poststelle eingetroffen war, wobei sie dort postlagernd aufbewahrt und als zur Abholung bereit vermerkt wurde. Am 21. Januar 2023 erfolgte sodann die "Ankunft an der Abhol-/Zustellstelle" (act. 8). Da der Beschwerdeführer, der das Verfahren durch die Stellung des Ausstandsbegehrens selbst ausgelöst und im Übrigen von der Vorinstanz auch bereits eine Verfügung zugestellt erhalten hatte (vgl. act. 4), mit einer Sendung der Vorinstanz rechnen musste, begann die Frist für die Zustellfiktion spätestens am 22. Januar 2023, sodass sie am Samstag, 28. Januar 2023 ablief. Auch wenn die Sendung wie erwähnt effektiv später abgeholt wurde, gilt sie nach dem Gesagten am 28. Januar 2023 als zugestellt. Folglich begann die zehntägige Rechtsmittelfrist, die von der Vorinstanz im Übrigen korrekt belehrt wurde (vgl. act. 10, Dispositiv-Ziffer 4), am 29. Januar 2023 und endete am Dienstag, 7. Februar 2023. Das am 9. Februar 2023 dem Gericht elektronisch im Sinne von Art. 130 Abs. 2 i.V.m. 1 ZPO eingereichte Rechtsmittel des Beschwerdeführers erfolgte damit verspätet, sodass darauf mangels Vorliegen einer Rechtsmittelvoraussetzung nicht einzutreten ist.

3.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidegebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 150.– festzusetzen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, dem Beschwerdeführer nicht zufolge seines Unterliegens (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO) und der Friedensrichterin und D._____ nicht, weil ihnen im vorliegenden Verfahren keine Aufwände entstanden sind, die zu entschädigen wären.

3.2. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege des Beschwerdeführers ist bei diesem Ergebnis zufolge Aussichtslosigkeit des Rechtsmittels abzuweisen (vgl. Art. 117 lit. b ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 150.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an
 - den Beschwerdeführer,
 - die Beschwerdegegnerin, unter Beilage eines Doppels von act. 11,
 - D._____, unter Beilage eines Doppels von act. 11,
 - das Bezirksgericht Bülach,je gegen Empfangsschein.

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. 92 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw C. Funck

versandt am: