

dies gilt auch dann, wenn der Grund der Bestreitung darin liegt, dass der Unternehmer eine Mängelhaftung überhaupt ablehnt; ob und wie lange der Besteller nach erfolgter Klageerhebung noch befugt ist, die Nachbesserungserklärung durch eine Wandelungs- oder Minderungserklärung zu ersetzen, beurteilt sich nach dem anwendbaren Prozessrecht (Gauch, a.a.O., Rz. 1845). Denn auch bei der Geltendmachung von Mängelrechten handelt es sich um die Ausübung von Gestaltungsrechten und - sofern im Prozess erfolgend - um die Ausübung von der Novenordnung unterstehenden Angriffs- bzw. Verteidigungsmitteln (Bühler, a.a.O., S. 18 und 83).

#### 5 Art. 68 SchKG, § 125 ZPO

**Im erstinstanzlichen Rechtsöffnungsverfahren ist die Gerichtsgebühr dem in der unentgeltlichen Rechtspflege prozessierenden Beklagten nicht vorzumerken, sondern mit dem Kostenvorschuss des Klägers zu verrechnen und diesem vom Beklagten zu ersetzen bzw. vom Kläger von den Zahlungen des Beklagten vorab zu erheben.**

Entscheid des Obergerichts, 4. Zivilkammer, vom 16. Dezember 2008 i.S. S.B. GmbH gegen F.S.

### *Aus den Erwägungen*

#### 3.2.

Die Vorinstanz bewilligte dem Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege. Gestützt darauf merkte sie ihm im Kostenspruch die Verfahrenskosten vor, verpflichtete ihn aber gleichzeitig, der Klägerin die von ihr vorgeschossene Gerichtsgebühr von Fr. 500.-- zu ersetzen, was sich widerspricht. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr ist dem Beklagten nicht vorzumerken, sondern mit dem Kostenvorschuss der Klägerin zu verrechnen und dieser vom Beklagten zu ersetzen bzw. von dieser von den Zahlungen des Beklagten vorab zu erheben. Das ist die Konsequenz von Art. 68 SchKG, wonach der Gläubiger das Risiko, dass die Betreuungskosten vom Schuldner nicht ersetzt werden, trägt (Emmel, Kommentar zum Bundesgesetz

über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, Art. 68 N. 4 mit Hinweisen). Dies verletzt den Anspruch des Beklagten auf unentgeltliche Rechtspflege nicht, da der Minimalanspruch gestützt auf die Bundesverfassung (Art. 29 Abs. 3 BV) einzig den Zugang zum Gericht, d.h. die Befreiung von der Kostenvorschusspflicht, nicht aber die Übernahme der Verfahrenskosten im Endentscheid durch den Staat, d.h. die Befreiung von der Kostenaufgabe im Endentscheid, garantiert (BGE 122 I 322 ff.; Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg 1998, Vorbem. §§ 124-134 N. 3 und § 126 N. 2 mit Hinweisen). Der weiter gehende Anspruch gemäss § 126 lit. a ZPO, welcher die (vorläufige) Befreiung von der Bezahlung der durch Urteil auferlegten Kosten vorsieht, wird durch Art. 68 SchKG ausgeschlossen. Nach dieser Bestimmung trägt der Schuldner die Betreibungskosten, welche vom Gläubiger vorzuschüssen sind und von ihm von den Zahlungen des Schuldners vorab erhoben werden können, was nicht möglich ist, wenn sie dem Schuldner in der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen vorgemerkt werden. Der Kostenspruch der Vorinstanz ist daher von Amtes wegen zu korrigieren, weil er widersprüchlich ist und der Oficialmaxime untersteht (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., § 121 N. 1). Der Minimalanspruch nach Art. 29 Abs. 3 BV (ebenso wie § 126 lit. b Ziff. 2 ZPO) befreit im Übrigen auch nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei (BGE 122 I 322 ff.).

**6 Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 18, 19 und 20 KSG**

**Gemäss Art. 18 Abs. 1 KSG i.V.m. Art. 34 Abs. 1 lit. b BGG besteht bei Schiedsgerichtsverfahren ein Ausstandsgrund, wenn ein Schiedsrichter in der gleichen Sache bereits in anderer Stellung, insbesondere als Rechtsberater einer Partei, tätig war. Dieser Ausstandsgrund entspricht demjenigen von § 2 lit. c ZPO; er ist somit von Amtes wegen zu beachten und wirkt absolut.**

**Ein gemäss Art. 20 KSG verspätet gestelltes Ablehnungsbegehren, welches mit dem erwähnten Ausstandsgrund begründet wird, führt demnach auch im Schiedsverfahren nicht zur Verwirkung des Ablehnungsrechts.**