

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PP190029-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 3. September 2019

in Sachen

A._____ KLG in Liquidation, vormals: **B._____ KIG**,
Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (Schuldnerin)

vertreten durch Konkursamt Altstetten-Zürich,

gegen

C._____ GmbH,
Gesuchs- und Beschwerdegegnerin (Gläubigerin)

betreffend **Ausstandsgesuch gegen Ersatzrichterin Dr. iur. D._____ im Ge-
schäft FV190029**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes für SchKG-Klagen
des Bezirksgerichtes Zürich vom 26. Juni 2019; BV190024**

Erwägungen:

1. Die Schuldnerin, damals noch unter der Firma B. _____ KIG, wurde von der Gläubigerin betrieben, und das gedieh vorerst bis zur Konkursandrohung. Daraufhin machte die Schuldnerin ein Verfahren anhängig mit dem Begehren um Feststellung, dass sie die in Betreuung gesetzte Forderung nicht schulde (Art. 85a SchKG; Verfahren FV190029, im vorliegenden Verfahren unter act. 10 beigezogen). Die damals und zunächst mit dem Konkursbegehren befasste Ersatzrichterin betreute auch das Feststellungsverfahren. Am 9. April 2019 führte sie eine mündliche Verhandlung durch. Diese hatte zum Thema, ob die Betreuung im Sinne von Art. 85a Abs. 2 SchKG vorläufig einzustellen sei; im Anschluss an die sehr ausführliche Verhandlung erläuterte die Richterin den Parteien ihre Einschätzung der Sache und versuchte einen Vergleich zu erwirken, das Letztere aber ohne Erfolg (Dossier FV190029 Prot. S. 4 ff.). Am 28. Juni 2019 entschied die Einzelrichterin, die Betreuung im Umfang von Fr. 90.-- vorläufig einzustellen, das entsprechende Gesuch der Schuldnerin im Restbetrag aber abzuweisen (Dossier FV190029 Prot. S. 48).

Bereits am 10. April 2019 (also am Tag nach der mündlichen Verhandlung) hatte die Schuldnerin gegen die Ersatzrichterin ein Ausstandgesuch gestellt. Das gestützt darauf angelegte Verfahren BV190024 wurde im zum heutigen parallelen Verfahren der Kammer PS190119 beigezogen und ist dort als act. 6 Teil des Dossiers. Die Schuldnerin referierte den bisherigen Gang des Verfahrens und schrieb, die Ersatzrichterin habe sich "möglicherweise Amtsmissbrauches und ungetreuer Amtsführung" schuldig gemacht. Die Richterin habe ihr (der Schuldnerin) angerufen und erklärt, der Konkurs werde eröffnet, wenn die Schuldnerin nicht ein Verfahren im Sinne von Art. 85a SchKG anstrenge. Dabei habe sie gesagt, dass diese Klage zu Gunsten der Schuldnerin ausgehen werde. Obgleich sie (die Schuldnerin) die Akten noch ergänzte, habe Ersatzrichterin D. _____ dann [offenkundig zu ergänzen: in der Verhandlung] erklärt, die in Betreuung gesetzte Forderung bestehe zu Recht. Man könne nicht ausschliessen, dass die Richterin auch mit der Gläubigerin direkt Kontakt aufgenommen habe, und sie habe daher das Ergebnis der mündlichen Verhandlung mit der Gegenpartei "vereinbaren"

können (Dossier BV190024 act. 1). Die Ersatzrichterin nahm zum Ausstandgesuch Stellung. Sie verneint eine Befangenheit. Sie habe mit der Gläubigerin zu keinem Zeitpunkt direkten Kontakt gesucht und gehabt. Das Telefonat mit dem Vertreter der Schuldnerin sei erfolgt, weil diese schriftlich die Einrede erhoben hatte, die Konkursforderung sei schon Bestandteil eines anderen Verfahrens, was offenbar auf einem Missverständnis beruhte (Dossier BV190024 act. 7). Zu der Stellungnahme äusserten sich beide Parteien (Dossier BV190024 act. 12 und 13). Am 26. Juni 2019 wies der damit befasste Richter das Ausstandsbegehren ab (act. 4/4).

2. Mit Schriftsatz vom 13. Juli 2019 führt die Schuldnerin Beschwerde. Sie besteht auf dem Ausstand von Ersatzrichterin D. _____. Formell beanstandet sie, dass sie sich zur Stellungnahme der Gläubigerin nicht äussern konnte. Sie bringt vor, die Ersatzrichterin habe eine nutzlose mündliche Verhandlung durchgeführt, in der irrigen Annahme, die Parteien aussöhnen zu können. Sie halte sich auch nicht an die Prozessordnung, indem sie das Verfahren trotz diverser Rechtsbehelfe und Rechtsmittel weiterführe (im Einzelnen act. 2).

Die Gläubigerin hatte Gelegenheit, sich zur Beschwerde zu äussern; das tat sie, mit dem Antrag auf Abweisung (act. 11).

Am 8. August 2019 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet - neu unter einer Firma, welche im Wesentlichen aus dem Familiennamen des Gesellschafters und Geschäftsführers der Gläubigerin ("A' ____") gebildet ist. Damit ging die Zuständigkeit zur Vertretung der Schuldnerin auf das Konkursamt über. Diesem wurde daher Frist angesetzt, um sich zur Vernehmlassung der Gläubigerin zu äussern. Es verzichtet selber darauf, reicht aber eine Stellungnahme der Schuldnerin selbst ein (act. 16, 17 und 18).

Die Sache ist spruchreif, und Weiterungen sind nicht mehr erforderlich.

3.1 Die formelle Rüge der Schuldnerin ist berechtigt: der Einzelrichter hätte ihr die Eingabe der Gläubigerin mit der Stellungnahme zur Erklärung der Ersatzrichterin zustellen müssen; dass er es unterliess, verletzte ihr rechtliches Gehör.

Im Normalfall führt die Verletzung des rechtlichen Gehörs zur Rückweisung einer Sache - die in ihrem Anspruch verletzte Partei hat Anspruch auf ein vollständiges und korrektes Verfahren schon in der ersten Instanz. Ausnahmsweise kann von der Rückweisung abgesehen werden: wenn die Gehörsverletzung nicht schwer wog und die im Gehör verletzte Partei ihren Standpunkt im Rechtsmittel uneingeschränkt einbringen kann, und in jedem Fall, wenn die Rückweisung nur einen Leerlauf bedeutete.

Der Einzelrichter hat sich im angefochtenen Entscheid nicht auf die Eingabe der Gläubigerin gestützt, seine Begründung für die Abweisung des Ausstandsgesuchs geht darauf gar nicht ein (angefochtener Entscheid E. 3, S. 5 ff.). Das spricht gegen eine schwer wiegende Gehörsverletzung. In der Sache war die Stellungnahme zudem offenkundig irrelevant: ob die Ersatzrichterin sich "professionell und geduldig" verhielt, spielt für die Frage des Ausstandes ebenso wenig eine Rolle wie die angeblichen zahlreichen von der Schuldnerin eingereichten Strafanzeigen (im Einzelnen Dossier BV190024 act. 12). Die Schuldnerin nimmt in ihrer Beschwerde an die Kammer denn auch keinen Bezug auf die Eingabe der Gläubigerin im erstinstanzlichen (Ablehnungs-)Verfahren. Es ist von da her nicht zu sehen, wie eine Rückweisung der Sache der Schuldnerin nützen könnte. Unter diesen Umständen hat der formelle Fehler des Einzelrichters keine weiteren Folgen.

3.2 In der Sache hat der Einzelrichter erwogen, die Schuldnerin unterliege offenbar verschiedenen Missverständnissen: so glaube sie immer noch, sie könne den Bestand der in Betreuung gesetzten Forderung im Konkursverfahren in Frage stellen, sie verstehe die vorläufige Einschätzung ihrer Klage nach Art. 85a SchKG durch die Ersatzrichterin als Entscheid über die Klage, und sie erkenne nicht, dass der Hinweis der Richterin auf die Möglichkeit einer solchen Klage im Rahmen der richterlichen Fragepflicht erfolgte (im Einzelnen act. 4/4).

Damit setzt sich die Beschwerde nicht auseinander. Die Schuldnerin begnügt sich im Wesentlichen damit, das Verhalten der Gläubigerin zu kritisieren, welche gar nicht so sehr die Forderung eintreiben, sondern den Konkurs über die Schuldnerin erzwingen wolle, und die Einschätzung der Ersatzrichterin zu bean-

standen, welche irrtümlich davon ausgegangen sei, sie könne die Parteien ausöhnen (act. 2). Damit setzt sie sich mit dem angefochtenen Entscheid nicht auseinander, und insoweit kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

Schon das Ablehnungsbegehren war im Übrigen in wesentlichen Teilen so vage abgefasst gewesen, dass es eine Befangenheit der Richterin keinesfalls glaubhaft machen konnte. Die leichthin eingeworfene Erklärung, dass sich eine Gerichtsperson "möglicherweise" strafbar gemacht habe, begründet für den schwer wiegenden Vorwurf nicht ansatzweise eine ausreichende Glaubhaftigkeit. Dass der Vertreter der Schuldnerin offenkundig die am Ende der Verhandlung gegebene vorläufige Einschätzung der Rechtslage falsch verstand, hat der Einzelrichter zutreffend erläutert. Das gehört zum üblichen Ablauf eines Vergleichsversuches - und der war angesichts des sehr geringen Streitwertes geboten. Wenn eine Partei damit nicht einverstanden ist, bildet das keinen ausreichenden Grund, an der Unbefangenheit der Richterin zu zweifeln - ebenso wenig wie die Mitwirkung des Richters am Entscheid über vorsorgliche Massnahmen oder eines ungünstigen Entscheides zur unentgeltlichen Rechtspflege (Art. 47 Abs. 2 ZPO). Vorzubehalten ist der Fall, da sich eine Gerichtsperson in einer Weise festlegt, dass an ihrer Unbefangenheit objektiv Zweifel angebracht sind - solches macht die Schuldnerin aber nicht geltend. Die Richterin hat überzeugend erläutert, weshalb sie direkt mit dem Vertreter der Schuldnerin Kontakt aufnahm: weil die Schuldnerin offenbar zwei verschiedene Betreibungen verwechselte und meinte, die Konkursforderung bilde (auch und erst) Gegenstand eines Rechtsöffnungsverfahrens. In dieser Situation eine direkte Klarstellung zu versuchen, war sinnvoll. Es ist der Schuldnerin darin Recht zu geben, dass die Richterin das entsprechende Telefonat hätte aktenkundig machen sollen. Aus diesem Versäumnis aber zu schliessen, die Richterin habe auch mit der Gläubigerin direkt verhandelt und sogar das Ergebnis der mündlichen Verhandlung "vereinbart", ist eine unzulässige Spekulation, für welche nicht der geringste Anhaltspunkt besteht. Endlich ist es wohl richtig, dass die Schuldnerin eine nicht mehr leicht zu überblickende Zahl von Eingaben, Begehren und Rechtsmitteln verfasste. Nichts daran hatte und hat aufschiebende Wirkung. Die Ersatzrichterin durfte nicht nur, sondern musste ihre Verfahren daher weiterführen.

Die Eingabe, welche die Schuldnerin dem Konkursamt zum Weiterleiten an die Kammer zugehen liess, befasst sich nicht mit dem Thema des Ausstandes der Richterin (act. 18).

Das Ausstandbegehren und damit auch die heute zu beurteilende Beschwerde ist unbegründet.

4. Das Verfahren, in welchem der Ausstand verlangt wird, geht über eine Forderung von Fr. 686.--; die Gebühr für das vorliegende Beschwerdeverfahren ist auf Fr. 300.-- anzusetzen (§ 4 GebV OG). Ausgangsgemäss ist sie der Schuldnerin aufzuerlegen, wie auch diejenige Hälfte der Gebühr (Fr. 200.--) für den angefochtenen Entscheid, welche auf das Verfahren nach Art. 85a SchKG entfällt.

Die Schuldnerin hat die Gläubigerin für das Beschwerdeverfahren zudem mit Fr. 200.-- zu entschädigen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, so weit darauf eingetreten wird.
2. Die Verpflichtung der Schuldnerin, den Anteil von Fr. 200.-- an die Kosten für den angefochtenen Entscheid, welche auf das vorliegende Verfahren entfallen, zu bezahlen, wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.-- festgesetzt und der Schuldnerin auferlegt.
4. Die Schuldnerin wird verpflichtet, der Gläubigerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 200.-- zu zahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage von Doppeln der act. 16, 17 und 18, sowie an das Bezirksgericht Zürich/Einzelgericht für SchKG-Klagen, je gegen Empfangsschein.

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 Entscheid im Sinne von Art. 92 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 686.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am:
4. September 2019