

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS230074-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie
Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Urteil vom 29. Juni 2023

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführerin

gegen

Kanton und Stadt Zürich,

Beschwerdegegner

vertreten durch Steueramt der Stadt Zürich

betreffend **Betreibung Nr. 1**

(Beschwerde über das Betreibungsamt Zürich 7)

Beschwerde gegen einen Beschluss der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes

Zürich vom 23. März 2023 (CB230022)

Erwägungen:

1. Am 16. November 2022 wurde der Beschwerdeführerin der Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Zürich 7 (fortan Betreibungsamt) in der Betreibung Nr. 1 für eine Forderung der Beschwerdegegnerin zugestellt (act. 2).

2.1 Mit Eingabe vom 17. März 2023 gelangte die Beschwerdeführerin an das Bezirksgericht Zürich als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Betreibungsämter (fortan Vorinstanz). Sie beantragte, es sei ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen und sodann, dass die genannte Betreibung für nichtig zu erklären und das Betreibungsamt anzuweisen sei, die Betreibung aus dem Betreibungsregister zu löschen (act. 1).

2.2 Mit Zirkulationsbeschluss vom 23. März 2023 wies die Vorinstanz die Beschwerde ab, soweit sie darauf eintrat. Bei dieser Entscheidung wirkten die Gerichtspräsidentin lic. iur. Schurr als Vorsitzende, Bezirksrichter Dr. Pfeiffer und Ersatzrichter lic. iur. Bannwart sowie die Gerichtsschreiberin Dr. Giger mit (act. 3 = act. 6 = act. 8).

3.1 Gegen diese Entscheidung erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 13. April 2023 (Datum Poststempel) rechtzeitig (act. 4/3) Beschwerde an die Kammer und stellt die folgenden Anträge (act. 7):

1. Der Zirkulationsbeschluss vom 23. März 2023 des Bezirksgerichtes Zürich in Bezug auf CB230022 sei für nichtig zu erklären und aufzuheben und die Sache der Vorinstanz zur neuen Beurteilung zurückzuweisen.
2. Die Betreibung Nr. 1 sei für nichtig zu erklären und aufzuheben.
3. Das Betreibungsamt Kreis 7 sei gerichtlich anzuweisen, die Betreibung Nr. 1 im Betreibungsregister zu löschen.
4. Alles unter Kosten und Entschädigungsfolge zu Lasten des Betreibungsamtes Kreis 7.

3.2 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–4). Der Eingang der Beschwerde wurde den Parteien angezeigt (act. 10). Mit Verfügung vom 5. Mai 2023 wurde der Beschwerdegegnerin Frist angesetzt, die Beschwerde zu beantworten, und es wurde die Prozessleitung delegiert (act. 11). Mit Eingabe vom

22. Mai 2023 beantwortete die Beschwerdegegnerin die Beschwerde (act. 13). Die Sache ist spruchreif.

4. Für das Beschwerdeverfahren nach Art. 18 SchKG sind die Regelungen von Art. 319 ff. ZPO anwendbar (Art. 20a Abs. 3 SchKG i.V.m. § 18 EG SchKG i.V.m. § 84 GOG). Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO).

5.1 Die Beschwerdeführerin macht im Rahmen ihrer Beschwerde einleitend geltend, dass die Unterschrift auf dem vorinstanzlichen Entscheid nicht von der mitwirkenden Gerichtsschreiberin, Dr. Giger, stamme und dass diese ohnehin nicht am Bezirksgericht Zürich tätig sei, da sie sich nicht auf der Konstituierungsliste der ersten Jahreshälfte des Bezirksgerichtes Zürich finden lasse (act. 7 Rz. 2 ff.).

5.2 Diese allgemein gehaltene Kritik der Beschwerdeführerin verfängt von Vorn herein nicht:

Die Gerichtsschreiber der Bezirksgerichte sind nicht Teil der Konstituierung und finden sich daher auch nicht auf den entsprechenden Listen. Aus dem Umstand, dass Dr. Giger aber zusammen mit Mitgliedern der Vorinstanz und unter der Bezeichnung als Gerichtsschreiberin am vorinstanzlichen Entscheid mitwirkte, ist für die Beschwerdeführerin erkennbar, dass sie am Bezirksgericht Zürich als Gerichtsschreiberin tätig ist.

Dass die mitwirkende Gerichtsschreiberin den angefochtenen Entscheid unterzeichnete, ergibt sich zudem aus der im Kanton Zürich geltenden Unterschriftenordnung:

Der Kanton Zürich regelt die Unterzeichnung von Gerichtsentscheiden in § 136 GOG. Danach werden Endentscheide in der Sache, die im ordentlichen und vereinfachten Verfahren ergangen sind, durch den Richter und die Gerichts-

schreiberin unterzeichnet. Alle anderen Entscheide unterschreibt alternativ entweder der Richter oder die Gerichtsschreiberin. Eine solche Regelung ist bundesrechtskonform (BGer, 4A_401/2021 vom 11. Februar 2022, E. 3.1; BGer, 4A_404/2020 vom 17. September 2020, E. 3; BGer, 2C_72/2016 vom 3. Juni 2016, E. 5.5.1).

Der Entscheid der unteren kantonalen Aufsichtsbehörde ergeht weder im ordentlichen noch im vereinfachten Verfahren (vgl. zur Nähe zum summarischen Verfahren: ZR 110/2011 Nr. 78). Entsprechend hat die Unterschrift durch die Gerichtsschreiberin (oder den Richter) alleine zu erfolgen bzw. genügt diese. Wer die jeweils unterzeichnende Gerichtsschreiberin (oder der unterzeichnende Gerichtsschreiber) ist, ergibt sich aus der dem Entscheid vorangestellten Besetzung. Es ist kein Gültigkeitserfordernis, dass der Name der Gerichtsschreiberin bei der Unterschrift nochmals in Druckschrift aufgeführt wird.

Die Kritik der Beschwerdeführerin zielt in diesem Punkt ins Leere.

6.1.1 Die Beschwerdeführerin bemängelt im Rahmen ihrer Beschwerde zudem, dass es sich beim mitwirkenden lic. iur. Bannwart um den leitenden Gerichtsschreiber der Aufsichtsbehörde handle. Er sei nicht gewählt worden, womit die Unabhängigkeit der Gerichtsbesetzung gefährdet werde. Zudem habe das Bundesgericht in seinem Entscheid 1B_420/2022 ausgeführt, dass die richterliche Unabhängigkeit durch interne Hierarchien gefährdet sein könne. Ein hauptamtlicher Gerichtsschreiber könne nicht auch als Ersatzrichter am selben Gericht amten. Die zeitgleich ausserhalb des Spruchkörpers bestehende Hierarchie zwischen den Mitgliedern des vorinstanzlichen Spruchkörpers schaffe zumindest den Anschein der informellen Hierarchie innerhalb des Spruchkörpers, welche geeignet sei, die interne richterliche Unabhängigkeit der als Ersatzrichter eingesetzten Person zu beeinträchtigen.

Die Gerichtspräsidentin lic. iur. Schurr, welche am vorliegend angefochtenen Entscheid mitgewirkt habe, habe zudem eine Aufsichtspflicht über das Gericht. Die Beschwerdeführerin äussert die Ansicht, dass die richterliche Unabhängigkeit gefährdet sei, wenn die Bezirksgerichtspräsidentin am vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren mitwirke. So sei die Gerichtspräsidentin auch die Vorgesetzte

von Bezirksrichter Dr. Pfeiffer, der derselben Abteilung wie die Gerichtspräsidentin angehöre.

Der vorinstanzliche Entscheid sei daher für nichtig zu erklären und aufzuheben. Die Vorinstanz haben die Aufsichtsbehörde richtig zu besetzen und neu zu entscheiden (act. 7, insb. Rz. 11 ff.).

6.1.2 Die Beschwerdegegnerin äussert sich nicht weiter zu diesen Vorbringen der Beschwerdeführerin, bestreitet aber eine Nichtigkeit des vorinstanzlichen Entscheides und beantragt die Abweisung der Beschwerde (act. 13).

6.2 Die Beschwerdeführerin stellt in grundsätzlicher Weise in Frage, ob lic. iur. Bannwart überhaupt am Entscheid habe mitwirken dürfen, da er nicht gewählt sei.

Sowohl die Mitglieder als auch die Ersatzmitglieder der Bezirksgerichte haben sich einer Wahl zu stellen. Die Wahl der (ordentlichen) Mitglieder (Bezirksrichter) erfolgt dabei durch das Volk, die Wahl der Ersatzmitglieder (Ersatzbezirksrichter) durch die übergeordnete Instanz, was bei den Bezirksgerichten das Obergericht des Kantons Zürich ist (Art. 75 Abs. 2 KV; § 11 GOG, wobei die Beschwerdeführerin die letzte Bestimmung in ihrer Beschwerde selbst zitiert, vgl. act. 7 Rz. 13). Woraus die Beschwerdeführerin schliesst, lic. iur. Bannwart sei in seiner Funktion als Ersatzrichter, in welcher er am vorinstanzlichen Entscheid mitwirkte, nicht gewählt, ist nicht nachvollziehbar; solches ergibt sich insbesondere nicht aus dem Umstand, dass er zusätzlich als leitender Gerichtsschreiber bei der Vorinstanz tätig ist. Dieser Einwand der Beschwerdeführerin zielt daher ebenfalls ins Leere.

6.3 Die Beschwerdeführerin sieht die richterliche Unabhängigkeit der Mitwirkenden im vorinstanzlichen Spruchkörper aufgrund interner Hierarchien als gefährdet an. Zum einen, weil die mitwirkende Bezirksgerichtspräsidentin lic. iur. Schurr die Vorgesetzte des derselben Abteilung angehörenden Bezirksrichters Dr. Pfeiffer sei. Zum andern, weil der mitwirkende lic. iur. Bannwart in seiner Hauptfunktion als leitender Gerichtsschreiber am Bezirksgericht Zürich angestellt und damit der Gerichtspräsidentin hierarchisch unterstellt sei:

6.4 Zum erstgenannten Einwand ist festzuhalten, dass der Bezirksgerichtspräsidentin die organisatorische Leitung des Bezirksgerichtes obliegt, sie aber nicht die Vorgesetzte der dort amtierenden Mitglieder und Ersatzmitglieder ist. Dies spiegelt sich u.a. darin wider, dass die (Wieder-)Wahl der Mitglieder wie gezeigt durch das Volk oder die Oberinstanz erfolgt; die Präsidentin hat auf diesen Vorgang keinen Einfluss. Es steht ihr aufgrund der richterlichen Unabhängigkeit der am Bezirksgericht amtierenden (Ersatz-)Mitglieder auch nicht zu, deren richterliche Leistung zu beurteilen, und sie ist gegenüber den Mitgliedern auch nicht weisungsbefugt. Entsprechend besteht zwischen der Bezirksgerichtspräsidentin lic. iur. Schurr und dem Bezirksrichter Dr. Pfeiffer kein hierarchisches Verhältnis, weder innerhalb noch ausserhalb des Spruchkörpers. Der entsprechende Einwand der Beschwerdeführerin verfängt nicht.

6.5.1 Zum Einwand in Bezug auf lic. iur. Bannwart ist auf den (auch von der Beschwerdeführerin genannten, vgl. act. 7 Rz. 14) Bundesgerichtsentscheid vom 9. September 2022 hinzuweisen (BGer 1B_420/2022 vom 9. September 2022, publiziert als BGE 149 I 14):

Das Bundesgericht hatte einen Fall zu beurteilen, bei dem im angefochtenen Entscheid des hiesigen Obergerichtes der Präsident der zuständigen Kammer sowie eine Ersatzoberrichterin und ein Ersatzoberrichter mitgewirkt hatten, wobei die beiden Letztgenannten in ihrer Haupttätigkeit als Gerichtsschreiberin bzw. Gerichtsschreiber an derselben Kammer tätig sind. Der Beschwerdeführer im bundesgerichtlichen Verfahren rügte eine unzulässige Besetzung des Spruchkörpers des Obergerichtes.

Das Bundesgericht hatte die Frage zu prüfen, ob der Einsatz als nebenamtliche Ersatzrichterin und nebenamtlicher Ersatzrichter in jener Kammer, in welcher sie zugleich als Gerichtsschreiberin und Gerichtsschreiberin tätig sind, mit Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu vereinbaren sei. Es erwog, eine Verletzung der genannten Bestimmungen liege nicht erst dann vor, wenn die richterliche Unabhängigkeit im konkreten Fall tatsächlich beeinträchtigt sei, sondern bereits dann, wenn ein entsprechender Anschein bestehe. Eine Unabhängigkeit habe dabei nach einhelliger Meinung in der Literatur nicht nur gegenüber äusserer Be-

einflussung zu bestehen, sondern auch intern. Dazu gehöre die Autonomie im Kollegialgericht, könne doch eine Beeinflussung auch innerhalb des Kollegialgerichtes drohen. Kerngehalt der richterlichen Unabhängigkeit sei namentlich die Weisungsfreiheit der Gerichtsmitglieder, was mit Blick auf die interne Unabhängigkeit bedeute, dass formelle Hierarchien innerhalb eines Spruchkörpers unzulässig seien.

Zwar ergebe sich im konkreten Fall, dass die eingesetzte Ersatzoberrichterin und der eingesetzte Ersatzoberrichter den ordentlichen Mitgliedern des Obergerichtes rechtlich gleichgestellt seien und dass sie somit formell in Ausübung ihrer Richterfunktion nicht weisungsgebunden seien. Indes befänden sich die Ersatzrichterin und der Ersatzrichter in ihrer parallel ausgeübten Tätigkeit als Gerichtsschreiberin und Gerichtsschreiber zum ebenfalls mitwirkenden Kammerpräsidenten in einem formellen Subordinationsverhältnis. Diese ausserhalb des Spruchkörpers bestehende formelle Hierarchie zwischen den Mitgliedern des Spruchkörpers schaffe zumindest den Anschein einer informellen Hierarchie innerhalb des Spruchkörpers, welche geeignet sei, die interne richterliche Unabhängigkeit der als Ersatzrichterin und Ersatzrichter eingesetzten Personen zu beeinträchtigen. Das Bundesgericht hob den vorinstanzlichen Entscheid auf und wies die Sache zur erneuten Entscheidung an das Obergericht zurück (BGE 149 I 14, insbes. E. 5.).

6.5.2 Beim hier vorinstanzlichen Beschluss wirkten wie gezeigt (u.a.) die Bezirksgerichtspräsidentin lic. iur. Schurr als Vorsitzende und der Ersatzrichter lic. iur. Bannwart mit. Lic. iur. Bannwart ist – neben seiner Tätigkeit als Ersatzrichter – leitender Gerichtsschreiber der Aufsichtsbehörde über Betreibungs- und Konkursämter. Er befindet sich mithin in einem Anstellungsverhältnis am Bezirksgericht Zürich, gleich wie die Gerichtsschreiber im eben genannten Bundesgerichtsentscheid am Obergericht. In seiner Funktion ist lic. iur. Bannwart lic. iur. Schurr nicht nur aufgrund ihrer Funktion als Bezirksgerichtspräsidentin hierarchisch unterstellt, sondern auch in ihrer Funktion als Präsidentin der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich, der die Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibungs- und Konkursämter angegliedert ist (vgl. Organigramm des Bezirksgerichtes Zürich, www.gerichte-zh.ch → Organisation → Bezirksgericht Zürich → Organisation → Organigramm,

zuletzt besucht am 15. Juni 2023). Damit besteht ein Subordinationsverhältnis zwischen lic. iur. Schurr sowohl als Gerichtspräsidentin als auch als Abteilungsvorsitzende und lic. iur. Bannwart in seiner Funktion als Gerichtsschreiber. Auch wenn lic. iur. Bannwart in seiner richterlichen Funktion als gewählter Ersatzrichter grundsätzlich unabhängig ist, präsentiert sich die vorliegende Sachlage damit gleich, wie im oben genannten Bundesgerichtsentscheid. Aufgrund der ausserhalb des Spruchkörpers bestehenden formellen Hierarchie zwischen den genannten Mitgliedern des Spruchkörpers besteht der Anschein einer informellen Hierarchie innerhalb des Spruchkörpers, die laut der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geeignet ist, die interne richterliche Unabhängigkeit von lic. iur. Bannwart als eingesetzter Ersatzrichter zu beeinträchtigen.

6.5.3 Die Einsetzung von lic. iur. Bannwart mit lic. iur. Schurr im selben Spruchkörper verletzt nach dem Gesagten den Anspruch der Beschwerdeführerin auf ein unabhängiges Gericht im Sinne von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 6 EMRK. Es handelt sich dabei um einen Anspruch formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides.

6.5.4 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin liegt indes keine Nichtigkeit des angefochtenen Entscheides vor. Auch wenn der Einsatz von lic. iur. Bannwart mit Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht vereinbar ist, handelt es sich bei ihm (wie gezeigt, vgl. hiervor E. 6.2) nichtsdestotrotz um eine gewählte und damit verfassungsmässig und gesetzlich legitimierte Gerichtsperson.

6.5.5 Ebenfalls geht die Beschwerdeführerin im Übrigen fehl, wenn sie in grundsätzlicher Weise geltend macht, ein am Gericht tätiger Gerichtsschreiber könne nicht zeitgleich am selben Gericht Ersatzrichter sein. Soweit ausserhalb des Spruchkörpers keine Hierarchie zwischen den Mitgliedern des Spruchkörpers besteht, ist dies unproblematisch.

6.6 Die Sache ist zum neuen Entscheid in einer Besetzung gemäss diesen Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

7. Da die Vorinstanz die Beschwerde erneut zu beurteilen haben wird, erübrigt es sich hier, auf die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin, mit welcher sie sich inhaltlich zum Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens äussert, einzugehen (act. 7 Rz. 20 ff.).

8. Das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen ist kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG). Parteientschädigungen dürfen in diesen Verfahren zum vornherein nicht zugesprochen werden (vgl. Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Es wird erkannt:

1. Der Zirkularbeschluss der 1. Abteilung als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Betreibungsämter des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. März 2023 wird aufgehoben und die Sache wird zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführerin unter Beilage eines Doppels der Beschwerdeantwort (act. 13), unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz sowie an das Betreibungsamt Zürich 7, je gegen Empfangsschein.
5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **10 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 einen Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am:
3. Juli 2023