

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS230102-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. M. Sarbach, Vorsitzender, Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Tanner

Urteil vom 20. Juli 2023

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführerin (vor Obergericht),

gegen

B. _____,

Beschwerdegegnerin (vor Obergericht),

betreffend **Betreibung Nr. ...**

(Beschwerde über das Betreibungsamt Zürich 7)

**Beschwerde gegen einen Beschluss der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes
Zürich vom 8. Mai 2023 (CB230003)**

Erwägungen:

I.

1.

Die Beschwerdeführerin betrieb mit Zahlungsbefehl Nr. ... vom 8. Dezember 2022 die Beschwerdegegnerin für einen Betrag von Fr. 10'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 6. November 2022. Das Betreibungsamt Zürich 7 stellte diesen Zahlungsbefehl der Beschwerdegegnerin am 21. Dezember 2022 zu. Diese erklärte gleichentags Rechtsvorschlag (act. 2/1).

2.

Zudem erhob die Beschwerdegegnerin am 28. Dezember 2022 gegen den Zahlungsbefehl Beschwerde beim Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Betreibungsämter (fortan Vorinstanz). Sie stellte darin folgenden Antrag (act. 1 S. 2):

Die Betreuung mit dem Zahlungsbefehl Nr. ... sei vollständig aufzuheben.

Die Vorinstanz hielt mit Zirkulationsbeschluss vom 8. Mai 2023 fest, dass die Betreuung Nr. ... einschliesslich des darin ergangenen Zahlungsbefehls nichtig sei, und wies das Betreibungsamt an, die entsprechende Betreuung im Betreibungsregister zu löschen (act. 20 = act. 22).

3.

Dagegen erhob die Beschwerdeführerin am 30. Mai 2023 mit folgenden Anträgen Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich (act. 21 S. 1):

1. Der Zirkulationsbeschluss vom 8. Mai 2023 des Bezirksgerichts Zürich in Bezug auf das Verfahren mit der Geschäfts-Nr. CB230003 sei für nichtig zu erklären und aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur neuen Beurteilung zurückzuweisen.
2. Das Betreibungsamt Zürich 7 sei gerichtlich anzuweisen, die Betreuung Nr. ... [richtig: Nr. ...] im Betreibungsregister wieder herzustellen.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Betreibungsamtes Zürich 7.

Mit Präsidialverfügung vom 22. Juni 2023 setzte die Kammer der Beschwerdegegnerin eine Frist an, um die Beschwerde zu beantworten (act. 24). Diese holte in der Folge die prozessleitende Verfügung nicht ab (act. 24) und reichte auch keine Antwort ein. Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1.

1.1. Die Vorinstanz hat als untere Aufsichtsbehörde über Betreibungsämter entschieden (Art. 13 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 17 SchKG). Solche Anordnungen können innert zehn Tagen nach ihrer Eröffnung an die obere kantonale Aufsichtsbehörde weitergezogen werden (Art. 18 Abs. 1 SchKG). Die Vorinstanz stellte den angefochtenen Zirkulationsbeschluss vom 8. Mai 2023 der Beschwerdeführerin am 17. Mai 2023 zu (act. 18/3). Diese übergab ihr Rechtsmittel am 30. Mai 2023 (Datum Poststempel; act. 21 S. 1) und damit rechtzeitig innerhalb der 10-Tagesfrist der Schweizerischen Post (Art. 143 Abs. 1 ZPO).

1.2. Auf das Beschwerdeverfahren nach Art. 18 SchKG sind die Regelungen von Art. 319 ff. ZPO anwendbar (Art. 20a Abs. 3 SchKG in Verbindung mit § 18 EG SchKG und § 84 GOG). Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Dabei soll in der Begründung zum Ausdruck kommen, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet resp. weshalb dieser nach Auffassung der beschwerdeführenden Partei unrichtig sein soll, ansonsten auf die Beschwerde nicht eingetreten wird. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO; OGer ZH, PS180175 vom 18. Dezember 2018, E. 4.3). Die vorliegende Beschwerde enthält klare Rechtsbegehren und wurde ausreichend begründet. Damit entspricht sie den formellen Voraussetzungen von Art. 321 Abs. 1 ZPO. Die Beschwerdeführerin ist durch den

angefochtenen Entscheid der Vorinstanz, der ihre Betreibung für nichtig erklärte, beschwert. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen von Art. 59 Abs. 2 ZPO erfüllt sind, ist auf das Rechtsmittel einzutreten.

2.

2.1. Die Beschwerdeführerin macht unter anderem geltend, lic. iur. C. _____ habe als Ersatzrichter am angefochtenen Entscheid mitgewirkt. Er sei zugleich bei der Vorinstanz Leitender Gerichtsschreiber. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dürften Gerichtsschreiber nicht an derselben Instanz als Ersatzrichter amten. Die ausserhalb des Spruchkörpers bestehende formelle Hierarchie schaffe nämlich auch innerhalb des Spruchkörpers den Anschein einer informellen Hierarchie (act. 21 S. 4).

2.2. Jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, hat Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht (Art. 30 Abs. 1 Satz 1 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Art. 10 Abs. 1 SchKG konkretisiert diesen verfassungs- bzw. konventionsrechtlichen Grundsatz für das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht: Danach dürfen unter anderem die Mitglieder der Aufsichtsbehörden keine Amtshandlungen in Sachen vornehmen, in denen sie befangen sein könnten. Eine tatsächliche Befangenheit braucht dabei nicht nachgewiesen zu werden. Vielmehr genügt es, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit objektiv zu begründen vermögen (BGer, 5A_917/2022 vom 20. März 2023, E. 3.1; SK SchKG-Weingart, 4. A., Art. 10 N 17; KUKO SchKG-Möckli, 2. A., Art. 10 N 8). Kerngehalt der richterlichen Unabhängigkeit bildet die Weisungsfreiheit der einzelnen Mitglieder des Spruchkörpers. Bestehen dort formelle oder informelle Hierarchien, können diese die interne Unabhängigkeit der einzelnen Mitglieder gefährden (BGE 149 I 14 E. 5.3.3; vgl. bereits Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Habil. Bern 2001, S. 219, wonach sich die innere Unabhängigkeit auch innerhalb des Gerichts entfalten müsse). Die Einsetzung einer Gerichtsschreiberin oder eines Gerichtsschreibers einer Kammer oder Abteilung als Ersatzrichterin oder als Ersatzrichter in derselben Kammer oder Abteilung verletzt daher den Anspruch einer Partei auf eine unabhängige Entscheidungsinstanz, wie

das Bundesgericht a.a.O. festgehalten hat. Dieser Anspruch ist formeller Natur, weshalb seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führt (BGE 149 I 14 E. 5.4; BGer, 1B_519/2022 vom 1. November 2022, E. 2.2.3 und E. 2.3 f.; OGer ZH, PS230074 vom 29. Juni 2023, E. 6.5.1–6.5.3).

2.3. Die Aufsichtsbehörde über Betreibungs- und Konkursämter ist der 1. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich angegliedert (vgl. das Organigramm des Bezirksgerichts Zürich, abrufbar unter www.gerichte-zh.ch → Organisation → Bezirksgericht Zürich → Organisation → Organigramm [besucht am 18. Juli 2023]). Am angefochtenen Zirkulationsbeschluss vom 8. Mai 2023 wirkten Bezirksgerichtspräsidentin lic. iur. D._____, Bezirksrichter Dr. E._____, Ersatzrichter lic. iur. C._____ sowie Gerichtsschreiberin Dr. F._____ mit. Dabei ist lic. iur. D._____ gleichzeitig Gesamtgerichtspräsidentin des Bezirksgerichts Zürich und Präsidentin von dessen 1. Abteilung. Ersatzrichter lic. iur. C._____ war im relevanten Zeitraum in zwei Funktionen für die Aufsichtsbehörde über Betreibungsämter tätig, nämlich einerseits als Leitender Gerichtsschreiber und andererseits als Ersatzrichter. In seiner Funktion als Leitender Gerichtsschreiber unterstand lic. iur. C._____ der Präsidentin der 1. Abteilung, lic. iur. D._____. Ein solches Subordinationsverhältnis ist nach der oben dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung geeignet, die richterliche Unabhängigkeit von lic. iur. C._____ zumindest dem Anschein nach zu beeinträchtigen. Damit verstösst der angefochtene Entscheid gegen Art. 10 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG.

3.

Da der Anspruch auf eine unabhängige Entscheidungsinstanz formeller Natur ist, muss der angefochtene Entscheid aufgehoben werden. Entsprechend ist die Sache zum neuen Entscheid in einer bundesrechtskonformen Besetzung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Damit erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin einzugehen.

III.

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

Es wird erkannt:

1. Der Zirkulationsbeschluss der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Betreibungsämter vom 8. Mai 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 das Betreibungsamt Zürich 7 sowie unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten an das Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Betreibungsämter, 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

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Tanner

versandt am: