

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB220030-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiber Dr. Chr. Arnold

Urteil vom 16. Januar 2023

in Sachen

A._____,

Revisionsklägerin und Beschwerdeführerin

gegen

B._____ **A.G.**,

Revisionsbeklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. X. _____

betreffend **Forderung (Revision, Ausstand)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich,
10. Abteilung, im summarischen Verfahren vom 6. Dezember 2022
(BR200006-L)**

Erwägungen:

I.

1. Das Bezirksgericht Zürich verpflichtete die Revisionsklägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Revisionsklägerin) mit Urteil vom 17. März 2016, der Revisionsbeklagten und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Revisionsbeklagte) Fr. 1'156'696.40 nebst Zins zu 2.4 % vom 1. Juni 2008 bis 30. September 2012 sowie Zins zu 5 % seit 1. Oktober 2012 zu bezahlen. Sodann trat es auf die Widerklagen vom 3. Oktober 2014 und vom 8. September 2015 nicht ein (Urk. 5/3 S. 27 = Urk. 5/28/94 S. 27). An diesem Urteil wirkte unter anderem Ersatzrichter lic. iur. K. Peter mit (Urk. 5/3 S. 1). Die Revisionsklägerin gelangte in der Folge ans Obergericht des Kantons Zürich, welches auf ihre Berufung mit Beschluss vom 5. September 2016 nicht eintrat (Urk. 5/28/99 S. 4). Mit Eingabe vom 27. August 2020 reichte die Revisionsklägerin bei der Vorinstanz ein Revisionsgesuch ein mit dem Hauptbegehren, das Urteil vom 17. März 2016 sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen (Urk. 5/1/1).

2. Am 31. August 2022 stellte die Revisionsklägerin ein Ausstandsgesuch gegen lic. iur. K. Peter (Urk. 5/61). Die Vorinstanz wies dieses Gesuch mit Beschluss vom 6. Dezember 2022 ab, setzte die Gerichtskosten auf Fr. 1'500.– fest und auferlegte sie der Revisionsklägerin. Parteientschädigungen sprach sie keine zu (Urk. 2 S. 15 = Urk. 5/70 S. 15).

3. Mit Eingabe vom 19. Dezember 2022 erhob die Revisionsklägerin innert Frist (siehe Urk. 3; Urk. 5/71) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 6.12.2022 (BR 200 006) und die Gerichtskosten von Fr. 1'500.– seien aufzuheben.
2. Die Ausstandsbegehren gegen den Ersatzrichter lic. iur. K. Peter Referenten der 10. Abtl. des Bezirksgerichts Zürich seien zu genehmigen."

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 5/1–72). Da die Beschwerde offensichtlich unzulässig bzw. offensichtlich unbegründet ist, kann darauf verzichtet werden, eine Beschwerdeantwort einzuholen (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Dazu gehört, dass in der Beschwerde im Einzelnen dargelegt werden muss, was genau am angefochtenen Entscheid unrichtig sein soll. Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Das gilt zumindest insoweit, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (*OGer ZH RT180080 vom 29.08.2018, E. I.4.*). Sodann sind im Beschwerdeverfahren neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO); eine Ausnahme gilt für Noven, zu denen erst der Entscheid der Vorinstanz Anlass gegeben hat (BGE 139 III 466 E. 3.4 [S. 471]; BGer 4A_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1).

2. a) Die Vorinstanz setzte sich zunächst inhaltlich mit den vorgebrachten Ausstandsgründen auseinander und verwarf diese (Urk. 2 S. 6–13). Im Sinne einer Eventualbegründung erwog sie sodann, dass das Ausstandsbegehren auch abzuweisen wäre, wenn die Ausführungen der Revisionsklägerin den Anschein einer Befangenheit begründen würden; das Ausstandsbegehren sei nämlich klarerweise verspätet (Urk. 2 S. 13). Sämtliche Vorwürfe bezögen sich auf Prozesse, welche mehrere Jahre zurücklägen. Die Revisionsklägerin behauptete denn auch nicht, von den von ihr vorgebrachten Befangenheitsgründen erst kürzlich erfahren zu haben. Soweit sie zudem aus dem Umstand, dass man von ihr für das vorliegende Verfahren einen Kostenvorschuss verlangt habe, einen Ausstandsgrund ableiten wolle, erweise sich ihr Gesuch ebenfalls nicht als unverzüglich. Bereits mit Verfügung vom 23. September 2020 habe man nämlich erstmals die Leistung

eines Kostenvorschusses verlangt. Die Voraussetzung der unverzüglichen Gesuchstellung nach Kenntnisnahme des Ausstandsgrundes gemäss Art. 49 ZPO sei klarerweise nicht erfüllt (Urk. 2 S. 14).

b) Die Revisionsklägerin wendet ein, sie habe mit den neuen Tatsachen im Urteil des Obergerichts Zürich vom 5. August 2022 (Geschäfts-Nr. RB220003) betreffend Nichtzustellung des Urteils vom 16. Mai 2012 an den Ehemann im Prozess CG060033 den Ausstand des Ersatzrichters rechtzeitig begründet. Das Urteil vom 16. Mai 2012 belege, dass der Ehemann weder C._____ noch einen Dritten als Zustelladresse angegeben habe. Somit hätte die Zustellung in Schweden erfolgen müssen. Die Frist für das Ausstandsgesuch beginne im Zeitpunkt des Urteils des Obergerichts Zürich vom 5. August 2022 zu laufen. Das Bundesgericht habe am 5. August 2022 für die Beschwerde gegen das Urteil "RG 220 003" (gemeint wohl: Urteil des Obergerichts Zürich vom 5. August 2022 mit der Geschäfts-Nr. RB220003) die aufschiebende Wirkung erteilt. Gleichentags habe der Ersatzrichter einen Kostenvorschuss verlangt. Dieses Verhalten erwecke Misstrauen in die Unabhängigkeit des Ersatzrichters (Urk. 1 S. 8).

c) Eine Partei, welche eine Gerichtsperson ablehnen will, muss dem Gericht unverzüglich ein entsprechendes Gesuch stellen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat (Art. 49 Abs. 1 ZPO). Macht sie dies nicht, verwirkt sie den Anspruch auf spätere Anrufung des Ausstandsgrundes (BGer 4A_56/2019 vom 27. Mai 2019, E. 4.1). Ein Teil der Lehre postuliert eine Frist von höchstens zehn Tagen (CR CPC-Tappy, Art. 49 N 12; Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 49 N 3; differenzierend demgegenüber *OGer ZH RB120045 vom 13.11.2012, E. II.4.2*; keine konkrete Frist nennend BSK ZPO-Weber, Art. 49 N 2). Das Bundesgericht erachtet den Anspruch auf Ablehnung jedenfalls dann als verwirkt, wenn das Ausstandsgesuch 24 Tage nach Kenntnis des Ausstandsgrundes eingereicht wird (BGer 4A_56/2019 vom 27. Mai 2019, E. 4.2).

d) Die Revisionsklägerin zeigt nicht auf, wo sie sich vor Vorinstanz auf das Urteil des Obergerichts Zürich vom 5. August 2022 berufen oder geltend gemacht hätte, der Ersatzrichter habe gleichentags einen Kostenvorschuss verlangt. Sie setzt sich sodann nicht mit dem Argument der Vorinstanz auseinander,

wonach man von ihr bereits mit Verfügung vom 23. September 2020 erstmals einen Kostenvorschuss verlangt habe (siehe Urk. 1 S. 8). Damit genügt sie den Begründungsanforderungen nicht (E. II.1.).

e) Auch inhaltlich erweist sich ihre Beschwerde als unbegründet: In ihrem Gesuch vom 31. August 2022 findet sich kein Hinweis auf das obergerichtliche Urteil vom 5. August 2022. Die Revisionsklägerin führte lediglich aus, dass die Befangenheit des Richters in der letzten Verfügung vom 25. August 2022 "gut ersichtlich" sei. Darin verlange er einen Kostenvorschuss von Fr. 32'317.–, um auf das Revisionsgesuch nicht einzutreten und "das Vermögen der Revisionsklägerin in Prozess CG 120123 plus Parteientschädigung privat zu erlangen" (Urk. 5/61 S. 2). Mit Verfügung vom 25. August 2022 setzte Ersatzrichter lic. iur. K. Peter der Revisionsklägerin eine Nachfrist an, um einen Kostenvorschuss von Fr. 32'317.– zu leisten (Urk. 5/57 S. 2). Ursprünglich hatte er sie mit Verfügung vom 23. September 2020 zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 32'317.– aufgefordert (Urk. 5/7 S. 4). Die Revisionsklägerin reagierte am 9. Oktober 2020 mit einem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 5/10/1 S. 1), welches mit Beschluss vom 19. April 2021 abgewiesen wurde; gleichzeitig wurde sie erneut aufgefordert, den Kostenvorschuss zu leisten (Urk. 5/32 S. 14). Die Revisionsklägerin gelangte ans Obergericht, welches ihre Beschwerde am 27. September 2021 abwies, soweit es darauf eintrat (Urk. 5/41 S. 13). In der Folge trat auch das Bundesgericht am 10. November 2021 auf ihre Beschwerde nicht ein (Urk. 5/42 S. 4). Nachdem die Revisionsklägerin den Vorschuss innert Frist nicht geleistet hatte, setzte Ersatzrichter lic. iur. K. Peter ihr am 31. Januar 2022 eine Nachfrist an (Urk. 5/46 S. 2). Auf die dagegen erhobene Beschwerde trat das Obergericht mit Beschluss vom 2. März 2022 nicht ein (Urk. 5/53 S. 5). Mit Urteil vom 21. Juli 2022 trat auch das Bundesgericht auf die Beschwerde nicht ein (Urk. 5/54 S. 8). Weshalb Ersatzrichter lic. iur. K. Peter mit dem Ansetzen einer Nachfrist, nicht aber der ursprünglichen Frist im Jahr 2020 befangen sein sollte, ist nicht ersichtlich und wird von der Revisionsklägerin auch nicht dargetan. Überhaupt ist an der Nachforderung eines Kostenvorschusses, gegen welchen die Revisionsklägerin zweimal erfolglos den Instanzenzug bis ans Bundesgericht beschritt, nichts Unrechtmässiges zu erblicken. Die Revisionsklägerin gesteht denn auch selbst ein,

dass der Ausstandsgrund nicht in der Verfügung vom 25. August 2022 begründet sei, sondern in der Löschung der Stiftung aus dem Handelsregister und der Bestellung eines Sachwalters aus privatem Interesse (Urk. 1 S. 2).

f) In der Stellungnahme vom 10. Oktober 2022 brachte die Revisionsklägerin sodann erstmals vor, dass das Urteil vom 16. Mai 2012 im Prozess CG060033 dem Ehemann der Revisionsklägerin nicht zugestellt worden sei. Diese Tatsache sei mit Beschluss und Urteil des Obergerichts Zürich vom 5. August 2022 (Geschäfts-Nr. RB220003) festgestellt worden. Damit habe der Richter verhindert, dass der Ehemann der Revisionsklägerin das Urteil habe anfechten können (Urk. 5/68 S. 3). Die Revisionsklägerin reichte vor Vorinstanz das Urteil und den Beschluss vom 16. Mai 2012 (Geschäfts-Nr. CG060033-L) zu den Akten. Aus dem Mitteilungssatz geht hervor, dass der Entscheid D._____ gegen Empfangsschein an c/o ... Rechtsanwalt Dr. iur. C._____, ... [Adresse], sowie durch Publikation im Amtsblatt zugestellt wurde. Der Entscheid trägt sodann den 4. Juni 2012 als Eingangsstempel (Urk. 5/69/1). Wie und wann der Entscheid in den Besitz der Revisionsklägerin gelangte, zeigt sie nicht auf. Sie bringt indessen vor, "gegen den Beschluss des Ersatzrichters CG 060 033" sei "Beschwerde an das Obergericht Zürich (Urteil vom 5.8.2022 RB 220 003)" erhoben worden (Urk. 1 S. 8). Wie es sich genau verhält, lässt sich vorliegend nicht eruieren, da die Revisionsklägerin kein Urteil des Obergerichts Zürich vom 5. August 2022 eingereicht hat; es ist aber auch nicht rechtserheblich. Wenn der Beschwerdeentscheid nämlich vom 5. August 2022 datiert, ist davon auszugehen, dass die Revisionsklägerin schon lange vorher im Besitz des Urteils und des Beschlusses vom 16. Mai 2012 (Geschäfts-Nr. CG060033-L) gewesen war. Soweit sie aus dessen Zustellung erst in ihrer Stellungnahme vom 10. Oktober 2022 (Urk. 5/68 S. 3) die Befangenheit ableiten will, erfolgt dies verspätet. Im Übrigen ist das Vorbringen ohnehin nicht geeignet, die Befangenheit des Ersatzrichters im vorliegenden Verfahren zu begründen: Die Revisionsklägerin war nämlich im Verfahren CG060033-L gar nicht Partei (Urk. 5/69/1).

3. Zusammenfassend vermag die Revisionsklägerin die Eventualbegründung der Vorinstanz nicht umzustossen. Vor diesem Hintergrund ist auf ihre Rü-

gen im Zusammenhang mit der Hauptbegründung (Urk. 1 S. 1–8) nicht einzugehen. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

III.

Die Gerichtsgebühr ist auf Fr. 1'500.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GebV OG). Sie ist ausgangsgemäss der unterliegenden Revisionsklägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, der Revisionsklägerin mangels Antrags und zufolge Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO), der Revisionsbeklagten aufgrund fehlender relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Revisionsklägerin auferlegt.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Revisionsklägerin durch elektronische Zustellung, an die Revisionsbeklagte unter Beilage des Doppels von Urk. 1 und gegen Empfangsschein, sowie an die Vorinstanz 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert der Hauptsache beträgt Fr. 1'156'696.40.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 16. Januar 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Chr. Arnold

versandt am:
jo