

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT230107-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin Dr. S. Janssen
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

Urteil vom 18. August 2023

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin

gegen

Kanton Zürich,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

vertreten durch Kantonales Steueramt Zürich

betreffend **Rechtsöffnung (Ausstand)**

**Beschwerde gegen einen Entscheid des Einzelgerichts Audienz am
Bezirksgericht Zürich vom 4. Juli 2023 (EB221055-L)**

Erwägungen:

1. a) Die Parteien stehen vor Vorinstanz seit dem 16. August 2022 in einem Rechtsöffnungsverfahren, welches seit Beginn ununterbrochen von Ersatzrichter MLaw B. _____ geführt wird (Urk. 6/1 S. 1, Urk. 6/4).

Mit Verfügung vom 22. Mai 2023 stellte die Vorinstanz der Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchsgegnerin) die Eingaben des Gesuchstellers und Beschwerdegegners (fortan Gesuchsteller) vom 29. September 2022 (Urk. 6/12, Urk. 6/13/1-2), 19. Oktober 2022 (Urk. 6/21, Urk. 6/22/11-15) und 22. November 2022 (Urk. 6/23, Urk. 6/24/1) zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zu. Dies mit dem Hinweis, dass eine allfällige schriftliche Äusserung innert zehn Tagen ab Zustellung der Verfügung zu erfolgen habe, ansonsten diese unberücksichtigt bliebe (Urk. 6/43). Mit Eingabe vom 9. Juni 2023 (gleichentags der Post übergeben, bei der Vorinstanz am 12. Juni 2023 eingegangen) stellte die Gesuchsgegnerin den Antrag, es sei ihr in Bezug auf die in der Verfügung vom 22. Mai 2023 genannte schriftliche Äusserung die Frist um zehn Tage bis zum 19. Juni 2023 zu erstrecken (Urk. 6/45). Mit vorinstanzlicher Verfügung vom 12. Juni 2023 wurde das Fristerstreckungsgesuch abgewiesen und eine nicht erstreckbare Notfrist bis 16. Juni 2023 gewährt. Diese Verfügung wurde an die Gesuchsgegnerin – in Anwendung von Art. 138 Abs. 1 ZPO – mit der Versandart "Gerichtsurkunde" zugestellt (Urk. 6/46, Urk. 6/50).

Mit Eingabe vom 20. Juni 2023 (gleichentags der Post übergeben, am 21. Juni 2023 bei der Vorinstanz eingegangen) stellte die Gesuchsgegnerin folgende Anträge (Urk. 6/51 S. 1):

- " 1 - Die Verfügung vom 12. Juni 2023 sowie auch die Verfügungen vom 16. August 2022, vom 6. Oktober 2022, vom 23. Januar 2023, vom 16. Februar 2023 und 22. Mai 2022 im Bezug auf EB221055 sei für nichtig zu erklären und aufzuheben.
- 2 - Ein unparteiischer und unvorgemerkter Richter bzw Richterin ist im Bezug auf EB221055 zuzuteilen und eine neue Beurteilung zu erfassen.
- 3 - Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin."

In Anwendung von § 127 lit. c GOG und § 55 der Geschäftsordnung des Bezirksgerichts Zürich vom 3. Dezember 2010 entschied Bezirksrichterin lic. iur.

C._____ am 4. Juli 2023 das Folgende (Urk. 2 S. 6 = Urk. 6/53 S. 6):

- " 1. Das Ausstandsgesuch gegen Ersatzrichter MLaw B._____ wird abgewiesen soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Entscheidgebühr von Fr. 300.00 wird der Gesuchstellerin (Gesuchsgegnerin im Rechtsöffnungsverfahren) auferlegt.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin (Gesuchsgegnerin im Rechtsöffnungsverfahren) als Gerichtsurkunde.
4. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid kann innert *10 Tagen* von der Zustellung an unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Eingaben und Beilagen sind in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei einzureichen.
5. Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten *nicht* (Art. 145 Abs. 2 ZPO)."

b) Innert Frist (Urk. 6/56) erhob die Gesuchsgegnerin gegen den erstinstanzlichen Entscheid vom 4. Juli 2023 mit Eingabe vom 24. Juli 2023 Beschwerde mit den folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 1):

- " 1 - Der Entscheid vom 4. Juli 2023 sei für nichtig zu erklären und aufzuheben und die Sache sei der Vorinstanz für neue Beurteilung zurückzuweisen.
- 2 - Die Verfügung vom 12. Juni 2023 sowie auch die Verfügungen vom 16. August 2022, vom 6. Oktober 2022, vom 23. Januar 2023, vom 16. Februar 2023 und 22. Mai 2022 im Bezug auf EB221055 sei für nichtig zu erklären und aufzuheben.
- 3 - Die Vorinstanz sei gerichtlich anzuweisen Mlaw B._____ mit unparteiischen und unvorgenommer Richter bzw Richterin ist im Bezug auf EB221055 zu ersetzen und eine neue Beurteilung zu erfassen.
- 4 - Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 6/1-56).

Auf die Ausführungen der Gesuchsgegnerin im Beschwerdeverfahren ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als sich dies für die Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

2. a) Die Gesuchsgegnerin führt in ihrer Beschwerdeschrift aus, dass die Vorderrichterin weder unparteiisch noch unvoreingenommen sei, da sie in der gleichen Abteilung arbeite wie MLaw B._____ und diesen gut kenne (Urk. 1 S. 5 Rz. 24 ff.).

Dass der Entscheid über das Ausstandsbegehren von Bezirksrichterin lic. iur. C._____ gefällt wurde, verstösst weder gegen Bundesrecht noch gegen kantonales Recht und auch nicht gegen die Geschäftsordnung des Bezirksgerichts Zürich. Gemäss § 127 lit. c GOG entscheidet über streitige Ausstandsbegehren gemäss Art. 50 ZPO das Bezirksgericht, wenn Ersatzmitglieder des Bezirksgerichts betroffen sind. Sofern das Bezirksgericht zur Behandlung des streitigen Ausstandsbegehrens zuständig ist (Art. 50 ZPO i.V.m. § 127 lit. a und c GOG), entscheidet gemäss § 55 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Bezirksgerichts Zürich vom 3. Dezember 2010 grundsätzlich die Abteilung oder der Bereich, der bzw. dem die betroffene Gerichtsperson angehört, unter Ausschluss der betroffenen Gerichtsperson. Diese rechtlichen Vorgaben hat die Vorinstanz in keiner Weise verletzt, hat sie doch unter Ausschluss der abgelehnten Gerichtsperson über das Ausstandsbegehren der Gesuchsgegnerin entschieden. Wieso Bezirksrichterin lic. iur. C._____ nicht fähig sein soll, in unparteiischer und unbefangener Weise über den Ausstand von MLaw B._____ zu befinden, erschliesst sich nicht. Jedenfalls geht auch das Bundesgericht davon aus, dass Richter in der Lage sind, unparteiisch über die Ablehnung einer anderen Gerichtsperson zu entscheiden, auch wenn diese demselben Bereich angehört (BGer 4A_182/2013 vom 17. Juli 2013, E. 4; BGer 4A_377/2014 vom 25. November 2014, E. 4.5 m.w.H.; vgl. auch Art. 37 Abs. 1 BGG).

b) Nichtigkeit eines Entscheids tritt nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein, wenn der ihm anhaftende Mangel besonders schwer ist, er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeits-

gründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht. Inhaltliche Mängel eines Entscheids führen nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit (BGer 5A_630/2015 vom 9. Februar 2016, E. 2.2.2 mit Verweis auf BGE 138 II 501 E. 3.1).

Die Gesuchsgegnerin bringt keinerlei Sachumstände vor, die in irgendeiner Weise auf Nichtigkeit des angefochtenen Entscheids schliessen lassen könnten. Solche sind auch nicht ersichtlich. Wie aufgezeigt liegt insbesondere auch keine Nichtigkeit vor, weil Bezirksrichterin lic. iur. C._____ den angefochtenen Entscheid gefällt hat. Die geltend gemachte Nichtigkeit des angefochtenen Entscheids ist demnach nicht gegeben.

3. a) In Bezug auf die Beschwerdeanträge ist zu berücksichtigen, dass lediglich das Dispositiv in Rechtskraft erwächst, nicht aber die Erwägungen des angefochtenen Entscheids, und deshalb auch nur das Dispositiv angefochten werden kann (BGE 140 I 114 E. 2.4.2 m.w.H.). Folglich haben sich die Rechtsbegehren auf das Dispositiv und nicht auf die Begründung zu beziehen (BGer 2C_470/2022 vom 3. August 2022, E. 4.1 m.w.H.; BGer 9C_611/2022 vom 14. März 2023, E. 2.2.3 m.w.H.). Dies schliesst es aus, im Rechtsmittelverfahren Anträge in der Sache zu stellen, welche sich nicht auf das Dispositiv des angefochtenen Entscheids beziehen.

b) Im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist demnach auf den Antrag der Gesuchsgegnerin, die vorinstanzlichen Verfügungen vom 16. August 2022, 6. Oktober 2022, 23. Januar 2023, 16. Februar 2023, 22. Mai 2022 (recte: 2023) und 12. Juni 2023 seien für nichtig zu erklären und aufzuheben (Urk. 1 S. 1 Antrag 2 und S. 4 Rz. 22), welchen sie bereits erstinstanzlich gestellt hatte (Urk. 6/51 S. 1 Antrag 1), nicht einzutreten, da im Dispositiv des angefochtenen Entscheids einzig das Ausstandsgesuch gegen Ersatzrichter MLaw B._____ abgewiesen wurde, soweit darauf eingetreten wurde (Urk. 2 S. 6 Dispositivziffer 1).

4. a) Die Vorinstanz führte zur Rechtzeitigkeit des Ausstandsbegehrens gegen MLaw B._____ aus, das Verfahren sei am 15. August 2022 anhängig gemacht worden (unter Hinweis auf Urk. 6/1), worauf MLaw B._____ der Gesuchs-

gegnerin mit prozessleitender Verfügung vom 16. August 2022 Frist zur Stellungnahme angesetzt habe (unter Hinweis auf Urk. 6/4). Die weiteren Verfügungen vom 6. Oktober 2022 (unter Hinweis auf Urk. 6/16), 23. Januar 2023 (unter Hinweis auf Urk. 6/31), 16. Februar 2023 und 23. Mai 2023 (unter Hinweis auf Urk. 6/43) wiesen ebenfalls alle MLaw B._____ als fallführenden Ersatzrichter aus. Dass das Rechtsöffnungsverfahren MLaw B._____ als Ersatzrichter zugeteilt worden sei, sei der Gesuchsgegnerin bereits seit 24. August 2022, als ihr dessen erste Verfügung vom 16. August 2023 (recte: 2022) zugestellt worden sei (unter Hinweis auf Urk. 6/5), bekannt. Danach habe sie bis 20. Juni 2023, d.h. rund zehn Monate zugewartet, um ihr Ablehnungsgesuch zu stellen, nachdem Ersatzrichter MLaw B._____ ihrem Fristerstreckungsgesuch nicht entsprochen gehabt habe. Ein derartiges Verhalten gelte nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als rechtsmissbräuchlich, weshalb insoweit auf das Ausstandsgesuch nicht einzutreten sei (Urk. 2 S. 5 f. E. 3.9).

Die Gesuchsgegnerin führt in ihrer Beschwerdeschrift hierzu aus, dass sie ihres Erachtens jederzeit geltend machen könne – auch mit der Beschwerde gegen den Endentscheid –, dass MLaw B._____ nicht berechtigt sei, das Bezirksgericht als Ersatzrichter zu vertreten. Gestützt auf BGer 1B_420/2022 bitte sie hiermit, die Vorinstanz gerichtlich anzuweisen, MLaw B._____ im erstinstanzlichen Verfahren durch einen/eine unparteiische/n und unvoreingenommene/n Richter/in zu ersetzen (Urk. 1 S. 4 Rz. 17 ff., insb. Rz. 20 f.).

b) Ein Ablehnungsbegehren ist unverzüglich zu stellen, sobald vom Ausstandsgrund Kenntnis erlangt worden ist, ansonsten ein solcher verwirkt (ZK ZPO-Wullschleger, Art. 49 N 12 m.w.H.; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 49 ZPO N 5 m.w.H.; Urbach, OFK-ZPO, Art. 49 N 4 m.w.H.; BGE 118 Ia 282 E. 3a m.w.H.; BGE 140 I 271 E. 8.4.3 m.w.H.; BGE 139 III 120 E. 3.2.1 m.w.H.). Der Begriff "unverzüglich" ist streng zu verstehen. Schon aus Art. 51 Abs. 1 ZPO ist zu folgern, dass die Frist in keinem Fall mehr als zehn Tage umfassen kann. Generell ist zu verlangen, dass eine Partei auf jeden Fall nicht in Kenntnis eines Ausstandsgrundes untätig einen weiteren und unter Umständen zu wiederholenden Verfahrensschritt ablaufen lassen darf. Im Interesse einer raschen Klärung

und eines speditiven Verfahrens kann die zur Verfügung stehende Zeit nur Tage betragen; allenfalls verlängert um Feiertage wie Weihnachten und Neujahr. Etwas grosszügiger ist sie zu bemessen, wenn die Partei zuerst noch Abklärungen treffen muss, wie bei einem häufigen Namen einer Gerichtsperson (*OGer ZH RB120045-O vom 13.11.2012, E. II.4.2*). Die Frist kann aber auch sehr viel kürzer sein, da die Ablehnung nicht davon abhängig sein darf, wie sich die Sache aus der Sicht einer Partei entwickelt: Bei einer öffentlichen Urteilsberatung dürfen die Parteien z.B. nicht zuwarten, bis sie hören, wie das Gericht entscheiden wird. Sobald sie erkennen, welche Besetzung tagt, müssen sie ihnen bereits bekannte Ausstandsgründe geltend machen. Die bisherige Praxis des Bundesgerichtes dazu ist streng (Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 49 N 3 mit Verweis auf BGE 132 II 485 E. 4.3 und BGE 134 I 20 E. 4.3.1; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 49 ZPO N 4 m.w.H.).

Die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweis- bzw. Glaubhaftmachungslast für die Rechtzeitigkeit und mithin für den Zeitpunkt der Kenntnisnahme vom Ausstandsgrund trifft die gesuchstellende Partei (ZK ZPO-Wullschleger, Art. 49 N 11; Urbach, OFK-ZPO, Art. 49 N 5 m.w.H.; *OGer ZH RB120045-O vom 13.11.2012, E. II.3.1*).

Der Gesuchsgegnerin musste mit der Entgegennahme der Verfügung vom 16. August 2022 (Urk. 6/4, Urk. 6/52/3) am 24. August 2022 (vgl. Urk. 6/5) bewusst gewesen sein, dass das Rechtsöffnungsverfahren EB221055-L von Ersatzrichter MLaw B._____ geführt wird, da dieser namentlich auf der Verfügung genannt war und in Anwendung von § 136 GOG die prozessleitende Verfügung auch unterzeichnet hatte (Urk. 6/4). Die Gesuchsgegnerin substantiiert jedoch weder die genauen Umstände noch den exakten Zeitpunkt der Kenntnisnahme der von ihr vorgebrachten und im Zusammenhang mit der Funktion von MLaw B._____ als Ersatzrichter und der Rechtsprechung des Bundesgerichts in BGE 149 I 14 (BGer 1B_420/2022 vom 9. September 2022) stehenden Ausstandsgründe. Sie brachte in ihrem Ausstandsgesuch vom 20. Juni 2023 lediglich vor, sie reiche das Ausstandsgesuch fristgerecht ein (Urk. 6/51 S. 1). Insofern kann nicht bejaht werden, dass die Gesuchsgegnerin unverzüglich reagiert hat. Da die

Gesuchsgegnerin ihr Ausstandsgesuch gegen MLaw B. _____ erst zehn Monate nach Kenntnisnahme der Verfügung vom 16. August 2022 stellte, ist der Vorinstanz darin Recht zu geben, dass das Ausstandsbegehren als verspätet gestellt zu betrachten ist. Dies zudem auch vor dem Hintergrund, dass die Gesuchsgegnerin bis Ende Mai 2023 vier weitere von Ersatzrichter MLaw B. _____ erlassene Verfügungen erhalten hat (Urk. 6/16, Urk. 6/17b; Urk. 6/31; Urk. 6/37, Urk. 6/40; Urk. 6/43-44; Urk. 6/52/4-7). Einzig hinsichtlich des von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten Ausstandsgrunds der grundlosen Abweisung ihres Fristerstreckungsgesuchs durch MLaw B. _____ in der Verfügung vom 12. Juni 2023 (Urk. 6/51 S. 2 Rz. 3 f., S. 5 Rz. 14, S. 6 Rz. 24 sowie S. 7 Rz. 26) ist von der Rechtzeitigkeit des Ausstandsgesuchs auszugehen (Urk. 6/50). Diesbezüglich ist jedoch – wie bereits von der Vorinstanz korrekt ausgeführt (Urk. 2 S. 3 f. E. 3.3) – darauf hinzuweisen, dass richterliche Verfahrensfehler und Fehlentscheide mit den dafür vorgesehenen Rechtsmitteln zu rügen sind. Sie sind grundsätzlich nicht geeignet, zusätzlich den objektiven Anschein von Befangenheit zu erwecken (BGer 4A_328/2021 vom 26. Juli 2021, E. 2.3 m.w.H.).

5. Damit erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet. Es kann daher davon abgesehen werden, eine Beschwerdeantwort des Gesuchstellers oder eine Stellungnahme der Vorinstanz einzuholen (Art. 322 ZPO, Art. 324 ZPO). Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

6. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr ist ausgangsgemäss der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr ist gestützt auf Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 500.– festzusetzen. Mangels wesentlicher Umtriebe ist dem Gesuchsteller für das Beschwerdeverfahren keine Entschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO). Die Gesuchsgegnerin ihrerseits hat als unterliegende Partei keinen Anspruch auf Entschädigung (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2. Die Entscheidgebühr des Beschwerdeverfahrens wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Gesuchsgegnerin auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsteller unter Beilage von Kopien der Urk. 1, 3 und 4/2-4, und an die Vorinstanz, je 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. 45'120.55.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 18. August 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:

st