

BS_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2017.57 vom 7. November 2017

BS Appellationsgericht, 2017-11-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BEZ.2017.57

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2017.57 du 7 novembre 2017

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2017.57 del 7 novembre 2017

Erwägungen

E. 1

ZPO). Wie es sich damit verhält, ist derzeit noch nicht feststellbar, weil das Gericht noch kein Übermittlungsschreiben des Generalkonsulats erhalten hat. Ob die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht worden ist, kann vorliegend jedoch ausnahmsweise offen gelassen werden, weil sie aufgrund der folgenden Erwägungen ohnehin abzuweisen ist. Für einen ausnahmsweisen Sachentscheid bereits vor der Übermittlung des Originals der Beschwerde spricht im vorliegenden Fall auch der Umstand, dass sich damit ein weiterer Entscheid über die aufschiebende Wirkung der Beschwerde erübrigt und das vor der unteren Aufsichtsbehörde hängige Ausstandsverfahren vorangetrieben werden kann.

E. 2

Soweit Art. 20a SchKG keine Regelung enthält, gelten für das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden sinngemäss die Vorschriften der ZPO (§ 5 Abs. 4 EG SchKG). Gemäss Art. 49 Abs. 2 ZPO nimmt die von einem Ausstandsgesuch betroffene Gerichtsperson dazu Stellung. Gemäss der angefochtenen Verfügung ist diese Bestimmung auf das vorliegende Ausstandsverfahren nicht anwendbar, weil sie Ausstandsgesuche gegen Mitglieder von Gerichten regle, die selber über die Gesuche entscheiden, während der Entscheid über den Ausstand des Verfahrensleiters des Konkursamts in die Zuständigkeit der (unteren) Aufsichtsbehörde und damit nicht der Behörde falle, der die abgelehnte Person angehöre. Diese Auffassung überzeugt nicht. Es ist zwar richtig, dass sich die Ausstandsverfahren betreffend Gerichtspersonen einerseits und Beamte und Angestellte des Betreibungs- und Konkursamts andererseits insofern unterscheiden, als im ersten Fall die Behörde, der die abgelehnte Person angehört, entscheidet (§ 56 Abs. 4 GOG) und im zweiten Fall die untere Aufsichtsbehörde und damit eine andere Behörde als diejenige, der die abgelehnte Person angehört. Weshalb dieser Unterschied gegen eine sinngemässe Anwendung von Art. 49 Abs. 2 ZPO sprechen sollte, ist jedoch nicht ersichtlich. Eine Stellungnahme der abgelehnten Person ist nicht weniger angezeigt, wenn statt der Behörde, der diese angehört, eine andere Behörde über das Ausstandsgesuch entscheidet. Letztlich kann die Frage der sinngemässen Anwendbarkeit von Art. 49 Abs. 2 ZPO aber offen bleiben, weil diese Bestimmung ohnehin nicht verletzt worden ist.

E. 3

3.1 Mit Vernehmlassung vom 19. Oktober 2017 nahm der Verfahrensleiter des Konkursamts zum Ausstandsgesuch der Beschwerdeführerin vom 13. (recte: 12.) September 2017 Stellung. Gemäss der angefochtenen Verfügung entspricht diese Vernehmlassung inhaltlich einer Stellungnahme gemäss Art. 49 Abs. 2 ZPO.

3.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die untere Aufsichtsbehörde habe Art. 49 Abs. 2 ZPO verletzt, indem sie keine "dienstliche Stellungnahme" des abgelehnten Verfahrensleiters des Konkursamts zu ihrem Ablehnungsgesuch vom 12. September 2017 eingeholt habe. Die "dienstliche Stellungnahme" gemäss Art. 49 Abs. 2 ZPO diene der Wahrung des Anspruchs auf ein gesetzliches Gericht gemäss Art. 30 Abs. 1 BV, indem sie der gesuchstellenden Partei Einblick in die inneren Beweggründe der abgelehnten Gerichtsperson verschaffe. Eine Vernehmlassung hingegen diene der Wahrung des rechtlichen Gehörs der abgelehnten Gerichtsperson. Aufgrund dieser unterschiedlichen Zwecke könne die "dienstliche Stellungnahme" durch eine Vernehmlassung nicht ersetzt werden.

3.3 Zunächst ist klarzustellen, dass Art. 49 Abs. 2 ZPO bloss eine Stellungnahme der betroffenen Gerichtsperson vorsieht. Der vom deutschen Rechtsanwalt der Beschwerdeführerin verwendete Begriff der "dienstlichen Stellungnahme" ist dem Schweizer Recht fremd. Die Stellungnahme der betroffenen Gerichtsperson dient sowohl der Abklärung des Sachverhalts als auch der Wahrung des rechtlichen Gehörs des Gesuchstellers und der Gerichtsperson (vgl. BGE 138 IV 222 E. 2.1 S. 224 [zu Art. 58 Abs. 2 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0)]; BGer 1B_227/2013 vom 15. Oktober 2013 E. 3.1 [zu Art. 58 Abs. 2 StPO]; Boog, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar. Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 58 N 11; Kiener, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 49 N 8). Entgegen der in keiner Art und Weise belegten Auffassung der Beschwerdeführerin erfüllt somit ein und dieselbe Eingabe die von der Beschwerdeführerin erwähnte Doppelfunktion. Ob die Eingabe als Stellungnahme oder Vernehmlassung bezeichnet wird, ist entgegen der wortklauberischen Argumentation der Beschwerdeführerin irrelevant. Dementsprechend wird die im Gesetz Stellungnahme genannte Eingabe in der Literatur teilweise auch als Vernehmlassung bezeichnet (Boog, a.a.O., Art. 58 N 11; Livschitz, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Stämpfli Hand-kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, Art. 49 N 9).

Die Eingabe des Verfahrensleiters des Konkursamts vom 19. Oktober 2017 trägt den Titel Vernehmlassung. Wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt, ist dies unschädlich. Im Übrigen erklärt der vom Ausstandsgesuch Betroffene in dieser Eingabe ausdrücklich, er nehme zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 12. September 2017 "Stellung". Dass die Eingabe vom 19. Oktober 2017 inhaltlich den Anforderungen an eine Stellungnahme im Sinn von Art. 49 Abs. 2 ZPO nicht genügen würde, wird von der Beschwerdeführerin nicht einmal behauptet und ist auch nicht ersichtlich. Im Übrigen bestünde im Falle einer unvollständigen Stellungnahme ohnehin keine Pflicht zu einer Ergänzung der Stellungnahme (vgl. BGer 1B_199/2012 vom 13. Juli 2012 E. 3.2 [zu Art. 58 Abs. 2 StPO]; Keller, in: Donatsch/Hansjakob/ Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 58 N 12).

Aus den vorstehenden Gründen stellt die Vernehmlassung des Verfahrensleiters des Konkursamts vom 19. Oktober 2017 eine hinreichende Stellungnahme im Sinn von Art. 49 Abs. 2 ZPO zum Ausstandsgesuch der Beschwerdeführerin vom 12. September 2017 dar. Folglich hat die Vorinstanz den Antrag der Beschwerdeführerin auf Einholung einer zusätzlichen "dienstlichen Stellungnahme" zu Recht abgewiesen und der Beschwerdeführerin zu Recht eine Frist angesetzt für die Replik zur Vernehmlassung vom

19. Oktober 2017.

E. 4

Das Verfahren vor der oberen Aufsichtsbehörde ist kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.