

# ZH\_OBERGERICHT PS110179 vom 21. Dezember 2011

ZH Obergericht, 2011-12-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PS110179](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS110179)

FR: ZH\_OBERGERICHT PS110179 du 21 décembre 2011

IT: ZH\_OBERGERICHT PS110179 del 21 dicembre 2011

## Erwägungen

### E. 1

Mit Eingabe vom 9. September 2011 beantragte die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) im von der Gläubigerin bei der Vorinstanz gegen sie angestregten Konkursverfahren ohne vorgängige Be- treibung den Ausstand von Ersatzrichter lic. iur. B.\_\_\_\_\_ (act. 5/19). Am 12. September 2011 nahm B.\_\_\_\_\_ Stellung zu diesem Ausstandsbegehren (act. 5/25). Mit Beschluss vom 19. September 2011 wies das Kollegialgericht des Bezirkes Affoltern das Ausstandsbegehren der Schuldnerin ab (act. 6/27 = act. 5).

#### E. 1.1

Die Beschwerdeführerin beantragt, es sollen im Beschwerdeverfahren nur absolut neutrale Personen mitwirken. Diejenigen, welche Jahr für Jahr an Ent- scheiden beteiligt seien, wo am "Wahlgesetz" vorbei anonyme Personen als "Er- satzrichter oder Ersatzrichterin am Bezirksgericht Affoltern am Albis" eingesetzt würden, hätten den Ausstand zu beachten (act. 1 S. 3, Antrag 5). Die Beschwerdeführerin nennt in ihrer Begründung weder namentlich Personen noch bezeichnet sie konkrete Ausstandsgründe nach Art. 47 ZPO. Stattdessen verlangt sie pauschal den Ausstand von Mitgliedern der Verwaltungskommission des Obergerichts Kantons Zürich (Wahlorgan der Ersatzrichter, vgl. § 18 lit. j Ziff. 3 Verordnung über die Organisation des Obergerichts vom 3. November 2010). Ein Ausstandsgesuch gegen ein ganzes Gericht bzw. hier die Verwal- tungskommission, ohne Spezifikation und Konkretisierung der Ausstandsgründe bezüglich aller abgelehnten Gerichtspersonen, ist unzulässig (ZK ZPO- WULLSCHLEGER, Art. 49 N 2). Alleine die Begründung, die allfällige Mitgliedschaft der Oberrichter in der Verwaltungskommission führe zu fehlender Neutralität, vermag nicht einmal ansatzweise den objektiven Anschein einer Befangenheit zu begründen. Insbesondere führt die Tatsache, dass ein Gerichtsmitglied der II. Zivilkammer zugleich Mitglied der Verwaltungskommission sein könnte und folglich an der Wahl von B.\_\_\_\_\_ als Ersatzrichter beteiligt war, nicht zum Aus- standsgrund nach Art. 47 Abs. 1 lit. b ZPO. Danach sind lediglich Gerichtsperso- nen ausgeschlossen, welche in einer anderen Stellung in der gleichen Sache tätig waren. Als Mitglied der Verwaltungskommission ist ein Oberrichter zwar noch in

- 4 - anderer Stellung tätig, aber durch die Wahl eines Ersatzrichters hat er in keiner Weise Einfluss auf die vom Ersatzrichter zukünftig zu führenden Verfahren.

#### E. 1.2

Weiter beantragt die Beschwerdeführerin den Ausstand aller (obergerichtli- chen) Gerichtspersonen, welche an Entscheiden im Proz. Nr. CG990006 und den daraus entstandenen weiteren Verfahren in Sachen D.\_\_\_\_\_ AG unter Verletzung von Art. 270

SchKG, ZGB, OR, BV, EMRK, ZPO-ZH, GVG-ZH und SchKG mitgewirkt hätten. Diese Personen seien tagtäglich dafür mitverantwortlich, dass das Verfahren mit Rechtsverzögerung, Rechtsverweigerung, Willkür usw. immer noch hängig sei und so den Exponenten (Aktionäre, Organe, Gläubiger usw.) wirtschaftlicher, seelischer und gesundheitlicher Schaden entstehe (act. 1 S. 3, Antrag 6). Die Beschwerdeführerin nennt wiederum keine konkreten Ausstandsgründe nach Art. 47 ZPO, sondern lehnt pauschal alle Gerichtsmitglieder ab, welche an den genannten Verfahren möglicherweise beteiligt waren. Das heisst, es fehlt vorliegend bereits an der namentlichen Benennung der Gerichtspersonen verbunden mit der Bezeichnung der entsprechenden Rechtsmittelverfahren. Selbst wenn die Beschwerdeführerin die Gerichtspersonen namentlich genannten hätte, reichte die Tatsache alleine, dass diese an einem Rechtsmittelverfahren zum vorinstanzlichen Prozess-Nr. CG990006 beteiligt waren, nicht aus, um einen Ausstandsgrund zu begründen. Dazu müssten zumindest ansatzweise Anhaltspunkte für besonders krasse oder wiederholt einseitig zulasten einer Partei gerichtete Irrtümer, die einer Amtspflichtverletzung gleichkommen, vorhanden sein (vgl. dazu ZK ZPO-WULLSCHLEGER, Art. 47 N 35).

### **E. 1.3**

Nach dem Gesagten ist auf die unsubstanziert gebliebenen und damit unzulässigen Anträge 5 und 6 nicht einzutreten. 2. Passivlegitimation der Beschwerdeführerin (Antrag 1)

### **E. 2**

Dagegen führte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 6. Oktober 2011 rechtzeitig Beschwerde (act. 1). Mit Beschluss der Kammer vom 25. Oktober 2011 wurde das von der Schuldnerin gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen und gleichzeitig eine Frist von 10 Tagen angesetzt, um einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 750.– zu leisten. Die weitere Prozessleitung wurde an Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen delegiert (act. 7). Am 14. November 2011 ging beim Obergericht eine an den Obergerichtspräsidenten persönlich adressierte Eingabe mit Beilagen ein. Diese wurde an die II. Zivilkammer weitergeleitet (act. 13-15).

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die "A. \_\_\_\_\_ & Co" Kollektivgesellschaft, ... [Adresse], aufgrund der Auflösung

- 5 - und Löschung im Handelsregister des Kantons Zürich nicht mehr existiere (act. 1 S. 1, Antrag 1).

### **E. 2.2**

Nach Art. 562 OR kann die Kollektivgesellschaft vor Gericht klagen und verklagt werden. Gemäss Internet-Auszug des Handelsregisters des Kantons Zürich vom 7. Oktober 2011 wurde die Schuldnerin am 22. September 2011 im Handelsregister gelöscht (act. 4 S. 1). Die Löschung wurde im Schweizerischen Handelsamtsblatt am 27. September 2011 publiziert. Der entsprechenden Publikation sowie derjenigen vom 5. Mai 2011 kann entnommen werden, dass sich die Schuldnerin aufgelöst hat, die Liquidation durchgeführt und die Gesellschaft gelöscht ist (act. 4). Damit stellt sich die Frage nach der Parteifähigkeit der Schuldnerin, die von Amtes wegen zu prüfen ist (Art. 59 Abs. 2 lit. c und Art. 60 ZPO). Bei der Schuldnerin handelt es sich um eine kaufmännische Kollektivgesellschaft. Eine solche entsteht gemäss Art. 552 Abs. 2 OR unabhängig vom Handelsregisterantrag, was

soviel heisst, dass der Eintrag lediglich deklaratorische Wirkung hat. Ebenso wenig bewirkt im Falle einer Liquidation die Löschung des Eintrags das Ende der Gesellschaft.

Entscheidend ist die Beendigung der Liquidation. So lange eine aufgelöste Gesellschaft noch Ansprüche gegen Dritte besitzt oder Forderungen Dritter gegen sie vorhanden sind, besteht sie trotz Löschung im Handelsregister weiter, und es kann denn auch grundsätzlich ihre Wiedereintragung verlangt werden. Die Löschung einer Kollektivgesellschaft hat - auf Veranlassung der Liquidatoren hin - nach Beendigung der Liquidation zu erfolgen (Art. 589 OR). Die Liquidation ist dann beendet, wenn alle Schulden bezahlt oder übernommen wurden und alle Aktiven verteilt sind. Folgerichtig können unbekümmert um die zu Unrecht erfolgte Löschung einer Kollektivgesellschaft vor beendigter Liquidation angehobene Aktiv- oder Passivprozess ohne Änderung der Partei weitergeführt und neue Prozesse im Namen der Gesellschaft oder gegen sie angehoben werden, wobei das Urteil auf den Namen der Gesellschaft auszufällen ist. Solange die Liquidation formell, nicht aber materiell abgeschlossen ist, bleibt die Firma trotz Löschung rechts-, partei- und prozessfähig sowie entsprechend Art. 40 Abs. 1 SchKG auch bis sechs Monate nach der Löschung konkursfähig (BSK OR II- STAEHELIN, Art. 589 N 4 ff.; BGE 81 II 358; ZBJV 140/2004 S. 704).

- 6 - Eine vor Beendigung der Liquidation erfolgte Löschung ist grundsätzlich rechtswidrig. Dass es dennoch zu Löschungen im Handelsregister kommen kann, ist darauf zurückzuführen, dass die Eintragung einer beendeten Liquidation ins Er-messen der Liquidatoren der Gesellschaften gestellt ist. Dritte haben daher - im Gegensatz zur Zwangsliquidation im Konkurs - keine Garantie dafür, dass die Löschung auch der Wirklichkeit entspricht (vgl. ZR 102/2003 Nr. 41).

### **E. 2.3**

Die Beschwerdeführerin (Eidgenössische Steuerverwaltung) beantragte bei der Vorinstanz am 11. Februar 2011 die Konkurseröffnung für aufgelaufene fällige Mehrwertsteuer-Schulden in der Höhe von Fr. 51'037.- (act. 5 S. 2). Zum Zeitpunkt der Einreichung des Konkursbegehrens war die Beschwerdeführerin somit noch nicht im Handelsregister gelöscht. Die Löschung wurde am 22. September 2011 durch den Liquidator AA.\_\_\_\_\_ veranlasst. Daraus ergibt sich, dass die Liquidation am 22. September 2011 noch nicht beendet sein konnte, da das Konkursverfahren noch im Gange war. Die A.\_\_\_\_\_ & Co Kollektivgesellschaft ist demnach parteifähig und AA.\_\_\_\_\_ ist im Rubrum als Liquidator zu führen. Der Antrag 1 ist daher abzuweisen.

### **E. 3**

Aufhebung des Beschlusses des Bezirksgerichts Affoltern vom 19. September 2011 (Antrag 2)

#### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei der Beschluss des Bezirksgerichtes Affoltern vom 19. September 2011 aufzuheben (Antrag 2) und das vorinstanzliche Verfahren EK110035 infolge Gegenstandslosigkeit ohne weitere Handlungen zu beenden und resp. abzuschreiben (Antrag 3; act. 1 S. 1). Zudem sei das Bezirksgericht Affoltern formal-juristisch nicht dafür zuständig gewesen, das Ausstandsbegehren zu behandeln, weil B.\_\_\_\_\_ scheinbar auf Antrag der Vorinstanz durch das Obergericht des Kantons Zürich anonym als "vollamtlicher Ersatzrichter" gewählt worden sei. Es handle sich dabei um eine klare Verletzung des materiellen Rechts und sei willkürlich (act. 1 S. 14 f.).

### **E. 3.2**

Es ist zunächst auf die grundlegende Frage der Legitimation von Ersatzrichtern und sodann auf die Frage der Zuständigkeit des Bezirksgerichts Affoltern für den Entscheid über das Ausstandsgesuch (Art. 50 Abs. 1 ZPO) einzugehen.

- 7 -

#### **E. 3.2.1**

Im Kanton Zürich werden gestützt auf die Verordnung über die Organisation des Obergerichts vom 3. November 2010 voll- oder teilamtliche Ersatzmitglieder der Bezirksgerichte durch die Verwaltungskommission gewählt (§ 18 Abs. 3 lit. j Ziff. 3). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist das Obergericht befugt, auf Antrag der Bezirksgerichte Personen für bestimmte Zeit oder bestimmte Prozesse als Ersatzrichter zu bestellen. Die Bundesverfassung schreibe die Wahl der Richter nicht vor, und auch die Verfassung des Kantons Zürichs kenne keine Vorschrift in dieser Richtung. Das demokratische Prinzip sei somit in keiner Weise berührt, wenn ausnahmsweise ein Ersatzrichter vom Obergericht mit der Ausübung einzelrichterlicher Funktionen betraut werde (BGE 105 IA 166, E. 4). Dass B.\_\_\_\_\_ von der Verwaltungskommission formell als Ersatzrichter ernannt worden ist, wird von der Beschwerdeführerin zu Recht nicht in Abrede gestellt. Er gilt im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als ernannter Ersatzrichter. Im vorinstanzlichen Verfahren war das Konkursgericht demnach mit Ersatzrichter B.\_\_\_\_\_ gehörig und keineswegs willkürlich besetzt. Ergänzend noch folgende Bemerkung: Am 9. September 2009 stellte das Obergericht beim Kantonsrat den Antrag, es seien an den Bezirksgerichten Affoltern, Bülach, Dietikon, Hinwil, Horgen, Meilen und Winterthur, die Stellenprozente der Richter um jeweils 100 % zu erhöhen. Dieser Antrag wurde vom Kantonsrat abgelehnt, obwohl unter den Voten auch vorgebracht worden war, das Bezirksgericht Affoltern sei seit dem Jahr 2005 unterdotiert und müsse chronisch mit einer 100 % Ersatzrichterstelle (B.\_\_\_\_\_) ergänzt werden (KR-Protokoll vom 29. März 2010, S. 10687 ff.). Daraus erhellt, dass seitens des Obergerichtes Bestrebungen im Gange waren, im Bezirk Affoltern eine zusätzliche ordentliche Richterstelle zu schaffen. Der Antrag scheiterte jedoch auf politischer Ebene.

#### **E. 3.2.2**

Nachdem bei der Vorinstanz das Ablehnungsgesuch vom 9. September 2011 gegen B.\_\_\_\_\_ eingegangen war (act. 6/19), nahm er mit Schreiben vom 12. September 2011 dazu Stellung (act. 6/25). B.\_\_\_\_\_ erachtete sich gegenüber der Beschwerdeführerin resp. Herrn AA.\_\_\_\_\_ nicht als befangen, weshalb das Bezirksgericht Affoltern in "anderer Besetzung" (vgl. dazu Peter Diggelmann, DI-KE-Komm-ZPO, Art. 50 N 1) das Ausstandsbegehren mit Beschluss vom 19. September 2011 abwies (act. 5). Die Beschwerdeführerin macht geltend, der

- 8 - Umstand, dass B.\_\_\_\_\_ auf Antrag des Bezirksgerichtes Affoltern als Ersatzrichter ernannt worden sei, habe dazu geführt, dass das (gesamte) Bezirksgericht Affoltern für das Ausstandsbegehren nicht zuständig gewesen sei (vgl. act. 1 S. 14 Unten). Wie bereits erwähnt, gilt B.\_\_\_\_\_ als gehörig ernannter Ersatzrichter. Weshalb die Antragsstellung gleichzeitig zur Unzuständigkeit für das Ausstandsbegehren führen soll, ist nicht nachvollziehbar. Andere Gründe macht die Beschwerdeführerin nicht geltend. Das Bezirksgericht Affoltern war für den Beschluss im Sinne von Art. 50 Abs. 1 ZPO zuständig.

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz setzte sich mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin auseinander und kam zum Schluss, es lägen keine Befangenheitsgründe nach Art. 47 ZPO vor. Dass B.\_\_\_\_\_ Ersatzrichter sei, stelle keinen Ausstandsgrund dar. Ebenso wenig sei in der Tatsache, dass der Vertreter (recte: Liquidator) der Schuldnerin am hiesigen Gericht verschiedene Prozesse, entweder als Vertreter oder in eigener Sache führe, und B.\_\_\_\_\_ schon in einigen dieser Verfahren mitgewirkt habe, eine Befangenheit zu erblicken (act. 5 S. 4).

#### **E. 3.3.1**

Zum angefochtenen Entscheid macht die Beschwerdeführerin geltend, nach der in der Aktennotiz vom 9. September 2011 umschriebenen Beschimpfung sei es kaum nachvollziehbar, wie B.\_\_\_\_\_ am 12. September 2011, also drei Tage später, habe behaupten können, er sei nicht befangen. Es bestehe zumindest der Anschein von Befangenheit (act. 1 S. 14).

#### **E. 3.3.2**

In der besagten Aktennotiz hielt B.\_\_\_\_\_ fest, er sei von AA.\_\_\_\_\_ am Telefon beschimpft worden, indem dieser Folgendes gesagt habe: "Herr B.\_\_\_\_\_, Sie sind ein Lügner, Gauner und Betrüger" (act. 5/18). Die Beschwerdeführerin bezieht sich sinngemäss auf den Ausstandsgrund der Feindschaft (Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO). Für die Erfüllung dieses Ausstandsgrundes ist notwendig, dass die Gerichtsperson selber gegenüber einer Partei feindschaftliche Gefühle zum Ausdruck gebracht hat. Es genügt nicht, dass eine Partei ihr solche entgegenbringt (BGer 1P.354/2005 vom 19. August 2005 E. 4.3). Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, B.\_\_\_\_\_ habe sich gegenüber AA.\_\_\_\_\_ in feindschaftlicher Weise geäußert. Zudem ergeben sich aus der Aktennotiz und - 9 - den gesamten Akten auch keine Anhaltspunkte dafür. Der Einwand der Beschwerdeführerin verfängt demnach nicht.

### **E. 3.4**

Die Beschwerdeführerin verlangt in Antrag 9, es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Eingabe vom 9. September 2011 (Ausstandsbegehren) zum integrierenden Bestandteil der Beschwerdeschrift erklärt werde (act. 1 S. 4). Dazu fügte sie das Ausstandsbegehren (act. 5/19) unverändert in die Beschwerdeschrift ein (act. 1 S. 4-13). Dies genügt der Rügepflicht nicht, hat aber keine weitere Bewandnis. Die Beschwerdeführerin hält demnach an ihren darin enthaltenen Ausführungen fest und macht im Kern geltend, durch die Mitwirkung von B.\_\_\_\_\_ am Prozess Nr. CG990006 liege ein Ausstandsgrund vor (vgl. act. 1 S. 5 ff.).

#### **E. 3.4.1**

Die Vorinstanz erwog, indem B.\_\_\_\_\_ als Richter an einem Beschluss vom 9. August 2006 im Aberkennungsverfahren Prozess Nr. CG990006 mitgewirkt habe, habe er nicht in der gleichen Sache mehrere Funktionen ausgeübt. Hinzu komme, dass es sich beim Prozess Nr. CG990006 um zwei andere Parteien als im vorliegenden Fall gehandelt habe. Zudem sei auch keine Befangenheit darin zu erblicken, dass die Beschwerdeführerin vor Vorinstanz verschiedene Prozesse, entweder als Vertreterin oder in eigener Sache geführt, und B.\_\_\_\_\_ schon in einigen dieser Verfahren mitgewirkt habe. An einem Gericht mit lediglich zwei vollamtlichen und vier teilamtlichen Richtern (die nebenamtlichen Ersatzrichter ausgenommen) hätten Parteien, die viele Prozesse (in eigener Sache und als Vertreter)

führen würden, zwangsläufig ab und an mit denselben Richtern zu tun. Dieser Umstand stelle per se keinen Ausstandsgrund dar (act. 27 S. 4).

### **E. 3.4.2**

Die Beschwerdeführerin bringt nichts vor, was zu einer anderen Beurteilung der geltend gemachten Ausstandsgründe führen müsste. Es kann auf die vor- instanzlichen Erwägungen verwiesen werden (act. 5 S. 3 f.). Sämtliche Rügen (Rechtsverweigerung/Rechtsverzögerung) und Ausstandsgesuche, welche den Proz. Nr. CG990006 betreffen, sind im genannten Verfahren geltend zu machen. Die von der Beschwerdeführerin erwähnte Eingabe vom 24. Juni 2011 (act. 5/21) erfolgte offensichtlich ebenfalls im Zusammenhang mit dem Proz. Nr. CG990006 und/oder mit dem Rechtsmittelverfahren Proz. Nr. RB110025. Das Verfahren RB110025 wurde mit Beschluss der Kammer vom 6. Oktober 2011 erledigt (vgl.

- 10 - OGer ZH, RB110025 vom 6. Oktober 2011, vgl. Beschluss der Kammer vom

### **E. 3.5**

Nach dem Gesagten konnte die Beschwerdeführerin keine Ausstandsgründe glaubhaft (vgl. Art. 49 Abs. 1 ZPO) machen und die Anträge 2 und 3 sind daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. 4. Streitverkündung, Öffentliche Untersuchung und allg. Ausstandsgesuch 4.1 Die Beschwerdeführerin erwähnt in der Beschwerdeschrift eine Streitverkündung gegenüber allen Mitgliedern des Bezirksgerichts Affoltern (act. 1 S. 14). Das ist ein neuer Antrag im Sinne von Art. 326 Abs. 1 ZPO und deshalb unzulässig. 4.2 Die Beschwerdeführerin beantragt aus diversen Gründen, es sei eine öffentliche Untersuchung durch eine neutrale Behörde vorzunehmen (Antrag 4, act. 1 S. 2 f.). Überdies stellen AB.\_\_\_\_, AC.\_\_\_\_, AA.\_\_\_\_, die C.\_\_\_\_ AG sowie die E.\_\_\_\_ AG mit Eingabe vom 11. November 2011 (nur von AA.\_\_\_\_ unterzeichnet) ein Ablehnungsgesuch gegenüber dem gesamten Bezirksgericht Affoltern (act. 13 S. 3 f.). Für diese Anträge ist nicht die Kammer, sondern das Obergericht als Aufsichtsbehörde nach § 82 ff. GOG zuständig. Die Aufsichtsbehörde wird die Anträge prüfen und allenfalls das Nötige veranlassen. 5. Soweit auf die Beschwerde einzutreten ist, erweist sie sich als offensichtlich unbegründet. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird Antrag 7 (Durchführung eines Beweisverfahrens) gegenstandslos.

### **E. 6**

Kosten- und Entschädigungsfolgen Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Aufgrund des Aufwands der Kammer besteht kein Anlass, die im Beschluss vom 25. Oktober 2011 mutmasslich festgelegte Gerichtsgebühr zu reduzieren (vgl. act. 7). Mangels Umtrieben ist der Beklagten keine Entschädigung zuzusprechen.

- 11 - Es wird erkannt:

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