



Kass.-Nr. AA060128/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Karl Spühler, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der juristische Sekretär Roland Götte

Zirkulationsbeschluss vom 18. April 2007

in Sachen

X.-AG,

Gesuchstellerin, Klägerin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt U.

gegen

Y.-AG,

Gesuchsgegnerin, Beklagte und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt V.

betreffend

Ablehnung der Mietrichter

**lic.iur. Th. Handloser, lic.iur. T. Fankhauser und H. Bossert,
Bezirksgericht Horgen, im Prozess MB050002**

in Sachen der Parteien betreffend Anfechtung der Kündigung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der Verwaltungskommission
des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Juli 2006 (VV060020/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1 Mit Klageschrift vom 9. Mai 2005 stellte die X.-AG (künftig: Beschwerdeführerin) beim Mietgericht des Bezirkes Horgen das Begehren, es sei festzustellen, dass die Kündigungsschreiben der Y.-AG (künftig: Beschwerdegegnerin) vom 19. November 2004, mit welchen diese zwei Mietverträge betreffend Räumlichkeiten in der Liegenschaft "A." ausserterminlich per 30. April 2005 gekündigt habe, unwirksam bzw. ungültig seien (MG act. 1 S. 2).

In der Folge fand am 20. März 2006 eine Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher die Parteien einen Vergleich mit Widerrufsvorbehalt schlossen (MG Prot. S. 4/5).

Mit Eingaben vom 31. März 2006 widerrief die Beschwerdeführerin gegenüber dem Mietgericht Horgen nicht nur den geschlossenen Vergleich (MG act. 41), sondern stellte auch ein Ablehnungsbegehren gegen das bei der Vergleichsverhandlung anwesende Richterkollegium (MG act. 40).

2. Dieses Ablehnungsbegehren wurde unter Beilage einer Stellungnahme, in welcher die betroffenen Richter sowohl ihre tatsächliche Unbefangenheit erklärten als auch das Bestehen eines Anscheins von Befangenheit verneinten, an die Verwaltungskommission des Obergerichtes weitergeleitet (OG act. 1 und 2).

Mit Beschluss vom 21. Juli 2006 wurde das Ablehnungsbegehren von der Verwaltungskommission abgewiesen (OG act. 7 = KG act. 2; künftig: KG act. 2).

3. Gegen diesen Beschluss hat die Beschwerdeführerin rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben. In ihrer Beschwerdeschrift verlangt sie, es seien der angefochtene Entscheid aufzuheben und die an der Vergleichsverhandlung anwesenden Richter (mit kassationsgerichtlichem Sachentscheid) für befangen zu erklären (KG act. 1 S. 2).

Mit Präsidialverfügung vom 25. August 2006 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 6).

Die Vorinstanz liess sich zur Beschwerde nicht vernehmen und die Beschwerdegegnerin verzichtete ausdrücklich auf eine Beschwerdeantwort (KG act. 10).

II.

1.1 Die Beschwerdeführerin rügt zunächst die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes und bringt dazu Folgendes vor: Gemäss § 96 Ziff. 4 GVG könne ein Richter abgelehnt werden, wenn ein objektiv gerechtfertigter Anschein bestehe, dass die für ein gerechtes Urteil notwendige Offenheit des Verfahrens nicht mehr gewährleistet sei. Unverzichtbare Voraussetzung für die Annahme von Unbefangenheit sei somit, dass der Richter bis zum Schluss der Verhandlung offen für neue Aspekte und Argumente bleibe. Die Vorinstanz habe in ihren theoretischen Ausführungen auf S. 3 des angefochtenen Entscheides zwar eine weitgehend übereinstimmende Ansicht vertreten, in der Folge jedoch die selbst dargelegten Grundsätze missachtet. So sei ihren Ausführungen auf S. 5 Abs. 1, wonach vorläufige Meinungsäusserungen bei Vergleichsgesprächen nur dann auf Befangenheit schliessen liessen, wenn der Richter einen Parteistandpunkt mit unsachlichen Argumenten abtun würde, zwar zuzustimmen. Die Vorinstanz habe dabei jedoch insofern das Problem verkannt bzw. einen Zirkelschluss gemacht, als die abgelehnten Richter eben keine "vorläufige" Meinungsänderung abgegeben hätten. Vielmehr hätten sie - wie dies im Ablehnungsbegehren vom 31. März 2006 und der Stellungnahme vom 11. Juli 2006 ausführlich dargelegt worden sei - bereits eine unumstössliche Meinung gebildet, wobei zumindest der Eindruck entstanden sei, dass sie nicht gewillt sein würden, von dieser Meinung abzuweichen (KG act. 1 Rz. 23-25; vgl. auch Rz. 37, wo die Beschwerdeführerin unter anderem ausführt, es sei bereits in Rz. 6-9 der Stellungnahme vom 11. Juli 2006 ausführlich geschildert worden, inwiefern es sich bei den Hinweisen betreffend die Vorläufigkeit der Meinung um reine Lippenbekenntnisse gehandelt habe).

1.2 Gemäss § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO hat der Nichtigkeitskläger den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachzuweisen. Um diesen ihm obliegenden Nachweis zu erbringen, hat er sich konkret mit dem angefochtenen Entscheid bzw. den darin enthaltenen, entscheidtragenden Erwägungen auseinander zu setzen. Die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügt hierfür ebenso wenig wie rein appellatorische Kritik an den Erwägungen der Vorinstanz; vielmehr sind in der Beschwerdebegründung insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids genau zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist mithin nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten (oder gar eines anderen) Nichtigkeitsgrundes zu suchen (einschliesslich zum Ganzen von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 16 ff.; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 4 zu § 288 ZPO; ZR 81 Nr. 88).

1.3 Die Beschwerdeführerin macht in den Rz. 23-25 geltend, die Verwaltungskommission sei zu Unrecht von einer bloss "vorläufigen" Meinungsäusserung ausgegangen, und verweist zur Begründung auf die Ausführungen in ihrem Ausstandsbegehren und ihrer Stellungnahme vom 11. Juli 2006, ohne dabei die Umstände, welche angeblich auf eine unumstössliche Meinungsbildung bzw. Voreingenommenheit schliessen lassen würden, konkret aufzuführen. Soweit in den einleitenden Bemerkungen eine Prognose betreffend die Beweiskraft von Fotos sowie ein Hinweis betreffend mangelnde Substanziierung erwähnt werden (vgl. KG act. 1 Rz. 11, 12 und 17), setzt sich die Beschwerdeführerin mit den entsprechenden Erwägungen der Verwaltungskommission (vgl. KG act. 2 S. 6 und 7) sodann nicht auseinander. Mit diesem Vorgehen wird den oben dargelegten Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde nicht Genüge getan, womit auf diesen Vorwurf nicht einzutreten ist. Die Frage, ob die Rüge weniger unter dem Aspekt von § 281 Ziff. 1 ZPO (Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften), als vielmehr unter dem Aspekt von § 281 Ziff. 2 ZPO (Willkürliche

tatsächliche Annahme) zu beurteilen wäre, braucht unter diesen Umständen nicht beantwortet werden.

2.1 Die Verwaltungskommission - so die Beschwerdeführerin weiter - sei in ihrem Beschluss (KG act. 2 S. 7 Abs. 2) auf die Frage, ob sich das Verhalten der Richter bei einer Vergleichsverhandlung je nach Besetzung (Richterkollegium oder einzelner Referent) zu unterscheiden habe, nicht näher eingegangen. Zur Begründung habe sie ausgeführt, die Art der Besetzung mache aus Sicht eines Dritten insofern keinen Unterschied, als in allen Fällen davon ausgegangen werden dürfe, dass sich der Spruchkörper im weiteren Verlauf des Verfahrens gegenüber neuen Erkenntnissen nicht verschliessen und eine einmal gefasste Meinung nötigenfalls revidieren würde. Mit diesen Ausführungen gebe die Verwaltungskommission zum Ausdruck, dass die nötige Offenheit stets gegeben sei. Damit mache sie einen weiteren Zirkelschluss, denn nur *wenn* ein Kollegialgericht tatsächlich den Eindruck der nötigen Offenheit vermittle, werde an dessen Unbefangenheit nicht zu zweifeln sei. Die Ansicht der Verwaltungskommission laufe darauf hinaus, dass Ablehnungsbegehren wegen fehlender Offenheit überhaupt nie möglich wären. Indem das Ablehnungsbegehren gestützt auf diese Argumentation abgewiesen worden sei, sei der Anspruch auf einen unabhängigen Richter und damit ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz verletzt worden (Hervorhebung gemäss Beschwerdeschrift, KG act. 1 Rz. 26-28) .

2.2 Die Verwaltungskommission hielt auf S. 7 Abs. 2 ihres Entscheides fest, auf den "entscheidenden" Vorwurf betreffend Durchführung der Vergleichsverhandlung in "Vollbesetzung" sei nicht näher einzugehen. Diese Formulierung ist insofern etwas unglücklich bzw. unzutreffend, als die Frage, ob die Art der Besetzung mit Bezug auf die Beurteilung der geltend gemachten Befangenheit eine Rolle spiele, in der Folge durchaus beantwortet resp. verneint wurde. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin wurde zur Begründung aber nicht etwa ausgeführt, es sei ohnehin stets davon auszugehen, dass ein Spruchkörper eine einmal gefasste Meinung nötigenfalls revidieren würde. Die Verwaltungskommission brachte vielmehr zum Ausdruck, dass eine Befangenheit unabhängig von der Art der Besetzung zu verneinen sei, wenn der Vergleichsvorschlag korrekt mit

dem mehrmaligen Hinweis auf die Vorläufigkeit der Einschätzung unterbreitet worden sei. Weil die Vorinstanz die als unzutreffend bezeichnete Überlegung gar nicht angestellt hat, ist auf die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge betreffend Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes somit nicht einzutreten.

3.1 Die Beschwerdeführerin bringt unter Nennung verschiedener Aktenstellen sodann vor, sie habe das Ablehnungsbegehren vor allem damit begründet, dass bei einer Vergleichsverhandlung, welche in Anwesenheit des Richterkollegiums durchgeführt werde, verstärkt darauf zu achten sei, nicht den Eindruck der Befangenheit bzw. fehlenden Offenheit zu vermitteln. Die Meinungsbildung durch ein Kollegialgericht sei zwangsläufig viel gefestigter als die eines einzelnen Referenten, welcher vom Kollegialgericht noch umgestimmt werden könne. Umso mehr müsse den Parteien in solchen Fällen vermittelt werden, dass die notwendige Offenheit für das weitere Verfahren gegeben sei. Werde dieser Grundsatz nicht beachtet, müssten sich die beteiligten Richter den Vorwurf der Befangenheit zu Recht gefallen lassen. Indem die Vorinstanz mit dem Hinweis auf die Unbeachtlichkeit auf dieses Argument nicht eingegangen sei, habe sie den Anspruch auf rechtliches Gehör bzw. die Begründungspflicht verletzt (KG act. 1 Rz. 29-32).

3.2 Die Vorinstanz hat - wie bereits oben unter Ziff. 2.2 dargelegt - zu den beschwerdeführerischen Ausführungen betreffend "Vollbesetzung" durchaus Stellung genommen. Mit der Begründung, die Art der Besetzung spiele unter den gegebenen Umständen (Hinweise auf die Vorläufigkeit der Einschätzungen) keine Rolle, wurde die Argumentation der Beschwerdeführerin verworfen (vgl. KG act. 2 S. 7 Abs. 2). Der Vorwurf betreffend Verletzung des rechtlichen Gehörs erweist sich damit als unbegründet. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, mit Bezug auf die Frage der Befangenheit müsse ein strengerer Massstab gelten, wenn bei einer Vergleichsverhandlung statt eines einzelnen Referenten das gesamte Kollegium anwesend sei, und damit sinngemäss eine Falschanwendung von § 96 Ziff. 4 GVG rügt, erweist sich dieser Vorwurf ebenfalls als unbegründet: Es mag sein, dass sich die Voreingenommenheit eines einzelnen Referenten insofern nicht zwingend negativ auszuwirken braucht, als dieser von seinen (unbe-

fangenen) Richterkollegen überstimmt werden kann. Am Umstand, dass der betreffende Referent bei den Parteien zuvor den Anschein von Befangenheit erweckte, vermöchte diese Möglichkeit jedoch nichts zu ändern. Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb mit Bezug auf die Frage der Befangenheit je nach Besetzung einer Vergleichsverhandlung ein unterschiedlich strenger Massstab zur Anwendung gelangen sollte. Die Art der Besetzung spielt in diesem Zusammenhang nur insofern eine Rolle, als im Falle einer Einzelbesetzung nur *ein* Richter betroffen ist, während bei Kollegialbesetzung möglicherweise das ganze Richterkollegium als befangen zu betrachten wäre.

4.1 Die Beschwerdeführerin bringt im Weiteren vor, ihr Ablehnungsbegehren sei gemäss den Ausführungen auf S. 6 Abs. 2 des angefochtenen Entscheides auch deshalb abgewiesen worden, weil sie - die Beschwerdeführerin - sich ganz klar an der für sie unerfreulichen Beurteilung der Prozesschancen orientiert habe. Diese Argumentation sei insofern untauglich, als ein Ablehnungsbegehren wegen fehlender Offenheit stets von derjenigen Partei gestellt werde, deren Auffassung vom Gericht nicht geteilt werde. Indem der Entscheid auch in diesem Punkt auf einer unzulässigen Begründung basiere, sei ihr Anspruch auf ein unabhängiges Gericht ein weiteres Mal verletzt worden (KG act. 1 Rz. 33 und 34).

4.2 Die Verwaltungskommission hielt in ihrem Entscheid fest, Voreingenommenheit sei zu bejahen, wenn Umstände vorliegen würden, welche in den Augen eines objektiven, vernünftigen Menschen geeignet seien, Misstrauen an der Unparteilichkeit des abgelehnten Richters zu wecken (vgl. KG act. 2 S. 3). Auf den S. 5-8 (Ziff. 4.2) legte sie sodann dar, inwiefern im vorliegenden Fall keine solchen Umstände ersichtlich seien. Soweit die Verwaltungskommission in diesem Zusammenhang ausführte, die Kritik der Beschwerdeführerin basiere allein auf ihrer subjektiven Überzeugung bzw. sei geprägt von der ihrer Meinung nach für sie ungünstigen Beurteilung der Prozessaussichten, bekräftigte sie damit lediglich, dass keine objektiven Anhaltspunkte für eine Befangenheit vorliegen würden. Es wurde keineswegs die Auffassung vertreten, das Ablehnungsbegehren sei unter anderem deshalb abzuweisen, weil es von derjenigen Partei gestellt worden sei, welche die gerichtliche Beurteilung als ungünstig betrachte. Weil die

Vorinstanz gar nicht in der als unsachlich gerügten Weise argumentierte, ist auf den in diesem Zusammenhang erhobenen Vorwurf betreffend Verletzung des Anspruchs auf einen unabhängigen Richter nicht einzutreten.

5.1 Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich vor, die von ihr abgelehnten Richter hätten auf S. 2 Ziff. 3 ihrer Stellungnahme vom 31. Mai 2006 zwar ausgeführt, bereits in der Einleitung der Verhandlung auf die Vorläufigkeit der Beurteilung hingewiesen zu haben und dies im Verlauf der Verhandlung mehrfach wiederholt zu haben. Soweit die Verwaltungskommission auf S. 7 des angefochtenen Entscheides festgehalten habe, die Hinweise auf die Vorläufigkeit der Einschätzung seien jeweils mit derselben Deutlichkeit erfolgt, lasse sich dies der erwähnten Stellungnahme jedoch an keiner Stelle entnehmen. Die Annahme der Vorinstanz entbehre damit jeglicher Grundlage und sei aktenwidrig (KG act. 1 Rz. 36-38).

5.2 Es mag sein, dass in der richterlichen Stellungnahme zum Ablehnungsbegehren (OG act. 2) nicht wortwörtlich ausgeführt wurde, die Hinweise auf die Vorläufigkeit der Beurteilung seien zu Beginn und im Verlauf der Verhandlung stets mit derselben Deutlichkeit erfolgt. Dieser Eingabe lässt sich aber entnehmen, dass die vom Ausstandsbegehren betroffenen Richter die Ansicht vertreten haben, während der Verhandlung nie den Eindruck von Befangenheit erweckt zu haben (vgl. etwa die Schlussbemerkung, OG act. 2 S. 5 [Ziff. 9]). Damit wurde implizit zum Ausdruck gebracht, dass die Bemerkungen zur Vorläufigkeit der Beurteilung insofern mit derselben Deutlichkeit angebracht worden seien, als bei keinem dieser Hinweise der Eindruck eines blossen Lippenbekenntnisses und damit der Eindruck fehlender Offenheit vermittelt worden sei. Die angefochtene Annahme der Verwaltungskommission steht damit durchaus im Einklang mit der richterlichen Stellungnahme und kann in dieser Hinsicht weder als willkürlich noch aktenwidrig bezeichnet werden.

III.

1. Nachdem sich die Beschwerde als unbegründet erwiesen hat, soweit darauf eingetreten werden kann, sind die Kosten des vorliegenden Nichtigkeitsverfahrens vollumfänglich der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Eine Prozessentschädigung ist nicht zuzusprechen, hat sich die Beschwerdegegnerin zur Beschwerde doch gar nicht geäußert (vgl. KG act. 10).

2. Der Streitwert der zwischen den Parteien hängigen mietrechtlichen Auseinandersetzung liegt weit über der in Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG festgelegten Streitwertgrenze von Fr. 15'000.--. Unter diesen Umständen kann gegen den vorliegenden Beschluss des Kassationsgerichtes gemäss Art. 92 Abs. 1 BGG Beschwerde beim Bundesgericht erhoben werden.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 241.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.
Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Verwaltungskommission des Obergerichtes des Kantons Zürich und an das Mietgericht des Bezirkes Horgen, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: