

# **BGer 4A\_271/2017 vom 7. September 2017**

Bundesgericht, 2017-09-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_271\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_271_2017)

FR: TF 4A\_271/2017 du 7 septembre 2017

IT: TF 4A\_271/2017 del 7 settembre 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist ( Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 141 III 395 E. 2.1; 139 III 133 E. 1; 137 III 417 E. 1; 135 III 212 E. 1).

Der angefochtene Beschluss des Obergerichts ist ein selbständig eröffneter Vor- und Zwischenentscheid über ein Ausstandsbegehren. Gegen einen solchen ist die Beschwerde zulässig ( Art. 92 Abs. 1 BGG ).

Nach dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens sind Vor- und Zwischenentscheide mit dem in der Hauptsache zulässigen Rechtsmittel anzufechten ( BGE 137 III 261 E. 1.4; 133 III 645 E. 2.2). Das vorinstanzliche Verfahren betrifft eine mietrechtliche Angelegenheit mit einem Streitwert von über Fr. 15'000.--. In der Hauptsache ist demnach gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG die Beschwerde in Zivilsachen gegeben, womit diese auch gegen den angefochtenen Vor- und Zwischenentscheid offen steht. Dass das Obergericht nicht als Rechtsmittelinstanz im Sinne von Art. 75 Abs. 2 BGG entschieden hat, steht der Zulässigkeit der Beschwerde an das Bundesgericht nicht entgegen ( BGE 138 III 41 E. 1.1 S. 42; 137 III 424 E. 2.2 S. 426).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten, unter Vorbehalt einer hinlänglichen Begründung (Erwägung 2).

### **E. 2.1**

Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden.

Die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht prüft das Bundesgericht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Das bedeutet, dass klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheides darzulegen ist, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen ( BGE 135 III 232 E. 1.2 mit Hinweisen).

### **E. 2.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den Streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ).

"Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 140 III 115 E. 2 S. 117; 135 III 397 E. 1.5).

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin begründete ihr Ausstandsbegehren vom 22. März 2017 damit, dass die abgelehnten Personen nach Art. 47 Abs. 1 lit. b ZPO vorbefasst seien. Sie hätten sich in den Erwägungen im Urteil vom 30. November 2015 betreffend die Sistierung des Mietverfahrens so positioniert, dass sie nicht mehr als unvoreingenommen gelten könnten. Konkret hätten sie festgehalten, dass "bis heute [...] zwischen den Parteien kein Konsens zur Fortsetzung des Mietverhältnisses zustande" gekommen sei und das Mietverhältnis "somit am 31. Januar 2014 beendet" worden sei. Weiter hätten sie ausgeführt, dass auch eine Schadenersatzpflicht der B.\_\_\_\_\_ AG aufgrund der verletzten Offertpflicht "am Umstand, dass sich die Parteien bis zum 31. Juli 2012 nicht über die Fortführung des Vertragsverhältnisses geeinigt haben", nichts ändern würde. Mit diesen Äusserungen, die "eindeutig und in absoluter Weise" erfolgt seien, hätten sich die abgelehnten Personen zur jetzt in der Berufung mutmasslich (vorfrageweise) zu entscheidenden Frage, ob das Mietverhältnis am 31. Januar 2014 endete, bereits in einem Mass festgelegt, welches die Beurteilung des Verfahrens betreffend Erstreckung nicht mehr als ergebnisoffen erscheinen lasse.

### **E. 3.2**

Das Obergericht hielt fest, Art. 47 Abs. 2 ZPO lasse sich die allgemeine Regelung entnehmen, dass die Mitwirkung an prozessleitenden Entscheiden mit eingeschränkter Prüfung des Hauptsachenanspruchs mit Blick auf den Entscheid in der Sache keinen Ausstand begründe. Entsprechend stelle die Mitwirkung am Entscheid über die Zweckmässigkeit der Sistierung für sich genommen keine unzulässige Vorbefassung dar.

Wenn, so das Obergericht weiter, die Gerichtspersonen bei der Äusserung ihrer einstweiligen Einschätzung inhaltlich klar über das hinaus gegangen wären, was zum Zweck des Entscheids über die Sistierung nötig war, könnte ein Ausstandsgrund vorliegen. Dies sei indessen nicht der Fall gewesen. Die im Rahmen des Urteils vom 30. November 2015 vorgenommene Prüfung sei wesensgemäss ohne eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Mietvertrag als Ganzem und bloss vorläufig erfolgt.

### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 47 ZPO , von Art. 30 Abs. 1 BV und von Art. 6 Ziff. 1 EMRK .

### **E. 4.2**

Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch darauf, dass ihre Streitsache von einem unbefangenen, unvoreingenommenen und unparteiischen Richter beurteilt wird. Es soll garantiert werden, dass keine sachfremden Umstände, die ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zugunsten oder zulasten einer Partei auf das gerichtliche Urteil einwirken. Art. 30 Abs. 1 BV soll zu der für einen korrekten und fairen Prozess erforderlichen Offenheit des Verfahrens im Einzelfall beitragen und damit ein gerechtes Urteil ermöglichen ( BGE 140 III 221 E. 4.1; 139 III 433 E. 2.1.2; je mit Hinweisen).

Die Garantie des verfassungsmässigen Richters wird verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr

der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Voreingenommenheit und Befangenheit in diesem Sinne werden nach der Rechtsprechung angenommen, wenn im Einzelfall anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände Gegebenheiten aufscheinen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Dabei ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit hervorrufen. Für die Ablehnung wird nicht verlangt, dass der Richter tatsächlich befangen ist ( BGE 140 III 221 E. 4.1 S. 222; 139 III 433 E. 2.1.2 S. 436; je mit Hinweisen).

Art. 47 ZPO umschreibt die Ausstandsgründe für die Zivilgerichte auf Gesetzesebene.

Eine gewisse Besorgnis der Voreingenommenheit und damit Misstrauen in das Gericht kann bei den Parteien immer dann entstehen, wenn einzelne Gerichtspersonen in einem früheren Verfahren mit der konkreten Streitsache schon einmal befasst waren. In einem solchen Fall sogenannter Vorbefassung stellt sich die Frage, ob sich ein Richter durch seine Mitwirkung an früheren Entscheidungen in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt hat, die ihn nicht mehr als unvoreingenommen und dementsprechend das Verfahren als nicht mehr offen erscheinen lassen ( BGE 131 I 113 E. 3.4 S. 116 ; 126 I 68 E. 3c; je mit Hinweisen). Ob eine unzulässige, den Verfahrensausgang vorwegnehmende Vorbefassung eines Richters vorliegt, kann nicht generell gesagt werden; es ist vielmehr in jedem Einzelfall - anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände - zu untersuchen, ob die konkret zu entscheidende Rechtsfrage trotz Vorbefassung als noch offen erscheint ( BGE 133 I 89 E. 3.2 S. 92 ; 131 I 113 E. 3.4 S. 117; 114 Ia 50 E. 3d S. 59; Urteil 4F\_11/2013 und 4F\_12/2013 vom 16. Oktober 2013 E. 1; je mit Hinweisen).

Das Bundesgericht hat zur Beurteilung, ob eine vorbefasste Person im konkreten Fall in den Ausstand treten muss, Kriterien entwickelt. So fällt etwa in Betracht, welche Fragen in den beiden Verfahrensabschnitten zu entscheiden sind und inwiefern sie sich ähnlich sind oder miteinander zusammenhängen. Zu beachten ist ferner der Umfang des Entscheidungsspielraums bei der Beurteilung der sich in den beiden Abschnitten stellenden Rechtsfragen. Massgebend ist schliesslich, mit welcher Bestimmtheit sich der Richter bei seiner ersten Befassung zu den betreffenden Fragen ausgesprochen hat ( BGE 140 I 326 E. 5.1 S. 329; Urteil 5A\_600/2014 vom 12. Dezember 2014 E. 2.2; je mit Hinweisen). In diesem Sinne ging das Bundesgericht wiederholt davon aus, dass sich aus vorangegangenen prozessualen Anordnungen allein noch keine Ausstandspflicht ergebe (vgl. BGE 114 Ia 50 E. 3d S. 57; Urteil 2A.468/2000 vom 16. März 2001 E. 2b/bb). Entsprechend bestimmen Art. 47 Abs. 2 lit. a und d ZPO , dass insbesondere die Mitwirkung beim Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege und bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen für sich allein kein Ausstandsgrund ist.

### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin begründet ihr Ablehnungsbegehren denn auch zu Recht nicht mit der Vorbefassung als solcher, sondern der Art und Weise, mit der sich die Gerichtspersonen geäussert haben. Sie meint, diese lasse keine ergebnisoffene Beurteilung der Streitsache erwarten.

Im Einzelnen macht sie geltend, das Obergericht habe übersehen, dass es "für die Beurteilung des Sistierungsentscheids weder notwendig noch zielführend war, eine

Beurteilung über die Frage der Vertragsbeendigung vorzunehmen". Gerade sachlich nicht notwendige Äusserungen von Rechtsauffassungen seien geeignet, den Anschein zu erwecken, dass sich die Gerichtsperson in Bezug auf die entscheidungserheblichen Rechtsfragen bereits endgültig festgelegt hat. Der im Urteil vom 30. November 2015 erfolgte Hinweis, dass sich wohl einzig die Frage einer Schadenersatzpflicht stelle, relativiere die Feststellung, dass das Mietverhältnis am 31. Januar 2014 geendet habe, nicht. Er scheine sich vielmehr einzig auf die Ungewissheit zu beziehen, ob die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch als Folge der verletzten Offertpflicht erfüllt sind; die Beurteilung, dass der Mietvertrag beendet sei, werde ohne Einschränkung als gegeben dargestellt. Auch aus den Stellungnahmen der Gerichtspersonen ergebe sich nicht, dass die im Sistierungsentscheid geäusserte Auffassung zur Frage der Vertragsbeendigung zu relativieren wäre. Im Übrigen verkenne das Obergericht in seiner Würdigung des Ablehnungsbegehrens, dass der "Ausstandsgrund der Vorbefassung gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. b ZPO bzw. die fehlende Ergebnisoffenheit der Gerichtspersonen" nicht strikt nachzuweisen seien. Es müssten nur Gründe nachgewiesen werden, die objektiv den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erzeugen können.

#### **E. 4.4**

Zu berücksichtigen ist, dass in Fällen, in denen der Erlass verfahrensleitender Verfügungen in der Hand des Sachrichters liegt, je nach verfahrensmässiger Konstellation ein vorbeurteilender Zugriff auf materielle Streitfragen bis zu einem gewissen Grad unumgänglich ist (siehe BGE 131 I 113 E. 3.7.1 und 3.7.3 S. 121 f.; Urteile 5A\_472/2009 vom 10. November 2009 E. 7.2; U 391/04 vom 13. September 2005 E. 3.2.3).

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können jedoch sachlich nicht gebotene Äusserungen von Rechtsansichten in einer verfahrensleitenden Verfügung unter Umständen zum Anschein führen, als habe sich ein Richter in Bezug auf die entscheidungserheblichen Rechtsfragen bereits endgültig festgelegt und sei nicht mehr bereit, seinen Standpunkt in Frage zu stellen. Es ist entsprechend sicherzustellen, dass jede richterliche Äusserung, die auf den voraussichtlichen Verfahrensausgang Bezug nimmt, hinsichtlich ihres gegenständlichen Umfangs das Mass dessen nicht überschreitet, was - gemessen am Zweck der prozessualen Vorkehr - für die Durchführung der Vorkehr notwendig ist. Eine "überschiessende", da nicht mit den konkreten Erfordernissen der Verfahrensleitung begründbare Festlegung ist nicht leichthin anzunehmen. Dem instruierenden Richter steht bei der Ausgestaltung verfahrensleitender Verfügungen und ihrer Begründung ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu (Urteile 5A\_472/2009 vom 10. November 2009 E. 7.2; U 391/04 vom 13. September 2005 E. 4.1).

Die Auffassung der Beschwerdeführerin, es sei "weder notwendig noch zielführend" gewesen, dass das Obergericht in seinem Urteil vom 30. November 2015 eine Beurteilung über die Frage der Vertragsbeendigung vorgenommen habe, zumal "die Erstinstanz gerade diese Frage im Sistierungsentscheid offen gelassen hatte", geht fehl. Die damit kritisierten Ausführungen sind Bestandteil der insoweit schlüssigen Argumentationskette des obergerichtlichen Urteils. Nach der damaligen Auffassung des Obergerichts war eine Aufhebung der Sistierungsverfügung und damit eine Fortführung des Verfahrens unter anderem deshalb geboten, weil das Vertragsverhältnis nicht über den 31. Januar 2014 hinaus verlängert worden sei. Dadurch, dass das Obergericht diesen Gesichtspunkt bei der Prüfung der Zweckmässigkeit der Sistierung berücksichtigte, überschritt es den Gestaltungsspielraum bei der Begründung einer verfahrensleitenden Verfügung nicht.

#### **E. 4.5**

Von Bedeutung sind sodann auch Begründungsdichte und Grad an Verbindlichkeit, mit welchem der Entscheid dem Adressaten vermittelt wird (Urteil U 391/04 vom 13. September 2005 E. 4.2; vgl. auch BGE 131 I 113 E. 3.8 S. 124).

Das Obergericht stellte fest, aus dem Urteil ergebe sich, dass es sich nur um eine vorläufige Einschätzung handle. Die Beschwerdeführerin kann nicht aufzeigen, inwiefern diese Einschätzung unrichtig, geschweige denn willkürlich, ist:

Wohl trifft es zu, dass im Urteil vom 30. November 2015 Ausführungen hinsichtlich der Beendigung des Mietverhältnisses gemacht werden, deren vorläufiger Charakter isoliert betrachtet nicht ohne Weiteres erkennbar ist.

Es ist dem Obergericht indessen darin zuzustimmen, dass sich aus der darauffolgenden Aussage eine Relativierung dieser Feststellungen ergibt. So heisst es: "Sollte die Beklagte mit der Offerte vom 17. Oktober 2010 kein vertragskonformes Angebot gemacht haben, so würde sich wohl einzig die Frage einer Schadenersatzpflicht stellen." Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin ist dies so zu verstehen, dass die Rechtsfolge der behaupteten vertragswidrigen Offertstellung nicht abschliessend beurteilt und damit auch eine Fortführung des Vertragsverhältnisses nicht ausgeschlossen wurde. In der Tat zeigt die Verwendung des Worts "wohl", dass die Einschätzung nur eine vorläufige war.

#### **E. 4.6**

Nach dem Gesagten liegt kein Grund zur Befürchtung vor, die abgelehnten Personen seien wegen der Vorbefassung im Zusammenhang mit der Sistierung des Verfahrens nun bei der Beurteilung der Hauptsache befangen, zumal das Mietgericht seinen Beschluss vom 26. Januar 2017 auch auf neue Gesichtspunkte stützte. Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 47 ZPO sind somit nicht verletzt.

#### **E. 5**

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (siehe Art. 66 Abs. 1 BGG). Der B. \_\_\_\_\_ AG ist keine Entschädigung zuzusprechen, da ihr im vorliegenden Beschwerdeverfahren betreffend Ausstand keine Parteistellung zukommt und sich ihre Vernehmlassung im Übrigen ohnehin in einem Verweis auf den angefochtenen Entscheid und die Rechtsprechung des Bundesgerichts erschöpft (vgl. Urteil 1C\_273/2012 vom 7. November 2012 E. 8.3, nicht publ. in: BGE 139 I 2).

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