

# ZH\_KASSATIONSGERICHT AA090022 vom 5. Juli 2010

Zh Kassationsgericht, 2010-07-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_AA090022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA090022)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA090022 du 5 juillet 2010

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA090022 del 5 luglio 2010

## Erwägungen

### E. 1

Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, die Beschwerdegegnerin sei von der Beschwerdeführerin im Rahmen des Bewerbungsverfahrens nicht ausreichend über ihre ausländer- und arbeitsmarktrechtliche Situation informiert worden. Die Beschwerdeführerin habe der Beschwerdegegnerin den Eindruck vermittelt, sie arbeite seit 2004 mit gültiger Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung. Tatsächlich sei die Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdegegnerin zwecks Studium bereits am 15. Juli 2003 abgelaufen. Der weitere Aufenthalt sei mit Verfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 30. Juli 2004 verweigert worden, wogegen die Beschwerdeführerin Rekurs beim Regierungsrat erhoben habe. Die Beschwerdeführerin habe für ihre bis Ende 2004 bestehende Anstellung bei der X.-AG nicht über die notwendigen arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen verfügt. Sie habe also für eine Anstellung bei der Beschwerdegegnerin nicht nur eine Bewilligung zum Stellenwechsel benötigt, sondern eine Bewilligung zwecks Änderung des Aufenthaltszweckes bzw. eine Bewilligung zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit. Die Unkenntnis der Beschwerdegegnerin über diese Umstände rechtfertige eine Anfechtung des Vertragsabschlusses wegen Grundlagenirrtums im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR. Die Beschwerdeführerin habe nicht davon ausgehen können, ihre besonderen Umstände würden der Beschwerdegegnerin gleichgültig sein. Indem die Beschwerdeführerin es unterlassen habe, der Beschwerdegegnerin die genauen Umstände in Bezug auf ihre Aufenthalts- und Arbeitsbewilligungssituation mitzuteilen, habe sie damit rechnen müssen, dass die Beschwerdegegnerin zumindest geltend machen würde, dass sie diesen Arbeitsvertrag gar nicht, oder nicht ohne aufschiebende Wirkung abgeschlossen hätte, wenn sie um die gesamte Aufenthalts- und Arbeitsbewilligungssituation der Beschwerdeführerin gewusst hätte.

- 4 - Weiter prüfte die Vorinstanz, ob der mangelhafte Vertrag durch das spätere Verhalten der Beschwerdegegnerin allenfalls nachträglich genehmigt worden sei. Die Beschwerdegegnerin sei im Wissen darum, dass die Beschwerdeführerin seit Juli 2003 über keine Aufenthaltsbewilligung verfügt habe und die Aufenthaltsbewilligung ursprünglich nur zwecks Studiums erteilt worden sei, auf ihre Entscheidung vom 11. Januar 2005, die Stelle anderweitig zu besetzen, zurückgekommen. Sie – die Beschwerdegegnerin – habe weiterhin um eine Bewilligung für die Beschwerdeführerin ersucht und insoweit am Arbeitsvertrag mit ihr festgehalten. Dies habe – so die Vorinstanz weiter – zur Folge, dass sich die Beschwerdegegnerin nicht ohne weiteres auf Sachverhalte berufen könne, die ihr zur Kenntnis gebracht worden seien, bevor sie auf ihren Entscheidung vom 11. Januar 2005, die Stelle mit jemand anderem zu besetzen, zurückgekommen sei. Für sich allein betrachtet reiche somit der Umstand, dass die Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin seit 2003 abgelaufen und nur zu Studienzwecken erteilt worden sei, mit der Folge, dass eine

Bewilligung zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit habe eingeholt und das Bundesamt für Migration habe einbezogen werden müssen, zur Anfechtung des Vertrags infolge Irrtums oder Täuschung nicht aus. Die Beschwerdegegnerin habe aber im Januar 2005 nach wie vor nicht gewusst, dass und aus welchen Gründen der Beschwerdeführerin am 30. Juli 2004 der weitere Aufenthalt in der Schweiz verweigert worden sei, dass sie sich nur noch wegen des gegen den Entscheid des Migrationsamtes erhobenen Rekurses und dessen aufschiebender Wirkung in der Schweiz habe aufhalten dürfen. Da die nachträgliche Genehmigung eines mit einem Mangel behafteten Vertragsabschlusses die sichere und im wesentlichen vollständige Kenntnis des Mangels voraussetze und die Beschwerdegegnerin frühestens im April 2005 von der fremdenpolizeilichen Lage der Beschwerdeführerin umfassend Kenntnis erhalten habe, vermöchten die Handlungen der Beschwerdegegnerin im Januar 2005 die Unverbindlichkeit des Arbeitsvertrages nicht zu hindern (vgl. KG act. 2 S. 37-40).

## **E. 2**

Der erste Teil der Beschwerdebegründung dreht sich um die im vorstehenden Abschnitt hervorgehobenen Erwägungen der Vorinstanz (vgl. KG act. 1 S. 5-17).

- 5 -

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin macht zusammengefasst das Folgende geltend: Die Beschwerdegegnerin habe nie bzw. nicht ausreichend substantiiert einen (objektiv und subjektiv wesentlichen) Irrtum hinsichtlich der Gründe des Entscheids des Migrationsamtes vom 30. Juli 2004 behauptet (insb. KG act. 1 S. 7-9 [B/I/2/a]). Sie habe auch nie bzw. nicht ausreichend substantiiert einen (objektiv und subjektiv wesentlichen) Irrtum darüber, dass der weitere Aufenthalt vom Migrationsamt verweigert worden sei, behauptet (insb. KG act. 1 S. 12-13 [B/I/3/a/i; B/I/3/b/i]). Wenn die Vorinstanz auf dieser unvollständigen Sachverhaltsgrundlage die subjektive und objektive Wesentlichkeit des angeblichen Irrtums bejahe, verletze sie § 54 Abs. 1 ZPO. Nach dieser Bestimmung dürfe das Gericht nur behauptete Tatsachen seinem Entscheid zugrunde legen. § 113 ZPO präzisiere, dass die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen seien, was hier ebenfalls nicht der Fall sei. Weiter habe sie (die Beschwerdeführerin) den nach Ansicht der Vorinstanz irrumsbegründenden Sachverhalt bestritten. Namentlich habe sie im erstinstanzlichen Verfahren geltend gemacht, dass die Beschwerdegegnerin im Dezember 2004 über den "tatsächlichen Status Bescheid" gewusst habe und im Bewusstsein der Aufenthaltssituation gewesen sei. Die Beschwerdegegnerin hätte daher den irrumsbegründenden Sachverhalt nach der Beweislastregel nachweisen müssen bzw. die Vorinstanz darüber nach § 133 ZPO und Art. 8 ZGB Beweis abnehmen und ein Beweisverfahren durchführen müssen (insb. KG act. 1 S. 9 [B/I/2/b], S. 13-14 [B/I/3/a/ii], S. 16-17 [B/I/3/b/ii]). Die Missachtung der "Behauptungs- und Beweislast" stelle auch eine willkürliche tatsächliche Annahme dar. Insbesondere seien schlicht gar keine Beweise und keine Grundlage für die vom Gericht angenommenen Tatsachen vorhanden (vgl. KG act. 1 S. 10 [B/I/2/c], S. 14 [B/I/3/a/iii], S. 17 [B/I/3/b/iii]). Gleichzeitig habe die Vorinstanz dadurch, dass sie einen Irrtum als gegeben und wesentlich angesehen habe, den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (vgl. KG act. 1 S. 10-12 [B/I/2/d], S. 14-15 [B/I/3/a/iv], S. 17 [B/I/3/b/iv]).

### **E. 2.2**

a) Nach § 285 Abs. 1 ZPO ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig, soweit der angefochtene Entscheid dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegt und dieses mit freier Kognition überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliegt. Das Bundesgericht überprüft auf Beschwerde in

- 6 - Zivilsachen (Art. 72ff. BGG) hin insbesondere eine behauptete Verletzung von Bundesrecht mit freier Kognition (vgl. Art. 95 lit. a BGG; vgl. SEILER, Bundesgerichtsgesetz [BGG], Bern 2007, N 10 zu Art. 95). b) Die Durchführung eines Beweisverfahrens setzt entsprechend substantiierte Tatsachenbehauptungen voraus. Das Beweisverfahren ist nicht dazu da, eine im Hauptverfahren nur ungenügend vorgebrachte Sachdarstellung zu vervollständigen (vgl. etwa FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar ZPO ZH, Zürich 1997, N 5 zu § 133 ZPO m.w.H.; LIEBER, Die neuere kassationsgerichtliche Rechtsprechung zum Beweisrecht im Zivilverfahren, in: Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 225 Anmerkung 22 m.w.H.; vgl. etwa: AA070044, Beschluss vom 24. Dezember 2007, in Sachen G., E. II/2/2). Dabei ist das Ausmass der erforderlichen Substanziierung unabhängig davon, ob es um die Subsumtion des Sachverhaltes unter die betreffende Norm des materiellen Rechts oder um die Schaffung der Voraussetzungen für die beweismässige Abklärung des Sachverhaltes geht, immer dasselbe und beurteilt sich bei Rechtsverhältnissen, die (wie hier) dem Bundesprivatrecht unterstehen, ausschliesslich nach Bundesrecht. Mit anderen Worten bestimmt sich im Bereich des Bundesprivatrechts die Frage der genügenden Substanziierung unter allen Gesichtspunkten nach Bundesrecht, womit das Kassationsgericht mit Blick auf § 285 ZPO solcherart Rügen nicht prüfen kann (vgl. ZR 102 Nr. 8; Kass.-Nr. AA040020, Beschluss vom 5. Juli 2004, in Sachen T., E. II/2/1b m.w.H.; AA070044, a.a.O.). c) Als eine Verletzung von Bundesrecht im Sinne von Art. 95 lit. a BGG gilt auch, wenn der kantonale Sachrichter nicht alle relevanten Tatsachen ermittelt hat, welche zur Rechtsanwendung nötig sind. Ein Entscheid, welcher nicht die zur Subsumtion notwendigen tatsächlichen Grundlagen enthält, ist folglich bundesrechtswidrig. Soweit es um die Anwendung von Bundesrecht geht, ist die unvollständige oder lückenhafte Sachverhaltsfeststellung (auch rechtsfehlerhafte Sachverhaltsfeststellung genannt) somit nach Art. 97 Abs. 1 BGG mittels Beschwerde in Zivilsachen geltend zu machen (vgl. SEILER, Bundesgerichtsgesetz [BGG], a.a.O, N 24 zu Art. 97; vgl. 9C\_309/2007, Urteil des Bundesgerichts vom 5. September 2007, E. 1; vgl. auch VON WERDT, Bundesgerichtsgesetz [BGG], a.a.O,

- 7 - N 3f. zu Art. 105; vgl. auch BGE 133 IV 293, E. 3.4; vgl. weiter zur altrechtlichen Regelung Art. 64 Abs. 1 OG; MESSMER/IMBODEN, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Rz 101; MÜNCH, in Geiser/Münch, Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Auflage, Basel 1998, Rz 4.67 m.w.H.), weshalb entsprechende Rügen im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht zulässig sind (§ 285 ZPO). d) Art. 8 ZGB regelt für das Bundesprivatrecht einerseits die Beweislastverteilung und gibt andererseits der beweisbelasteten Partei einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden. Art. 8 ZGB ist daher insbesondere verletzt, wenn der kantonale Richter unbewiesene Parteibehauptungen unbekümmert darum, dass sie von der Gegenseite bestritten worden sind, als richtig hinnimmt, oder über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt. Demgegenüber verletzt nach konstanter bundesgerichtlicher Praxis eine beschränkte Beweisabnahme Art. 8 ZGB nicht, soweit der Richter schon nach deren Ergebnis (in antizipierender Beweiswürdigung) von der Sach-

darstellung einer Partei überzeugt ist, gegenteilige Behauptungen also für unbewiesen hält (zuletzt BGE 130 III 591 E. 5.4 mit Hinweisen; BSK-ZGB I/SCHMID,

### **E. 2.3**

Im Lichte der vorstehenden Erwägungen besteht im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde kein Raum für eine Überprüfung der Beschwerdevorbringen: Die Hauptvorwürfe, die Beschwerdegegnerin habe hinsichtlich der objektiven und subjektiven Wesentlichkeit des Irrtums überhaupt keine Tatsachenbehauptungen vorgebracht bzw. sie hätte weitergehende oder konkretere Behauptungen aufstellen müssen und die Vorinstanz hätte die Unverbindlichkeit des Vertrages ohne das Vorliegen solcher Behauptungen nicht bejahen bzw. eine nachträgliche Genehmigung nicht verneinen dürfen, erschöpfen sich in einer behaupteten Verletzung von Bundesrecht. Das Ausmass der erforderlichen Substantiierung für Tatsachenbehauptungen im Hinblick auf die Subsumtion unter die

- 9 - fende Norm des materiellen Rechts beurteilt sich nach Bundesrecht, und ein Entscheid, welcher nicht die zur Subsumtion notwendigen tatsächlichen Grundlagen enthält, ist bundesrechtswidrig. Weiter geht es im Eventualstandpunkt aus Sicht der Beschwerdeführerin nicht um ein verkürztes Beweisverfahren, sondern darum, dass über eine bestrittene Frage (den irrumsbegründenden Sachverhalt) überhaupt keine beweismässigen Abklärungen getroffen worden seien. Damit wird der Sache nach eine Verletzung von Art. 8 ZGB und demzufolge ebenfalls Bundesrecht gerügt. Gehen nach dem Gesagten die Rügen in einer behaupteten Verletzung von Bundesrecht auf, ist es der Beschwerdeführerin verwehrt, im gleichen Kontext indirekt die Verletzung kantonalen Rechts geltend zu machen. Soweit sich die Beschwerdeführerin neben der gerügten Missachtung der Behauptungs- und Beweislast sowie des Beweisführungsanspruches gleichzeitig auf willkürliche tatsächliche Annahme und eine Gehörsverletzung beruft, kommt den Rügen im vorliegenden Verfahren daher keine selbstständige Bedeutung zu. Somit ergibt sich, dass auf die im ersten Teil der Beschwerdebegründung erhobenen Vorbringen nicht eingetreten werden kann.

### **E. 3**

Im zweiten Teil der Beschwerdebegründung erhebt die Beschwerdeführerin verschiedene Aktenwidrigkeits- und Willkürerügen und sieht ihren Gehörsanspruch verletzt (vgl. KG act. 1 S. 17-20).

#### **E. 3.1**

a) An dieser Stelle ist die Beschwerdeführerin auf die Begründungsanforderungen der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde hinzuweisen. Nach § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft, welche nach § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO in der Beschwerde nachgewiesen werden müssen (Rügeprinzip). Dies bedingt, dass sich die Beschwerde führende Partei konkret mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz auseinandersetzt und aufzeigt, dass bzw. aus welchen Gründen der behauptete Nichtigkeitsgrund vorliegt. Dabei sind auch die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten oder gar eines anderen Nichtigkeitsgrundes zu suchen (VON RECHENBERG, Die Nichtigkeitsbe-

- 10 - schwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 4f. zu § 288 ZPO mit Hinweisen). b) Willkür in der Beweiswürdigung (§ 281 Ziff. 2 ZPO) liegt nur vor, wenn der vom Sachrichter gezogene Schluss für einen unbefangenen Denker als unhaltbar erscheint. Eine vertretbare Beweiswürdigung ist daher noch nicht willkürlich, auch wenn die Kassationsinstanz an der Stelle des Sachrichters allenfalls anders entschieden hätte. Zur Begründung der Rüge gehört, dass in der Beschwerde gesagt wird, welcher tatsächliche Schluss aufgrund welcher Aktenstelle als willkürlich erscheint. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben (vgl. VON RECHENBERG, a.a.O., S. 28; ZR 81 Nr. 88 E. 6; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 4 zu § 288). c) Aus Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) folgt die Pflicht der Behörden und der Gerichte, ihre Entscheide zu begründen (BGE 129 I 232 E. 3.2, 126 I 97 E. 2b, je mit Hinweisen). Der Betroffene soll daraus ersehen, dass seine Vorbringen tatsächlich gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Die Entscheidungsmotivation soll den Betroffenen ausserdem in die Lage versetzen, die Tragweite der Entscheidung und die Überlegungen, von denen sich die entscheidende Behörde leiten liess, zu erkennen und sich gegen den betreffenden Entscheid zur Wehr zu setzen bzw. diesen bei der Rechtsmittelinstanz sachgerecht (und mit der Möglichkeit, die Erfolgchancen zu beurteilen) anzufechten. Für Letztere ist eine nachvollziehbare Begründung überdies unabdingbare Voraussetzung einer wirksamen Rechtmässigkeitsprüfung. Aus der Begründung müssen sich allerdings nur die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte ergeben; es ist nicht nötig, dass sich der Richter ausdrücklich mit jeder tatbestandlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Argument auseinandersetzt, sondern es genügt, wenn sich aus den Erwägungen ergibt, welche Vorbringen als begründet und welche – allenfalls stillschweigend – als unbegründet betrachtet worden sind (BGE 119 Ia 269 E. d, 112

- 11 - Ia 109 E. 2b, je mit Hinweisen; G. MÜLLER in: Kommentar [alt]BV, Überarbeitung 1995, Art. 4 Rz 112–114; J.P. MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 535 ff., 539; ZR 81 Nr. 88 E. 2). Immerhin erhöhen sich die Anforderungen an die Begründungsdichte (u.a.), je komplexer die zu beurteilenden Sach- und Rechtsfragen sind, je weiter der entscheidenden Behörde zukommende Ermessens- oder Beurteilungsspielraum ist oder je stärker der Entscheid vom bisher Üblichen oder von einer gefestigten Rechtsprechung abweicht (vgl. ZR 106 Nr. 78 E. II/2/2/c m.w.H.; ZR 100 Nr. 7 m.w.H.).

### **E. 3.2**

a) Die Beschwerdeführerin nimmt zunächst auf die Erwägungen auf S. 22f. des angefochtenen Urteils Bezug, wo ihrer Ansicht nach die Vorinstanz diskutiert habe, ob ihr – der Beschwerdeführerin – und ihrem Rechtsvertreter an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung das "volle rechtliche Gehör" gewährt worden sei (vgl. KG act. 1 S. 17-19 [B/II/1]). b)aa) Die Vorinstanz hat im angefochtenen Kontext entsprechend dem Hauptberufungsantrag der Beschwerdeführerin geprüft, ob die Sache nach § 270 ZPO (wegen schwerer Verfahrensmängel) hätte zurückgewiesen werden müssen (vgl. KG act. 2 S. 21-23). Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, die Vorinstanz habe einen Anwendungsfall von § 270 ZPO zu Unrecht verneint, sondern bemängelt losgelöst von

dieser Frage einzelne Erwägungen der Vorinstanz (vgl. nachstehend lit. bb und cc). bb) Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe die erstinstanzlichen Protokollstellen aktenwidrig wiedergegeben. Es habe sich nicht bloss um eine "unglückliche Formulierung" des Vorsitzenden des Arbeitsgerichts gehandelt. Ih-rem Rechtsvertreter sei vielmehr effektiv nur zugestanden worden, zu den Rechtsfragen zu plädieren (vgl. KG act. 1 S. 17-18, S. 19). Die Vorinstanz gab die fragliche erstinstanzliche Protokollnotiz (AG Prot. S. 23) zutreffend wieder. Sie erwog, aus dem erstinstanzlichen Protokoll ergebe sich, dass die Beschwerdeführerin nach der richterlichen Befragung eine weitere mündliche Stellungnahme zum Sachverhalt habe abgeben wollen, worauf der Vorsitzende erklärt habe, sie sei abschliessend zum relevanten Sachverhalt be-

- 12 - fragt worden und ihr Vertreter nun das Wort betreffend der Rechtsfragen habe (vgl. KG act. 2 S. 22 mit Verweis auf AG Prot. S. 23). Weiter erklärte die Vorinstanz, dass diese Bemerkung des Vorsitzenden "unglücklich formuliert" sei, und räumte ein, dass sie (die Bemerkung) in prozessualer Hinsicht nicht ganz korrekt gewesen sei, da die Parteien im zweiten Parteivortrag zu neuen Behauptungen der Klageantwort Stellung nehmen und ihre Ausführungen im ersten Vortrag in tatbestandlicher und rechtlicher Hinsicht ergänzen und berichtigen könnten (vgl. KG act. 2 S. 22/23). Bei dieser Sachlage ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz im Rahmen ihrer Erwägungen zur Frage, ob die Sache nach § 270 ZPO hätte zurückgewiesen werden müssen, die erstinstanzlichen Protokollstellen aktenwidrig wiedergegeben haben oder diese willkürlich interpretiert haben sollte. cc) Die Vorinstanz führte weiter zur gleichen Fragestellung aus, doch habe der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin frei replizieren können, und der Parteivortrag des Rechtsvertreters (Replik) enthalte nicht nur rechtliche Ausführungen, sondern auch Vorbringen tatsächlicher Art. Insofern könne nicht gesagt werden, der Rechtsvertreter habe sich zwar in rechtlicher Hinsicht nicht aber zum Sachverhalt äussern können (vgl. KG act. 2 S. 23). Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, diese Behauptung werde durch keine nähere Begründung gestützt. Die Vorinstanz unterlasse es, sich mit den detaillierten Belegen auf S. 6-8 der Berufungsreplik (OG act. 67) auseinanderzusetzen. Dort werde dargelegt, dass im Parteivortrag des Rechtsvertreters gerade keine Vorbringen tatsächlicher Art enthalten seien. Die natürliche Vermutung gehe klar dahin, dass der Rechtsvertreter sich an die Anordnung des Gerichts gehalten und eben nicht zu Tatfragen plädiert habe. Das Obergericht schein zu verlangen, dass er dies trotzdem hätte versuchen und sich vom Vorsitzenden in die Schranken weisen lassen müssen, damit sich protokollarisch explizit nachweisen lasse, dass die Anordnung auch durchgesetzt worden sei. Selbstredend könne ein solches Verhalten von keiner Partei verlangt werden (vgl. KG act. 1 S. 18). Wie die Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort zutreffend festhält, kann dem erstinstanzlichen Protokoll (AG Prot. S. 23ff.) unschwer entnommen werden, dass der Parteivortrag des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin

- 13 - (Replik) effektiv auch Vorbringen tatsächlicher Natur enthält. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin bestritt z.B., dass die Beschwerdeführerin im Beweisverfahren gesagt haben soll, sie verfüge über eine Bewilligung (AG Prot. S. 24 oben). Da sich aus den Protokollstellen (AG Prot. S. 23ff.) sogleich ergibt, dass der Rechtsvertreter auch in tatsächlicher Hinsicht replizierte, gereicht der Vorinstanz die Erwägung, der Parteivortrag des Rechtsvertreters (Replik) enthalte nicht nur rechtliche Ausführungen, sondern auch Vorbringen tatsächlicher Art, im Lichte der dargelegten Rechtsprechung zum Umfang des Gehörsanspruches nicht zum Vorwurf. Insofern ist der Rüge der Boden entzogen. Die daran

anknüpfende Rüge, die Vorinstanz hätte sich mit den "detaillierten Belegen" auf "S. 6-8 der Berufungsreplik" auseinandersetzen müssen, erweist sich als zu pauschal und unbestimmt, um auf einen Nichtigkeitsgrund schliessen zu können. Die Beschwerdeführerin hätte genau darlegen müssen, welche Argumente oder Belege einer näheren Auseinandersetzung bedurft hätten. Das Kassationsgericht darf nicht nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes suchen. c) Nach dem Gesagten erweisen sich die Rügen als unbegründet, soweit auf die entsprechenden Beschwerdepunkte eingetreten werden konnte.

### **E. 3.3**

a) Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe aktenwidrig/willkürlich auf S. 45 ihres Urteils festgestellt, sie (die Beschwerdeführerin) habe jedoch die Stelle nicht angetreten und keine Arbeitsleistung für die Beschwerdegegnerin erbracht. Tatsache sei vielmehr, dass sie eine gewisse Arbeitsleistung erbracht habe, indem sie bei der Gesuchsstellung für die Arbeitsbewilligung wesentlich mitgearbeitet habe (vgl. KG act. 1 S. 19-20). b) Die Vorinstanz verneinte an der angegebenen Stelle mögliche Ansprüche der Beschwerdeführerin aus Art. 320 Abs. 3 OR (u.a.) mit der Begründung, dass sie die Stelle nicht angetreten und keine Arbeitsleistung für die Beschwerdegegnerin erbracht habe (vgl. KG act. 2 S. 45). Das Mithelfen bei der Gesuchsstellung für die Arbeitsbewilligung durch die Beschwerdeführerin kann nicht als eigentliche Arbeitsleistung für die Beschwerdegegnerin verstanden werden, sondern erscheint in tatsächlicher Hinsicht als

- 14 - Teil des Bewerbungsprozesses bzw. als Beitrag der Beschwerdeführerin an die Beschwerdegegnerin im Hinblick auf eine erfolgreiche Bewerbung. Damit vermochte die Beschwerdeführerin keinen kantonrechtlichen Nichtigkeitsgrund darzutun, soweit sich die Rüge nicht ohnehin in der hier nicht zu prüfenden bundesrechtlichen Rechtsfrage, ob das Mithelfen der Beschwerdeführerin bei der Gesuchsstellung als Arbeitsleistung im Sinne von Art. 320 Abs. 3 OR qualifiziert werden könne, erschöpft.

### **E. 3.4**

Die im zweiten Teil der Beschwerdebegündung erhobenen Rügen erwiesen sich als unbegründet, soweit auf die entsprechenden Beschwerdepunkte überhaupt eingetreten werden kann.

## **E. 4**

Im dritten und letzten Abschnitt der Beschwerdebegündung stellt die Beschwerdeführerin Hinweise auf ein "fragwürdiges, die richterliche Unabhängigkeit in Frage stellendes Verhalten des obergerichtlichen Referenten" fest. Gegenstand der Vorbringen bilden zwei Telefonnotizen (KG act. 1 S. 20-25).

### **E. 4.1**

a) In der zur Diskussion stehenden Telefonnotiz vom 17. März 2006 hielt OR lic. iur. Y. (als Referent) fest (OG act. 57): "Ich telefoniere RA Z. betreffend Vergleichsbereitschaft. RA Z. orientiert mich darüber, dass er eine Verfügung vom KassGer-Präs. erhalten habe. Die Klägerin habe NB gegen den Beschluss vom 27.1.2006 erhoben, aber zu spät. Sie sei aufgefordert worden, ein Fristwiederherstellungsbegehren zu stellen. RA Z. ist einverstanden, dass das Berufungsverfahren nicht weiter gefördert wird, bis der Entscheid des KassGer vorliegt. Im jetzigen Stadium sei die Beklagte auch nicht mehr an einer vergleichsweisen Erledigung interessiert." Zusammengefasst bringt die Beschwerdeführerin

das Folgende vor: Sie habe die Telefonnotiz erst vor wenigen Tagen entdeckt, als sie die Akten zur Ausarbeitung der Nichtigkeitsbeschwerde durchgesehen habe. Die Notiz erscheine in verschiedener Hinsicht als fragwürdig. Die Korrektheit der Protokollierung sei zweifelhaft und der Inhalt unglaubwürdig. Das ergebe sich nur schon aus dem Aufbau der Notiz. Der obergerichtliche Referent habe die fragliche Verfügung des Präsidenten des Kassationsgerichts vom 15. März 2006 im Verfahren AA060035 (Nichtigkeitsbeschwerde der Beschwerdeführerin gegen obergerichtlichen Rekursentscheid vom 27. Januar 2006 betreffend Verweigerung der unentgeltlichen

- 15 - Prozessführung/Rechtsvertretung im erstinstanzlichen Verfahren vor Arbeitsgericht [KG act. 7/4]) selber erhalten. Das müsse am Tag des Anrufs oder einen Tag zuvor gewesen sein. Er habe folglich nicht zuerst vom Gegenanwalt über den Inhalt der Verfügung informiert werden müssen. Die Formulierung der Notiz erscheine bewusst irreführend. Damit stehe mit "an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit" fest, dass der obergerichtliche Referent den Gegenanwalt angerufen habe, weil er soeben die Verfügung des Präsidenten des Kassationsgerichts vom 15. März 2006 erhalten hatte. Mit "grosser Wahrscheinlichkeit" dränge sich der Schluss auf, dass es beim Telefonat darum gegangen sei, das Vorgehen abzusprechen, um eine Kautonierung (der Beschwerdeführerin) zu erreichen. Der Beitrag des Referenten habe darin bestanden, das Berufungsverfahren zu verschleppen, bis im Kassationsverfahren AA060035 ein Endentscheid vorliege und entsprechende Rechnungen fällig würden. Die Abmachung sei auch in die Tat umgesetzt worden. Nach Erstattung der Berufungsreplik und Berufungsduplik habe das Verfahren geruht bis das Obergericht am 18. Juni 2007 den Kautionsentscheid beschlossen habe (OG act. 87). Der Vorschlag des Referenten, das Berufungsverfahren bewusst nicht weiter zu fördern, erstaune. Der Fall wäre spruchreif gewesen. Ein solches Vorgehen lasse sich mit der Pflicht zur beförderlichen Prozessverleitung schlecht vereinbaren. Die "Privat-" oder "Geheimabsprache" mit dem Gegenanwalt erwecke den Eindruck der Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Sie selber sei nicht angefragt worden, ob sie mit der "Nicht-Beförderung" des Verfahrens einverstanden sei. In ihrer Nichtigkeitsbeschwerde gegen den obergerichtlichen Rekursentscheid vom 27. Januar 2006 habe sie keine aufschiebende Wirkung verlangt. Man könne also nicht sagen, sie sei mit der "Nicht-Beförderung" sowieso einverstanden gewesen. Vorstehend handle es sich um blosser "indiziengestützte Vermutungen und Herleitungen". Es seien daher nähere Abklärungen notwendig, mindestens durch Stellungnahmen der erwähnten Personen. Vorsorglich stelle sie aber den Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids, da gegen den obergerichtlichen Referenten der Ausstandsgrund nach § 96 Ziff. 3 und 4 GVG vorliege (vgl. KG act. 1 S. 20-23).

- 16 - b) In der zweiten Telefonnotiz vom 30. Oktober 2008 hielt OR lic. iur. Y. (als Referent) fest: "Auf meine tel. Anfrage verzichtet RA Z. namens der Beklagten auf öffentliche Urteilsberatung, Anwesenheit bei der Urteilsberatung und auf mündliche Urteilseröffnung." (OG Prot. S. 23). Auch darin sieht die Beschwerdeführerin verschiedene Anhaltspunkte für eine Befangenheit des Referenten. Ihre Vorbringen lassen sich folgendermassen zusammenfassen: Sie habe auch diese Protokollnotiz erst vor wenigen Tagen im Rahmen der Ausarbeitung der Nichtigkeitsbeschwerde entdeckt. Es sei auffallend, dass die Anfrage an den Gegenanwalt telefonisch erfolgt sei. Das entspreche nicht der Praxis. Sie selber sei schriftlich angefragt worden (vgl. OG act. 100), obwohl dem Gericht ihre Telefonnummer bekannt gewesen sei. Es sei aufgrund der Akten kein

sachlicher Grund für das ungewöhnliche Vorgehen des Referenten ersichtlich. Damit dränge sich die Frage nach dem wirklichen Grund auf. Zu berücksichtigen sei, dass im Parallelverfahren AA070117 (Nichtigkeitsbeschwerde der Beschwerdeführerin gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 18. Juni 2007 betreffend Kautionsierung im Berufungsverfahren [KG act. 7/3]) schon eine andere Verfahrenshandlung des nämlichen Referenten als "unbillig" und als "Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben" habe qualifiziert werden müssen. Dabei sei es um die Kautionsauflage vom 18. Juni 2007 im Berufungsverfahren gegangen. Den fraglichen Kautionsentscheid habe die Beschwerdegegnerin veranlasst. Auch im vorliegenden Verfahren stehe ein Vorgang zur Diskussion, in welchen sowohl die Vorinstanz wie die Beschwerdegegnerin involviert gewesen seien. Übrigens seien im Parallelverfahren AA070117 gegen den Referenten noch weitere Vorwürfe erhoben worden, welche das Kassationsgericht nicht mehr habe prüfen müssen. Eventuell rechtfertige es sich, diese Vorwürfe vorliegend aufzurollen. Weiter sei es schlecht vorstellbar, dass sich das Telefongespräch auf den protokollierten Inhalt beschränkt habe. Es bestünden genügend Anhaltspunkte für eine vorläufige Infragestellung der Vollständigkeit der Protokollierung und eine Vermutung der Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit aufgrund des ungewöhnlichen und die Parteien ungleich behandelnden Vorgehens. Es rechtfertige sich, weitere Abklärungen durchzuführen. Vorsorglich stelle sie aber auch hier den Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids, da gegen

- 17 - den obergerichtlichen Referenten ein Ausstandsgrund vorliege (vgl. KG act. 1 S. 23-25).

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz bzw. der Präsident der I. Zivilkammer des Obergerichts sowie der obergerichtliche Referent liessen sich zu diesem Beschwerdepunkt vernehmen. Der Referent hält fest, dass er entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin keine geheimen Absprachen mit dem Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin getroffen habe. Die Vermutungen der Beschwerdeführerin würden nicht den Tatsachen entsprechen. Auch die Akten würden hierfür keinen Anlass geben. Ihn verbinde mit Rechtsanwältin lic. iur. Z. oder mit der Beschwerdegegnerin weder Freundschaft, Feindschaft oder ein Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältnis. Es liege kein Ausstandsgrund vor (KG act. 16 S. 1). Darüber hinaus rechtfertigt der Referent sein Vorgehen und schildert die von der Beschwerdeführerin beanstandeten Abläufe aus seiner Sicht (KG act. 16 S. 1- 3).

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin reichte eine Stellungnahme zur vorinstanzlichen Vernehmlassung ein. Darin hält sie an ihrem Standpunkt fest und untermauert ihre bereits zuvor vorgebrachten Argumente (KG act. 23).

#### **E. 4.4**

a) Es stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführerin die Ablehnungsgründe rechtzeitig geltend gemacht hat. Sie weist darauf hin, dass sie die beiden Telefonnotizen (vom 17. März 2006 bzw. 30. Oktober 2008) erst vor wenigen Tagen im Rahmen der Ausarbeitung der Nichtigkeitsbeschwerde entdeckt habe. Mithin macht sie erstmals im vorliegenden Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde geltend, dass gegen den referierenden Oberrichter (lic. iur. Y.) die Ablehnungsgründe der Befangenheit im Sinne von § 96 Ziff. 3 und 4 GVG vorliegen. Grundsätzlich ist ein Ausstandsbegehren während der Dauer des

Verfahrens und vor derjenigen Instanz zu stellen, welcher der abgelehnte Justizbeamte angehört (vgl. § 98 GVG). Es ist unzulässig, die Ablehnung erst im Rechtsmittel-

- 18 - verfahren geltend zu machen, wenn der Mangel schon früher hätte festgestellt werden können. Hat jedoch ein Justizbeamter seine Meldepflicht im Sinne von § 97 GVG verletzt und wird der Ablehnungsgrund erst nach Eröffnung des Entscheids entdeckt, kann der zur Ablehnung Berechtigte die Aufhebung des Entscheids grundsätzlich auf dem Rechtsmittelweg (durch Anfechtung des fraglichen Entscheids) verlangen (vgl. § 102 Abs. 2 GVG; ZR 98 Nr. 21, E. 3/c; ZR 102 Nr. 32, E. 3/b). Eine Einschränkung gilt nach der Praxis insoweit, als das Gesuch im Lichte des auch im Prozessrecht (und besonders auch im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Ablehnungsgründen) geltenden Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 50 Abs. 1 ZPO) so früh wie möglich, d.h. unverzüglich nach Kenntnisnahme vom Ausstandsgrund gestellt werden muss, ansonsten das Ablehnungsrecht verwirkt ist. Insbesondere geht es nicht an, mit der Stellung des Begehrens einstweilen zu- und den weiteren Verfahrensgang abzuwarten und den Ausstand erst dann zu verlangen, wenn das Gericht (unter Mitwirkung des abgelehnten Richters) einen für den Gesuchsteller negativen Entscheid getroffen hat (vgl. ZR 103 Nr. 31, E. 3/2 m.w.H.; ZR 101 Nr. 13, E. III/8/b; ZR 89 Nr. 94, E. IV; RB 2001 Nr. 51; zum Ganzen auch: Kass.-Nr. AA060072, Beschluss vom 8. September 2006, in Sachen M., E. II/3/1 m.w.H.; BGE 124 I 123; 128 V 85; 130 III 75; 132 V 112, E 7.4.2; HAUSER/SCHWERI, Kommentar GVG ZH, Zürich 2002, N 4 zu § 98 GVG, N 2 zu § 99 GVG und N 11 vor §§ 95 ff. GVG). b) Die zur Begründung der Befangenheit angeführten Umstände waren für die Beschwerdeführerin – zumindest in den wesentlichen Zügen - nicht erst nach Mitteilung des angefochtenen Entscheids (19. Dezember 2008 [OG act. 104/1]) erkennbar. Die Telefonnotiz vom 17. März 2006 (OG act. 57) lag schon längere Zeit bei den obergerichtlichen (Berufungs-)Akten. Insbesondere lag die Notiz bereits zu jenem Zeitpunkt bei den Akten, als die Beschwerdeführerin in den Kass.-Verf. AA060035 und AA070117 die Nichtigkeitsbeschwerde begründet hatte und dabei Einsicht in die vorinstanzlichen Akten genommen haben musste. Ähnlich verhält es sich auch mit der zweiten Telefonnotiz. Die Vorinstanz informierte die Beschwerdeführerin im Rahmen der Anfrage vom 30. Oktober 2008 (KG act. 100

- 19 - [Empfangsbestätigung vom 10. November 2008]) darüber, dass der Gegenanwalt bereits auf eine öffentliche Urteilsberatung verzichtet hatte. Die Beschwerdeführerin hatte daher ca. 1 Monat vor Beginn der öffentlichen Urteilsberatung bzw. Fällung des Berufungsentscheids zumindest Kenntnis davon, dass die Vorinstanz den Gegenanwalt vorgängig angefragt hatte, ob er eine öffentliche Urteilsberatung wünsche. Die Frage, ob die Beschwerdeführerin bei dieser Sachlage hinreichend Veranlassung, Gelegenheit und Zeit gehabt hätte, schon vor Beginn der öffentlichen Urteilsberatung bei der Vorinstanz ein darauf Bezug nehmendes Ablehnungsbegehren zu stellen und zu begründen, braucht letztlich aber nicht abschliessend beurteilt zu werden und kann offen bleiben. Das Ablehnungsbegehren erweist sich nämlich bei materieller Prüfung ohnehin als unbegründet. Das gilt es nachfolgend darzulegen.

#### **E. 4.5**

a) Sowohl aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK als auch aus Art. 58 aBV bzw. Art. 30 Abs. 1 BV haben die Parteien Anspruch auf einen verfassungsmässigen Richter, wobei die Tragweite der genannten EMRK-Vorschrift diesbezüglich nicht über diejenige von Art. 58 aBV bzw. Art. 30 Abs. 1 BV hinausgeht (BGE 119 V 375, E. 4/a m.w.H.). Aus beiden Bestimmungen,

die ihrerseits nicht über den Regelungsgehalt der §§ 95 ff. GVG hinausgehen, ergeben sich gewisse Minimalanforderungen an das kantonale Verfahrensrecht wie insbesondere der Anspruch auf Beurteilung durch einen unabhängigen und unparteiischen Richter. Diese verfassungsrechtliche Garantie verleiht jeder Person einen Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirkung sachfremder Umstände entschieden wird (Pra 2004 Nr. 74, E. 2/1; BGE 114 Ia 54). Nach der von der Beschwerdeführerin angerufenen Vorschrift von § 96 Ziff. 3 GVG kann ein Justizbeamter abgelehnt werden, wenn zwischen ihm und einer Partei Freundschaft, Feindschaft oder ein Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältnis besteht. Nach der ebenfalls angerufenen Vorschrift von § 96 Ziff. 4 GVG kann ein Justizbeamter abgelehnt werden, wenn andere (als die in § 96 Ziff. 1-3 GVG aufgeführten) Umstände vorliegen, die ihn als befangen erscheinen lassen. Für eine erfolgreiche Ablehnung ist aber nicht vorausgesetzt, dass der Richter in

- 20 - einer Angelegenheit tatsächlich befangen und nicht zu einem unparteiischen Urteil fähig ist. Es genügt, wenn aufgrund gewisser Umstände der Anschein einer – wenn auch tatsächlich nicht vorhandenen – Befangenheit bzw. die Gefahr der Voreingenommenheit erweckt wird. Dabei ist allerdings nicht das subjektive Empfinden einer Partei massgebend; vielmehr muss das Misstrauen bei objektiver Betrachtungsweise als begründet erscheinen (BGE 132 V 109 f., E. 7/1; 131 I 116, E. 3/4; Pra 2000 Nr. 142, E. 2/b; HAUSER/SCHWERI, a.a.O., N 30 f. zu § 96 GVG m.w.H. Zu beachten ist, dass eine zu large Ausstandspraxis zur Aushöhlung der regelhaften Verfahrensordnung und damit ihrerseits zu einer Beeinträchtigung des Anspruchs auf den verfassungsmässigen Richter führen kann, weshalb der Ausstand die Ausnahme bleiben bzw. nur dann Platz greifen sollte, wenn tatsächlich ein Ausstandsgrund vorliegt. Der Eindruck der Befangenheit darf somit – zumindest dem Grundsatz nach – nicht leichthin angenommen werden (vgl. BGE 122 II 477 und 116 Ia 40, je m.w.H.; HAUSER/SCHWERI, a.a.O., N 30 zu § 96 GVG; zum Ganzen auch: Kass.-Nr. AA060072, a.a.O.). Die angerufenen Vorschriften gehören zu den wesentlichen Verfahrensgrundsätzen (VON RECHENBERG, a.a.O., S. 26; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 22 zu § 281 ZPO), weshalb ihre Verletzung den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO begründet. b) Vorab ist der Frage nach zu gehen, ob die geltend gemachten Ablehnungsgründe der weiteren Abklärung bedürfen. Die Beschwerdeführerin gibt an, aufgrund der bestehenden Aktenlage lediglich indiziengestützte Verdachtsmomente anführen zu können. Es bestünden – so die Beschwerdeführerin - aber genügend Anhaltspunkte für eine Vermutung der Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit, und es rechtfertige sich, weitere Abklärungen durchzuführen. Können keine Urkunden oder schriftliche Auskünfte zum Nachweis des behaupteten Ablehnungsgrundes beigebracht werden, so bedarf es der Glaubhaftmachung, d.h. des Nachweises der Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen des behaupteten Ablehnungsgrundes. Diesem Wahrscheinlichkeitsbeweis dient zu-

- 21 - nächst die gewissenhafte Erklärung des Abgelehnten. Nach Eingang der gewissenhaften Erklärung können weitere Beweise erhoben werden, jedoch nur aus "zureichenden Gründen". Letztere müssen dargelegt werden und können z.B. darin liegen, dass gegenüber der gewissenhaften Erklärung Zweifel bestehen (vgl. § 100 Abs. 1 GVG; HAUSER/SCHWERI, a.a.O., N 4f. zu § 100 GVG). Die Vorinstanz hat zu den von der Beschwerdeführerin geäusserten Verdachtsmomenten im Rahmen der Vernehmlassung Stellung genommen und namentlich der obergerichtliche Referent hat das kritisierte

Verhalten aus seiner Sicht erklärt und gerechtfertigt. Damit liegt der Sache nach eine gewissenhafte Erklärung des Abgelehnten bei den Akten. Die Ausführungen des obergerichtlichen Referenten können nachvollzogen werden und erscheinen im Kontext mit den aktenkundigen Anhaltspunkten als glaubhaft, wie es nachfolgend noch näher darzulegen gilt. Sie vermögen die von der Beschwerdeführerin gehegten Zweifel an der Unvoreingenommenheit des Referenten zu zerstreuen, zumal die Ausführungen auch vom Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin bestätigt werden (KG act. 20 S. 8) und die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme (KG act. 23) keine stichhaltigen Argumente gegen die gewissenhafte Erklärung des Abgelehnten vorzubringen vermag. Bei dieser Sachlage erscheint die Erhebung weiterer Beweise nicht notwendig. Ohnehin sagt die Beschwerdeführerin nicht, welche (weiteren sachdienlichen) Beweise zum Nachweis der behaupteten Befangenheit erhoben werden sollen. c)aa) Abstellend auf die gewissenhafte Erklärung des Abgelehnten, dass ihn mit Rechtsanwalt lic. iur. Z. oder mit der Beschwerdegegnerin weder Freundschaft, Feindschaft oder ein Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältnis verbinde, und mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist vorweg ein Ausstandsgrund im Sinne von § 96 Ziff. 3 GVG zu verneinen. bb) Es erscheint weiter plausibel, dass OR Y. in seiner Funktion als Referent nach Eingang der Berufungsbegründung und Berufungsantwort am 17. März 2006 telefonisch Kontakt mit dem Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin aufgenommen hatte, um die Bereitschaft für eine Vergleichsverhandlung auszuloten. Dem obergerichtlichen Referenten lagen im damaligen Zeitpunkt die von den Par-

- 22 - teien im Berufungsverfahren vertretenen Standpunkte vor. Eine gütliche Einigung unter den Parteien hätte auch damals noch eine erhebliche Vereinfachung des Verfahrens bedeutet. Die Einleitung von Vergleichsverhandlungen setzt das Einverständnis und die Bereitschaft der Parteien voraus. Die telefonische Kontaktaufnahme auf Initiative des Referenten mit dem Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin erschien somit als angezeigt und erweckt als solche noch nicht den Anschein der Befangenheit. Es ist dem Richter nach zürcherischem Verfahrensrecht und auch im Lichte der Garantien von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht schlechthin verboten, mit einer Partei oder deren Vertreter telefonisch oder sonst wie in Kontakt zu treten. Bei der Beurteilung solcherart Fällen ist aber in dem Sinne ein strenger Massstab anzuwenden, dass bereits ein geringfügiger Anlass, der geeignet ist, das Vertrauen in die Unvoreingenommenheit zu erschüttern, zum Ausstand des betreffenden Justizbeamten führen muss (vgl. ZR 96 Nr. 8; vgl. weiter: BGE 134 I 238 E. 2/4 a.E.; BGE 131 I 113 E. 3/6; KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 169f.; vgl. auch TEMPERLI, Vom Verbot des Berichtens, in: FS Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 255f. m.w.H.; HAUSER/SCHWERI, a.a.O., N 37 zu § 96 GVG). Zunächst kann nachvollzogen werden, dass der obergerichtliche Referent vorab Kontakt mit dem Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin aufgenommen hatte. Die Beschwerdegegnerin hatte im erstinstanzlichen Verfahren obsiegt. Es lag auf der Hand, dass ihre Vergleichsbereitschaft tiefer einzuordnen war, als jene der Beschwerdeführerin. Eine ablehnende Haltung der Beschwerdegegnerin hätte eine Anfrage bei der Beschwerdeführerin überflüssig gemacht. Die fragliche Verfügung des Präsidenten des Kassationsgerichts vom 15. März 2006 im Verfahren AA060035 wurde gleichentags versandt (vgl. Versandstempel des KassGer: OG act. 58 S. 4 unten). Dass der obergerichtliche Referent die Verfügung im Zeitpunkt des Telefonats am 17. März 2006, d.h. zwei Tage später, noch nicht zur Kenntnis genommen hatte, ist durchaus möglich. Zum einen gelangte das fragliche Aktenstück nicht sogleich in den Zugriffsbereich des

Referenten, da auch der interne Versand per Kurier und die Verteilung der Post

- 23 - etc. eine gewisse Zeit beansprucht. Zum anderen handelte es sich beim vorliegenden Fall kaum um die einzige Pendezenz des Referenten. Auch hätte der Referent nicht wegen der Vergleichsbereitschaft sondiert und in seiner Telefonnotiz den vom Gegenanwalt geschilderten Inhalt der Verfügung des Präsidenten des Kassationsgerichts festgehalten, wenn er zuvor bereits Kenntnis von der Verfügung gehabt hätte (vgl. KG act. 16 S. 2/3). Weiter kann der Umstand, dass die Beschwerdeführerin den obergerichtlichen Rekursentscheid vom 27. Januar 2006 betreffend Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung/Rechtsvertretung mit kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde angefochten hatte, die Vergleichsbereitschaft der Parteien beeinflussen. Es erstaunt daher nicht, dass der Gegenanwalt den Referenten anlässlich des Telefonats umgehend auf den Inhalt der erwähnten Verfügung des Kassationsgerichtspräsidenten hingewiesen hatte. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Kontaktaufnahme aus anderen Gründen erfolgte oder das Gespräch sich um einen anderen als den protokollierten Inhalt drehte, liegen nicht vor. Die Telefonnotiz selber spricht jedenfalls gegen eine solche Annahme. Sie korrespondiert auch mit der Anmerkung des Gegenanwaltes in der Beschwerdeantwort, wonach die Gespräche gemäss seinen Handnotizen 4 bzw. 3 Minuten gedauert hätten (vgl. KG act. 20 S. 8). In zeitlicher Hinsicht bot sich mithin kaum genügend Raum für eine weitergehende, geheime Absprache. Immerhin erscheint es nicht als ganz unbedenklich, dass der Referent mit dem Gegenanwalt ohne Einbeziehung der Beschwerdeführerin übereinkam, das Berufungsverfahren bis zum Entscheid des Kassationsgerichts im Verfahren AA060035 nicht weiter zu fördern. Aber auch darin kann letztlich kein Anhaltspunkt gesehen werden, welcher mit ausreichender Wahrscheinlichkeit auf eine unsachliche oder voreingenommene Einstellung des Referenten gegenüber der Beschwerdeführerin hindeutet. Zunächst fügte der Referent dem Aktendossier eine entsprechende Notiz über das Gespräch bei, in welcher er ausdrücklich auf das fragliche Vorgehen hinwies. Er schaffte somit Transparenz und verhinderte dadurch den Eindruck, dass das Vorgehen bzw. die "Nichtförderung" vertuscht werden sollte. Ein Zuwarten bis zum Entscheid des Kassationsgerichts drängte

- 24 - sich sodann auf, da ansonsten ein vernünftiger Gang des Berufungsverfahrens nicht mehr gewährleistet werden konnte. Hätte das Kassationsgericht die Prozeduraussichten der Beschwerdeführerin anders als die Rekursinstanz beurteilt, wäre z.B. das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung in der Berufungsbegründung gegenstandslos geworden und es hätte – namentlich mit Blick auf die Berufungsreplik – noch geprüft werden müssen, ob der Beizug eines Rechtsanwaltes notwendig war (vgl. KG act. 16 S. 3, vgl. auch OG act. 55 und 62). Die "Nichtförderung" des Berufungsverfahrens lag somit im pflichtgemässen Ermessen des Referenten. Dies umso mehr, als seitens des Kassationsgerichts kein Entscheid vorlag, den der obergerichtliche Referent in verfahrensleitender Hinsicht allenfalls hätte beachten müssen. Das Kassationsgericht entschied mangels eines entsprechenden Antrags der Beschwerdeführerin und mangels sachlicher Notwendigkeit einstweilen nicht über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Nichtigkeitsbeschwerde. Ein solcher Entscheid erübrigte sich in der Folge, nachdem das Fristwiederherstellungsgesuch der Beschwerdeführerin abgewiesen wurde und in der Sache selber sogleich ein Endentscheid gefällt werden konnte (vgl. OG act. 58 S. 4 oben, 59 und 61). Die "Nichtförderung" des Berufungsverfahrens lag aber auch im wohlverstandenen Interesse der Beschwerdeführerin, da – wie gesagt – ihr Antrag um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters im Berufungsverfahren noch ausstehend

war und ihr (erbetener) Rechtsvertreter nach Einreichung der Berufungsbegründung das Mandat niedergelegt hatte (vgl. OG act. 56). Eine ausdrückliche Anfrage bei der Beschwerdeführerin betreffend "Nichtförderung" erübrigte sich unter diesen Umständen bzw. eine solche war aus sachlichen Gründen zumindest nicht angezeigt. Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil der obergerichtliche Referent am 31. Mai 2006 auf entsprechende Anfrage hin vom Kassationsgericht die Auskunft erhalten hatte, dass im Verfahren AA060035 bereits ein Antrag in Zirkulation gesetzt worden sei (vgl. OG act. 60). Er durfte somit mit einem Entscheid des Kassationsgerichts rechnen und davon ausgehen, dass das Berufungsverfahren innert nützlicher und angemessener Frist wieder aufgenommen werden kann. Tatsächlich ging der Erledigungsbeschluss des Kassationsgerichts am 5. Juli 2006 beim Obergericht ein (OG act. 61), und mit Beschluss vom

- 25 - 10. August 2006 entschied die Vorinstanz über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und regelte die Fortsetzung des Berufungsverfahrens (OG act. 62). Nach dem Gesagten ergeben sich im Kontext mit dem Telefongespräch vom 17. März 2006 - trotz strengem Massstab - keine Anhaltspunkte, welche unter Befangenheitsaspekten hinreichend Bedenken auslösen könnten. cc) Der Umstand, dass der Referent die Beschwerdeführerin schriftlich anfragte, ob sie auf eine öffentliche Urteilsberatung verzichte, und den Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin dagegen mündlich bzw. telefonisch, ist nicht geeignet, um die Unvoreingenommenheit des Referenten in Zweifel zu ziehen. Telefonische Kontaktaufnahmen des Gerichts mit einer Partei zwecks Abklärung von rein verfahrensorganisatorischen Fragen sind grundsätzlich zulässig (vgl. vorstehend zitierte Rechtsprechung und Literaturangaben). Wie in der Beschwerdeantwort zutreffend angeführt wird, entspricht eine solche Anfrage bei anwaltlich vertretenen Parteien durchaus der Usanz. Im Falle der Teilnahme an der öffentlichen Urteilsberatung könnte sogleich der Termin abgesprochen werden. Bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien drängt sich ein solches Vorgehen nicht auf, da die Partei selber für gewöhnlich keine oder nur wenige schwer verschiebbare Termine, Fristen etc. einzuhalten hat. So gesehen lag es im Ermessen des Referenten, in welcher Form er bei den Parteien nachfragen wollte. Hinzu kommt, dass sich die Beschwerdeführerin nach der Darstellung in der gewissenhaften Erklärung schon mehrmals telefonisch mit Fragen an den obergerichtlichen Referenten gewandt hatte, wobei er ihr (mitunter) erklärt habe, nicht ihr Rechtsberater zu sein (vgl. KG act. 16 S. 3 mit Verweisen auf obergerichtliche Protokollnotizen). Offensichtlich wollte es der Referent vermeiden, erneut mit Fragen konfrontiert zu werden, die er als in der Sache zuständiger Richter nicht beantworten konnte bzw. durfte. Mithin liegen auch im Kontext mit dem Telefongespräch vom 30. Oktober 2008 keine konkreten Umstände vor, welche unter Befangenheitsaspekten hinreichend Bedenken auslösen könnten.

- 26 - dd) Ferner kann aus der Tatsache, dass ein Richter bereits eine für die Partei ungünstige Entscheidung getroffen hat, Befangenheit nicht abgeleitet werden. Ein Ausstandsgrund ist nach der Rechtsprechung selbst dann nicht anzunehmen, wenn die frühere Entscheidung unrichtig war und von einer Rechtsmittelinstanz wegen Willkür aufgehoben wurde (vgl. HAUSER/SCHWERI, a.a.O., N 40 zu § 96 GVG m.w.H.). Der von der Beschwerdeführerin angeführte Umstand, dass das Kassationsgericht im Verfahren AA070117 die Kautionsierung der Beschwerdeführerin durch die Vorinstanz im Berufungsverfahren (Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 18. Juni 2007) als mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht vereinbar erachtet hatte (KG act. 7/3/25),

ist dementsprechend nicht geeignet, um auf eine Befangenheit des Referenten zu schliessen. Auf den Hinweis der Beschwerdeführerin, im (Parallel-)Verfahren AA070117 seien gegen den Referenten noch weitere, bis anhin noch nicht behandelte Vorwürfe erhoben worden, ist nicht weiter einzugehen. Man kann frühere Ausführungen nicht einfach zum integrierenden Bestandteil der Beschwerdebegründung erklären und es ist dem Kassationsgericht verwehrt, nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen (vgl. vorstehend E. II/3/1/a; VON RECHENBERG, a.a.O., S. 18). d) Insgesamt betrachtet sind die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Umstände nicht geeignet, das dem abgelehnten Obergericht entgegen gebrachte subjektive Misstrauen hinsichtlich einer unvoreingenommenen und unabhängigen Mitwirkung im Berufungsverfahren als objektiv begründet erscheinen zu lassen. Die Rüge ist unbegründet.

## **E. 5**

Abschliessend bleibt festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin keinen Nichtigkeitsgrund darzutun vermochte. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann. III. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin auferlegt, jedoch zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Pro-

- 27 - zessführung (unter dem Vorbehalt der Nachzahlungspflicht nach § 92 ZPO) auf die Gerichtskasse genommen. Die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung befreit die Beschwerdeführerin nicht von der Bezahlung einer Prozessentschädigung an die Gegenpartei (vgl. § 85 Abs. 1 ZPO). Die unterliegende Beschwerdeführerin ist daher zur Bezahlung einer angemessenen Prozessentschädigung an die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin zu verpflichten. Der Streitwert beträgt Fr. 54'328.–. Die Gerichtsgebühr ist auf Fr. 4'500.– (vgl. § 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 GGebVO) und die Prozessentschädigung auf Fr. 4'000.– anzusetzen (vgl. § 3 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 AnwGebVO). Das Gericht beschliesst:

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