



Kass.-Nr. AA040140/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Alfred Keller, Karl Spühler und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie die Sekretärin Daniela Brüscheiler

## Zirkulationsbeschluss vom 01. März 2005

in Sachen

X.,

Kläger, Rekurrent und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. oec. et lic. iur. \_\_\_\_\_

gegen

1. A.,

Beklagter, Rekursgegner und Beschwerdegegner

2. B.,

Beklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

3. C.,

Beklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

1, 2, 3 vertreten durch H. Immobilien AG,

diese vertreten durch I.,

dieser vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. \_\_\_\_\_

betreffend **Kündigungsschutz**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. August 2004 (NM030009/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Am 10. Juli 1996 schlossen X. (Mieter, Kläger, Rekurrent und Beschwerdeführer) und die Geschwister \_\_\_\_ (Vermieter, Beklagte, Rekursgegner und Beschwerdegegner 1-3) einen Mietvertrag über ein 4'271 m<sup>2</sup> messendes Geländeareal (MG act. 5/2/1). Diesen kündigten die Vermieter am 2. Oktober 2002 (MG act. 5/2/3).

2. Mit Eingabe vom 15. Oktober 2002 rief der Beschwerdeführer die Schlichtungsbehörde des Bezirks \_\_\_\_ an und verlangte insbesondere die maximal mögliche Erstreckung des Mietverhältnisses (MG act. 5/1). Am 23. Mai 2003 stellte die Schlichtungsbehörde fest, dass zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden konnte, und beschloss, die Klage auf Erstreckung des Mietverhältnisses abzuweisen (MG act. 5/24).

3. Daraufhin erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 3. September 2003 beim Mietgericht \_\_\_\_ Klage gegen die Beschwerdegegner mit dem Rechtsbegehren, das Mietverhältnis sei mindestens um 3 Jahre zu erstrecken (MG act. 1). Das Mietgericht erklärte sich mit Beschluss vom 16. Oktober 2003 für sachlich nicht zuständig, da es nicht um Geschäftsräume gehe, und trat auf die Klage nicht ein. Ferner wurde dem Beschwerdeführer eine Frist von 10 Tagen zur Stellung eines Überweisungsantrages angesetzt (MG act. 15 = OG act. 2).

4. Gegen den Entscheid des Mietgerichtes rekurrierte der Beschwerdeführer am 8. Dezember 2003 ans Obergericht und beantragte, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben, und der Fall sei zur weiteren Behandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen (OG act. 1). Mit Beschluss vom 13. August 2004 wies die II. Zivilkammer des Obergerichts den Rekurs ab und bestätigte den Beschluss des Mietgerichts vom 16. Oktober 2003 (OG act. 14 = KG act. 2).

5. Gegen diesen obergerichtlichen Beschluss richtet sich die vorliegende, rechtzeitig erhobene Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1). Der Beschwerdeführer beantragt Aufhebung des vorinstanzlichen Beschlusses und Rückweisung zur Neuurteilung; im Falle des Nichteintretens oder der Abweisung sei der Streitgegenstand an das zuständige Gericht zu überweisen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegner. Mit Verfügung des Präsidenten des hiesigen Gerichtes vom 16. September 2004 wurde der Beschwerdeantragsgemäss einstweilen aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5). Die Vorinstanz verzichtet auf Vernehmlassung (KG act. 7). Die Beschwerdegegner beantragen Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers (KG act. 14).

6. Der Beschwerdeführer hat gegen den vorinstanzlichen Beschluss ausserdem eidgenössische Berufung erhoben (KG act. 1 S. 3).

## II.

1. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere 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 Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweis-

würdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.).

2. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens ergibt sich weiter, dass lediglich zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO leidet. Daher sind neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig (vgl. Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4a zu § 288 ZPO mit Hinweisen; Spühler/Vock, a.a.O., S. 56 f., 75).

### III.

1. Die Vorinstanz erwog zusammenfassend, Grundlage sei der Mietvertrag vom 10. Juli 1996 über eine unbebaute Fläche von 4'271 m<sup>2</sup> als Auto- und Wohnwagenabstellplatz. Das vom Beschwerdeführer später erstellte Holzhaus weise eine Fläche von 55 m<sup>2</sup> auf, was einem verschwindend kleinen Anteil von ca. 1,3 % der Gesamtfläche entspreche. Sei nur ein Bruchteil einer Freifläche überbaut, so werde deswegen, selbst wenn diesem Objekt wie vorliegend Geschäftsräumeigenschaft zukomme, nicht das gesamte Areal zum Geschäftsraum. Der Auffassung des Beschwerdeführers, wonach dem Gartensitzplatz, den Parkplätzen sowie den Grünflächen ebenfalls Raumqualität zuzusprechen sei, könne nicht gefolgt werden (KG act. 2 S. 5). Das Mietobjekt wäre aber selbst dann nicht

zum Geschäftsraum zu erheben, wenn diesen Nebensachen Raumcharakter zugebilligt würde. Nach Darstellung des Beschwerdeführers würde sich diesfalls eine überbaute Fläche von wohl etwa 350 m<sup>2</sup> ergeben. Damit würde der Anteil der Mietfläche mit Raumeigenschaft ca. 9 % der Gesamtfläche betragen, was immer noch zu gering sei, als dass deshalb das gesamte Mietobjekt zum Geschäftsraum würde (KG act. 2 S. 6). Der Beschwerdeführer bringe weiter vor, die Beschwerdegegner hätten durch ihr Einverständnis zu seinen Bauvorhaben einer Änderung des Mietvertrages von einem Vertrag über unbebautes Land zu einem solchen über einen Geschäftsraum zugestimmt. Selbst wenn aber die Beschwerdegegner bei Erteilung ihrer Einwilligung vom Restaurant gewusst oder zumindest nachträglich davon erfahren, aber nichts dagegen unternommen hätten, bedeute dies nicht ohne weiteres, dass sie deshalb das Mietobjekt insgesamt zum Geschäftsraum hätten erheben wollen (KG act. 2 S. 7). Schliesslich könne einzig ein nach dem Vertrauensprinzip qualifiziertes Verhalten des Vermieters (namentlich Zusicherungen), welches ein objektiv begründetes Vertrauen des Mieters in ein länger dauerndes Mietverhältnis zu wecken vermöge, zur Anwendung des Rechts der Wohn- und Geschäftsraummieta führen. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers liege hier kein solcher Fall vor. Der Mietvertrag sei zwar unbefristet abgeschlossen worden, die Beschwerdegegner hätten jedoch dem Beschwerdeführer in keiner Weise ein länger dauerndes Mietverhältnis zugesichert. Mit ihren Vorbehalten, bei Mietende den ursprünglichen Zustand verlangen zu können, hätten sie gegenüber dem Beschwerdeführer vielmehr zum Ausdruck gebracht, dass dieser mit einer Kündigung gegebenenfalls zu rechnen hätte (KG act. 2 S. 7-8).

2. a) Vorliegend geht es hauptsächlich um die Frage, ob es sich beim Mietobjekt um einen Geschäftsraum gehandelt habe und das Mietgericht auf das Erstreckungsbegehren des Beschwerdeführers hätte eintreten müssen. Die zuständigen Behörden werden von den Kantonen bezeichnet (Art. 274 OR). Die Zuständigkeit des Mietgerichts richtet sich somit nach kantonalem Recht (§§ 14 ff. GVG). Auf die entsprechenden Rügen ist im Kassationsverfahren einzutreten (§ 285 ZPO).

b) Das Mietgericht beurteilt alle Streitigkeiten aus Miet- und Pachtverhältnissen für Wohn- und Geschäftsräume (§ 18 Abs. 1 GVG). Der Begriff der Wohn- und Geschäftsräume im Sinne des GVG deckt sich mit demjenigen des materiellen Bundesrechts gemäss Art. 253a OR. Bei der Auslegung des (kantonrechtlichen) Begriffs kann somit die Lehre und Rechtsprechung zum Mietrecht analog beigezogen werden (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 5 zu § 18; ZR 97 Nr. 47, Erw. 5).

c) Die Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit, der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und die Oficialmaxime gehören zu den wesentlichen Verfahrensgrundsätzen im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 20, 35, 37 zu § 281). In diesem Bereich steht dem Kassationsgericht freie Kognition zu (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 zu § 281). Soweit der Beschwerdeführer irrtümlicherweise von einer Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO ausgeht (KG act. 1 S. 13), schadet ihm dies nicht; die Subsumtion unter den zutreffenden Nichtigkeitsgrund ist Aufgabe des Gerichts (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288).

3. a) Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanzen hätten trotz widersprüchlicher Angaben über das Verhältnis von mit Geschäftsräumen überbauter Fläche zur Gesamtfläche den Sachverhalt nicht korrekt von Amtes wegen abgeklärt, obwohl hier gemäss § 108 ZPO die Oficialmaxime gelte (KG act. 1 S. 4, 13). Bei genauem Studium der Akten müsse davon ausgegangen werden, dass beide Parteien das Mietverhältnis als Geschäftsmiete qualifiziert hätten. Die Vorinstanzen hätten die eingereichten Unterlagen aufgrund der Oficialmaxime selber entsprechend würdigen oder im Zweifelsfall die Situation im Rahmen der richterlichen Fragepflicht klären müssen (KG act. 1 S. 4, 5, 9-11). Die Vorinstanzen hätten zu den umstrittenen Sachverhaltselementen ein Beweisverfahren durchführen müssen (KG act. 1 S. 11-12). Sie hätten auch trotz Antrags keinen Augenschein durchgeführt (KG act. 1 S. 11).

b) Gemäss § 108 ZPO wird die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts von Amtes wegen geprüft. Dieser Grundsatz erfährt jedoch eine Einschränkung, soweit die sachliche Zuständigkeit - hier des Mietgerichts - von der Natur des eingeklagten Anspruchs abhängt. Insoweit ist auf die klägerischen Vorbringen

zum Sachverhalt (d.h. auf das Klagefundament) abzustellen, ohne dass dabei die Frage der Begründetheit des Anspruchs zu prüfen wäre. Nur so ist gewährleistet, dass bezüglich des geltend gemachten Anspruchs überhaupt materiell entschieden wird. Aus diesem Grund ist auch über die Frage der sachlichen Zuständigkeit kein Beweisverfahren durchzuführen. Ebenso wenig sind im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung materiell-rechtliche Einwendungen bzw. Einreden des Beklagten gegen die Begründetheit des Anspruchs zu hören. Jedoch ist es dem angerufenen Gericht nicht verwehrt, aufgrund des von der klägerischen Partei vorgebrachten Sachverhalts von Amtes wegen zu prüfen, ob der behauptete Anspruch effektiv in demjenigen Rechtsbereich anzusiedeln ist, der seine Zuständigkeit begründet, und gegebenenfalls - in Abweichung von der rechtlichen Betrachtungsweise der klägerischen Partei - seine sachliche Zuständigkeit zu verneinen (Kass.-Nr. 99/198 vom 01.11.1999 i.S. A., Erw. 4.a m.w.H., auszugsweise publiziert in RB 1999 Nr. 45; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Auflage, Bern 2001, 4. Kap. Rz. 103a ff.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 11, 25a zu § 17; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 106).

c) Nach dem Gesagten geht die Rüge, die Vorinstanzen hätten weitere Abklärungen (unter anderem durch Ausübung ihrer Fragepflicht) treffen und ein Beweisverfahren (unter anderem mit einem Augenschein) durchführen müssen, von vornherein fehl. Der Beschwerdeführer macht sodann nicht geltend, die Vorinstanzen hätten zu Unrecht Einwendungen der Beschwerdegegner berücksichtigt. Inwieweit die Vorinstanzen Tatsachen, die sich allenfalls lediglich aus den Akten ergaben, hätten von Amtes wegen berücksichtigen müssen, kann offen bleiben; wie in der Folge zu zeigen sein wird, sind die entsprechenden, geltend gemachten Umstände ohnehin nicht erheblich. Insgesamt ist die Rüge abzuweisen.

4. a) Weiter macht der Beschwerdeführer zusammengefasst geltend, für die sachliche Zuständigkeit komme es auf das anhängig gemachte Rechtsbegehren und nicht auf das Prozessergebnis an. Die Beschwerdegegner hätten für die Mitteilung einer Mietzinserhöhung ein Formular benutzt, auf dessen Rückseite die Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen bei der

Miete von Wohn- und Geschäftsräumen abgedruckt gewesen seien. Ebenso hätten sie bei der Kündigung des Mietverhältnisses das amtliche Formular für die Mitteilung einer Kündigung des Vermieters von Wohn- und Geschäftsräumen gemäss Art. 266 I und Art. 298 OR benutzt. Auch in anderen Schreiben hätten sie auf die Bestimmungen über die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen verwiesen (MG art. 5/12/17, 5/11, 5/2/2, 5/2/3). Schon weil das Mietverhältnis sogar von den Beschwerdegegnern über längere Zeit hinweg als Geschäftsmiete angesehen worden sei, müsse die sachliche Zuständigkeit des Mietgerichts klar bejaht werden. Die früheren Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hätten zudem schon vor den Vorinstanzen erklärt, dass zwischen den Parteien ein Mietvertrag über einen Geschäftsraum zustande gekommen sei. Bei genauem Studium der Akten müsse man davon ausgehen, dass im Laufe der Zeit ein ausdrücklicher Konsens zwischen den Parteien darüber zustande gekommen sei (KG act. 1 S. 3-8). Die Vorinstanz habe sich jedoch mit den Willensäusserungen der Beschwerdegegner nicht auseinandergesetzt (KG act. 1 S. 11) und in der Folge die willkürliche Annahme getroffen, es liege kein Vertrag über die Miete von Geschäftsräumen vor (KG act. 1 S. 12-13). Die Schreiben der Beschwerdegegner hätten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben dahingehend interpretiert werden müssen, dass die Parteien den ursprünglichen Mietvertrag in einen Mietvertrag über Geschäftsräume geändert hätten (KG act. 1 S. 13).

b) Der Beschwerdeführer stützt seinen Einwand im Wesentlichen darauf, die Parteien hätten vereinbart bzw. seien übereinstimmend davon ausgegangen, dass ein Mietvertrag über Geschäftsräume vorliege, was zur Zuständigkeit des Mietgerichtes führe. Diese Argumentation geht jedoch fehl. Der Beschwerdeführer übersieht, dass der Begriff des Geschäftsraumes im Sinne von § 18 GVG ein objektiver ist. Dies hat zur Folge, dass die Qualifikation eines Mietgegenstandes als Geschäftsraum im Sinne von § 18 GVG einer Parteivereinbarung entzogen ist. Liegt objektiv keine Streitigkeit aus Miet- und Pachtverhältnissen über Wohn- oder Geschäftsräume vor, entfällt die Zuständigkeit des Mietgerichts und sie kann auch nicht dadurch begründet werden, dass die Parteien - wenn auch übereinstimmend - ihre Vereinbarung den mietrechtlichen Sonderbestimmungen unterstellen. Dies bedeutet nicht von vornherein, dass diese mietrechtlichen Bestimmungen nicht zur Anwendung gelangen könnten. Vielmehr wird das

zuständige Gericht zu prüfen und zu entscheiden haben, ob die mietrechtlichen Bestimmungen anzuwenden sind. Bei dieser Sachlage brauchten weder die Vorinstanzen noch braucht das Kassationsgericht auf die Frage der Vertragsauslegung weiter einzugehen. Den Rügen der Verletzung der Auslegungsregeln und der Verletzung der Official- bzw. Untersuchungsmaxime ist damit der Boden entzogen. Eine willkürliche Beweiswürdigung steht in dieser Konstellation nicht zur Diskussion. Die Kritik des Beschwerdeführers ist unbegründet.

5. a) Sodann bringt der Beschwerdeführer vor, die Beschwerdegegner hätten ihre Zustimmung zu diversen baulichen Veränderungen des Mietobjekts durch den Beschwerdeführer gegeben. Ob diese Zustimmung im voraus oder nachträglich erteilt worden sei, spiele keine Rolle. Des weiteren hätten die Beschwerdegegner den Mietzins wegen der geänderten Nutzung des Mietobjekts durch den Beschwerdeführer massiv heraufgesetzt (KG act. 1 S. 7, 6).

b) Es ist unklar, was der Beschwerdeführer damit rügen will. Auch die Vorinstanz bemerkte, dass die Beschwerdegegner dem Beschwerdeführer nachträglich ihre Zustimmung zur Erstellung diverser Bauten auf dem Grundstück gegeben hatten. Auch für sie war nicht von Bedeutung, ob die Zustimmung im voraus oder nachträglich erstellt wurde; vielmehr erwog sie in diesem Zusammenhang einzig, aus der Einwilligung könne nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass die Beschwerdegegner das Mietobjekt insgesamt hätten zum Geschäftsraum erheben wollen (vgl. oben 1.). Letztere Erwägung - welche im Übrigen einleuchtet - beanstandet der Beschwerdeführer nicht. Sodann legt er nicht dar, woraus sich ergebe, dass der Mietzins wegen der geänderten Nutzung des Mietobjekts heraufgesetzt worden sei. Aus dem bereits erwähnten Mietzinserhöhungsformular vom 1. Oktober 2001 (MG act. 5/2/2) ergibt sich dies jedenfalls nicht. Auf die Rüge ist damit insgesamt infolge ungenügender Substantiierung nicht einzutreten (vgl. oben II.1).

6. a) In rechtlicher Hinsicht macht der Beschwerdeführer geltend, den mietrechtlichen Bestimmungen unterstünden auch gemischte Verträge, sofern das mietrechtliche Element wesentlich sei. Dies müsse auch dann analog gelten, wenn es sich um eine Mischung zwischen Miete von Geschäftsräumen und Miete von unbebautem Land handle. In casu sei die Miete des Geschäftsraums für den

Beschwerdeführer subjektiv und objektiv wesentlich für den gesamten Vertrag, zumal das im gemieteten Geschäftsraum beherbergte Lokal seine Existenzgrundlage bilde (KG act. 1 S. 8).

Zum Verhältnis zwischen umschlossenen Räumen und Arealfläche macht der Beschwerdeführer geltend, die gesamte überbaute Fläche (Holzhaus, Parkplätze, Gartensitzplätze etc.) mache über 500 m<sup>2</sup> aus. Somit müsse davon ausgegangen werden, dass einer deutlich grösseren Fläche als bisher angenommen Raumqualität zugebilligt werden müsste. Auf der anderen Seite dürften grosse Teile des Grundstücks wegen bestehender Altlasten gar nicht überbaut werden. Deshalb sei für einen Prozentvergleich zu fordern, dass die überbaute Fläche nur ins Verhältnis zur überbaubaren Fläche gesetzt werde, und nicht ins Verhältnis zur Totalfläche. Diese Abklärungen seien von der Vorinstanz nicht gemacht worden (KG act. 1 S. 9).

b) aa) Die Vorinstanzen erwogen, einer Fläche, welche nur zu einem Bruchteil mit Geschäftsräumen überbaut sei, komme keine Raumqualität zu (OG act. 2 S. 11, KG act. 2 S. 5, 6). Diesen Erwägungen ist zuzustimmen. Insbesondere sprach das Bundesgericht in einem unveröffentlichten Entscheid einem Areal, das zu maximal einem Viertel der Fläche mit Räumlichkeiten überbaut war, keinen Raumcharakter zu. Dies deshalb, weil die Nebensache nicht das auf die Hauptsache anwendbare Rechtsregime bestimmen solle (vgl. BGE 4C.110/1997 vom 11.06.1997, Erw. 2.b = OG act. 11; BGE 124 III 110; Higi, in Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band V.2.b, Zürich 1994, N 24 zu Art. 253a-253b).

bb) Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich zunächst, dass das Areal als Ganzes entweder als Geschäftsraum oder als unbebaute Fläche anzusehen ist. Es geht nicht an, in einem solchen Fall einen gemischten Vertrag anzunehmen. Sodann unterstehen gemäss der vom Beschwerdeführer zitierten Kommentarstelle gemischte Verträge den mietrechtlichen Bestimmungen nur, wenn das mietrechtliche Element wesentlich ist, d.h. sofern ohne dieses das Vertragsgebilde nicht zu Stande gekommen wäre (Hauser/Schweri, a.a.O., N 2 zu § 18 mit Verweis auf SJZ 97 S. 129). Nach der Argumentation des Beschwerdeführers müsste vorliegend das Element des Geschäftsraums wesentlich sein. Dies ist je-

doch nicht der Fall. Der Beschwerdeführer mietete das Areal ursprünglich unbestrittenermassen als Auto- und Wohnwagenabstellplatz (vgl. oben 1.). Bei Vertragsabschluss war somit ein Geschäftsraum für beide Parteien kein wesentliches Element des Vertrages. Ebenfalls unbestrittenermassen erstellte der Beschwerdeführer in der Folge die Bauten ohne vorgängige Einwilligung der Beschwerdegegner; diese erklärten ihr Einverständnis erst nachträglich (KG act. 1 S. 3 mit Verweis auf KG act. 2 S. 2). Dass er somit ohne entsprechende Absicherung baute, zeigt, dass das Element des Geschäftsraums für ihn nicht derart wesentlich war, dass er - bei Verweigerung der Einwilligung - den Mietvertrag über das unbebaute Areal gekündigt hätte. Die Rüge ist damit abzuweisen.

cc) Sodann ist darauf hinzuweisen, dass die Behauptung, die überbaute Fläche betrage über 500 m<sup>2</sup>, ein Novum darstellt, welches im Kassationsverfahren nicht zulässig ist. Dasselbe gilt für die in diesem Zusammenhang offerierten Beweismittel. Insoweit ist auf die Rüge nicht einzutreten (vgl. oben II.2). Im Übrigen würde nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch die neu geltend gemachte Fläche nicht ausreichen, um dem ganzen Areal Geschäftsraumcharakter zu verleihen.

dd) Der Beschwerdeführer erklärt sodann nicht, weshalb bei der Berechnung des Anteils an überbauten Flächen nur die überbaubaren Flächen eines Areals zu berücksichtigen seien. Etwas Derartiges ergibt sich auch nicht aus der Rechtsprechung. Vielmehr konnte vorliegend die vermietete Fläche ohne weiteres - wie es bei Vertragsschluss auch vorgesehen war - als Abstellplatz genutzt werden (vgl. oben 1.); damit hatte der Mietvertrag einen möglichen Inhalt. Insofern ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanzen ihrer Berechnung die ganze Fläche des Areals zugrunde legten und keine weiteren Abklärungen trafen. Die Rüge ist abzuweisen.

7. a) Sodann macht der Beschwerdeführer geltend, die Schlichtungsbehörde habe in Ziffer 5 ihres Dispositivs ausgeführt, innert 30 Tagen könne das Mietgericht des Bezirks \_\_\_\_ oder ein anderes zuständiges Gericht angerufen werden (MG act. 3/2). Somit habe die Schlichtungsbehörde primär das Mietgericht \_\_\_\_ als zuständig angesehen (KG act. 1 S. 9).

b) Eine falsche Rechtsmittelbelehrung oder - wie hier - eine falsche Belehrung über das anzurufende Gericht kann nicht dazu führen, dass dem Betroffenen das nicht vorgesehene Rechtsmittel oder die unzuständige Instanz offen stehen würde (Hauser/Schweri, a.a.O., N 18 zu § 188). Zudem kann die vorliegende Belehrung der Schlichtungsstelle auch nicht als falsch bezeichnet werden, denn sie äussert sich nicht eindeutig darüber, welches Gericht anzurufen sei. Die Rüge ist damit abzuweisen.

8. a) Schliesslich rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung der Protokollierungspflicht nach §§ 141 ff. GVG. Die Rechtsmittelinstanz sei auf ein ordnungsgemäss geführtes Protokoll der Vorinstanz unbedingt angewiesen. In casu enthalte das Protokoll die gestellten Anträge der Parteien nicht. Ebenfalls gebe es keine Auskunft über die Würdigung von Beweisen (§ 138 GVG; KG act. 1 S. 10).

b) Aus der Rüge geht nicht hervor, ob der Beschwerdeführer das Protokoll des Mietgerichts oder dasjenige der Vorinstanz beanstandet. Auf die Rüge ist daher von vornherein nicht einzutreten (vgl. oben II.1). Gemäss § 150 GVG können Plädoyernotizen an die Stelle des Protokolls treten. Anlässlich der Hauptverhandlung vor Mietgericht vom 16. Oktober 2003 legten beide Parteivertreter ihre Plädoyernotizen ins Recht; diese enthielten ihre Anträge (vgl. MG Prot. S. 4, MG act. 7, 10). Da das Rekursverfahren schriftlich ist, müssen die Anträge der Parteien nicht protokolliert werden; sie ergeben sich aus der Rekurschrift und der Rekursantwort (§ 143 GVG, §§ 276, 277 ZPO). Vorliegend enthalten die entsprechenden Eingaben der Parteien ihre Anträge (OG act. 1, 10). Der vom Beschwerdeführer weiter angerufene § 138 GVG enthält keine Vorschriften über die Protokollierung, sondern regelt die Stimmabgabe der Richter. Die Beweiswürdigung durch das Gericht erfolgt im Rahmen der Urteilsberatung, welche nicht protokolliert werden muss (Hauser/Schweri, a.a.O., N 5 zu § 141). Vielmehr ergibt sich die Beweiswürdigung - soweit sie überhaupt erforderlich war - aus der Urteilsbegründung (Hauser/Schweri, a.a.O., N 38 zu § 157). Hingegen wären Stellungnahmen der Parteien zum Beweisergebnis zu protokollieren (Hauser/Schweri, a.a.O., N 2 zu § 144). Da vorliegend jedoch gar kein Beweisverfahren durchgeführt werden musste (vgl. oben 3.b), entfiel naturgemäss auch eine entsprechende Schluss-

verhandlung. Insgesamt ist damit ohnehin keine Verletzung der Protokollierungsvorschriften durch die Vorinstanzen ersichtlich.

9. a) Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdeführer keine Nichtigkeitsgründe nachzuweisen vermag. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

b) Hinsichtlich der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen macht der Beschwerdeführer geltend, mit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde werde auch der Antrag gestellt, dass das Urteil der Vorinstanz in den Punkten über die Kosten- und Entschädigungsfolgen aufgehoben werde. Unabhängig vom Ausgang des vorliegenden Verfahrens werde darum ersucht, die Kosten zu Gunsten des Beschwerdeführers neu festzusetzen und zu verteilen. Dabei sei zu beachten, dass der Beschwerdeführer bereits im Verfahren vor Obergericht die Voraussetzungen für den Erhalt der unentgeltlichen Rechtsverteidigung erfüllt habe, aber von seinem damaligen Rechtsvertreter nicht auf diese Möglichkeit aufmerksam gemacht worden sei (KG act. 1 S. 15).

Nachdem der vorinstanzliche Beschluss nicht aufzuheben ist, werden auch die vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen nicht hinfällig. Der Beschwerdeführer erhebt keine Rügen gegen die diesbezügliche Regelung durch die Vorinstanz. Insbesondere macht er nicht geltend, die Aufteilung der Kosten sei nicht gesetzeskonform vorgenommen worden, oder die Gerichtsgebühr und Entschädigung seien zu hoch angesetzt worden. Dem Kassationsgericht ist es damit verwehrt, den Entscheid der Vorinstanz aufzuheben und abzuändern. Es ist schliesslich darauf hinzuweisen, dass ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege erst ab dem Zeitpunkt an bewilligt werden kann, in welchem es eingereicht worden ist (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 90). Die unentgeltliche Rechtspflege kann somit ohnehin nicht rückwirkend für das obergerichtliche Verfahren gewährt werden.

c) Der Beschwerdeführer beantragt, der Streitgegenstand sei an das zuständige Gericht zu überweisen. Es ist jedoch Sache des Beschwerdeführers, das zuständige Gericht zu bezeichnen (§ 112 ZPO). Hierzu ist ihm nochmals Frist anzusetzen.

d) Um zu gewährleisten, dass die Situation nicht verändert wird, bevor feststeht, ob sich noch ein weiteres Gericht mit der Sache zu befassen haben wird, ist die Weitergeltung der aufschiebenden Wirkung bis zur Überweisung oder bis zum Ablauf der angesetzten Frist anzuordnen (vgl. von Castelberg, Zur aufschiebenden Wirkung bei der Zürcher Kassationsbeschwerde, in Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, S. 300).

#### IV.

1. Der Beschwerdeführer stellt für das vorliegende Verfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege. Dieses Gesuch ist infolge Aussichtslosigkeit abzuweisen (§§ 84 Abs. 1, 87 ZPO). Wie sich aus den obigen Erwägungen ergibt, sind die Rügen - soweit überhaupt auf sie eingetreten werden kann - eindeutig unbegründet.

2. a) Ausgangsgemäss sind dem Beschwerdeführer die Kosten des Kassationsverfahrens aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO), und er ist zu verpflichten, den Beschwerdegegnern eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

b) Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz gehe von einem Streitwert von Fr. 108'000.-- aus. Bei der Festlegung der Entschädigung seines Rechtsvertreters sei zu berücksichtigen, dass dieser den Fall erst während des Fristenlaufs für die Nichtigkeitsbeschwerde übertragen erhalten habe. Aus diesem Grunde rechtfertigten sich Zuschläge zu der normalen Grundgebühr nach Anwaltstarif. Des weiteren sei bei der Kostenverlegung unabhängig vom Ausgang des vorliegenden Verfahrens auf jeden Fall zu berücksichtigen, dass die Vorinstanzen der Oficialmaxime nicht genügend Beachtung geschenkt hätten und dass die Beschwerdegegner den umstrittenen Mietvertrag in zahlreichen Schreiben selber als Mietvertrag über einen Geschäftsraum behandelt hätten (KG act. 1 S. 15-16).

Da dem Beschwerdeführer aufgrund des Ausgangs des Verfahrens keine Prozessentschädigung zuzusprechen ist und ihm auch die unentgeltliche Rechtspflege nicht zu gewähren ist, muss nicht über einen allfälligen Zuschlag entschieden werden. Wie bereits ausgeführt, verletzen sodann die Vorinstanzen die Oficialmaxime nicht (vgl. oben III.3). Es kann auch nicht gesagt werden, der Beschwerdeführer habe aufgrund der Schreiben der Beschwerdegegner in guten Treuen davon ausgehen dürfen, es liege ein Vertrag über die Miete von Geschäftsräumen vor (vgl. oben II.4.b), und sich in der Folge in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst gesehen (§ 64 Abs. 3 ZPO). Insgesamt besteht damit kein Anlass, die Kosten und Entschädigung für das Kassationsverfahren zu reduzieren oder abweichend vom Regelfall zu verteilen. Im Übrigen beanstandet der Beschwerdeführer die Höhe des von der Vorinstanz ermittelten Streitwerts nicht.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
3. Dem Beschwerdeführer wird eine **Frist von 10 Tagen** ab Zustellung dieses Beschlusses angesetzt, um beim Mietgericht \_\_\_\_ das zuständige Gericht zu bezeichnen und die Überweisung des Prozesses zu beantragen, unter den Säumnisandrohungen gemäss dem Beschluss des Mietgerichts \_\_\_\_ vom 16. Oktober 2003.
4. Die der Beschwerde mit Verfügung des Präsidenten des Kassationsgerichts vom 16. September 2004 verliehene aufschiebende Wirkung gilt bis zur Überweisung oder bis zum Ablauf der Frist gemäss Dispositiv Ziffer 3 weiter.
5. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:

- Fr. 1'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 410.-- Schreibgebühren,  
Fr. 190.-- Zustellgebühren und Porti.
6. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
  7. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, den Beschwerdegegnern für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'766.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
  8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Mietgericht \_\_\_\_\_ sowie das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: