



Kass.-Nr. AA040164/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Dieter Zobl, Alfred Keller, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Daniela Brüscheiler

Sitzungsbeschluss vom 28. Februar 2005

in Sachen

X. AG,

Beklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

gegen

Y.,

Kläger, Rekurrent und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. et oec. _____

betreffend

Mietzinsherabsetzung / Heizkostenabrechnung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. September 2004 (NM040011/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1.1 Mit Eingabe vom 27. November 2003 liess Y. bei der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirkes Meilen ein Schlichtungsverfahren betreffend Herabsetzung des Mietzinses sowie Erstellung einer ordentlichen Heizkostenabrechnung anhängig machen (MG act. 3/1). Nachdem anlässlich der Schlichtungsverhandlung keine Einigung erzielt werden konnte (vgl. MG act. 2), gelangte Y. an das Mietgericht des Bezirkes ____ (MG act. 1). Mit Beschluss vom 18. Mai 2004 trat das Mietgericht auf das Begehren um Herabsetzung des Mietzinses nicht ein und schrieb das Begehren um Erstellung einer ordnungsgemässen bzw. formell korrekten Heizkostenabrechnung als durch Gegenstandslosigkeit erledigt ab. Das Mietgericht begründete den Nichteintretensentscheid damit, dass kein Vorverfahren im Sinne von Art. 270a Abs. 2 OR durchgeführt worden sei und auch kein Ausnahmefall, welcher den Verzicht auf ein Vorverfahren rechtfertigen würde, vorliege, weshalb es an einer Prozessvoraussetzung fehle (MG act. 10, insb. S. 6).

1.2 Gegen diesen Beschluss des Mietgerichtes erhob Y. (Kläger, Rekurrent und Beschwerdegegner; nachfolgend Beschwerdegegner) Rekurs (OG act. 1). Mit Beschluss vom 16. September 2004 hob die II. Zivilkammer des Obergerichts (Vorinstanz) den Beschluss des Mietgerichtes vom 18. Mai 2004 in Gutheissung des Rekurses auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen an das Mietgericht zurück. Die Kosten des Rekursverfahrens wurden der X. AG (Beklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdeführerin; nachfolgend Beschwerdeführerin) auferlegt und sie wurde zur Zahlung einer Entschädigung von Fr. 700.-- (zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer) für das Rekursverfahren an den Beschwerdegegner verpflichtet (OG act. 16 bzw. KG act. 2).

2. Die Beschwerdeführerin liess gegen den Entscheid der Vorinstanz rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde einreichen, mit welcher sie beantragt, die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 des Beschlusses vom 16. September 2004 seien aufzu-

heben und es sei zu befinden, dass die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Rekursverfahren dem Endentscheid vorzubehalten sei (KG act. 1 S. 2).

Mit Präsidialverfügung vom 19. Oktober 2004 wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen, die Beschwerdeschrift der Vorinstanz zur freigestellten Vernehmlassung sowie dem Beschwerdegegner zur freigestellten schriftlichen Beantwortung zugestellt. Überdies wurde der Beschwerde hinsichtlich der Disp.-Ziff. 3 und 4 des angefochtenen Beschlusses - wie beantragt - die aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5).

Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (KG act. 7). Der Beschwerdegegner schliesst sich in seiner Beschwerdeantwort dem Antrag der Beschwerdeführerin an und ersucht zudem um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Kassationsverfahren (KG act. 10 S. 2).

II.

1. Die Beschwerdeführerin richtet sich mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde gegen die im angefochtenen Beschluss getroffene Kosten- und Entschädigungsregelung. Sie bringt dazu vor, die Kostenaufgabe verletze § 281 Ziff. 1 ZPO. Im Rückweisungsentscheid seien keine Kosten aufzuerlegen, vielmehr sei vorzumerken, dass die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Rekursverfahren dem Endentscheid vorzubehalten sei. Massgebend sei, dass es sich beim angefochtenen Beschluss um einen nicht berufungsfähigen Rückweisungs- und damit Zwischenentscheid handle. Erst der in der Folge gestützt darauf ergehende Endentscheid (des Miet- und des Obergerichts) werde zur Überprüfung dem Bundesgericht unterbreitet werden können. Aus diesen Gründen seien Rückweisungsentscheide ohne Kostenaufgabe zu erlassen. Der vorinstanzliche Entscheid missachte diesen Verfahrensgrundsatz (KG act. 1 S. 3).

2. Mit Blick auf die – als Rechtsmittelvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfende – Beschwerdefähigkeit des angefochtenen Entscheids ist zunächst daran zu erinnern, dass nach gefestigter Praxis Beschlüsse der vorliegenden Art,

welche den Prozess zwar nicht erledigen und daher grundsätzlich prozessleitender Natur sind (womit eine Anfechtung an sich nur unter den – vorliegend nicht gegebenen – Voraussetzungen von § 282 ZPO statthaft wäre), in denen aber unabhängig vom Verfahrensausgang in endgültiger Art und Weise über die Tragung von Kosten- und Entschädigungsfolgen entschieden wird, hinsichtlich dieser (Nebenfolgen-)Anordnungen als Erledigungs- bzw. Endentscheide zu betrachten sind. Damit unterliegen sie insoweit, d.h. bezüglich der Nebenfolgen, der Nichtigkeitsbeschwerde nach § 281 ZPO (vgl. Kass.-Nr. 2002/127 vom 27. August 2002 i.S. St., Erw. II.3.a m.w.H.; s.a. ZR 73 Nr. 19, Erw. 1/a; 73 Nr. 99/A; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 6 zu § 71 ZPO; a.M. offenbar Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 8 zu § 198 GVG).

3. Die Frage, *wie* die Kosten- und Entschädigungsfolgen nach der Zivilprozessordnung (§§ 64 ff. ZPO) zu regeln sind, stellt eine solche des materiellen Rechts dar (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 16 zu § 64 und N 47a zu § 281; vgl. schon Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 144). Bei der Beurteilung von Entscheidungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen steht der Kassationsinstanz daher nach § 281 Ziff. 3 ZPO lediglich eine beschränkte Überprüfungsbefugnis zu (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 28). Demgegenüber ist die Frage, *wann* (d.h. in welchem Zeitpunkt) der Entscheid über die Kostentragung zu treffen ist, verfahrensrechtlicher Natur (Kass.-Nr. 96/021Z, Entscheid vom 17. Juni 1996 i.S. A., Erw. II.3.b). Als solche ist sie nach § 281 Ziff. 1 ZPO und damit mit freier Kognition zu prüfen.

4. a) Gemäss § 71 ZPO werden die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Endentscheid festgesetzt. In Vor- und Teilentscheiden nach § 189 ZPO wird in der Regel über den entsprechenden Anteil an Kosten und Entschädigungen bestimmt. Aus zureichenden Gründen können auch in prozessleitenden Entscheiden Kosten und Entschädigungen auferlegt werden.

Der Rückweisungsentscheid der Rekursinstanz ist ein prozessleitender Entscheid der Rekursinstanz (Philippe E. Meyer, Der Rekurs im Zürcher Zivilprozess, Diss. Zürich 1985, S. 188).

b) Wollte die Beschwerdeführerin die Auffassung vertreten - was aus der Beschwerde nicht ganz klar hervorgeht -, dass eine definitive Kosten- und Entschädigungsregelung bei einem prozessleitenden (Rückweisungs-)Entscheid nie getroffen werden könne, erwiese sich diese Meinung bereits gestützt auf Satz 3 von § 71 ZPO als unzutreffend (vgl. auch Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 71 ZPO). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem in der Beschwerde angegebenen Entscheid (ZR 60 Nr. 64). Damals hielt das Obergericht - in einem Berufungsverfahren und vor Inkraftsetzung des heute geltenden § 71 ZPO - zwar fest, die übliche Regelung bestehe darin, dass bei einer Rückweisung die Kosten des Berufungsverfahrens und die Entschädigung nicht gesondert behandelt, sondern wie alle übrigen Kosten nach Prozessausgang gemäss Endentscheid auferlegt würden. Jedoch rechtfertige sich diese übliche Regelung für den konkret zu beurteilenden Fall gerade nicht, vielmehr sei die Klägerin für jenes Berufungsverfahren, unabhängig vom Endentscheid, als kosten- und entschädigungspflichtig zu erklären (ZR 60 Nr. 64 Erw. 8). Auf diesen Entscheid verweist auch Meyer in seiner Dissertation (Meyer, a.a.O., S. 189). Dazu hält er fest, im Rückweisungsbeschluss könnten die Kosten des Rekursverfahrens unter Vorbehalt der definitiven Regelung im neuen materiellen Entscheid den Parteien je zur Hälfte auferlegt werden. Die Rekursinstanz könne aber auch lediglich eine Gerichtsgebühr festlegen und die Verteilung der Kosten sowie die Frage der Prozessentschädigung dem neu zu fällenden Entscheid vorbehalten.

Das Obergericht befasste sich sodann in einem späteren Fall erneut mit der Frage des Zeitpunktes der Kosten- und Entschädigungsregelung. In dem in ZR 82 Nr. 35 publizierten Entscheid kam das Obergericht zum Schluss, im Falle einer Prozessüberweisung im Sinne von § 112 ZPO bleibe der Entscheid über die Zuständigkeit oder Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts vom Ausgang des nachfolgenden Verfahrens vor dem sachlich zuständigen Richter unberührt. Damit bestehe - entgegen der Prozessüberweisung im Sinne von § 60 Abs. 1 ZPO oder

§ 221 ZPO - kein Anlass, die diesbezüglich unterliegenden Parteien in Abweichung von § 71 ZPO nicht sogleich und definitiv kostenpflichtig zu erklären (ZR 82 Nr. 35 Erw. 7).

Das Kassationsgericht erwog in einem früheren Entscheid - im Zusammenhang mit der Kosten- und Entschädigungsregelung hinsichtlich eines gegenstandslos gewordenen Verfahrensteils -, ob die Kostenaufgabe definitiv oder nur vorläufig zu erfolgen habe, entscheide sich nach dem Ausgang des Verfahrens, wobei eine definitive Regelung dann angezeigt sei, wenn das betreffende Verfahren in materieller Hinsicht eine endgültige Lösung gefunden habe (Kass.-Nr. 96/021 Z, Entscheid vom 17.6.1996 i.S. A., Erw. II.3.b; vgl. auch Kass.-Nr. 365/84, Entscheid vom 25. April 1985 i.S. B., Erw. 4; Kass.-Nr. 94/273 Z, Entscheid vom 30. September 1994 i.S. F., Erw. II.1.b).

Im vorliegend zu beurteilenden Fall ist Folgendes zu beachten: Im Rekursverfahren war zu prüfen, ob das Mietgericht zu Recht ein Vorverfahren im Sinne von Art. 270a Abs. 2 OR als Eintretensvoraussetzung für das Herabsetzungsbegehren gefordert hat. Die Vorinstanz hat nun die Sache nicht zur neuen Prüfung dieser Frage zurückgewiesen, sondern sie hat in ihrem Rekursentscheid endgültig darüber entschieden, dass der Beschwerdegegner auf ein Vorverfahren im Sinne von Art. 270a Abs. 2 OR habe verzichten können, mithin hat die Rekursinstanz für die Frage, ob das fehlende Vorverfahren ein Eintreten auf das Herabsetzungsbegehren verhindere, eine endgültige Lösung getroffen. Der Ausgang des nun vor dem Mietgericht des Bezirkes Meilen zu führenden Verfahrens wird durch diesen Entscheid nicht berührt. Damit liegen aber zureichende Gründe im Sinne von § 71 Satz 3 ZPO für eine sofortige und definitive Kosten- und Entschädigungsregelung für das Rekursverfahren vor. Ein Nichtigkeitsgrund ist nicht dargetan. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist demzufolge abzuweisen. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

III.

1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdegegner je zur Hälfte aufzuerlegen, unter solidarischer Haftung jeweils für den ganzen Betrag (§ 64 Abs. 2 ZPO). Die Prozessentschädigungen sind dementsprechend wettzuschlagen.

2. a) Der Beschwerdegegner beantragt, es sei ihm für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwalt _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

b) Gemäss § 84 Abs. 1 ZPO und § 87 ZPO sowie Art. 29 Abs. 3 BV hat eine Partei, der die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Gerichtskosten aufzubringen, in einem für sie nicht aussichtslosen Zivilprozess Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung und auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters; letzteres allerdings nur, sofern sie zur gehörigen Führung des Prozesses eines solchen bedarf (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 ff. zu § 84 ZPO und N 1 f. zu § 87 ZPO; zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung vgl. statt vieler Kley-Struller, Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, AJP 2/95, S. 179 ff. mit weiteren Hinweisen.). Es gilt mit der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters zu verhindern, dass jemand aus finanziellen Gründen seine Rechte nicht wahrnehmen kann. Es stellt sich bei der Überprüfung der Mittellosigkeit somit die Frage, ob jemand über die nötigen Mittel verfügt, um für die Kosten des Prozesses aufzukommen. Da diese regelmässig nur während eines beschränkten Zeitraums anfallen, ist es einer Partei zuzumuten, vorübergehend auf den gewohnten Lebensstandard zu verzichten (ZR 96 Nr. 11). Eine Partei muss aber in der Lage sein, die Prozesskosten innert nützlicher Frist - gegebenenfalls in Raten - zu tilgen, ansonsten ihr die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen ist (Kass.-Nr. 99/009 = RB 1999 Nr. 77).

c) Zur Begründung seines Gesuches verweist der Beschwerdegegner in der Beschwerdeantwort (KG act. 10 S. 3) auf seine Rekursbegründung vom 28. Juni 2004 (OG act. 1 S. 9 ff.). Dort liess er ausführen, es sei ihm aus einer Auszahlung

seiner früheren Pensionskasse ein Betrag von Fr. 11'500.-- verblieben (OG act. 1 S. 11). Selbst wenn in Betracht zu ziehen ist, dass der Beschwerdegegner gemäss seinen damaligen Ausführungen seine monatlichen Auslagen mit seinem Einkommen nicht vollumfänglich zu decken vermochte (vgl. OG act. 1 S. 10; act. 3/4-8), so wäre er mit dem ihm verbleibenden Vermögen doch noch in der Lage, den ihm aufzuerlegenden Anteil an den moderaten Kosten des Kassationsverfahrens sowie den wohl geringen Aufwand für seine Rechtsvertretung - die Beschwerdeantwort umfasst in materieller Hinsicht lediglich eine halbe Seite (KG act. 10 S. 3) - zu tragen. Aus diesen Gründen ist das Gesuch des Beschwerdegegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen.

Anzumerken bleibt, dass dieser Entscheid (nur) unter Berücksichtigung des Beschwerdeverfahrens, und nicht des vor Mietgericht weiterzuführenden Verfahrens, ergeht.

IV.

Den Parteien wird davon Kenntnis gegeben, dass ein Richter im Sinne von § 138 Abs. 4 GVG eine abweichende Ansicht zu Protokoll gegeben hat.

Das Gericht beschliesst:

1. Das Gesuch des Beschwerdegegners um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters wird abgewiesen.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen.
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 300.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 219.-- Schreibgebühren,
Fr. 76.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdegegner je zur Hälfte auferlegt, unter solidarischer Haftung jeweils für den ganzen Betrag.
5. Die Prozessentschädigungen werden wettgeschlagen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie an das Mietgericht des Bezirkes _____ (Proz.-Nr. MA040001), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: