



---

Kass.-Nr. AA040179/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Dieter Zobl, Alfred Keller, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## Zirkulationsbeschluss vom 09. Juni 2005

in Sachen

E. K.,

...,

Kläger, Appellant und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

D. AG.,

...,

Beklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch ...

betreffend **Anfechtung Anfangsmietzins**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. Oktober 2004 (NG040012/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Parteien schlossen am 14. Mai 2002 einen Mietvertrag über einen älteren 5-Zimmer-Hausteil mit Garten und Gartensitzplatz sowie Kellerräumen an der alten B.strasse in A ab. Mietbeginn war der 1. Juli 2002 und der Nettomietzins betrug Fr. 2'365.-- zuzüglich Fr. 315.-- Nebenkosten, so dass sich ein Bruttomietzins von Fr. 2'680.-- ergab (SB act. 3/1). Mit Eingabe vom 30. Juli 2002 focht der Kläger (Mieter) bei der Schlichtungsbehörde in Mietsachen Meilen den Anfangsmietzins als missbräuchlich an und verlangte dessen Herabsetzung (SB act. 1). Die Verhandlung vor der Schlichtbehörde führte zu keiner Einigung, was die Schlichtungsbehörde mit Beschluss vom 15. November 2002 feststellte (MG act. 2). Mit Eingabe vom 16. Dezember 2002 erhob der Kläger beim Mietgericht Meilen Klage auf Anfechtung des Anfangsmietzinses, wiederum mit dem Begehren um Herabsetzung desselben (MG act. 1). Das Mietgericht wies die Klage mit Urteil vom 18. Mai 2004 ab (MG act. 68 = OG act. 72). Gegen dieses Urteil erhob der Kläger Berufung (OG act. 73).

Mit Beschluss vom 27. Oktober 2004 wies das Obergericht (II. Zivilkammer) die Klage ebenfalls ab. Gleichzeitig bewilligte es dem Kläger für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und bestellte ihm in der Person des bisherigen Rechtsvertreters einen unentgeltlichen solchen (OG act. 88 = KG act. 2).

2. Mit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde beantragt der Kläger, es sei der obergerichtliche Beschluss aufzuheben und die Berufung gutzuheissen; eventua-  
liter sei die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen (OG act. 1 S. 2).

Die Beklagte beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, soweit auf diese überhaupt einzutreten sei (KG act. 9). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 8).

Der Kläger beantragt, es sei ihm für das Kassationsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung zu gewähren (KG act. 1 S. 2). Die Beklagte beantragt dieses Begehren abzuweisen (KG act. 9 S. 2). Gemäss § 90 Abs. 2 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz für ihr Verfahren einen selbständigen Entscheid betreffend unentgeltlicher Rechtspflege treffen. Das Kassationsgericht sieht vorliegend davon ab, womit der entsprechende Entscheid des Obergerichts auch für das Kassationsverfahren gilt.

## 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 (§ 430 Abs. 2 StPO). 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 Beweiswürdigung 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 91/92 Nr. 6; vgl. auch BGE 127 I 42 E. 3b sowie ZR 81 Nr. 88 E. 6; Diether von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

2. a) Der Beschwerdeführer bringt vor, das Obergericht stelle unter dem Titel „Verhältnisse auf dem öffentlichen Markt für Wohnräume“ (angefochtener Be-

schluss S. 5 f. Erw. II/3 - 6) seine Ausführungen denjenigen der Beschwerdegegnerin gegenüber. Es werde angenommen, der Beschwerdeführer habe es versäumt darzulegen, dass er sich wegen der Verhältnisse auf dem öffentlichen Markt für Wohnräume zum Abschluss des im Streit liegenden Mietvertrags gezwungen gesehen habe. Der Beschwerdeführer verweist hierzu auf seine Replikschrift, worin er im Einzelnen dargelegt habe, in welchen Wohnsituationen er seit längerer Zeit habe ausharren müssen. Dazu habe er auch mehrere Zeuginnen angegeben sowie im Einzelnen ausgeführt, dass er viele Suchbemühungen unternommen habe (Beschwerdeschrift S. 3 f. Ziff. 3).

Der Beschwerdeführer fährt fort, bevor er den Mietvertrag für die bisherige Wohnung abgeschlossen habe, habe er in einem Zimmer in einer 3-Zimmer-Wohnung in Zürich gewohnt. Dieser Mietvertrag sei zeitlich beschränkt gewesen, so dass er sich gezwungen gesehen habe, den bestehenden Mietvertrag mit der Beschwerdegegnerin abzuschliessen. Das Obergericht führe hierzu die ständige Praxis gemäss Art. 274d Abs. 3 OR an, wonach die soziale Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelange. In diesem Punkt liege eine Verletzung klaren materiellen Rechts vor (Beschwerdeschrift S. 4 Ziff. 4).

Weiter verweist der Beschwerdeführer auf seine Ausführungen in der Berufungsschrift vom 3. August 2004 (OG act. 81 S. 4 und 5). Das Obergericht nehme somit zu Unrecht an, dass die Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohnräume im vorliegenden Fall nicht hätten berücksichtigt werden müssen (Beschwerdeschrift S. 4 Ziff. 5).

b) Das Obergericht hält fest, die Behauptungs- und Beweislast liege beim Beschwerdeführer (Art. 8 ZGB). Dieser habe darzulegen, dass er sich wegen der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohnräume zum Abschluss des streitgegenständlichen Mietvertrags gezwungen gesehen habe. Dies habe er nicht getan. Er habe vor Mietgericht nicht behauptet, er sei wegen der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohnräume zum Abschluss des Mietvertrags gezwungen gewesen. Er bringe diese Behauptung, namentlich auch, dass im Zeitpunkt der Wohnungssuche im Kanton Zürich und insbesondere im Bezirk Meilen ein Wohnungsmangel geherrscht habe, erstmals im Berufungsverfahren vor. Da kein

Ausnahmefall im Sinne von Art. 115 ZPO vorliege, seien diese neuen Vorbringen verspätet und damit unzulässig (§ 267 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 114 ZPO). Daran ändere nach ständiger Praxis auch nichts, dass gemäss Art. 274d Abs. 3 OR die soziale Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelange. Im übrigen erschienen diese neuen tatsächlichen Behauptungen - wären sie zulässig - einerseits als unsubstanziert, da der für den Beschwerdeführer relevante Wohnungsmarkt nicht näher bestimmt werde, und andererseits auch als unbelegt, da der Beschwerdeführer keine Beweismittel offeriere (angefochtener Beschluss S. 6 Erw. II/5 am Ende und 6).

Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe bereits in der Replikschrift vor Mietgericht seine persönliche prekäre Wohnsituation geschildert. Das Obergericht sieht darin aber keine bereits vor Bezirksgericht erfolgte Behauptung, er sei wegen der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohnräume zum Abschluss des Mietvertrags mit der Beschwerdegegnerin gezwungen gewesen. Offenbar verstehen das Obergericht und der Beschwerdeführer den Ausdruck „Verhältnisse auf dem öffentlichen Markt für Wohnräume“ in Art. 270 Abs. 1 lit. a OR unterschiedlich. Das Obergericht scheint darin eher eine allgemeine, nicht auf eine bestimmte Person oder Personengruppe bezogene Wohnungsknappheit zu erblicken, welche es den Anbietern von Wohnraum ermöglicht, wesentlich höhere Mietzinse zu verlangen, als dies einem entspannteren Wohnungsmarkt der Fall wäre. Der Beschwerdeführer geht von seiner persönlichen Situation aus - Dringlichkeit der Wohnungssuche, Vorbehalte verschiedener potentieller Vermieter gegenüber Menschen fremder Herkunft - und hält dafür, dass die Verhältnisse auf dem öffentlichen Markt für Wohnräume für ihn schlecht gewesen seien, als er den fraglichen Mietvertrag abschloss. Deutlich ergibt sich diese Rechtsansicht des Beschwerdeführers aus seiner Rekursbegründung, wo er festhält, die Rechtsprechung verbinde die beiden in Art. 270 Abs. 1 lit. a OR genannten Voraussetzungen miteinander. Die persönliche oder familiäre Notlage werde oft anhand der tatsächlich vorhandenen Wohnungsnot geprüft. Die Wohnungsnot sei oft und direkt mit der persönlichen oder familiären Notlage eines Mieters verbunden (OG act. 81 S. 4 Ziff. 4).

Der Beschwerdeführer zeigt nicht auf, dass er bereits vor Mietgericht eine allgemein ungünstige Situation auf dem örtlichen Wohnungsmarkt geltend gemacht habe, sowie dass der fragliche Vertragsschluss seinerseits seinen Grund in dieser allgemeinen Situation fand. In dem Sinne trifft die Feststellung des Obergerichts, es handle sich hierbei um eine im Rechtsmittelverfahren neu vorgebrachte Behauptung, zu. Ob die Ansicht des Obergerichts, was unter „Verhältnisse auf dem öffentlichen Markt für Wohnräume“ richtig sei, oder ob hierbei auch die prekären persönlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers und ihre Auswirkungen auf die Stellung des Beschwerdeführers im öffentlichen Wohnungsmarkt - und damit die entsprechenden Vorbringen des Beschwerdeführers vor Mietgericht - zu berücksichtigen seien, ist eine Frage der Anwendung von Bundesrecht. Die unrichtige Anwendung von Bundesrecht kann mit Berufung beim Bundesgericht gerügt werden, weshalb diesbezüglich die kantonale Nichtigkeitsbeschwerden ausgeschlossen ist (Art. 43 OG, § 285 ZPO).

Es besteht keine kantonale Norm, gemäss welcher die Geltung der sozialen Untersuchungsmaxime gemäss Art. 274d Abs. 3 OR die Parteien von der Behauptungslast bzw. der Last, die massgebenden Tatsachenbehauptungen rechtzeitig zu nennen, entbinde. In dem Sinne hält das Obergericht zutreffend fest, es liege kein Ausnahmefall im Sinne von § 115 ZPO, welcher das Einbringen von Noven ermöglichen würde, vor. Ob sich eine solche Entbindung von der Behauptungslast allenfalls direkt aus Art. 274d Abs. 3 OR ergibt, ist eine Frage der Anwendung von Bundesrecht.

Soweit erweisen sich die vorgebrachten Rügen als unbegründet, soweit sie im Kassationsverfahren zu prüfen sind.

3. Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, nicht bestritten worden sei, dass der Beschwerdeführer sich in einer persönlichen Notlage befunden habe bzw. dass er sich darauf berufen habe. In der Berufungsschrift habe der Beschwerdeführer ausdrücklich auf die Repliksschrift vom 27. November 2003 verwiesen. Insbesondere habe er in beiden Rechtsschriften dargelegt, in welcher persönlichen Notlage sich der Beschwerdeführer befunden habe (Beschwerdeschrift S. 4 f. Ziff. 6). In der Folge schildert der Beschwerdeführer seine frühere Wohnsituation und

schliesst mit der Rüge, der Vorwurf, er habe sich in dieser Situation nicht in einer Notlage befunden, sei zynisch (Beschwerdeschrift S. 5 Ziff. 6 - 8).

Das Obergericht hält in der abschliessenden Erwägung II/12 (letzter Satz) des angefochtenen Beschlusses (S. 9) fest, es fehle vorliegend an einer Zwangslage (zweite Voraussetzung), weshalb dahingestellt bleiben könne, ob eine persönliche Notlage (erste Voraussetzung) bestanden habe. Das Obergericht hat also keine Feststellung getroffen, wonach der Beschwerdeführer sich nicht in einer Notlage befunden habe. Die Rüge, der Vorwurf, er habe sich in der gegebenen Situation nicht in einer Notlage befunden, sei zynisch, zielt daher ins Leere.

Da das Obergericht zum Schluss kommt, es könne dahingestellt bleiben, ob sich der Beschwerdeführer in einer persönlichen Notlage befunden habe, erübrigte sich die Abnahme entsprechender Beweise und es geht die Rüge, die Vorinstanzen hätten entschieden, ohne die angebotenen Beweismittel zu berücksichtigen (Beschwerdeschrift S. 5 f. Ziff. 9), fehl.

4. Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, es sei richtig, wenn ausgeführt werde, er habe keine konkreten, erfolglosen Suchbemühungen nachweisen können. Hierzu habe er sich ebenfalls in der Replik vom 27. November 2003 geäussert. Der Beschwerdeführer habe wohl einige Unterlagen seiner Suchbemühungen aufbewahrt. Diese habe er jedoch, nachdem er das Mietobjekt an der...strasse in A. gefunden habe, vernichtet bzw. fortgeworfen. Es wäre ihm lediglich möglich gewesen, im Zusammenhang mit den Zeugenbefragungen darzulegen, dass er zahlreiche Bemühungen für eine neue Wohnung unternommen habe, jedoch immer wieder gescheitert sei. Er sei als alleinstehender Mann türkischer Herkunft nicht gerade ein gesuchter und beliebter Mieter. Dies hätten die in der Replik genannten Zeuginnen beschreiben bzw. auf entsprechende Fragen bestätigen können. Der Beschwerdeführer habe auch in diesem Punkt die Voraussetzungen einer Zwangslage im Sinne von Art. 270 Abs. 1 lit. a OR erfüllt (Beschwerdeschrift S. 6 Ziff. 10).

Ob die Voraussetzungen einer Zwangslage im Sinne von Art. 270 Abs. 1 lit. a OR aufgrund der Sachlage, wie sie sich den Vorinstanzen präsentiert, gegeben seien,

ist eine nicht im Kassationsverfahren zu prüfende Frage der Anwendung von Bundesrecht (Art. 43 OG, § 285 ZPO).

Der Beschwerdeführer verweist für seine Suchbemühungen generell auf seine Replikschrift (MG act. 58) vor Mietgericht und auf die dort als Zeuginnen offerierten Frauen. Bei diesen drei Frauen B, B und J wohnte der Beschwerdeführer gemäss seinen Schilderungen zeitweise, musste deren Wohnungen aber jeweils nach einer gewissen Zeit aus verschiedenen Gründen wieder verlassen. Die drei Frauen hätten wohl über die Tatsache und Gründe des mehrfachen Logiswechsels des Beschwerdeführers Auskunft geben können. Woraus sich ergeben soll, dass die drei Frauen auch über die Bemühungen des Beschwerdeführers, eine Wohnung zu finden, hätten berichten können, zeigt der Beschwerdeführer nicht auf. Damit weist er auch nicht nach, dass die Vorinstanzen einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt haben, indem sie die drei Frauen nicht als Zeuginnen einvernommen haben.

5. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet und ist sie abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

### III.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten sind infolge bewilligter unentgeltlicher Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt des Nachforderungsrechts des Staates (§ 85 Abs. 1 ZPO, § 92 ZPO). Der unentgeltliche Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ist für seine Bemühungen und Barauslagen aus der Gerichtskasse zu entschädigen (§ 89 Abs. 2 ZPO).

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann .
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 2'700.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 219.-- Schreibgebühren,  
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch infolge bewilligter unentgeltlicher Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Das Nachforderungsrecht des Staates gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'000.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
5. Rechtsanwalt X wird für seine Bemühungen und Barauslagen als unentgeltlicher Rechtsvertreter des Beschwerdeführers eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- (inkl. MWSt.) aus der Gerichtskasse zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Mietgericht des Bezirkes Meilen (ad MA020006), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: