



Kass.-Nr. AA070144/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie die juristische Sekretärin Daniela Brüscheiler

Zirkulationsbeschluss vom 12. Oktober 2007

in Sachen

X.,

Beklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt _____

gegen

Y.,

Klägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch _____
vertreten durch Rechtsanwalt _____

betreffend **Forderung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. August 2007 (NG070010/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Mit Eingabe vom 16. Juni 2004 reichte die y. (nachfolgend Beschwerdegegnerin) beim Mietgericht des Bezirkes ____ eine Forderungsklage gegen X. (nachfolgend Beschwerdeführerin) ein (ER act. 1), nachdem im vorausgegangenen Schlichtungsverfahren keine Einigung erzielt worden war (ER act. 4, insb. act. 4/17). Die Beschwerdegegnerin verlangte mit ihrer Klage sinngemäss, die Beschwerdeführerin sei zur Bezahlung von Fr. 17'781.35 nebst Zins zu verpflichten, unter Anrechnung des vorhandenen Mietkautionsbetrages (ER act. 1 S. 2). Mit Urteil des Einzelrichters in Mietsachen (Erstinstanz) vom 22. Dezember 2006 (ER act. 62) wurde die Beschwerdeführerin zur Leistung von Fr. 16'933.45 nebst Zins verpflichtet (Disp.-Ziff. 1) und die Zürcher Kantonalbank wurde angewiesen, den Saldo des Mieterkautionskontos vollumfänglich der Beschwerdegegnerin auszubezahlen, auf Anrechnung an den gutgeheissenen Forderungsbetrag (Disp.-Ziff. 2).

2. Die Beschwerdeführerin liess gegen den Entscheid des Einzelrichters Berufung erklären (ER act. 63). Die II. Zivilkammer des Obergerichts (Vorinstanz) nahm in ihrem Beschluss vom 16. August 2007 (OG act. 86 bzw. KG act. 2) davon Vormerk, dass die Beschwerdeführerin die Klage in Höhe von Fr. 1'775.60 nebst Zins anerkannte und dass das, die Klage im Umfang von Fr. 847.-- abweisende Urteil der Erstinstanz in Rechtskraft erwachsen ist (Disp.-Ziff. 1 und 2). Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung wurde abgewiesen (Disp.-Ziff. 3). Sodann wurde die Beschwerdeführerin zur Bezahlung von Fr. 15'157.85 nebst Zins verpflichtet, unter Anrechnung des Saldos des Mieterkautionskontos (Disp.-Ziff. 4 und 5).

3. Gegen den Entscheid der Vorinstanz erhob die Beschwerdeführerin kantonale Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher sie die Aufhebung des Beschlusses der II. Zivilkammer beantragt (KG act. 1A S. 1).

Zwar fehlten der rechtzeitig eingereichten Beschwerdeschrift (KG act. 1A) die Parteibezeichnungen, doch waren diese ohne Weiteres aus dem miteingereichten Entscheid der Vorinstanz ersichtlich (KG act. 2). In Bezug auf die vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin nach Ablauf der Beschwerdefrist nachge-

reichte Eingabe (KG act. 1B) sind deshalb keine Weiterungen notwendig. Es ist auf die zunächst eingegangene Beschwerdeschrift (KG act. 1A) abzustellen.

4. a) Das Kassationsgericht zog die vorinstanzlichen Akten bei. Es sah von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO (Einholung einer Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin und einer Vernehmlassung der Vorinstanz) ab. Die Beschwerdeführerin ist jedenfalls nicht kautionspflichtig (§ 78 Ziff. 2 ZPO i.V.m. § 53 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO).

b) Da das Beschwerdeverfahren heute erledigt werden kann, erübrigt sich ein Entscheid über den Antrag der Beschwerdeführerin, es sei der Nichtigkeitsbeschwerde die aufschiebende Wirkung zu verleihen.

c) Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Kassationsverfahren ist abzuweisen, da sich die Beschwerde als von vornherein aussichtslos erweist (vgl. § 84 Abs. 1 ZPO und Art. 29 Abs. 3 BV).

5. a) Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe ohne ausreichenden Grund bzw. wider die Akten angenommen, die Beschwerdegegnerin habe die angeblich von der Beschwerdeführerin verursachten Schäden im Küchenbereich noch rechtzeitig beanstandet (KG act. 1A S. 2). Erheblich sei, dass die Beschwerdegegnerin den behaupteten Mangel in der Küche - obwohl sie die Prüfung neun Tage nach der Abnahme in Aussicht gestellt habe - erst fast zwei Monate nach der Abnahme gerügt habe. Unter diesen Gegebenheiten erscheine die Annahme des Vorliegens einer rechtzeitigen Rüge dieses behaupteten Mangels nicht nur als willkürlich, sondern als aktenwidrig. Dem Obergericht hätten die von ihm selber erwähnten Gegebenheiten ja vorgelegen. Es habe auch auf die zutreffenden und vollständigen Ausführungen des Einzelrichters zu Art. 267a OR verwiesen. Nicht nur im Fall, dass Mängel bei einer pflichtgemässen Prüfung der abgegebenen Mietsache festgestellt werden könnten, sondern auch bei späterer Entdeckung "verdeckter" Mängel verlange Art. 267a - Abs. 1 und 3 - ausdrücklich die *sofortige* Rüge (Hervorhebung gemäss Beschwerde). Bestehe in einer Mietsache der Verdacht von Feuchtigkeitsschäden an Böden, sei dieser unver-

züglich abzuklären. Die Beschwerdegegnerin habe diesen Verdacht auch in Bezug auf die Küche schon gemäss ihrem Brief vom 11. April 2003 gehabt. Sie habe also entgegen ihrer von der Vorinstanz akzeptierten Begründung für das Zuwarten auch keinen Anlass mehr gehabt, zuerst die Wirkung der Sanierung der andern Beläge abzuwarten. Es gehe hier nicht um die richtige oder unrichtige Anwendung von Bundesrecht. Dass ein derartiger, in allen Sachverhaltseinzelheiten vom Obergericht selber festgehaltener Ablauf der Mängelfeststellung durch die Vermieterin noch als rechtzeitig - d.h. gemäss Bundesrecht "sofortig" - qualifiziert worden sei, erscheine sowohl als aktenwidrig als auch als willkürlich und stelle damit einen Verstoss im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO dar (KG act. 1A S. 8).

b) Mit Blick auf die Zulässigkeit der erhobenen Rüge bzw. die Prüfungsbefugnis des Kassationsgerichts ist § 285 ZPO zu beachten. Danach ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde unzulässig, soweit der angefochtene Entscheid dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegt und dieses mit freier Kognition überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliegt.

Da der vorinstanzliche Entscheid nach dem 1. Januar 2007 gefällt wurde, stehen gegen ihn die im Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) vorgesehenen (bundesrechtlichen) Rechtsmittel offen (vgl. Art. 132 Abs. 1 BGG). Somit unterliegt er – worauf in der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung auch hingewiesen wurde (KG act. 2 S. 16, Disp.-Ziff. 11) – der (ordentlichen) Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG (s.a. Art. 90 und Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG). Im Rahmen dieses Rechtsmittels überprüft das Bundesgericht insbesondere eine behauptete Verletzung von Bundesrecht mit freier Kognition (Art. 95 lit. a OG). Dreht sich der Rechtsstreit um ein dem Bundesprivatrecht unterstehendes Rechtsverhältnis (was im vorliegenden, einen Mietstreit betreffenden Fall zutrifft), ist die Rüge der Verletzung von (formellem oder materiellem) Bundesrecht, zu welchem die mietrechtlichen Bestimmungen des OR gehören, in beschwerdefähigen Fällen somit nicht im kantonalen Kassationsverfahren, sondern mittels Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht zu erheben (ZR 105 Nr. 10, Erw. III/2; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 69; Frank/Sträuli/Messmer, Kom-

mentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 15 zu § 285 ZPO [mit Bezug auf die altrechtliche eidgenössische Berufung im Sinne von Art. 43 ff. OG, mit welcher ebenfalls die Verletzung von Bundesrecht geltend gemacht werden konnte]).

Anzumerken ist im Weiteren, dass die Nichtigkeitsgründe ihrer tatsächlichen Grundlage nach anzugeben sind. Es ist jedoch Sache der Kassationsinstanz zu untersuchen, unter welchen Kassationsgrund der geltend gemachte Tatbestand fällt (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 18).

c) Entgegen der von der Beschwerdeführerin vertretenen Auffassung kann die von ihr erhobene Rüge im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht geprüft werden. Das materielle Bundesrecht bestimmt, unter welchen (tatsächlichen) Voraussetzungen eine Mängelrüge als rechtzeitig bzw. sofortig im Sinne von Art. 267a OR zu qualifizieren ist. Der Beschwerde kann nicht entnommen werden, inwiefern die Vorinstanz von unzutreffenden oder willkürlichen tatsächlichen Annahmen ausgegangen wäre. Vielmehr geht die Beschwerdeführerin selber davon aus, das Obergericht habe die (tatsächlichen) Gegebenheiten erwähnt und den Ablauf in allen Sachverhaltseinzelheiten festgehalten. Die Schlussfolgerung des Obergerichts, die Mängelrüge der Beschwerdegegnerin sei sofort bzw. rechtzeitig im Sinne von Art. 267a OR erfolgt, stellt nicht eine tatsächliche, sondern eine rechtliche Feststellung dar. Die Beschwerdeführerin macht mithin der Sache nach geltend, die Vorinstanz habe Bundesrecht falsch bzw. willkürlich angewendet. Auf diese Rüge kann somit im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden.

6. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO). Für das Kassationsverfahren sind keine Prozessentschädigungen zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 300.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 154.-- Schreibgebühren,
Fr. 76.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
5. Prozessentschädigungen werden keine zugesprochen.
6. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt über Fr. 15'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung dem Beschluss des Obergerichtes vom 16. August 2007 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie an den Einzelrichter in Mietsachen des Bezirkes _____, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: