



---

Kass.-Nr. AA070188/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig,  
die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Paul  
Baumgartner und Reinhard Oertli sowie die juristische Sekretärin  
Daniela Brüscheiler

**Zirkulationsbeschluss vom 2. April 2008**

in Sachen

X.,

Kläger, Appellant und Beschwerdeführer

gegen

Y.,

Beklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin

betreffend

**Mietzinsherabsetzung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. November 2007 (NG070034/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Parteien schlossen am 31. März 2006 einen Mietvertrag über eine 1 ½ Zimmerwohnung in der Liegenschaft \_\_\_\_\_ in Zürich zu einem monatlichen Nettomietzins von Fr. 1'180.-- zuzüglich Fr. 20.-- für Antennen-/Kabelfernsehgebühren, somit monatlich total Fr. 1'200.-- (MG act. 3/6).

Im November 2006 gelangte der Mieter X. (nachfolgend Beschwerdeführer) an die Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich (MG act. 3/11/1 und 3/12/1), worauf zwei Verfahren eröffnet wurden. Diese wurden mit Beschlüssen vom 24. Januar 2007 als durch Vergleich erledigt abgeschrieben (MG act. 3/11/12 und 3/12/9). Mit Eingabe vom 5. Juli 2007 reichte der Beschwerdeführer erneut ein Schlichtungsbegehren ein (MG act. 3/1). Nachdem im Schlichtungsverfahren keine Einigung erzielt werden konnte (MG act. 3/8), gelangte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 14. September 2007 an das Mietgericht Zürich (MG act. 1). Er beantragte, der Mietzins gemäss Mietvertrag sei als missbräuchlich zu erklären und um Fr. 180.-- monatlich herabzusetzen. Nach durchgeführter Hauptverhandlung am 10. Oktober 2007 (MG Prot. S. 3 ff.) wies das Mietgericht (Erstinstanz) die Klage des Beschwerdeführers mit Urteil vom 25. Oktober 2007 ab (MG act. 4).

2. Die vom Beschwerdeführer eingereichte Berufung wurde von der II. Zivilkammer des Obergerichts (Vorinstanz) mit Beschluss vom 23. November 2007 abgewiesen (OG act. 18 bzw. KG act. 2). Mit Eingabe vom 18. Dezember 2007 erhob der Beschwerdeführer rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts. Mit seiner – innert laufender Frist ergänzten (vgl. KG act. 4) – Beschwerde beantragt der Beschwerdeführer im Wesentlichen, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben (KG act. 1 und 7).

3. 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.

4. a) 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 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 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., 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. Aufl., Zürich 1986, S. 16 ff.).

b) Der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund muss sodann in derjenigen Instanz vorgekommen sein, die den angefochtenen Entscheid erlassen hat. Ereignet sich z.B. ein Verfahrensfehler vor Bezirksgericht und wurde er im obergerichtlichen Verfahren geheilt, ist die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht nicht gerechtfertigt. Hat jedoch die Berufungs- oder Rekursinstanz ihrerseits einen Fehler der ersten Instanz nicht korrigiert, so ist ihr Entscheid selbst mit diesem Mangel behaftet und darauf hin zu prüfen, ob ein Nichtigkeitsgrund vorliegt (von Rechenberg, a.a.O., S. 25).

c) Mit Blick auf die Zulässigkeit der erhobenen Rügen bzw. die Prüfungsbeugnis des Kassationsgerichts ist sodann § 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. 6 f., Disp.-Ziff. 5) – 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 neben den mietrechtlichen Bestimmungen des OR insbesondere auch die Vorschrift von Art. 8 ZGB gehört, 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, a.a.O., S. 69; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., 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]).

5. a) Der Beschwerdeführer beruft sich auf die in § 55 ZPO statuierte richterliche Fragepflicht und wendet ein, eine solche Befragung habe es im mündlichen Verfahren vom 10. Oktober 2007 nicht gegeben, was sich mit dem Urteil vom 25. Oktober 2007 mühelos belegen lasse. Dort werde erwogen, es bleibe unklar, was der Beschwerdeführer aus diesen Vorbringen ableiten wolle. Jedenfalls beantrage er keine Auflösung des Mietvertrages wegen Täuschung. Wenn juristische Laien – so der Beschwerdeführer - als Kläger keine Auflösung des Mietverhältnisses beantragten, beruhe dies möglicherweise auf Unkenntnis. Es sei nicht Sache des Richters, den anwesenden Kläger zu übergehen und statt dessen von

blossen Hypothesen auszugehen. In der Berufungsbegründung habe der Beschwerdeführer dargelegt, dass der Einzelrichter am 10. Oktober 2007 seine gesetzliche Fragepflicht nicht erfüllt habe. Der vorinstanzliche Entscheid sei deshalb nicht der einzig denkbare, zumal auch Bedenken hinsichtlich der Spruchreife geäussert worden seien (KG act. 1 S. 2 ff.).

Mit Eingabe vom 24. Dezember 2007 ergänzte der Beschwerdeführer, die Vorinstanz wende Art. 28 OR – absichtliche Täuschung – missbräuchlich an, indem die fragliche Erwägung eingesetzt werde, um die berechtigten Interessen des Beschwerdeführers zu torpedieren. § 133 ZPO verlange vom Gericht, dass es sichere Kenntnis habe, andernfalls sei Beweis abzunehmen. Es sei deshalb zu fragen, woher das Obergericht sichere Kenntnis haben wolle, wenn es einräumen müsse, es bleibe unklar, was der Beschwerdeführer aus diesen Vorbringen ableiten wolle. Das Obergericht habe nicht für Klarheit gesorgt, sondern die Verletzung von § 55 ZPO durch die Erstinstanz toleriert, indem es die entsprechende Rüge des Beschwerdeführers ausser Acht gelassen habe. Dies stelle eine Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör dar. Es liege jedenfalls hier kein spruchreifer Prozess vor, weil man amtlicherseits ständig von einem angenommenen statt von einem realen Sachverhalt ausgehe. Es liege hier ein eindeutiger Fall von absichtlicher Täuschung vor (KG act. 7 S. 1 ff.).

6. Die Vorinstanz hat auf die Vorbringen im Berufungsverfahren, welche vom Beschwerdeführer auch im Kassationsverfahren genannt werden, hingewiesen (KG act. 2 S. 4) und dazu Stellung genommen. Insbesondere erwog die Vorinstanz, als Rechtsfolge der absichtlichen Täuschung ordne Art. 28 OR die Unverbindlichkeit des Vertrages an. Wenn ein Mieter trotz Vorliegens einer absichtlichen Täuschung am Vertrag festhalten wolle, stünden ihm zur Durchsetzung eines Herabsetzungsanspruches nur jene Möglichkeiten offen, auf welche das Mietgericht hingewiesen habe. Das Mietgericht habe auch zutreffend erwogen, dass der Beschwerdeführer jedenfalls den Mietvertrag durch den in einem früheren Mietzinsherabsetzungsverfahren mit der Beschwerdegegnerin geschlossenen Vergleich, wonach der Mietvertrag unverändert weiter gelte, genehmigt habe (KG act. 2 S. 4 f.).

a) Die Vorinstanz bringt mit ihren Ausführungen zum Ausdruck, dass die Berufung auf den Tatbestand der absichtlichen Täuschung im Sinne von Art. 28 OR nicht als Grundlage für eine Mietzinsherabsetzung herangezogen werden könne, wenn der Mieter am Vertrag festhalten, mithin die fragliche Wohnung weiterhin bewohnen wolle, wie dies beim Beschwerdeführer der Fall sei. Ob diese obergerichtliche Rechtsauffassung zutrifft, d.h. ob die Vorinstanz Art. 28 OR zutreffend anwendet, beurteilt sich nach materiellem Bundesrecht und kann im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht geprüft werden. Auf die Rüge, die Vorinstanz habe Art. 28 OR falsch bzw. missbräuchlich angewendet, kann demnach nicht eingetreten werden.

b) Zur richterlichen Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO ist Folgendes anzumerken: Wenn die Erstinstanz unter dem Titel "Rechtliche Würdigung" festhielt, es bleibe unklar, was der Beschwerdeführer aus seinen Vorbringen ableiten wolle (OG act. 12 S. 5), bedeutet dies nicht, dass die (tatsächlichen) Vorbringen des Beschwerdeführers unklar geblieben wären. Vielmehr war für das Gericht nicht ersichtlich, dass bzw. welche rechtlich relevanten Schlüsse aus den Angaben des Beschwerdeführers zu ziehen wären. Insofern geht der Einwand des Beschwerdeführers wohl an der bemängelten Erwägung vorbei, weshalb sich die Vorinstanz dazu auch nicht ausdrücklich äusserte bzw. äussern musste. Festzuhalten ist aber jedenfalls, dass die kantonalrechtliche Fragepflicht keine selbständige Bedeutung hat und im Umfang der bundesrechtlichen Regelung zurücktritt, soweit in einzelnen Bereichen das materielle Rechts schon bundesrechtliche Bestimmungen im Sinne der Untersuchungs- bzw. Officialmaxime zur Anwendung gelangen, wie dies bei Art. 274d Abs. 3 OR der Fall ist. Damit kann, da der angefochtene Entscheid der Beschwerde an das Bundesgericht unterliegt (vgl. vorstehend Ziff. 4.c), im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht gerügt werden, der Sachrichter habe seine Fragepflicht verletzt, und zwar auch dann nicht, wenn sich der Beschwerdeführer formell auf § 55 ZPO beruft. Nach kassationsgerichtlicher Rechtsprechung ist es nicht zulässig, einen bestimmten Mangel, der beim Bundesgericht gerügt werden kann, unter Berufung darauf, dass indirekt auch eine (inhaltlich nicht weiterreichende) kantonale Vorschrift verletzt worden sei, im Kassationsverfahren geltend zu machen (vgl. RB 1999 Nr. 64).

c) Der Beschwerdeführer verweist schliesslich auf § 133 ZPO. Nach dieser Bestimmung wird über erhebliche streitige Tatsachen, über Gewohnheitsrecht sowie über Handelsübungen und Ortsgebräuche Beweis erhoben; nicht abzunehmen ist der Beweis, wenn das Gericht davon sichere Kenntnis hat. Aus der Beschwerde geht nicht hervor, inwiefern diese Bestimmung verletzt worden wäre. Allein der Hinweis auf die Erwägung, es bleibe unklar, was der Kläger aus diesen Vorbringen ableiten wolle, genügt nicht.

d) Weitere konkrete Rügen können den Eingaben des Beschwerdeführers nicht entnommen werden. Auf die Beschwerde ist somit nicht einzutreten. In Bezug auf die zusätzlichen Anträge des Beschwerdeführers (vgl. KG act. 1 S. 4) erübrigen sich damit Weiterungen.

7. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig. Mangels erheblicher Umtriebe ist der Beschwerdegegnerin keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

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

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 1'500.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. 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 Fr. 43'200.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 23. November 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.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie das Mietgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: