



Kass.-Nr. AA040125/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Alfred Keller, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie der Sekretär Roland Götte

Zirkulationsbeschluss vom 26. November 2004

in Sachen

A. Immobilien AG,

Klägerin, Rekursgegnerin, Anschlussrekurrentin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt X.

gegen

B.,

Beklagter, Rekurrent, Anschlussrekursgegner und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt Y.

betreffend

Ausweisung / Kündigungsschutz

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Juli 2004 (NL040066/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Vertrag vom 14. Mai 2002 mietete B. (Beschwerdegegner) von der A. Immobilien AG (Beschwerdeführerin) einen 5-Zimmer-Hausteil in Meilen (ER act. 6/1). Dieses Mietverhältnis wurde von der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 257f OR ein erstes Mal am 30. Oktober per 30. November 2003 und ein zweites Mal am 25. November per 31. Dezember 2003 gekündigt (ER act. 6/9 bzw. 6/18). Sodann erfolgte eine dritte Kündigung am 8. Dezember 2003 per 31. Januar 2004 - diesmal gestützt auf Art. 257d OR (ER act. 6/20).

2. Nachdem diese Kündigungen vom Beschwerdegegner bei der Schlichtungsstelle in Mietsachen mit Eingaben vom 27. November bzw. 22. Dezember 2003 angefochten worden waren (ER act. 10/1 bzw. act. 11/1 und 5), stellte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 9. Januar 2004 ein Ausweisungsbegehren beim Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Meilen (ER act. 1), worauf die Schlichtungsstelle die bei ihr hängigen Verfahren an den Einzelrichter überwies (ER act. 3 und 4).

Mit einzelrichterlicher Verfügung vom 3. März 2004 wurde das Kündigungsschutzbegehren des Beschwerdegegners abgewiesen und der von der Beschwerdeführerin beantragte Ausweisungsbefehl erteilt (ER act. 19).

3. Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdegegner Rekurs und stellte dabei den Antrag, es seien der einzelrichterliche Entscheid aufzuheben und die drei Kündigungen als missbräuchlich bzw. ungültig zu erklären (OG act. 1 S. 2). In ihrer Rekursantwort vom 24. Mai 2004 beantragte die Beschwerdeführerin die Abweisung des Rekurses; gleichzeitig erhob sie Anschlussrekurs und verlangte eine Erhöhung der vom Einzelrichter zugesprochenen Prozessentschädigung (OG act. 13 S. 2). In seiner Stellungnahme zum Anschlussrekurs beantragte der Beschwerdegegner die Abweisung desselben und stellte gleichzeitig ein Ge-

such um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung bzw. Rechtsverbeiständung (OG act. 19).

In Gutheissung des Rekurses wurde die einzelrichterliche Verfügung vom 3. März 2004 aufgehoben und die Ungültigkeit der erwähnten Kündigungen festgestellt; das Ausweisungsbegehren wurde abgewiesen (OG act. 24 = KG act. 2). Die Beschwerdeführerin wurde für die Verfahren vor beiden Instanzen kosten- und entschädigungspflichtig erklärt, und der Anschlussrekurs und das Armenrechtsgesuch des Beschwerdegegners wurden als gegenstandslos betrachtet (KG act. 2 S. 7).

4. Mit Eingabe vom 24. August 2004 hat die Beschwerdeführerin gegen den Rekursentscheid fristgerecht kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben; sie verlangt die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Bestätigung der einzelrichterlichen Verfügung bzw. die Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuurteilung (KG act. 1 S. 2). Während die Vorinstanz auf Vernehmlassung verzichtete (KG act. 8), verlangt der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde und ersucht sodann um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung bzw. Rechtsverbeiständung für das Kassationsverfahren (KG act. 9 S. 2).

II.

1.1 Bezugnehmend auf die Kündigung vom 30. Oktober 2003 wird in der Beschwerdeschrift zunächst Folgendes ausgeführt:

Das Obergericht habe diese Kündigung als ungültig qualifiziert, weil der Umstand, dass die Übergabe der vom Beschwerdegegner geschlossenen Untermietverträge - und somit die Bekanntgabe der Untermietkonditionen - erst am 31. Oktober 2003, statt wie verlangt am 29. Oktober 2003 stattgefunden habe, keine so schwerwiegende Pflichtverletzung bedeute, welche eine Fortsetzung des Mietverhältnisses als unzumutbar erscheinen lasse, umso weniger als sich die Beschwerdeführerin für die Bedingungen der Untermietverhältnisse längere Zeit gar nicht interessiert habe (KG act. 1 S. 3/4).

Diese Ansicht - so die Beschwerdeführerin - beruhe auf einer unvollständigen Sachverhaltsannahme, denn der Umstand, dass der Beschwerdegegner die nicht benützten Zimmer seit Mietantritt an Dritte untervermietet habe, ohne jemals um Zustimmung ersucht zu haben, bleibe unberücksichtigt. Als der Beschwerdegegner wegen seiner Weigerung, die damals bestehenden Untermietkonditionen bekannt zu geben, mit Schreiben vom 30. September 2003 aufgefordert worden sei, die Untermieten bis zum 20. Oktober 2003 aufzuheben, sei er dieser Aufforderung nicht nur nicht nachgekommen, sondern habe vielmehr wiederum ohne entsprechende Zustimmung neue Mietverträge abgeschlossen. Schon dieser Umstand - so die Beschwerdeführerin weiter - hätte sie zur Kündigung berechtigt, doch habe sie den moderaten Weg gewählt und dem Beschwerdegegner nochmals eine Notfrist gesetzt, um die neuen und bekannten Untermietkonditionen offenzulegen. Gesamthaft sei der Beschwerdegegner mit der Bekanntgabe der Untermietkonditionen seit dem 26. Juli 2003 und mit der Aufhebung der nicht bewilligten Untermieten seit dem 20. Oktober 2003 in Verzug. Die Kündigung sei in Berücksichtigung dieser und der ganzen Entwicklung und nicht nur wegen der Nichteinhaltung der zweitägigen Frist erfolgt. Indem sich das Obergericht bei der Frage nach der Gültigkeit der Kündigung lediglich auf diesen letzten Punkt beschränkt habe, habe es den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 2 evtl. 3 ZPO gesetzt, denn es habe sich mit ihrem Parteivorbringen in Widerspruch gesetzt und dabei eine Aktenwidrigkeit begangen. Eventualiter habe das Obergericht nicht in Würdigung aller bekannten Umstände entschieden und damit klares Recht verletzt. Sodann habe es wesentliche Gesichtspunkte grundlos unberücksichtigt gelassen und daher seinen Ermessensspielraum missbraucht bzw. überschritten (KG act. 1 S. 3-5).

1.2 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 an-

zugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweismittelwürdigung 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 Beweismittelwürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angeführte 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. A., 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. A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

b) Indem die Beschwerdeführerin vorbringt, das Obergericht sei von einer unvollständigen Sachverhaltsannahme ausgegangen, als es bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit der Kündigung vom 30. Oktober 2003 nicht alle im Parteivorbringen erwähnten Kündigungsgründe berücksichtigt habe, wirft sie der Vorinstanz sinngemäss eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Auf diese Rüge ist nach dem oben Gesagten jedoch nur schon deshalb nicht einzutreten, weil der Beschwerdeschrift nicht entnommen werden kann, an welcher Stelle im vorinstanzlichen Verfahren die angeblich nicht berücksichtigten Kündigungsmotive vorgebracht worden seien.

2.1 Ebenfalls im Zusammenhang mit der Kündigung vom 30. Oktober 2003 bringt die Beschwerdeführerin weiter Folgendes vor:

Das Obergericht führe aus, die Untermietverhältnisse seien vor dem 26. Juli 2003 kein Thema gewesen, was darauf schliessen lasse, dass sie sich für die Untermietbedingungen gar nicht interessiert habe. Weiter halte es fest, im Schreiben vom 26. Juli 2003 sei es im Wesentlichen um einen Wassereinbruch und eine damit zusammenhängende Wohnungsbesichtigung gegangen und die

Untermiete sei erst am Schluss des Schreibens thematisiert worden, was ebenfalls den Eindruck erwecke, dass die Untermietverhältnisse für sie keine grosse Rolle gespielt hätten (KG act. 1 S. 5).

Sie - so die Beschwerdeführerin weiter - sei vom Beschwerdegegner jedoch gar nie über die Untermietverhältnisse informiert worden und habe vor dem Anruf der Einwohnerkontrolle im Sommer 2003 gar keine Kenntnis von denselben gehabt, weshalb die Tatsache, dass die Untermietverhältnisse bis zum 26. Juli 2003 kein Thema gewesen seien, keineswegs auf ein Desinteresse schliessen lasse. Auf diesen Umstand habe sie in der erstinstanzlichen Verhandlung in nicht zu überbietender Deutlichkeit hingewiesen, und ihr Standpunkt sei denn auch in das erstinstanzliche Urteil eingeflossen. Im Rekursverfahren habe sie nichts anderes ausgeführt und die Behauptung des Beschwerdegegners, wonach sie trotz Kenntnis der Untermietverhältnisse bis zum 26. Juli 2003 nichts unternommen habe, wiederholt bestritten. Aufgrund der anders lautenden Ausführungen des Beschwerdegegners hätte das Obergericht zur Frage des Zeitpunktes der Kenntnisnahme ein Beweisverfahren durchführen müssen, was es in Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes i.S.v. § 281 Ziff. 1 ZPO nicht getan habe. Vielmehr habe es diese beweisbedürftige Tatsache als erwiesen erachtet, obwohl die Akten darüber keinen Aufschluss geben würden, womit der angefochtene Entscheid auf einer aktenwidrigen und willkürlichen Annahme i.S.v. § 281 Ziff. 2 ZPO basiere.

Sodann lasse der Umstand, dass das Untermietverhältnis erst am Schluss des Schreibens vom 26. Juli 2003 thematisiert worden sei, keine besonderen Schlüsse zu; wenn das Obergericht dennoch darauf abstelle, überschreite und missbrauche es sein Ermessen, weshalb subeventualiter auch der Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 3 ZPO gegeben sei (KG act. 1 S. 5/6).

2.2 Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, das Obergericht gehe in aktenwidriger bzw. willkürlicher Weise davon aus, dass sie (bereits vor dem Telefonat mit der Einwohnerkontrolle im Sommer 2003) um die Untermietverhältnisse gewusst habe, ist auf die Rüge gemäss den Ausführungen unter Ziff. II.1.2.a vorstehend nur schon deshalb nicht einzutreten, weil der Beschwerdeschrift nicht

entnommen werden kann, an welcher Stelle die Vorinstanz diese Feststellung überhaupt getroffen haben soll. Für die Behauptung, der Zeitpunkt der Kenntnisnahme der Untermietverhältnisse sei zwischen den Parteien umstritten gewesen, werden ebenfalls keine Belegstellen genannt, so dass auch auf die Rüge, wonach die Vorinstanz angesichts der divergierenden Parteidarstellungen ein Beweisverfahren hätte durchführen müssen, nicht einzutreten ist.

Nach dem unter Ziff. II.1.2.a vorstehend Gesagten genügt es im Rahmen des Beschwerdeverfahrens sodann nicht, eine Schlussfolgerung der Vorinstanz lediglich als willkürlich zu bezeichnen, ohne konkret darzulegen, worin die Willkür zu sehen sei. Damit ist auf den Vorwurf der Beschwerdeführerin, wonach der Umstand, dass die Untermietverhältnisse erst am Schluss des Schreibens vom 26. Juli 2003 thematisiert worden seien, entgegen der Ansicht der Vorinstanz keine besonderen Schlüsse (hinsichtlich eines Desinteresses) zulasse, nicht einzutreten.

3.1 Die Beschwerdeführerin nimmt sodann Bezug auf die Kündigung vom 25. November 2003 und bringt dazu zunächst Folgendes vor:

Das Obergericht habe im letzten Satz von Ziff. 1 der weiteren Bestimmungen der beiden Untermietverträge, wonach ein Besuch von nächsten Verwandten pro Jahr nur maximal zwei Wochen erlaubt sei, keine Missbräuchlichkeit gesehen. Dabei sei es davon ausgegangen, dass eine Bestimmung über die "Unterbringung" von Verwandten in dieser Form erlaubt sei (KG act. 1 S. 7).

Dieser Überlegung liege insofern eine falsche Annahme zugrunde, als in Ziff. 1 nicht von "Unterbringung", sondern von "Besuch" die Rede sei. Mit "Besuch" sei nicht die ständige Aufnahme eines Gastes im Zimmer tags- und nachtsüber, sondern ganz allgemein jede Visite gemeint. Der Untermietvertrag schränke den erlaubten Verkehr auf nächste Verwandte und in der Summe auf maximal 2 Wochen ein, was unhaltbar sei. Die eigenwillige Interpretation des Obergerichtes von Ziff. 1 der weiteren Bestimmungen stehe in Widerspruch zum Inhalt des Untermietvertrages. Allenfalls habe es eine beweiswürdige Tatsache fälschlicherweise als gegeben angenommen und eventualiter einen wesentlichen Verfahrens-

grundsatz verletzt, indem es nicht von der Fragepflicht Gebrauch gemacht habe, um den von den Parteien in Ziff. 1 gewollten Sinn zu ermitteln, eventualiter indem es bei (gemeint ist wohl: trotz) unterschiedlicher Interpretation kein Beweisverfahren durchgeführt habe (KG act. 1 S. 7).

3.2 Hinsichtlich des Vorwurfs, das Obergericht habe Ziff. 1 der weiteren Bestimmungen zum Untermietvertrag falsch interpretiert, ist festzuhalten, dass die objektivierte Vertragsauslegung eine Rechtsfrage darstellt, welche vom Bundesgericht mit freier Kognition geprüft werden kann (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. A., Bern 2001, Kap. 13 N 166; von Rechenberg, a.a.O., S. 41). Damit ist auf diese Rüge bereits aufgrund der Subsidiarität der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde (§ 285 ZPO) nicht einzutreten.

Soweit die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend macht, die Vorinstanz hätte hinsichtlich des *tatsächlichen* Willens der Parteien ein Beweisverfahren durchführen müssen, ist auf die Rüge ebenfalls nicht einzutreten, da der Beschwerdeschrift nicht entnommen werden kann, an welcher Stelle die Parteien welche unterschiedlichen Behauptungen angebracht hätten (vgl. dazu die Ausführungen unter Ziff. II.1.2.a vorstehend).

4.1 Ebenfalls im Zusammenhang mit der Kündigung vom 25. November 2003 bringt die Beschwerdeführerin schliesslich Folgendes vor:

Das Obergericht führe aus, dass die beiden Untermieter für die Benützung von zwei von fünf Zimmern zusammen etwas weniger als die Hälfte des gesamten Mietzinses bezahlen würden, was keine erhebliche finanzielle Schlechterstellung der Untermieter bedeute, womit die Untermietbedingungen nicht als missbräuchlich zu gelten hätten (KG act. 1 S. 8).

Dieser Überlegung liege eine aktenwidrige Annahme i.S.v. § 281 Ziff. 2 ZPO zugrunde, denn das Obergericht gehe von der irrigen Vorstellung aus, dass das streitgegenständliche Objekt über fünf Zimmer plus zusätzlich weitere gemeinsam benützte Nebenräume verfüge. Dies treffe nicht zu, denn das Mietobjekt verfüge vielmehr über vier im ausschliesslichen Gebrauchszweck verwendete

Zimmer plus Nebenräume wie Küche, Bad, separates WC, Eingang und Keller-
raum. Das fünfte Zimmer sei ein gemeinsam genütztes Esszimmer, womit die
Untermieter zwei von vier Zimmern benützt hätten (KG act. 1 S. 8).

Eine weitere Aktenwidrigkeit liege darin, dass die Vorinstanz beim Ver-
gleich der Untermiete zur Hauptmiete von gleich grossen Räumen und damit ei-
nem (Flächen-)Verhältnis von 2 zu 5 bzw. 4 ausgehe. Die beiden untervermieteten
Zimmer würden jedoch lediglich eine Fläche von 10m² bzw. 16m² aufweisen,
was zusammen 36.1% bzw. einem Drittel der Gesamtfläche der vier Zimmer von
72m² entspreche. Der Umstand, dass die beiden Untermieter für dieses Drittel
fast die Hälfte des Mietzinses bezahlen würden, werde gar nicht oder nicht genü-
gend gewürdigt, worin eine Ermessensüberschreitung und somit die Verletzung
klaren materiellen Rechts i.S.v. § 281 Ziff. 3 ZPO zu sehen sei (KG act.1 S. 8/9).

Sodann lasse das Obergericht beim Vergleich der Mietzinse den Um-
stand ausser Acht, dass im Gesamtmietzins von Fr. 2'680.-- auch der Mietzins für
den vom Beschwerdegegner ausschliesslich benützten Parkplatz in der Höhe von
Fr. 100.-- enthalten sei. Korrekterweise - so die Beschwerdeführerin - hätte man
beim Vergleich folglich von einem korrigierten Gesamtmietzins von Fr. 2'580.--
ausgehen müssen, worauf sie ausdrücklich hingewiesen habe. Dieser Umstand
sei insofern von Bedeutung, als sich unter Beachtung dieses korrigierten Ge-
samtmietzinses und anhand des Flächenanteils von 36.1% ein Untermietzins von
Fr. 931.60 ergäbe, womit die beiden Untermieter, welche in Tat und Wahrheit
gemeinsam Fr. 1'250.- bezahlen würden, Fr. 380.40 zuviel bezahlen würden. Aus
diesem Grund stehe die Aussage der Vorinstanz, wonach die beiden Untermieter
zusammen etwas weniger als die Hälfte bezahlen würden, im Widerspruch zu den
Akten. Allenfalls - so die Beschwerdeführerin - hätte darüber ein Beweisverfahren
geführt werden müssen; der Entscheid leide an einem Mangel i.S.v. § 281 Ziff. 2,
evtl. Ziff. 1, subevtl. Ziff. 3 ZPO (KG act. 1 S. 9).

Schliesslich sei es unstatthaft, dass das Obergericht die beiden Unter-
mietverhältnisse gemeinsam geprüft habe. Vielmehr hätte - so die Beschwerde-
führerin - jeder Untermietzins einzeln mit dem Gesamtmietzins verglichen werden
müssen. Ein solches Vorgehen dränge sich auf, ansonsten ein günstiger Unter-

mietzins des einen Untermieters einen übersetzten Untermietzins des anderen kompensieren könne. Dem Vermieter müsse es erlaubt sein, bei Bestehen verschiedener Untermietverhältnisse einen einzelnen Untermietvertrag als missbräuchlich abzulehnen, selbst wenn der Mieter gesamthaft keinen übermässigen Ertrag erziele. Indem die Vorinstanz insbesondere eine nähere Betrachtung der Untervermietung des kleinen Zimmers zu Fr. 550.-- unterlassen habe, habe sie ihr Ermessen missbraucht bzw. überschritten. Der Entscheid beruhe auf einer Verletzung klaren materiellen Rechts i.S.v. § 281 Ziff. 3 ZPO, eventualiter liege eine Aktenwidrigkeit i.S.v. § 281 Ziff. 2 ZPO vor (KG act. 1 S. 9/10).

4.2 Auf den Vorwurf, wonach das Obergericht in aktenwidriger Weise von fünf statt nur vier Zimmern ausgegangen sei, ist schon deshalb nicht einzutreten, weil die Beschwerdeführerin keine Aktenstellen nennt, welche diese Behauptung belegen würden (vgl. dazu die Ausführungen unter Ziff. II.1.2.a vorstehend). Überdies ist ohnehin nicht einzusehen, inwiefern sich die angeblich aktenwidrige Annahme betreffend fünf Zimmer zu Ungunsten der Beschwerdeführerin ausgewirkt haben sollte (zum Erfordernis der Erheblichkeit des gerügten Mangels vgl. von Rechenberg, a.a.O., S. 23 ff.).

Ebenso nicht einzutreten ist auf die Rüge, wonach die Vorinstanz fälschlicherweise von gleich grossen Zimmern bzw. von einem falschen Verhältnis von Untermietfläche und Gesamtmietfläche ausgegangen sei, werden doch auch hier keine Belegstellen zitiert, anhand welcher sich die Behauptung der Beschwerdeführerin überprüfen liesse.

Soweit der Vorinstanz vorgeworfen wird, sie gehe in aktenwidriger Weise davon aus, dass die beiden Untermieter zusammen etwas weniger als die Hälfte des Gesamtmietzinses bezahlen würden, fehlen ebenfalls entsprechende Aktenzitate. Im Übrigen wäre diese Rüge ohnehin abzuweisen, denn selbst wenn die Angaben der Beschwerdeführerin (Untermietzins total Fr. 1'250.--; Gesamtmietzins Fr. 2'580.--) zutreffend sein sollten, könnte die Aussage der Vorinstanz dennoch nicht als aktenwidrig oder willkürlich bezeichnet werden.

Die Frage, ob zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit i.S.v. Art. 262 Abs. 2 lit. b OR jedes Untermietverhältnis separat zu betrachten ist, ist eine solche des materiellen Bundesrechts, welche vom Bundesgericht frei geprüft werden kann. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Vorinstanz habe fälschlicherweise nur eine gesamthafte Betrachtung vorgenommen, ist auf die Rüge folglich aufgrund der Subsidiarität der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde (§ 285 ZPO) nicht einzutreten.

III.

1. Zusammengefasst ist auf die Beschwerde nicht einzutreten; ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 68 Abs. 1 ZPO).

2. Nachdem die Kosten des vorliegenden Verfahrens von der Beschwerdeführerin zu tragen sind, ist das Gesuch des Beschwerdegegners um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

Über dessen Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters ist im Hinblick auf § 89 ZPO jedoch zu entscheiden: Zur Begründung seines Gesuches verweist der Beschwerdegegner in seiner Beschwerdeantwort auf seine Eingabe ans Obergericht vom 28. Juni 2004 und die dazugehörigen Beilagen (KG act. 9 S. 6, mit Verweis auf OG act. 21 bzw. 22/1-6). In dieser Eingabe machte der Beschwerdegegner geltend, sein steuerbares Vermögen habe Ende 2003 Fr. 26'000.-- betragen (OG act. 21 S. 4, mit Verweis auf die provisorische Steuerrechnung vom 21. Mai 2003 [OG act. 22/6]). Auch wenn es zutreffen sollte, dass von diesem Betrag nur noch Fr. 11'500.-- übrig sind (vgl. Ausführungen des Beschwerdegegners in OG act. 21 S. 4), so wäre er mit diesem - wenn auch nicht sehr umfangreichen - Vermögen durchaus in der Lage, seine Anwaltskosten für das vorliegende Verfahren selbst zu tragen, soweit diese nicht ohnehin von der Gegenseite entschädigt werden. Aus diesem Grunde ist das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters mangels Mittellosigkeit i.S.v. § 84 i.V.m. 87 ZPO abzuweisen.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch des Beschwerdegegners um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben. Sein Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters wird abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 800.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 285.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
5. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'000.-- (inkl. MwSt) zu entrichten.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: