



Kass.-Nr. AA040133/U/cap

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

Zirkulationsbeschluss vom 21. Dezember 2004

in Sachen

A. Z.,

geboren ..., von ..., X.strasse 158, Y.,
Kläger, Appellant und Beschwerdeführer

gegen

W. Versicherungs-Gesellschaft,

Y.,

Beklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. V.W., in Y.

betreffend **Anfechtung Kündigung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. August 2004 (NG040011/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Der Kläger war seit 1. September 1998 Mieter einer Einzimmerwohnung der Beklagten in der Liegenschaft U.strasse 86 in T. (MG act. 3/7/2). Mit Formular dat. vom 18. Dezember 2003 kündigte die Beklagte den Mietvertrag mit dem Kläger auf den 31. März 2004 (MG act. 3/2). Im anschliessend vom Kläger angehebenen Schlichtungsverfahren betreffend Anfechtung der Kündigung vor der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirkes S. wurde mit Beschluss vom 12. März 2004 festgestellt, dass die Kündigung per 31. März 2004 gültig sei, und dem Mieter wurde eine letztmalige Erstreckung des Mietverhältnisses bis zum 30. September 2004 gewährt (MG act. 3/9). Daraufhin gelangte der Kläger mit Eingabe vom 10. Mai 2004 an das Mietgericht S. und beantragte wiederum die Ungültigerklärung der Kündigung (MG act. 1). Mit Urteil vom 28. Mai 2004 wurde die Klage abgewiesen und dem Kläger keine Erstreckung des Mietverhältnisses gewährt (MG act. 9 = OG act. 12).

2. Gegen dieses Urteil vom 28. Mai 2004 erhob der Kläger Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich (OG act. 13 und 18) und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Ungültigerklärung der Kündigung (OG act. 21). Mit Beschluss vom 5. August 2004 wies die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich die Berufung ab und bestätigte das angefochtene Urteil des Mietgerichts des Bezirkes S. vom 28. Mai 2004 (OG act. 22 = KG act. 2).

3. Gegen diesen letzteren Beschluss des Obergerichts vom 5. August 2004 erhob der Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) mit Eingabe dat. vom 5. September 2004 beim Kassationsgericht des Kantons Zürich kantonale Nichtigkeitsbeschwerde. Er beantragt damit die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses sowie sinngemäss die Ungültigerklärung der Kündigung (KG act. 1, S. 3). Dem gleichzeitig gestellten Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Präsidialverfügung vom 9. September 2004 einstweilen entsprochen (KG act. 6). Zudem stellte der Beschwerdeführer das Begehren, er sei im Sinne von § 85 ZPO von Kosten zu befreien (KG act. 1, S. 3). Der Beschwerdeführer hat auch eidgenössische Berufung an das Bundesgericht erho-

ben (OG Prot. S. 5), auf welche das Bundesgericht mit Urteil vom 26. Oktober 2004 nicht eintrat (KG act. 17).

4. Am 14. Oktober 2004 ging beim Kassationsgericht ein Schreiben der Beschwerdegegnerin ein, wonach ihr der Beschwerdeführer am 8. Oktober 2004 mitgeteilt habe, die Wohnung werde nicht mehr gebraucht, weshalb sich die Frage der Gegenstandslosigkeit des Verfahrens stelle (KG act. 8). Mit Schreiben vom 17. Oktober 2004 teilte sodann der Beschwerdeführer dem Kassationsgericht mit, er habe auf den 15. Oktober 2004 eine neue Wohnung gefunden (KG act. 10). Mit Präsidialverfügung vom 20. Oktober 2004 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zur Frage der Gegenstandslosigkeit und zu den allfälligen Nebenfolgen Stellung zu nehmen (KG act. 13), worauf sowohl der Beschwerdeführer (KG act. 15) wie auch die Beschwerdegegnerin (KG act. 16) eine Stellungnahme abgaben.

5. Das vorliegende Verfahren betreffend Anfechtung der Kündigung der Einzimmerwohnung an der U.strasse 86 in T. ist durch den Auszug des Beschwerdeführers aus dieser Wohnung hinfällig und damit als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Keine der Parteien kann noch ein aktuelles rechtliches Interesse an der Frage, ob die Kündigung gültig gewesen sei, geltend machen, nachdem der Mieter ohnehin ausgezogen ist. Daran ändert auch nichts, soweit der Beschwerdeführer vorbringt, er habe weiterhin ein Interesse an der Behandlung der Nichtigkeitsbeschwerde, weil die Tragung der Verfahrenskosten zu klären sei (KG act. 10, S. 2) bzw. das Kassationsgericht habe die Rechtmässigkeit der Kündigung zu klären (KG act. 15, S. 2). Die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Beschwerdeverfahren sind ohnehin von Amtes wegen gemäss § 65 ZPO nach freiem Ermessen des Gerichts festzulegen (vgl. dazu die nachfolgenden Erwägungen); die Erfolgsaussichten der Nichtigkeitsbeschwerde sind allenfalls im Rahmen der Kriterien zur Festlegung der Kostenfolgen zu berücksichtigen. Sodann ist auch nicht ersichtlich, in welchem Zusammenhang das vorliegende Verfahren mit einem anderen Verfahren vor Bezirksgericht S. stehen soll, in welchem am 5. Januar 2005 eine Verhandlung anstehen soll, wie der Beschwerdeführer geltend macht (KG act. 15, S. 2 unten). Er führt weder aus, um was es sich konkret bei jenem Verfahren handelt, noch inwiefern dieses auf das vorliegende Verfahren konkrete Auswirkungen haben könnte. Es kann somit nicht geprüft werden,

ob die Voraussetzungen gemäss § 53a ZPO zur Sistierung des Verfahrens vorliegen würden, weshalb auf das sinngemäss vom Beschwerdeführer gestellte Sistierungsgesuch (KG act. 15, S. 3) nicht eingetreten werden kann.

6.1 Gemäss § 65 ZPO werden die Kostenfolgen bei Gegenstandslosigkeit nach freiem Ermessen des Gerichts festgelegt. Dabei kann entweder berücksichtigt werden, wer die Gegenstandslosigkeit verursacht hat, oder wer vermutlich obsiegt hätte, oder wer das gegenstandslos gewordene Verfahren verursacht hat. Es besteht kein Vorrang eines dieser Kriterien (ZR 82 Nr. 8 m.w.H.). Nach ständiger Rechtsprechung sind im Kanton Zürich die Kosten eines gegenstandslos gewordenen Mieterstreckungsverfahrens, in welchem der Mieter eine neue Wohnung gefunden hat, den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, wenn das Begehren des Mieters nicht ohnehin hätte abgewiesen werden müssen (ZR 82 Nr. 8). Dasselbe gilt bei einem Verfahren betreffend Kündigungsanfechtung, welches zufolge des Auszugs des Mieters gegenstandslos geworden ist (vgl. mp 2000, 198 in: AJP 2001, S. 212).

6.2 Eine hälftige Teilung der Kosten des gegenstandslos gewordenen Beschwerdeverfahrens kommt vorliegend jedoch nicht in Frage, da auf die Nichtigkeitsbeschwerde – wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen zeigt – ohnehin nicht hätte eingetreten werden können.

a) Der Beschwerdeführer machte mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde geltend, die Vorinstanzen hätten seinen Anspruch auf das rechtliche Gehör verletzt, indem kein Beweisverfahren durchgeführt worden sei und kein "Parteiverhör" stattgefunden habe, in welchem die eingereichten und vom Gericht bisher nicht beachteten Dokumente hätten behandelt werden sollen. Die Vorinstanzen hätten keine sichere Kenntnis in Bezug auf den unsorgfältigen Gebrauch der gemieteten Sache bzw. in Bezug auf die mangelnde Rücksichtnahme gegenüber den anderen Hausbewohnern, sondern gründeten ihre Erwägungen nur auf den Tatsachenbehauptungen der Gegenpartei (KG act. 1, S. 1 f.).

b) 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

teten 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.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.).

c) Diesen Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde vermag die Eingabe des Beschwerdeführers allerdings nicht zu genügen. So führte er nur pauschal aus, das Gericht habe keine sichere Kenntnis in Bezug auf den unsorgfältigen Gebrauch der gemieteten Sache bzw. in Bezug auf die mangelnde Rücksichtnahme gegenüber den andern Hausbewohnern und die Erwägungen der Vorinstanzen stützten sich bloss auf die Tatsachenbehauptungen der Gegenpartei. Durch die Unterlassung eines Beweisverfahrens sei er benachteiligt und sein Anspruch auf das rechtliche Gehör verletzt worden, insbesondere da kein "Parteiverhör" durchgeführt worden sei, in welchem die eingereichten und bisher unbeachtete Dokumente hätten behandelt werden können (KG act. 1). Auf derart pauschal erhobene Vorwürfe könnte nicht weiter eingegangen werden. Der Beschwerdeführer hätte im Beschwerdeverfahren klar darlegen müssen, welche rechtzeitig und formgültig erhobenen und bestrittenen, rechtlich relevanten Behauptungen von der Vorinstanz ohne Durchführung eines Beweisverfahrens als

bewiesen erachtet worden seien und diese Ausführungen mit Aktenhinweisen belegen sollen. Angesichts der differenzierten Erwägungen der Vorinstanzen, welche teilweise davon ausgehen, der Nachweis verschiedener Behauptungen könne offen bleiben (KG act. 2, S. 3 und OG act. 12, S. 7) bzw. der Beschwerdeführer habe verschiedene Behauptungen der Gegenpartei nicht bestritten (z.B. Kabelinstallationen: OG act. 12, S. 7), wäre vom Beschwerdeführer klar darzulegen gewesen, gegen welche konkreten tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz er sich wenden wollte.

d) Soweit der Beschwerdeführer beanstandete, es sei kein "Parteiverhör" durchgeführt worden, wird einerseits nicht klar, ob er eine Verletzung des Anspruches auf das rechtliche Gehör während dem Hauptverfahren rügen wollte (was allerdings angesichts der Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung mit je zwei Vorträgen der Parteien und der Möglichkeit des Beschwerdeführers zur Stellungnahme zu Dupliknoten nicht ersichtlich scheint: vgl. MG Prot. S. 2 - 9), oder ob er das Unterlassen der Durchführung einer persönlichen Befragung im Rahmen eines Beweisverfahrens beanstanden wollte. Diesbezüglich ist wiederum darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer darzulegen und mit Aktenzitate zu belegen gehabt hätte, zu welchen Behauptungen er form- und fristgerecht eine persönliche Befragung beantragt hatte, welche in Verletzung der Bestimmungen über das Beweisverfahren nicht durchgeführt worden wäre.

e) Schliesslich ist nicht ersichtlich, welchen Nichtigkeitsgrund der Beschwerdeführer mit einem Hinweis auf ein angebliches weiteres Gerichtsverfahren gegen den Hausverwalter und dessen Anwalt wegen Verleumdung (KG act. 1, S. 2) geltend machen wollte. Darauf wäre nicht weiter einzugehen.

f) Auf die derart unbestimmt gebliebenen Vorbringen des Beschwerdeführers in seiner Beschwerdeschrift könnte daher aus den obgenannten Gründen gesamthaft nicht eingetreten werden.

6.3 Im vorliegenden Fall sind damit die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer, welcher mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde voraussichtlich unterlegen wäre, aufzuerlegen.

6.4 Der Beschwerdeführer hat mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde auch das Gesuch um Kostenbefreiung gestützt auf § 85 ZPO gestellt (KG act. 1, Antrag 4, S. 3). Dieses Begehren ist als sinngemässes Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Sinne von § 84 ff. ZPO anzusehen. Die Rechtswohltat der unentgeltlichen Prozessführung kann gemäss § 84 ZPO Parteien gewährt werden, welchen die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Gerichtskosten zu bezahlen, wenn der Prozess nicht aussichtslos erscheint. Vorliegend ist jedoch von der Aussichtslosigkeit des Beschwerdeverfahrens auszugehen, welche sich – um Wiederholungen zu vermeiden, wird darauf verwiesen – insbesondere in den vorstehenden Erwägungen gezeigt hat. Es kann daher offen bleiben, ob der Beschwerdeführer mittellos im Sinne von § 84 ZPO ist, und das Gesuch für das Beschwerdeverfahren ist abzuweisen.

6.5 Gemäss § 68 ZPO hat in der Regel jede Partei die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden. Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin hat mit seiner Eingabe vom 26. Oktober 2004 betreffend Stellungnahme zur allfälligen Gegenstandslosigkeit und den entsprechenden Kosten- und Entschädigungsfolgen zudem geltend gemacht, es erscheine gerechtfertigt, der Beschwerdegegnerin für ihre vom Beschwerdeführer verursachten Aufwendungen im Berufungs- wie im Beschwerdeverfahren (Information der Klientschaft über die Rechtsmittel, deren Bedeutung und Aussichten etc.) eine pauschale Entschädigung von Fr. 300.-- zuzusprechen (KG act. 16). Entgegen der Annahme der Beschwerdegegnerin kann ihr (nachträglich) im Beschwerdeverfahren keine Entschädigung für das vorgehende Berufungsverfahren zugesprochen werden. Jedoch scheint ausgewiesen, dass die Beschwerdegegnerin im vorliegenden Beschwerdeverfahren einige entschädigungspflichtige Aufwendungen hatte, obwohl keine Beschwerdeantwort eingeholt worden war. Zum Einen machte sie mit ihrer Eingabe vom 14. Oktober 2004 (KG act. 8 und 9) auf die Tatsache des Auszuges des Beschwerdeführers aufmerksam und warf die Frage der Gegenstandslosigkeit auf, zum Anderen wurde sie mit Verfügung vom 20. Oktober 2004 zur Stellungnahme zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen aufgefordert, welcher sie mit Eingabe vom 26. Oktober

2004 nachkam (KG act. 16). Ihr ist daher eine ihren Aufwendungen im Beschwerdeverfahren angemessene Entschädigung von Fr. 200.-- zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf das (sinngemässe) Sistierungsgesuch des Beschwerdeführers wird nicht eingetreten.
2. Die Beschwerde wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
4. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 218.-- Schreibgebühren,
Fr. 171.-- Zustellgebühren und Porti.
5. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
6. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 200.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie an das Mietgericht des Bezirkes S., je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: