



Kass.-Nr. AA060157/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Robert Karrer, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der Sekretär Lukas Künzli

Zirkulationsbeschluss vom 22. November 2006

in Sachen

A.,

Beklagte, Rekurrentin und Beschwerdeführerin

gegen

Erbengemeinschaft Z.,

a) B.,

b) C.,

c) D.,

d) E.,

e) F.,

f) G.,

Kläger, Rekursgegner und Beschwerdegegner

b) bis f) vertreten durch a) B.,

dieser vertreten durch [...]

betreffend **Ausweisung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. September 2006 (NL060105/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Anlässlich der Verhandlung vom 19. September 2005 vor der Schlichtungsbehörde Zürich schlossen die Parteien folgenden Vergleich:

- "1. Die Parteien stellen übereinstimmend fest, dass die Kündigung des Mietverhältnisses per 30. September 2005 gültig ist.
2. Die Beklagten erstrecken der Klägerin das Mietverhältnis bis und mit 31. März 2006. Die Klägerin verpflichtet sich, die Mietlokalitäten auf diesen Zeitpunkt endgültig zu verlassen. Eine weitere Erstreckung ist ausgeschlossen.
3. Die Klägerin ist berechtigt, vor dem in Ziffer 2 festgelegten Zeitpunkt auf jedes Monatsende, erstmals Ende Oktober 2005, auszuziehen, wenn sie dies den Beklagten mindestens einen Monat zum Voraus mit eingeschriebenem Brief mitteilt. Die Zinszahlungspflicht besteht diesfalls bis zum Zeitpunkt des Auszuges."

Mit Beschluss gleichen Datums schrieb die Schlichtungsbehörde das Verfahren als durch Vergleich erledigt ab (vgl. OG act. 10/2/4). Dieser Entscheid erwuchs in Rechtskraft.

2. Mit Eingabe vom 21. April 2006 ersuchten die Kläger um Erteilung eines Befehls im Sinne von § 222 Ziff. 1 ZPO, da die Klägerin die Wohnung bis zum vereinbarten Zeitpunkt nicht verlassen hatte. Anlässlich der einzelrichterlichen Verhandlung vom 26. Juli 2006 schlossen die Parteien erneut einen Vergleich mit folgendem Inhalt:

- "1. Die klagenden Parteien ändern ihr Ausweisungsbegehren dahingehend ab, dass sie die Ausweisung per 30. September 2006 verlangen.
2. Die beklagte Partei anerkennt das im Sinne von Ziffer 1 abgeänderte Begehren.
3. Die beklagte Partei übernimmt die Kosten des vorliegenden Verfahrens und vom gegenseitigen Verzicht der Parteien auf Prozessentschädigung wird Vormerk genommen."

Gestützt darauf befahl der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirks Zürich mit Verfügung vom 26. Juli 2006 der Beklagten, die 4-Zimmerwohnung im Parterre sowie den Bastelraum im 1. Untergeschoss an der Z.-str. in [...] Zürich per 30. September 2006 zu räumen und den klagenden Parteien ordnungsgemäss zu übergeben unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (vgl. OG act. 2).

3. a) Diese Verfügung konnte der Beklagten erst am 29. August 2006 zugestellt werden, da zwei vorangegangene Zustellversuche mangels Abholung der Sendung gescheitert waren (vgl. KG act. 2 S. 2 unten). Mit Eingabe vom 7. September 2006 legte die Beklagte Rekurs gegen die einzelrichterliche Verfügung vom 26. Juli 2006 ein.

b) Die II. Zivilkammer des Obergerichts erachtete den Rekurs als verspätet und fällte mit Beschluss vom 19. September 2006 einen Nichteintretensentscheid. Im gleichen Entscheid trat sie auf ein sinngemäss verstandenes Fristwiederherstellungsgesuch (wegen Nichtwahrung der 10-tägigen Frist nach § 199 Abs. 3 GVG) ebenfalls nicht ein und erwog im Sinne einer selbstständig tragenden Alternativbegründung, dass der Rekurs gleichwohl abzuweisen gewesen wäre (vgl. KG act. 2 S. 3-5).

4. a) Die Beklagte (nachfolgend Beschwerdeführerin) nahm den Rekursentscheid am 22. September 2006 in Empfang (vgl. OG act. 12/1) und reichte dagegen mit an das Kassationsgericht des Kantons Zürich adressierter und in französischer Sprache verfasster Eingabe vom 25. September 2006 (Poststempel) sinngemäss kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ein (vgl. KG act. 1 samt Beilagen act. 3/1-3).

b) Der Vizepräsident des Kassationsgerichts erwog hierauf in prozessualer Hinsicht mit Verfügung vom 26. September 2006 das Folgende: Die im Recht liegende Eingabe vom 25. September 2006 habe nach einer summarischen Prüfung kaum ausreichende Erfolgchancen. Es stehe der Beschwerdeführerin indessen frei, die Beschwerde innert laufender Begründungsfrist (bis 23. Oktober 2006) zu verbessern und/oder zu ergänzen. Somit erscheine es, insbesondere mit Blick auf den befohlenen Auszugstermin vom 30. September 2006, als angezeigt, der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zu verleihen. Das Kassationsgericht behalte sich aber vor, auf seinen Entscheid betreffend Gewährung der aufschiebenden Wirkung nach Ablauf der Begründungsfrist sowie nach Einsicht in die beigezogenen vorinstanzlichen Akten zurück zu kommen. Über das gestellte Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters für das vorliegende Beschwerdeverfahren werde ebenfalls nach Ablauf der Begründungsfrist sowie

nach Einsicht in die vorinstanzlichen Akten entschieden. Die Beschwerdeführerin habe sich schliesslich der deutschen Sprache zu bedienen bzw. müsse sich wie bereits im Rekursverfahren geschehen grundsätzlich selber um eine Übersetzungshilfe bemühen (vgl. KG act. 5).

c) Die Beschwerdeführerin reichte mit Eingabe vom 20. Oktober 2006 (Poststempel: 24. Oktober 2006) eine Ergänzung der Beschwerdebegründung zu den Akten (vgl. KG act. 9 samt Beilagen act. 10/1-11).

5. Wie erwähnt beantragte die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 25. September 2006 für das vorliegende Beschwerdeverfahren die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (vgl. KG act. 1 S. 2 unten "S.V.P. donner moi un Avocat."). Über dieses Gesuch ist vorab zu entscheiden.

a) Das Gesuch ist an drei Voraussetzungen geknüpft: Mittellosigkeit der gesuchstellenden Partei, Nichtaussichtslosigkeit des angestrebten Rechtsmittelprozesses und sachliche Notwendigkeit einer Rechtsverteidigung (vgl. § 84 Abs. 1 und § 87 ZPO sowie Art. 29 Abs. 3 BV).

b) Zu prüfen ist, ob die Nichtigkeitsbeschwerde genügend Aussichten auf Erfolg hat. *Aussichtslosigkeit* liegt nach gefestigter Lehre und Praxis bei solchen Rechtsbegehren bzw. Rechtsmitteln vor, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum mehr als ernsthaft bezeichnet werden können. Dabei wird massgeblich auf die hypothetische Frage abgestellt, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zum betreffenden Prozess bzw. zur Erhebung des betreffenden Rechtsmittels entschliessen oder davon absehen würde. In diesem Sinne dürfen Rechtsbegehren bzw. Rechtsmittel dann nicht als aussichtslos betrachtet werden, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder wenn jene nur wenig geringer sind als diese. Ob genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs (BGE 125 II 275; zum Ganzen auch: Kass.-Nr. 2001/108 Z, Beschluss vom 20. Mai 2001, in Sachen W., E. 2/b, m.w.H.

auf Rechtsprechung und Literatur; vgl. seither auch Kass.-Nr. AA040075, Beschluss vom 15. September 2004, in Sachen P., E. II/2/b).

c)aa) Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Rekursentscheid, die zwei Zustellversuche der Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirks Zürich vom 26. Juli 2006 an die Beschwerdeführerin seien mangels Abholung der Sendung gescheitert. Sie habe den Erhalt der Verfügung erst am 29. August 2006 bescheinigt. Die zweite erfolglose Zustellung sei an den Einzelrichter am 24. August 2006 retourniert worden. Der Fristenlauf für die zehntägige Rekursfrist habe folglich am 25. August 2006 zu laufen begonnen und am 4. September 2006 geendet. Die am 7. September 2006 erfolgte Einreichung der Rekurschrift sei somit verspätet (vgl. KG act. 2 S. 3, E. 4).

Weiter erwog die Rekursinstanz, die Beschwerdeführerin mache im Rekursverfahren geltend, das Gericht habe gewusst, dass sie vom 15. bis 26. August 2006 hospitalisiert sei und dass sie in dieser Zeit den Gerichtsentscheid nicht abholen könne. Der Spital habe dem Gericht ein ärztliches Attest geschickt. Nach der Gerichtsverhandlung (26. Juli 2006) sei sie zu einer Freundin gegangen, um sich dort vor ihrer Hospitalisation noch etwas auszuruhen (30. Juli bis 12. August). Sinngemäss stelle die Beschwerdeführerin somit ein Gesuch um Wiederherstellung der Rekursfrist.

Wörtlich führte die Vorinstanz sodann was folgt an (KG act. 2 S. 3-4, E. 5/1): "Die Wiederherstellung von Fristen richtet sich nach § 199f. GVG. Gemäss § 199 Abs. 3 GVG ist ein Wiederherstellungsgesuch spätestens zehn Tage nach dem Wegfall des Hindernisses zu stellen. Stellt man auf die von der [Beschwerdeführerin] angegebenen Hospitalisationszeit (15. - 26. August 2006) ab, so wäre das mit Rekurschrift vom 7. September 2006 gestellte Gesuch um Wiederherstellung ohnehin verspätet, dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass sie innert der Rekursfrist (25. August bis 4. September 2006) überhaupt wissen konnte, dass die vorinstanzliche Verfügung bereits ergangen ist. Die Rekursfrist lief nämlich - unabhängig von der Hospitalisation der [Beschwerdeführerin] bereits ab dem 25. August 2006. Spätestens am 29. August 2006 - und damit noch innert laufender Rekursfrist - nahm sie von der vorinstanzlichen Verfügung Kenntnis, bestä-

tigte sie doch den Empfang derselben an jenem Tag (act. 8/17). Die [Beschwerdeführerin] hatte demnach die Möglichkeit, nach Wegfall des Hindernisses (ab 27. August 2006) bis zum Ablauf der Rekursfrist (bis 4. September 2006) das entsprechende Wiederherstellungsgesuch zu stellen. Dies hat sie jedoch nicht bzw. eben zusammen mit dem Rekurs am 7. September 2006 verspätet getan. Demnach ist sowohl auf das Wiederherstellungsgesuch bzw. den Rekurs der [Beschwerdeführerin] nicht einzutreten."

bb) Wie erwähnt wies die Vorinstanz den Rekurs im Sinne einer Eventualbegründung ab. Dies mit folgender Begründung (vgl. KG act. 2 S. 3-4, E. 5/2): "Im Rekursverfahren trägt die [Beschwerdeführerin] nämlich Willensmängel vor, die zur Vereinbarung vor Vorinstanz geführt hätten. Sie beruft sich sinngemäss auf Furchterregung/Drohung (Art. 29f. OR). So macht sie geltend, der Richter habe ihr gesagt, wenn sie sein Angebot nicht akzeptiere, sei sie gezwungen, die Wohnung zusammen mit ihren Kindern bereits innerhalb von 10 Tagen zu verlassen. Entgegen der Auffassung der [Beschwerdeführerin] liegen keine Willensmängel vor. Von einer Nötigung oder Drohung kann keine Rede sein. Dem Protokoll der vorinstanzlichen Verhandlung kann entnommen werden, dass der Einzelrichter die Rechtslage zweimal erläuterte. Der allenfalls dabei erfolgte Hinweis des Einzelrichters, dass die [Beschwerdeführerin] die Wohnung unverzüglich oder innert zehn Tagen zu verlassen habe, erfolgte nicht widerrechtlich. Mit dem Argument, sie habe dem Richter immer wieder gesagt, dass sie mit dem Vorschlag nicht einverstanden sei, stösst sie ins Leere. Die Verhandlung wurde unter Beizug einer Französisch-Dolmetscherin durchgeführt. Dem Protokoll lässt sich der genaue Wortlaut des Vergleichs sowie die infidierte Feststellung entnehmen: "(so verlesen, übersetzt und von beiden Parteien bestätigt)" (Prot. I. = act. 12b S. 3). Auch wenn sich die [Beschwerdeführerin] unter Druck gefühlt haben mag, so wäre es ihr freigestanden, die Vereinbarung nicht zu genehmigen. Ganz abgesehen davon war ihr die sich abzeichnende Situation, aus der Wohnung ausziehen zu müssen, nicht neu. Der [Beschwerdeführerin] wurde nämlich schon am 19. April 2005 per 30. September 2005 gekündigt. Das Mietverhältnis wurde in der Folge bis zum 31. März 2006 erstreckt. Da sie die Wohnung bis zu diesem Zeitpunkt nicht geräumt hatte, sahen sich die [Beschwerdegegner] veranlasst, das Ausweisungs-

verfahren einzuleiten. Auch unter diesem Blickwinkel bliebe es beim vorinstanzlichen Vergleich, auf dessen Bestand im übrigen auch die Gegenpartei vertrauen durfte und musste. Der Rekurs wäre unter diesem Gesichtspunkt gleichwohl abzuweisen."

d) Führt man sich insbesondere die eben zitierte Eventualbegründung vor Augen (lit. c/bb), kann nicht von genügenden Erfolgsaussichten im vorliegenden Beschwerdeverfahren ausgegangen werden. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Abweisung des Rekurses an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 leiden könnte. Dies umso weniger, als die vorliegende Eingabe des Beschwerdeführerin vom 25. September 2006 (KG act. 1) keine argumentative Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Entscheidungsgründen aufweist, welche deren Richtigkeit in Frage zu stellen vermöchten (vgl. dazu nachstehend E. 6). Die ergänzende Eingabe mit Datum vom 20. Oktober 2006 (KG act. 9) hat die Beschwerdeführerin am 24. Oktober 2006 um 13.13 Uhr der Post übergeben (vgl. Originalkuvert KG act. 11), weshalb sie als verspätet gilt und vorliegend keine Berücksichtigung mehr finden kann. Wie erwähnt lief die Frist zur Einreichung der Beschwerdebegründung am 23. Oktober 2006 ab, worauf die Beschwerdeführerin ausdrücklich hingewiesen worden war. Auch gestützt auf eine weitergehende Durchsicht der Akten ergeben sich keine Argumente, mit welchen der angefochtene Rekursentscheid bzw. die den Rekurs abweisende Begründung (mit hinreichender Wahrscheinlichkeit) umgestossen werden könnte. Sind aufgrund einer Vorabbeurteilung aber insofern keine Nichtigkeitsgründe offenkundig, kann nicht von genügenden Erfolgsaussichten ausgegangen werden, und zwar losgelöst davon, ob allenfalls der Nichteintretensentscheid bzw. dessen Begründung (lit. c/aa) an einem Nichtigkeitsgrund leidet. Jedenfalls erscheinen die Gewinnaussichten einer solchen Nichtigkeitsbeschwerde beträchtlich geringer als die Verlustgefahren, womit sie als aussichtslos zu gelten hat. Demzufolge kann der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren kein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt werden. Das entsprechende Gesuch ist somit abzuweisen, selbst wenn die beiden weiteren Voraussetzungen (Mittellosigkeit und sachliche Notwendigkeit einer Verbeiständung) erfüllt sein sollten (vgl. Kass.-Nr. 2001/108 Z, a.a.O., E. 2/c; vgl. auch Kass.-Nr. AA040075, a.a.O.). Sollte die Beschwerdeführerin gleichzeitig um

Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ersucht haben, wäre auch dieses Gesuch mangels Erfolgsaussichten abzuweisen, wie angefügt werden kann.

6. a) Somit ist über die von Beschwerdeführerin (persönlich) verfasste Beschwerdeschrift (KG act. 1) zu befinden. Dass auf die ergänzende Eingabe vom 20. Oktober 2006 (KG act. 9 samt Beilagen act. 10/1-11) mangels Fristwahrung nicht eingetreten werden kann, wurde bereits gesagt.

b) Das Kassationsgericht verzichtet in Anwendung von § 289 ZPO auf Einholung einer Vernehmlassung der Vorinstanz und einer Beschwerdeantwort der Beschwerdegegner.

c) Im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde kann geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe zum Nachteil der beschwerdeführenden Partei (1) auf der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, (2) auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme und (3) auf einer Verletzung klaren materiellen Rechts (vgl. § 281 Ziff. 1 bis 3 ZPO). Neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, sind im Beschwerdeverfahren nicht zulässig (Novenverbot). Das Vorliegen eines allenfalls vorhandenen Nichtigkeitsgrundes muss in der Beschwerdeschrift sodann nachgewiesen werden (vgl. § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO). Dies bedingt, dass sich die Beschwerde führende Partei konkret mit dem angefochtenen Entscheid bzw. den darin enthaltenen Erwägungen auseinandersetzt und aufzeigt, inwiefern diese am geltend gemachten Nichtigkeitsgrund leiden (Rügeprinzip). Auch bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien gilt, dass wenigstens ansatzweise eine Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen im angefochtenen Entscheid erfolgen muss. In der Beschwerdebegründung sind auch die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Der Kassationsinstanz ist es verwehrt, nach den Grundlagen des geltend gemachten (oder gar eines anderen) Nichtigkeitsgrundes zu suchen (vgl. § 290 ZPO; VON RECHENBERG, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986,

S. 16ff.; SPÜHLER/VOCK, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56f. und 72f.; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4f. zu § 288 ZPO mit Hinweisen). Die Nicht-Erfüllung der Begründungsanforderungen hat zur Folge, dass auf die entsprechenden Beschwerdepunkte nicht eingetreten werden kann.

d) Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Eingabe vom 25. September 2006 ihren Unmut über den bisherigen Verfahrensgang zum Ausdruck und weist auf ihre schwierige persönliche Situation hin. Konkret hält sie mit Nachdruck (sinngemäss) fest, dass sie sich an der einzelrichterlichen Verhandlung vom 26. Juli 2006 mit dem vorgeschlagenen Vergleich nicht einverstanden erklärt habe (vgl. KG act. 1 S. 2 unten), und weist (sinngemäss) darauf hin, dass sie wegen ihres Spitalaufenthaltes die Rekursfrist in entschuldbarer Weise verpasst habe. Mit diesen Vorbringen wird indessen die Richtigkeit des angefochtenen Entscheids nicht in Frage gestellt. Weitergehende Vorbringen, welche einen hinreichenden Bezug zu den Erwägungen im angefochtenen Entscheid erkennen lassen, können der Eingabe nicht entnommen werden. Auf die Beschwerde kann daher mangels Auseinandersetzung mit den entscheidwesentlichen Erwägungen nicht eingetreten werden.

7. Die unterliegende Beschwerdeführerin hat - nach Abweisung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. vorstehend E. 5) - ausgangsgemäss die Kosten des Kassationsverfahrens zu tragen (vgl. § 64 Abs. 2 ZPO). Die Zusprechung einer Prozessentschädigung an die Gegenpartei fällt ausser Betracht.

Das Gericht beschliesst:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters für das Kassationsverfahren wird abgewiesen.
2. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
3. Dementsprechend wird der Beschwerdeführerin befohlen, die 4-Zimmerwohnung im Parterre sowie den Bastelraum im 1. Untergeschoss an der Z.-strasse in [...] Zürich unverzüglich zu räumen und den Beschwerdegegnern ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
Das Stadtammannamt Zürich [...] wird angewiesen, diesen Befehl nach Eintritt der Rechtskraft auf Verlangen der Beschwerdegegner zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind von den Beschwerdegegnern vorzuschliessen. Sie sind ihnen aber, einschliesslich der Rechtskraftbescheinigungskosten, von der Beschwerdeführerin zu ersetzen.
4. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 100.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 242.-- Schreibgebühren,
Fr. 76.-- Zustellgebühren und Porti.
5. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
6. Für das Kassationsverfahren wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und den Einzelrichter im summarischen Verfahren (Audienz) des Bezirkes Zürich (EU060425), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: