



Kass.-Nr. AA090059/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 26. Mai 2009

in Sachen

X.,

Beklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdeführerin
vertreten durch

gegen

Z.,

Kläger, Rekurrent und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwältin

betreffend

Ausweisung / Kostenbeschwerde

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. März 2009 (NL080203/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Zwischen Z. (Beschwerdegegner) und X. (Beschwerdeführerin) bestand während elf Jahren ein Konkubinatsverhältnis. Sie bekamen drei gemeinsame Kinder, mit denen sie von März 2002 bis Februar 2007 zusammen in einer Liegenschaft in A. lebten, als deren Eigentümer der Beschwerdegegner im Grundbuch eingetragen ist. Nach dem Auszug des Beschwerdegegners blieb die Beschwerdeführerin mit den Kindern und ihrem neuen Lebensgefährten B. (Vertreter der Beschwerdeführerin) dort wohnen. Mit Eingabe vom 9. Oktober 2008 beantragte der Beschwerdegegner der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes _____, der Beschwerdeführerin sei zu befehlen, die Liegenschaft zu verlassen. Die Einzelrichterin trat mit Verfügung vom 7. November 2008 auf dieses Begehren nicht ein. Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdegegner einen Rekurs an das Obergericht. Die Beschwerdeführerin beantragte neben dem Antrag auf Abweisung des Rekurses die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Rekursverfahren (KG act. 2 S. 2 f.).

2. Mit Beschluss vom 11. März 2009 wies das Obergericht des Kantons Zürich (II. Zivilkammer) das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und befahl ihr, die Liegenschaft sofort zu räumen und dem Beschwerdegegner ordnungsgemäss zu übergeben. Es auferlegte die Kosten beider Vorinstanzen von je Fr. 4'000.-- der Beschwerdeführerin und verpflichtete sie, dem Beschwerdegegner für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'000.-- zu bezahlen (KG act. 2 S. 9 f.). Gegen diesen Beschluss reichte B. namens der Beschwerdeführerin und der drei Kinder C., D. und E. eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragt er, Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Beschlusses sei aufzuheben, "den beklagten Kindern" und der Beschwerdeführerin sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, und die Prozessentschädigung zugunsten des Beschwerdegegners sei auf Fr. 1.-- herabzusetzen. Dabei weist der Vertreter der Beschwerdeführerin darauf hin, dass diese die Liegenschaft wie von der Vorinstanz angeordnet dem

Beschwerdegegner übergeben habe und dort ausgezogen sei. Deshalb erübrige sich ein Rechtsmittel gegen alle Anordnungen des vorinstanzlichen Beschlusses (KG act. 1 S. 2).

3. Der Vorinstanz und den Parteien wurde der Eingang der Beschwerde mit Schreiben vom 16. April 2009 angezeigt (KG act. 7). Da sich die Beschwerde sofort als unbegründet erweist (vgl. die nachfolgenden Erwägungen), kann von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, der Vorinstanz Gelegenheit zur Vernehmlassung und dem Beschwerdegegner zur Beschwerdeantwort zu geben (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 2 zu § 289).

4. Eine Nichtigkeitsbeschwerde kann nur erhoben werden, wenn geltend gemacht wird, der angefochtene Entscheid beruhe auf einem der in § 281 Ziff. 1 - 3 ZPO aufgeführten Nichtigkeitsgründe (d.h. auf der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme oder auf einer Verletzung klaren materiellen Rechts) (§ 281 ZPO). 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,

a.a.O., 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.).

5. Die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde wird diesen formellen Anforderungen nicht gerecht. Sie setzt sich in keiner Weise mit den Erwägungen des angefochtenen Beschlusses auseinander und macht keinen Nichtigkeitsgrund geltend, geschweige denn weist sie einen Nichtigkeitsgrund nach. Mit dem Hinweis, dass die Vorinstanz sich die Sache einfach gemacht habe, mit einer Verweisung auf den erstinstanzlichen Entscheid und mit einer blossen Nennung von Gesetzes- und Verfassungsartikeln kann kein Nichtigkeitsgrund nachgewiesen werden. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist kein sogenannt ordentliches, umfassendes Rechtsmittel, sondern ein ausserordentliches. Das Kassationsgericht kann den angefochtenen Beschluss im Gegensatz zur Auffassung der Beschwerdeführerin nicht von Amtes wegen prüfen, sondern es kann nur prüfen, ob der angefochtene Entscheid auf substantiiert geltend gemachten Nichtigkeitsgründen beruht. Da die Beschwerdeführerin gar keine solchen geltend machte, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

6. Der Vertreter der Beschwerdeführerin erhob die Beschwerde auch im Namen der drei Kinder C., D. und E. und beantragt, es sei (auch) diesen Kindern die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Diese Kinder waren aber nicht Parteien des vorinstanzlichen Verfahrens und sind durch die angefochtenen Kostenfolgen des vorinstanzlichen Beschlusses nicht belastet. Sie können deshalb auch nicht Parteien des Beschwerdeverfahrens sein. Auch insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

7. Die Beschwerdeführerin stellte das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für sich und die drei Kinder auch bezüglich des Beschwerdeverfahrens. Bezüglich der Kinder ist darauf nicht einzutreten, da sie nicht Parteien des Beschwerdeverfahrens sind. Bezüglich der Beschwerdeführerin ist das Gesuch abzuweisen, weil die Beschwerde von Anfang an aussichtslos war, indem sie keinen Nichtigkeitsgrund geltend machte. Die unentgeltliche Rechtspflege wird

aber nur bewilligt, wenn der Prozess nicht als aussichtslos erscheint (§ 84 Abs. 1 ZPO, § 87 ZPO mit Verweisung auf die Voraussetzungen von § 84 ZPO).

8. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Angefochten hat sie lediglich die vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen (und/bzw. in diesem Zusammenhang die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege). Für das Beschwerdeverfahren ist deshalb von einem Streitwert von Fr. 12'000.-- auszugehen. Gemäss § 4 Abs. 1 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren (GGebV) ergibt dies eine Gerichtsgebühr von Fr. 2'030.--. Beim vorliegenden Nichteintreten rechtfertigt sich in (analoger) Anwendung von § 10 Abs. 1 GGebV die Reduktion auf die Hälfte. Dem Beschwerdegegner ist mangels erheblicher Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung für dieses Verfahren zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf das namens der drei Kinder C., D. und E. gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
4. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 1'000.--.
5. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
6. Für das Beschwerdeverfahren wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
7. 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 subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) allenfalls die ordentliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig. Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Der Streitwert beträgt Fr. 12'000.--.
Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und an die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes _____, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: