



Kass.-Nr. AA100041

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb,
die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter
Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie die juristische
Sekretärin Michaela Sauer

Zirkulationsbeschluss vom 7. März 2011

in Sachen

A.

...

Kläger, Rekurrent und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

B.-Verein (aufgelöst).

...

Beklagter, Rekursgegner und Beschwerdegegner
vertreten durch Fürsprecher

betreffend

Anfechtung Kündigung / Mietzinshinterlegung / Herabsetzung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. Februar 2010 (NM090012/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. a) Zwischen den Parteien sind seit Mitte des Jahres 2006 diverse (teilweise vereinigte und auch bereits erledigte) mietrechtliche Verfahren betreffend zwei Zimmer an der _____strasse in _____, hängig (vgl. dazu die Akten des Mietgerichts _____ mit den Geschäftsnummern MB070002 und MD070006).

b) Mit Beschluss vom 30. September 2009 betreffend das Verfahren MB070002 kam das Mietgericht _____ zum Schluss, dass der Beklagte, der B.-Verein, als Partei untergegangen sei und schrieb den Prozess zufolge Gegenstandslosigkeit ab (MG act. 49 = OG act. 2).

c) Gegen diesen Beschluss erhob der Kläger mit Eingabe vom 9. November 2009 Rekurs mit den Anträgen, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben und die Sache sei zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sodann sei die Rekursfrist, die am 26. Oktober 2009 abgelaufen war, wiederherzustellen (OG act. 1). Mit Präsidialverfügung vom 18. November 2009 wurde dem Beklagten eine 10-tägige Frist angesetzt, um zum Wiederherstellungsgesuch des Klägers Stellung zu nehmen (OG act. 10). Die Stellungnahme der beklagten Partei vom 3. Dezember 2009 mit dem Begehren, es sei das Gesuch des Klägers abzuweisen, ging am Folgetag bei der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich ein (OG act. 12). Sie wurde dem Kläger am 4. Februar 2010 gegen Empfangsschein (OG act. 15; datiert vom 8. Februar 2010) zur Kenntnis gebracht. Mit Beschluss vom 18. Februar 2010 wies die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (fortan Vorinstanz) das Fristwiederherstellungsgesuch ab und trat auf den Rekurs nicht ein (OG act. 16 = KG act. 2).

2. a) Gegen diesen dem Kläger (fortan Beschwerdeführer) am 1. März 2010 zugestellten (OG act. 17/1) obergerichtlichen Entscheid richtet sich die vorliegende, innert gebotener Frist (vgl. § 287 ZPO ZH) eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde vom 25. März 2010 (KG act. 1). Der Beschwerdeführer beantragt damit,

es sei der angefochtene Beschluss vollumfänglich aufzuheben, und die Sache sei zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Beklagten (fortan Beschwerdegegner). Sodann sei dem Beschwerdeführer für das Nichtigkeitsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihm ein unentgeltlicher Rechtsvertreter in der Person des unterzeichneten Rechtsanwaltes zu bestellen (KG act. 1 S. 2).

b) Mit Präsidialverfügung vom 26. März 2010 (KG act. 5) wurden die Akten beigezogen und der Beschwerde wurde antragsgemäss aufschiebende Wirkung verliehen. Eine Kautions war dem Beschwerdeführer nicht aufzuerlegen (§ 78 Ziff. 2 ZPO ZH i.V.m. § 53 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO ZH und Art. 274d Abs. 1 OR sowie § 75 Abs. 2 ZPO ZH). Die Vorinstanz sowie der Beschwerdegegner verzichteten ausdrücklich auf eine Vernehmlassung bzw. Stellungnahme zur Beschwerde (KG act. 7 und act. 10). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten in diesem Verfahren nicht.

II.

1. a) Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Für Verfahren, die bei deren Inkrafttreten bereits rechtshängig sind, gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz weiter. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 281 ZPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war.

b) Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach

dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV); vgl. dazu § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) vom 8. September 2010.

2. Gegen den angefochtenen Endentscheid ist die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig (§ 281 ZPO ZH). Ein Ausschlussgrund im Sinne von § 284 ZPO ZH liegt nicht vor.

3. Bevor im Einzelnen auf die in der Beschwerdeschrift erhobenen Rügen eingegangen wird, ist auf die besondere Natur des Beschwerdeverfahrens hinzuweisen. Dieses stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter (mit umfassender Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht der Rechtsmittelinstanz bezüglich des gesamten Prozessstoffes sowohl in rechtlicher wie auch tatsächlicher Hinsicht) dar. Zu prüfen ist vielmehr (allein), ob der mit der Beschwerde angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 - 3 ZPO ZH leidet. Dabei muss der Nichtigkeitskläger den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO ZH), wobei neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren (selbst bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 115 ZPO ZH) nicht zulässig sind (sog. Novenverbot; vgl. Frank/ Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4a zu § 288 [und N 7b zu § 115]); gemäss § 290 ZPO ZH werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft (sog. Rügeprinzip).

4. Um den ihm obliegenden Nachweis zu erbringen, hat sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid und den darin enthaltenen, den Entscheid tragenden Erwägungen auseinander zu setzen und hierbei darzulegen, inwiefern diese mit einem Mangel im Sinne von § 281 ZPO ZH behaftet seien. Die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen hierfür nicht. Ebenso wenig lässt sich ein Nichtigkeitsgrund

rechtsgenügend dartun, indem bloss die Richtigkeit der vorinstanzlichen Auffassung in Abrede gestellt (und dieser allenfalls die eigene, abweichende Ansicht entgegengestellt) wird. Vielmehr sind in der Beschwerdebegründung insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids genau zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. In diesem Sinne muss beispielsweise, wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher (präzis zu nennenden) Aktenstellen willkürlich sein sollen, wobei es hierfür insbesondere nicht ausreicht, tatsächliche Annahmen der Vorinstanz bloss zu bestreiten oder der vorinstanzlichen Beweiswürdigung einfach die eigene Meinung gegenüberzustellen. Es ist mithin nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten (oder gar eines anderen möglichen) Nichtigkeitsgrundes zu suchen (einlässlich zum Ganzen von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.; Spühler/ Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f. und S. 72 f.; s.a. Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288). Soweit die Beschwerde oder einzelne der darin erhobenen Rügen diese Begründungsanforderungen nicht erfüllen, kann auf die entsprechenden Vorbringen nicht eingetreten werden.

III.

1. a) Der Beschwerdeführer rügt als erstes, die Vorinstanz habe die richterliche Fragepflicht gemäss § 55 ZPO ZH und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO ZH verletzt.

Zur Begründung der Abweisung des Fristwiederherstellungsgesuches sei die Vorinstanz zum Nachteil des Beschwerdeführers von der Unvollständigkeit und Unklarheit der eingereichten Arztzeugnisse in Bezug auf die Art und Schwere der Krankheit und die daraus zu ziehenden Schlüsse auf die Handlungsfähigkeit ausgegangen. Ein unklares, unvollständiges oder unbestimmtes ärztliches Zeug-

nis löse aber – unabhängig davon, ob das Verfahren der Verhandlungs- oder Offizialmaxime unterstehe – wie eine sonstige unklare, unvollständige oder unbestimmte Parteibehauptung die richterliche Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO aus. Die Vorinstanz genüge der richterlichen Fragepflicht auch nicht, da sie dem Beschwerdeführer die Eingabe des Beschwerdegegners vom 3. Dezember 2009 kommentarlos zur Kenntnis gebracht habe. Sie wäre gehalten gewesen, den Beschwerdeführer konkret darauf hinzuweisen, dass und inwiefern die eingereichten Arztzeugnisse unklar, unvollständig und/oder unbestimmt seien (KG act. 1 Ziff. 2).

b) Bei der richterlichen Fragepflicht handelt es sich um einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz, der grundsätzlich nach § 281 Ziff. 1 ZPO ZH mit Nichtigkeitsbeschwerde gerügt werden kann (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 14 zu § 55). In mietrechtlichen Fällen geht die kantonale Fragepflicht in der Regel in der bundesrechtlichen Untersuchungsmaxime gemäss Art. 274d Abs. 3 OR auf, da die kantonale Vorschrift inhaltlich nicht weiterreicht. Vorliegend ist die Rüge jedoch zulässig: Die kantonale Instanz nimmt eine Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs (bzw. hier: der richterlichen Fragepflicht) dennoch anhand, soweit die Verletzung kantonaler Prozessvorschriften behauptet wird (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 13b zu § 285 und N 9 f. zu § 56) bzw. wenn die Verweigerung des rechtlichen Gehörs (bzw. auch hier nochmals: der richterlichen Fragepflicht) in der Verletzung einer kantonalen Verfahrensvorschrift gefunden wird (ZR 38 Nr. 137, S. 332). Das ist in concreto der Fall, geht es doch letztendlich um die richtige Anwendung von § 199 GVG – mithin einer kantonalen Verfahrensvorschrift, die dem Beschwerdeführer Rechte im Verfahren einräumt – was vom Bundesgericht nicht überprüft werden kann.

c) Die richterliche Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO ZH wird erst ausgelöst, wenn das Arztzeugnis als Parteivorbringen unklar oder unvollständig bleibt (ZR 88 Nr. 46). Die beiden der Vorinstanz eingereichten Arztzeugnisse sind jedoch insofern klar, als sie dem Beschwerdeführer vom 26. Oktober bis 4. November 2009 eine ganztägige und damit sinngemäss 100%-ige Arbeitsunfähigkeit über zehn Tage hinweg attestieren. Die Vorinstanz hielt diesbezüglich aber fest, dass die Zeugnisse keinerlei Angaben zur Art der Erkrankung von Rechtsan-

walt X. enthielten. Ärztliche Behandlung und Arbeitsunfähigkeit bedeuteten indes nicht von vornherein gänzliche Handlungsunfähigkeit. Allein mit diesen Bescheinigungen sei somit nicht genügend nachgewiesen, dass und weshalb er daran gehindert gewesen sei, nicht zumindest die Rekurserklärung zu verfassen und dem Gericht fristgerecht einzureichen, verbunden mit einem Gesuch um Erstreckung der Frist für die Stellung der Anträge und zur Begründung (KG act. 2 S. 5). Die Vorinstanz hielt somit die Vorbringen des Beschwerdeführers nicht für unklar, unbestimmt oder unvollständig; vielmehr kam sie zum Schluss, dass sich den ärztlichen Zeugnissen gar nicht die Behauptung bzw. ein Beleg dafür entnehmen lasse, dass der Beschwerdeführer medizinisch nicht fähig gewesen sei, die Rekurserklärung einzureichen. Die Vorinstanz stellte mithin nicht auf eine unvollständige Behauptung ab, sondern kam zum Schluss, dass eine entsprechende Behauptung gänzlich fehlte. Fehlende Behauptungen lösen indes keine richterliche Fragepflicht aus. Die Rüge ist daher unbegründet.

Damit durfte die Vorinstanz in rechtlicher Würdigung der in den vom Beschwerdeführer eingereichten Arztzeugnissen festgehaltenen medizinischen Diagnose feststellen, dass die Partei fähig gewesen wäre, die von ihr geforderte Prozesshandlung vorzunehmen.

2. a) Sodann macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör nach § 56 Abs. 1 ZPO ZH und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt. Dies, indem sie ihm nicht wenigstens zehn Tage Frist eingeräumt habe, um auf die Eingabe des Beschwerdegegners vom 3. Dezember 2009 zu reagieren. Der Beschwerdeführer sei erst mit der Zustellung dieser Eingabe darüber in Kenntnis gesetzt worden, dass der Beschwerdegegnern in die Fristwiederherstellung nicht einwillige und dass die Vorinstanz die materiellen Voraussetzungen für die Fristwiederherstellung nach § 199 GVG würde prüfen müssen. Die Vorinstanz wäre verpflichtet gewesen, dem Beschwerdeführer mindestens zehn Tage einzuräumen, um zur Eingabe des Beschwerdegegners Stellung zu nehmen. Eine solche Frist hätte am 18. Februar 2010 geendet, also an jenem Tag, an dem die Vorinstanz den angefochtenen Beschluss erlassen habe. Damit sei der Entscheid mindestens einen Tag zu früh ergangen,

denn der Beschwerdeführer hätte eine allfällige Eingabe seinerseits bereits nach Ablauf einer Frist von neun Tagen seit Mitteilung der Eingabe des Beschwerdegegners der Post übergeben müssen. Mit ihrem Vorgehen erwecke die Vorinstanz den Eindruck, dass sie es darauf angelegt habe, dem Beschwerdeführer die effektive Möglichkeit zu nehmen, auf die Eingabe des Beschwerdegegners vom 3. Dezember 2009 zu reagieren und ein präziseres Arztzeugnis zur Begründung des Fristwiederherstellungsgesuches einzureichen (KG act. 1 Ziff. 3).

b) Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Gehörsanspruch zwar formeller Natur (BGE 122 II 464, E. 4.a m.w.H.); die Wahrung des rechtlichen Gehörs stellt jedoch keinen Selbstzweck dar und hat keinen absoluten Charakter. Der Gehörsanspruch soll insbesondere im Bereich der Beweiserhebung und Beweiswürdigung im Zivilprozess sicherstellen, dass keine Partei durch ein Urteil belastet wird, das zufolge missachteter Mitwirkungsrechte zu einem unrichtigen Ergebnis geführt hat. Ist dagegen nicht ersichtlich, inwiefern das Verfahren, wäre es verfassungskonform durchgeführt worden, eine andere Wende genommen hätte, kann von einer Aufhebung des angefochtenen Entscheids abgesehen werden (Pra 2003, Nr. 130, E. 3.2.3), bzw. wenn der Gehörsanspruch in einem Punkt verletzt worden wäre, welcher auf den Verfahrensausgang keinen Einfluss hatte (Kass.-Nr. AA050200 vom 28. März 2006 i.S. G., Erw. 4.3; Kass.-Nr. 2002/251, Entscheid vom 29. April 2003 i.S. G., Erw. II.3.5.d m.w.H.; Kass.-Nr. AA030179 vom 26. April 2004 i.S. W., Erw. II.7.4.c).

c) Ein solcher Fall liegt in casu vor. Der Beschwerdeführer macht gerade eben nicht geltend, dass er bei einer Frist von zehn Tagen zur Eingabe der Gegenseite vom 3. Dezember 2009 noch Stellung genommen hätte. Im Gegenteil ist aus den Akten ersichtlich, dass der Beschwerdeführer die genannte Eingabe der Gegenseite am 8. Februar 2010 empfangen hatte (OG act. 15), aber dazu weder bis am 18. Februar 2010 noch danach Stellung genommen hätte. Den angefochtenen Entscheid vom 18. Februar 2010 selbst nahm der Beschwerdeführer wiederum erst am 1. März 2010 (OG act. 17/1) entgegen, weshalb sich der Beschwerdeführer auch nicht darauf berufen könnte, aufgrund des bereits ergangenen und ihm diesfalls bereits zur Kenntnis gebrachten Beschlusses – und nur

deshalb – auf eine Stellungnahme verzichtet zu haben. Somit zeigt der Beschwerdeführer nicht auf, inwiefern sich der am 18. Februar 2010 und damit am zehnten Tag seit Beginn des Fristenlaufs (vergleiche dazu OG act. 15) ergangene Entscheid der Vorinstanz zu seinem Nachteil ausgewirkt haben sollte. Auf die Rüge des Beschwerdeführers ist nicht einzutreten.

3. a) Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, dass die Vorinstanz zu Unrecht ein grobes Verschulden desselben an der Fristversäumnis im Sinne von § 199 Abs. 1 GVG angenommen habe. Auch damit sei ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz verletzt worden (KG act. 1 Ziff. 4).

b) Die Vorinstanz erwog, es zähle zu den elementarsten Sorgfaltspflichten einer Prozesspartei und insbesondere eines Rechtsanwaltes, Rechtsmittelfristen zu wahren, zumal es sich vorliegend um eine gesetzliche Frist handle. Ein Rechtsanwalt habe seinen Bürobetrieb so zu organisieren, dass auch während seiner Abwesenheit, z.B. infolge Krankheit, Rechtsmittelfristen eingehalten werden könnten. Die vom Beschwerdeführer eingereichten Arztzeugnisse würden diesem zwar eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit attestieren, aber keinerlei Angaben zur Art der Erkrankung enthalten. Ärztliche Behandlung und Arbeitsunfähigkeit würden indes nicht von vornherein gänzliche Handlungsunfähigkeit bedeuten. Somit sei nicht rechtsgenügend nachgewiesen, dass und weshalb der Beschwerdeführer daran gehindert gewesen sei, nicht zumindest die Rekuserklärung zu verfassen, verbunden mit einem Gesuch um Erstreckung der Frist für die Stellung der Anträge und zur Begründung. Im Übrigen hätte der Beschwerdeführer nicht einmal diese Erklärung persönlich abfassen müssen. Die Instruktion eines Dritten bleibe in aller Regel auch bei Arbeitsunfähigkeit zufolge nicht näher spezifizierter Krankheit möglich (und in der Advokatur _____ seien neben dem Beschwerdeführer weitere sechs Anwälte tätig). In Anbetracht des strengen Sorgfaltmassstabes bei Rechtsmittelfristen müsse sich der Beschwerdeführer vorwerfen lassen, nicht das Nötige zur Fristwahrung vorgekehrt zu haben. Sein Verschulden sei aufgrund der gesamten Umstände als grob zu werten. Demzufolge könne die beantragte Restitution gegen den Willen des Beschwerdegegners nicht gewährt werden (KG act. 2 S. 5 f.).

c) Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers führt aus, es wäre angesichts der schweren Erkrankung mit erheblichen Schmerzen und hohem Fieber absolut verantwortungslos gewesen und einer Verletzung der Sorgfaltspflicht gleichgekommen, wenn er am Tag des Fristablaufs versucht hätte, selbst oder durch Instruktion eines Bürokollegen die Rekursfrist zu wahren. Die Vorinstanz unterstelle ihm zu Unrecht, trotz ärztlich attestierter Arbeitsunfähigkeit im relevanten Zeitraum in beschränktem Umfang arbeitsfähig gewesen zu sein. Er sei ausserstande gewesen, seine beruflichen Aufgaben zu erfüllen, auch solche, die ihn intellektuell nur in bescheidenem Umfang beansprucht hätten. In diesem Sinne sei er im relevanten Zeitraum vollständig handlungsunfähig gewesen.

Die Vorinstanz lege nicht dar, wie sich ein Rechtsanwalt organisieren solle, um selbst im Falle einer schweren Erkrankung eine 10-tägige Rechtsmittelfrist in einem komplexen Falle wahren zu können. Es sei fern jeder Realität, dass ein Rechtsanwalt Vorkehrungen treffen sollte, um auf den Fall einer Erkrankung, die diesen vollständig lahmlege, vorbereitet zu sein. Das Institut der Fristwiederherstellung sei gerade auf eine solche Konstellation ausgerichtet.

Selbst wenn man aber mit der Vorinstanz einig ginge – so der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers weiter – dass ihn ein Verschulden an der Fristversäumnis treffe, so könne dieses unter den gegebenen Umständen nicht als grob qualifiziert werden (KG act. 1 Ziff. 4).

d) Soweit sich der Beschwerdeführer zur Begründung seiner Rügen auf (seine bisherige Sachdarstellung ergänzende) Behauptungen stützt, die vor Vorinstanz noch nicht eingebracht worden sind, können seine Ausführungen nicht berücksichtigt werden. Denn im Kassationsverfahren sind neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, nicht zulässig (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 4a zu § 288).

Vor Vorinstanz verwies der Beschwerdeführer bezüglich des dem Wiederherstellungsgesuches zugrunde liegenden Sachverhaltes auf ein Arbeitsunfä-

higkeits-Zeugnis von Frau Dr.med. Y. vom 26. Oktober 2009 und führte dazu lediglich Folgendes aus (OG act. 1 S. 2 f.):

"[...] Somit endete die 10-tägige Rekursfrist am 26. Oktober 2009. Am Wochenende vom 24./25. Oktober 2009 erkrankte der Unterzeichner. Tags darauf, am Montag, 26. Oktober 2009 suchte er seine Hausärztin auf. Diese bescheinigte ihm zunächst eine Arbeitsunfähigkeit bis und mit 28. Oktober 2009. Wegen einer Verschlimmerung der Erkrankung stellte die Hausärztin dem Unterzeichner am 28. Oktober 2009 anlässlich einer neuerlichen Konsultation ein Arbeitsunfähigkeits-Zeugnis bis und mit 4. November 2009 aus."

Darüber hinausgehende Behauptungen müssen folglich unbeachtlich bleiben, so z.B. die Behauptung, der Beschwerdeführer sei im relevanten Zeitraum nicht nur zu 100% arbeitsunfähig, sondern auch vollständig handlungsunfähig gewesen (ebenso unbeachtlich: das im Kassationsverfahren neu eingereichte Arbeitsunfähigkeits-Zeugnis vom 16. Februar 2010, wonach der Beschwerdeführer im relevanten Zeitraum nicht in der Lage gewesen sei, intellektuell beansprucht zu werden; KG act. 3/1). Davon war – soweit ersichtlich – in den bisherigen Eingaben des Beschwerdeführers noch nie die Rede (zumindest weist der Beschwerdeführer auf keine konkreten Aktenstellen hin, aus denen hervorginge, dass er die entsprechenden Behauptungen bereits vor Vorinstanz vorgebracht habe). Mithin ist bei der Beurteilung der Beschwerde von der im Restitutionsgesuch geschilderten Sachdarstellung (OG act. 1 S. 2 f. bzw. oben) auszugehen.

e) Die Vorschriften über die Wiederherstellung versäumter Fristen gemäss §§ 199 f. GVG gehören zu den wesentlichen Verfahrensgrundsätzen im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO ZH. Deshalb prüft das Kassationsgericht – im Rahmen der erhobenen Rügen (§ 288 Ziff. 3 ZPO ZH und § 290 ZPO ZH) – sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht frei, ob eine Missachtung derselben vorliegt (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 15 zu § 281); insbesondere wird nach konstanter Praxis auch frei geprüft, ob die Vorinstanz zu Recht angenommen habe, es liege grobes Verschulden vor (RB 1992 Nr. 44).

f) Gemäss § 199 Abs. 1 GVG kann das Gericht auf Antrag der säumigen Partei eine wider deren Willen verpasste gesetzliche oder richterliche Frist

(des zürcherischen Prozessrechts) wiederherstellen. Bei grobem Verschulden besteht – selbst bei Zustimmung der Gegenseite – kein Anspruch auf Wiederherstellung. Dabei ist zu beachten, dass ein Verschulden des Rechtsvertreters der Partei derselben wie eigenes Verschulden angerechnet wird (§ 199 Abs. 1 GVG). Folglich ist eine Restitution nur dann zu erteilen, wenn weder die Partei noch deren Rechtsvertreter ein grobes Verschulden trifft (Kass.-Nr. AC080018 vom 2. Oktober 2009 i.S. M., Erw. 5.4.a, mit vielen weiteren Hinweisen).

Bezüglich des Verschuldenskriteriums ist festzuhalten, dass sich grobe und leichte Nachlässigkeit nur graduell unterscheiden, wobei sich die Begriffsbestimmungen allein nach kantonalem Recht richten. Sodann ist es grundsätzlich Sache des Gesuchstellers, darzutun, dass keine grobe Nachlässigkeit vorliegt. Diese Beweislastverteilung folgt aus dem Umstand, dass die säumige Partei den Nachweis erbringen muss, dass zureichende Gründe für eine Restitution vorliegen, wozu auch das Fehlen grober Nachlässigkeit gehört. Die (fliessende) Grenze zwischen leichtem und grobem Verschulden ist in jedem konkreten Einzelfall in freier Würdigung der Akten nach pflichtgemäßem richterlichem Ermessen zu bestimmen. Entscheidend ist, welches Mass an Sorgfalt unter Berücksichtigung der besonderen Umstände allgemein, d.h. objektiviert, von einem sorgsamem Geschäftsmann verlangt werden kann. Der relevante Sorgfaltsmassstab ist mithin ein von der Person einer Partei (oder ihres Rechtsvertreters) unabhängiger abstrakter und objektiver und nach der Praxis – zumal bei Rechtsmittelfristen – relativ streng. Ganz allgemein werden hinsichtlich der Wahrung gesetzlicher Fristen in der Regel strengere Anforderungen an die Sorgfaltspflicht der fristbelasteten Partei (und ihres Rechtsvertreters) gestellt als bei richterlichen Fristen. In diesem Sinne ist die Verletzung einer Sorgfaltspflicht dann als grobes Verschulden zu qualifizieren, wenn deren Beachtung unter den gegebenen Umständen dem durchschnittlich Sorgfältigen zuzumuten bzw. von diesem zu erwarten ist. Ausserdem hängt das Mass an Sorgfalt unter anderem auch wesentlich von der Wichtigkeit der vorzunehmenden Handlung ab und es verschärft sich, je kürzer die dazu noch zur Verfügung stehende Zeitspanne ist (Kass.-Nr. AC080018 vom 2. Oktober 2009 i.S. M., Erw. 5.4.b, mit vielen weiteren Hinweisen).

Ist eine Partei anwaltlich vertreten und ist die Fristversäumnis einem krankheitsbedingten Ausfall ihres Vertreters zuzuschreiben, so ist zu beachten, dass die Rechtsprechung den Anwalt verpflichtet, seinen Bürobetrieb so zu organisieren, dass auch während seiner Abwesenheit den Fristen nachgelebt werden kann. Trifft er dennoch, obwohl zumutbar, keine Vorkehrungen, stellt dies eine Sorgfaltspflichtverletzung dar (Kass.-Nr. 98/518, Entscheid vom 4. März 1999 i.S. D., Erw. II.4.b; Kass.-Nr. 92/232 Z, Entscheid vom 6. November 1992 i.S. F., Erw. II.2.b).

g) Im Lichte dieser in lit. f genannten Kriterien, die auf den *der Vorinstanz* vorliegenden Sachverhalt (vgl. oben lit. d) anzuwenden sind, ist die obergerichtliche Auffassung, wonach den Beschwerdeführer ein grobes Verschulden an der Säumnis treffe, in keiner Weise zu beanstanden. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann hier nochmals auf die in ihrem wesentlichen Kern zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid (KG act. 2 Ziff. 5.b; oben zusammengefasst in lit. b) verwiesen werden (§ 161 GVG).

h) Weil die Vorinstanz ausführte, der Beschwerdeführer hätte zumindest die Rekurserklärung verfassen und dem Gericht fristgerecht einreichen können, verbunden mit einem Gesuch um Erstreckung der Frist für die Stellung der Anträge und zur Begründung (KG act. 2 S. 5), und der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe nicht begründet, ob und gegebenenfalls weshalb eine blosser Rekurserklärung ohne Anträge und ohne Begründung zur Fristwahrung genügt hätte; er selbst jedenfalls sei am Tag des Fristablaufs nicht dazu in der Lage gewesen, diese Frage zu prüfen, ist Folgendes anzumerken:

Der Wortlaut von § 276 Abs. 2 Satz 2 ZPO ZH stellt keine Minimalanforderungen an eine Rekurseingabe, die erfüllt sein müssen, damit die Pflicht zur Ansetzung einer kurzen Frist zur Beseitigung der Mängel entsteht. Nach der gesetzlichen Formulierung hat eine solche Fristansetzung vielmehr stets und ungeachtet der Art des Mangels zu erfolgen, wenn die Rekursschrift den in Satz 1 von § 276 Abs. 2 ZPO ZH statuierten formellen Anforderungen nicht genügt. Somit spielt es für die Anwendung von § 276 Abs. 2 Satz 2 ZPO ZH keine Rolle, ob in der Rekursschrift gar keine Anträge enthalten sind oder solche zwar gestellt wer-

den, aber unklar oder unvollständig sind. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob zusätzlich oder alternativ dazu eine (auch bloss rudimentäre) Begründung fehlt oder eine gegebene Begründung nur unzureichend ist. In all diesen Fällen ist Frist zur Verbesserung des Mangels anzusetzen. Diese Auffassung korrespondiert mit der ratio legis der Vorschrift, wurde Letztere doch eingeführt, um zu vermeiden, dass der Rechtsmittelkläger aus rein formalen Gründen einen Rechtsverlust erleidet (vgl. Kass.-Nr. 90/047, Entscheid vom 24. Juli 1990 i.S. H., Erw. II.3.b; mit Hinweis auf das Protokoll der kantonsrätlichen Kommission vom 15. September 1972, S. 294). Insoweit treffen die Ausführungen bei Frank/ Sträuli/ Messmer (a.a.O., N 2 zu § 276), wonach innert der gesetzlichen Frist ein bestimmter Antrag gestellt und der Rekurs mindestens kurz begründet werden müsse, nicht zu; für diese Einschränkungen des Anwendungsbereichs von § 276 Abs. 2 Satz 2 ZPO ZH bestehen im Gesetz keine Anhaltspunkte (Kass.-Nr. AA090041 vom 20. April 2010 i.S. B., Erw. II.3.1, mit vielen weiteren Hinweisen).

Demnach ist auch an der diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz keine Kritik zu üben.

h) Nachdem also die Nichteinhaltung der Rekursfrist auf einem dem Beschwerdeführer anzurechnenden grobfahrlässigen Verhalten von dessen Rechtsvertreter beruht (bzw. dieser nicht nachzuweisen vermochte, dass ihn kein grobes Verschulden an der Säumnis trifft), war es der Vorinstanz mangels Einwilligung des Beschwerdegegners verwehrt, dem Gesuch um Wiederherstellung der Rekursfrist zu entsprechen (§ 199 Abs. 1 GVG). Unter diesem allein zu prüfenden restitutionsrechtlichen Aspekt gibt somit weder der vorinstanzliche Entscheid, die Wiederherstellung zu verweigern, noch der darauf beruhende Erledigungsentcheid (Nichteintreten) zu Beanstandungen Anlass. Die Rüge erweist sich somit als unbegründet.

IV.

1. a) Der Beschwerdeführer hat für das Verfahren vor Kassationsgericht um die Gewährung des Armenrechts ersucht (KG act. 1 S. 2 und S. 10).

b) Im Lichte der vorstehenden Erwägungen erweist sich der Standpunkt des Beschwerdeführers im Kassationsverfahren als offensichtlich aussichtslos. Damit fehlt es auch mit Bezug auf das Kassationsverfahren an einer der beiden kumulativen Voraussetzungen für die Gewährung des prozessualen Armenrechts (Mittellosigkeit der gesuchstellenden Partei und genügende Erfolgsaussichten des ergriffenen Rechtsmittels, wobei unter ungenügenden Erfolgsaussichten verstanden wird, dass die Gewinnaussichten beträchtlich geringer als die Verlustgefahren sind, vgl. hierzu Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 21a zu § 84). Folglich kann dem Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters – unabhängig von der finanziellen Situation des Beschwerdeführers, deren weitere Prüfung sich deshalb erübrigt – mangels hinreichender Erfolgsaussichten der Beschwerde nicht entsprochen werden.

2. a) Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens gemäss der auch im Rechtsmittelverfahren anwendbaren Vorschrift von § 64 Abs. 2 ZPO ZH dem mit seinen (Rechtsmittel-)Anträgen unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen.

b) Da dem Beschwerdegegner vor Kassationsgericht keine entschädigungspflichtigen Kosten und Umtriebe (im Sinne von § 68 Abs. 1 ZPO ZH) entstanden sind, fällt die Zusprechung einer Prozessentschädigung ausser Betracht.

V.

1. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Endentscheid (im Sinne von Art. 90 BGG) in einer vermögensrechtlichen Zivilsache mietrechtlicher Natur, deren vom Bundesgericht nach Ermessen festzusetzender (Rechtsmittel-)Streitwert im Lichte der höchstrichterlichen Praxis über Fr. 15'000.– liegen dürfte (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 BGG). Folglich steht gegen den kassationsgerichtlichen Entscheid aus den in Art. 95 ff. BGG genannten Gründen die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht offen (vgl. Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG).

2. Ferner beginnt mit der Zustellung des Beschlusses des Kassationsgerichts (als ausserordentlicher Rechtsmittelinstanz) auch die dreissigtägige Frist zur allfälligen (direkten) Anfechtung des obergerichtlichen Rekursentscheids mittels Beschwerde ans Bundesgericht wegen Mängeln, deren Prüfung dem Kassationsgericht entzogen ist, (neu) zu laufen (Art. 100 aAbs. 6 BGG).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung für das Kassationsverfahren wird abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
5. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
6. 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 liegt über Fr. 15'000.–.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 18. Februar 2010 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und aAbs. 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich und an das Mietgericht _____ [ad MB070002], je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: