



Kass.-Nr. AA080154/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Matthias Brunner sowie die juristische Sekretärin Judith Lusser Treyer

Zirkulationsbeschluss vom 15. Juli 2009

in Sachen

A,

Kläger, Appellant, Rekurrent und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. ...

gegen

B,

Beklagte, Appellatin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. ...
substituiert durch Rechtsanwältin lic. iur. ...

betreffend

Forderung

(unentgeltliche Rechtspflege, Kosten- und Entschädigungsfolgen)

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. September 2008 (NG080006/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Vertrag vom 13. Mai 1981 vermietete die Beklagte, Appellatin, Rekurs- und Beschwerdegegnerin (im nachfolgenden Beschwerdegegnerin) dem Kläger, Appellant, Rekurrent und Beschwerdeführer (im nachfolgenden Beschwerdeführer) eine 2 ½-Zimmerwohnung in Zürich. Am 12. März 1997 teilte die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer eine einseitige Änderung der Vertragsgrundlagen (neues akonto für diverse Nebenkosten von Fr. 125.--, Reduktion des Nettomietzinses) mit. Mit Schreiben vom 16. Juli 2007 verlangte der Beschwerdeführer vor Schlichtungsbehörde, es sei die Vertragsänderung hinsichtlich der Nebenkosten als nichtig zu erklären und die zu viel bezahlten Nebenkosten als Rückforderungsansprüche zu bezeichnen. Am 1. November 2007 machte der Beschwerdeführer den Prozess beim Mietgericht anhängig, nachdem eine Einigung bei der Schlichtungsbehörde nicht zustande gekommen war. Mit Verfügung vom 22. April 2008 trat der Vorsitzende des Mietgerichts auf die Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 nicht ein, nahm vom Rückzug des Rechtsbegehrens 4 Vormerk, wies die Anträge betreffend unentgeltliche Prozessführung und unentgeltlichen Rechtsvertreter ab und wies mit Urteil gleichen Datums die Klage ab (KG act. 2 S. 4 f.).

2. Gegen diesen Entscheid hat der Beschwerdeführer Rekurs und Berufung ans Obergericht erhoben (MG act. 30). Dieses hat am 5. September 2008 - nach Vereinigung von Rekurs- und Berufungsverfahren - die Beschwerdegegnerin verpflichtet, dem Beschwerdeführer Fr. 1'678.50 zu bezahlen (Dispositiv-Ziff. 1), dem Beschwerdeführer bezüglich des Verfahrens vor dem Mietgericht die unentgeltliche Prozessführung für die Hälfte der eingeklagten Beträge bewilligt und im Übrigen verweigert (Dispositiv-Ziff. 2), von den Kosten des Mietgerichts Fr. 2'240.- dem Beschwerdeführer und Fr. 160.-- der Beschwerdegegnerin auferlegt (Dispositiv-Ziff. 4), von den dem Beschwerdeführer auferlegten Kosten Fr. 1'200.-- zufolge der gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichts-

kasse genommen, das Gesuch des Beschwerdeführers um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters für das Berufungsverfahren abgewiesen (Dispositiv-Ziff. 10), die Beschwerdegegnerin verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Berufungsverfahren eine Entschädigung von Fr. 200.-- zu bezahlen (Dispositiv-Ziff. 11), für den Rekurs die unentgeltliche Prozessführung für den Beschwerdeführer bewilligt (Dispositiv-Ziff. 13), jedoch das Gesuch um einen unentgeltlichen Vertreter abgewiesen (Dispositiv-Ziff. 15) und die auf Fr. 530.-- festgesetzten Kosten des Rekurses im Umfang von je Fr. 265.-- dem Beschwerdeführer auferlegt und unter Vorbehalt einer Nachforderung im Sinne von § 92 ZPO auf die Staatskasse genommen (Dispositiv-Ziff. 14; KG act. 2 S. 16 f.).

3. Der Beschwerdeführer liess am 3. Oktober 2008 gegen die Dispositiv-Ziffern 2, 4, 5, 10, 11, 14 und 15 des obergerichtlichen Entscheides kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erheben. Er beantragt, die genannten Dispositiv-Ziffern aufzuheben und darüber gemäss den nachfolgenden Anträgen zu entscheiden, eventualiter zur Neubeurteilung ans Obergericht zurückzuweisen. Die Anträge lauten wie folgt: *"2. Dem Kläger und Beschwerdeführer sei für das Verfahren vor Mietgericht die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen. 3. Dem Kläger und Beschwerdeführer sei für das Berufungsverfahren in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen. 4. Die Beklagte und Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, dem Kläger und Beschwerdeführer eine Entschädigung für das Berufungsverfahren von Fr. 420.-- zu bezahlen. 5. Dem Kläger und Beschwerdeführer seien keine Kosten des Rekursverfahrens aufzuerlegen. 6. Dem Kläger und Beschwerdeführer sei für das Rekursverfahren in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen."* (KG act. 1 S. 2). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung verzichtet (KG act. 8), und auch die Beschwerdegegnerin hat mit Schreiben vom 3. November 2008 mitgeteilt, dass sie auf eine Beschwerdeantwort verzichte (KG act. 9). Dieses Schreiben ist dem Beschwerdeführer mit dem vorliegenden Beschluss zur Kenntnisnahme zuzustellen.

II.

1. Hinsichtlich der Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung für einen Teil des Verfahrens vor Mietgericht und teilweiser Kostenaufgabe (Dispositiv-Ziffern 2, 4 und 5 des angefochtenen Entscheides) wirft der Beschwerdeführer der Vorinstanz willkürliche tatsächliche Annahme(n) und die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes vor (KG act. 1 S. 4 f. RZ 1). In diesem Zusammenhang steht auch die Rüge, dass die Kostenaufgabe gemäss Dispositiv-Ziffer 14 des angefochtenen Entscheides einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz und klares materielles Recht verletze, weil der Beschwerdeführer im Rekursverfahren als vollständig obsiegend zu betrachten sei, sodass der Beschluss des Obergerichts § 64 Abs. 2 ZPO verletze (KG act. 1 RZ 4).

1.1 a) Die Begründung der Rügen des Beschwerdeführers besteht vorwiegend in Beanstandungen der Erwägungen des Mietgerichtspräsidenten i.V. zur Abweisung des Gesuchs um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes, welche dann aber beim Obergericht nicht angefochten worden sei (KG act. 1 RZ 1).

b) Die Annahme des Obergerichts, mit welcher es die Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung für die Hälfte der eingeklagten Begehren vor Mietgericht damit begründe, dass diejenigen Begehren, auf welche der Mietgerichtspräsident i.V. gar nicht eingetreten sei, von Anfang an aussichtslos gewesen seien, sei - so der Beschwerdeführer weiter - unter den von ihm dargelegten Umständen (nämlich rechtswidriger Zustand des Nichtvertretenseins) willkürlich. Die Ursache für das Stellen der angeblich aussichtslosen Begehren habe auf dem rechtswidrigen Umstand beruht, dass dem Beschwerdeführer kein Rechtsbeistand bestellt worden und ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz (Art. 29 Abs. 3 BV) verletzt worden sei. Damit dürfe das Obergericht diesen Teil des Verfahrens vor dem Mietgerichtspräsidenten i.V. nicht dem Beschwerdeführer anrechnen und ihm für die Hälfte des Verfahrens die unentgeltliche Prozessführung verweigern. In rechtskonformem Zustand des Vertretenseins wären gar keine aussichtslosen Begehren gestellt worden. Dem Beschwerdeführer sei für das ganze Verfahren

vor dem Mietgerichtspräsidenten i.V. die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen. Damit könnten dem Beschwerdeführer auch keine Kosten gemäss Disp.-Ziff. 4 und 14 des Beschlusses auferlegt werden. Diese seien vollumfänglich auf die Gerichtskasse zu nehmen und Disp.-Ziff. 5 des Beschlusses entsprechend zu korrigieren. Nur die Nachforderung gemäss § 92 ZPO dürfe vorbehalten bleiben (KG act. 1 RZ 1 und RZ 4).

1.2 a) Da mit der Nichtigkeitsbeschwerde nur geltend gemacht werden kann, dass die angefochtene Entscheidung (vorliegend also der Beschluss des Obergerichts vom 5. September 2008, KG act. 2) mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet sei (Guldener, a.a.O., S. 81 f.), ist auf die Ausführungen des Beschwerdeführers zu den Erwägungen des Mietgerichtspräsidenten i.V. betreffend die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung nicht einzugehen, zumal die Verweigerung der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes bei der Vorinstanz nicht einmal angefochten wurde und der Beschwerdeführer somit diesbezüglich durch den vorinstanzlichen Entscheid gar nicht beschwert ist (vgl. § 281 ZPO sowie § 51 Abs. 2 ZPO).

b) Die Vorschriften betreffend unentgeltliche Rechtspflege von §§ 84/87 ZPO bzw. Art. 29 Abs. 3 BV gehören zu den wesentlichen Verfahrensgrundsätzen im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (vgl. von Rechenberg, a.a.O., S. 27; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 67; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 24 zu § 281 ZPO). Das Kassationsgericht prüft frei, ob die behauptete Verletzung derselben vorliege (Spühler/Vock, a.a.O., S. 75; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 zu § 281 ZPO). Dies gilt vorliegend auch mit Bezug auf die Aktenwidrigkeits- und Willkürzüge gemäss § 281 Ziff. 2 ZPO, da dieser im Rahmen der Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege keine eigenständige Bedeutung zukommt (Alfred Keller, Nachzahlungspflicht im Armenrecht [§ 92 ZPO] und Sicherungsmassnahmen, in: Rechtsschutz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 143; RB 1987 Nr. 46, 1990 Nr. 65).

Die Rügen der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes und der willkürlichen Annahme durch die Vorinstanz bei der Verweigerung der unent-

geltlichen Prozessführung für einen Teil des Verfahrens vor Mietgericht und teilweiser Kostenaufgabe für das Verfahren vor Mietgericht sowie das Rekursverfahren am Obergericht gehen jedoch fehl:

Der Beschwerdeführer hat nämlich mit der Stellung resp. Wiederholung und Begründung seines Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung sowie Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters die von Anfang an aussichtslosen Rechtsbegehren (jeweils 1 und 2; da hier eine Leistungsklage möglich war, sodass der Mietgerichtspräsident i.V. nicht darauf eintrat, MG act. 25 S. 10) resp. gemäss Entscheidung des Obergerichts überhöhten Rechtsbegehren hängig gemacht (MG act. 1 S. 2 sowie MG act. 16 S. 2 i.V.m. MG act. 19). Damit hätte auch die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters im Verfahren des Mietgerichtspräsidenten i.V. nichts an der Aussichtslosigkeit eines Teils der bereits hängig gemachten Begehren resp. am Überklagen geändert.

Damit hat die Vorinstanz zu Recht angenommen, dass der Beschwerdeführer im Rekursverfahren teilweise unterliege und kommt die beantragte Änderung der vorinstanzlichen Dispositiv-Ziffern 2, 4, 5 und 14 nicht in Frage.

2. Sodann wirft der Beschwerdeführer der Vorinstanz willkürliche tatsächliche Annahme(n) und die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes bezüglich der Verweigerung der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters im Berufungsverfahren (Dispositiv-Ziffer 10 des angefochtenen Entscheides) vor und die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes bezüglich der Verweigerung der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters für das Rekursverfahren (Dispositiv-Ziffer 15 des angefochtenen Entscheides) (KG act. 1 S. 5 ff., RZ 2 sowie KG act. 1 S. 8 RZ 5). Zur Begründung der zuletzt genannten Rüge führt er aus, genauso wenig, wie der Beschwerdeführer befähigt gewesen sei, Berufung zu erheben, und diese zu begründen, habe er Rekurs gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege führen können. Die gegenteilige Annahme des Obergerichts mit der gleichen Begründung wie für das Berufungsverfahren sei willkürlich. Er verweist sodann auf seine Begründung in RZ 2 seiner Beschwerde (vgl. nachfolgend II.2.1 und II.2.2) (KG act. 1 RZ 5).

2.1 a) Er ist der Ansicht, die Begründung der Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer für die gehörige Führung des Berufungsverfahrens keines Rechtsvertreters bedurft hätte, weil er vor Schlichtungsbehörde und Mietgericht seine Sache selber vertreten und nebst viel Unwesentlichem das Wesentliche vorgetragen habe, sei willkürlich. Aus dem Umstand, dass es dem Beschwerdeführer gelungen sei, den Prozess vor Schlichtungsbehörde und Mietgericht laienhaft selber zu führen, könne nicht abgeleitet werden, dass er keines Rechtsvertreters bedurft habe. Dem Beschwerdeführer sei schon vom Mietgerichtspräsidenten i.V. vorgeworfen worden, er hätte für die Rückvergütung der zu viel bezahlten Nebenkosten eine Differenzberechnung vornehmen müssen, wozu der Beschwerdeführer offensichtlich nicht befähigt gewesen sei. Und wenn er das Verfahren bis zur ersten Instanz selber geführt habe, heisse dies nicht, dass er auch ein Rechtsmittelverfahren führen könne.

b) Auch die Annahme des Obergerichts, der Beschwerdeführer sei dazu befähigt, weil er sich auf seinem Briefpapier im November 2007 als "Spezialist für Hotel-Immobilien und Finanzierungen" bezeichnet und sich für "Beratung - Finanzplanung - Mieternachfolgeregelung" empfohlen habe, sei willkürlich. Diese Tatsache ändere nichts daran, dass der Beschwerdeführer keine miet- und verfahrensrechtlichen Kenntnisse habe und nicht befähigt gewesen sei, ein Rechtsmittelverfahren zu führen. Eine Mietnachfolge habe nichts mit dem Führen eines Prozesses und nicht einmal zwingend viel mit Mietrecht zu tun. Dabei gehe es höchstens um die Übernahme von Mietverträgen. Infolge seines Alters und schlechten Gesundheitszustandes sei der Beschwerdeführer ohnehin praktisch nicht mehr geschäftstätig.

c) Der Beschwerdeführer sei auf rechtlichen Beistand angewiesen gewesen, um seinen Antrag zu stellen, denn in formeller Hinsicht wisse der Beschwerdeführer nicht, wie die Berufungsanträge zu stellen und zu begründen seien. Zudem hätten, um den Anspruch zu begründen, Noven geltend gemacht und mit den entsprechenden Urkunden sofort bewiesen werden müssen (act. 48 S. 6 und act. 49/1 bis 6). Mangels Kenntnis der Verfahrensregeln habe der Beschwerdeführer entscheidende Belege, nämlich die Nebenkostenabrechnungen der Jahre

2000 bis 2004 nicht eingereicht (diejenigen der Jahre 1997/98 und 1998/99 hätten sich nur deshalb im Verfahren vor erster Instanz befunden, weil die Beschwerdegegnerin sie eingereicht habe) und wäre ohne Rechtsbeistand im Berufungsverfahren schlichtweg chancenlos geblieben (KG act. 1 RZ 2).

2.2 a) Gemäss § 87 ZPO in Verbindung mit § 84 Abs. 1 ZPO resp. Art. 29 Abs. 3 BV hat eine Partei Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, wenn (kumulativ) ihr die Mittel fehlen, um neben ihrem Lebensunterhalt die Kosten der Rechtsvertretung aufzubringen, der Prozess für sie nicht als aussichtslos erscheint und sie für die gehörige Führung des Prozesses eines Rechtsvertreters bedarf resp. es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist. Als Kriterien zu beachten sind die Schwierigkeiten der sich im Prozess stellenden Fragen und die persönlichen Voraussetzungen (insbesondere Rechtskundigkeit, Unbeholfenheit resp. generell die Fähigkeit, sich im Verfahren zurecht zu finden) der Gesuch stellenden Partei und ob sich die Gegenpartei ihrerseits von einem Anwalt vertreten lässt. Von grosser Bedeutung ist die Tragweite des Entscheides für den Gesuchsteller, wobei eine gewisse Zurückhaltung Platz greift, wenn ausschliesslich finanzielle Interessen betroffen sind: Droht das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsposition der betroffenen Person einzugreifen, ist die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters grundsätzlich geboten, sonst nur dann, wenn zur relativen Schwere des Falles besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Gesuchsteller auf sich alleine gestellt nicht gewachsen wäre (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 9a zu § 87 ZPO; BGE 130 I 180; BGer. 5P.228/2004 in ZZZ 2004 S. 393; BGer. 5A_108/2007 vom 11.05.2007).

b) Die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers (vgl. KG act. 2 S. 15) und die genügenden Erfolgsaussichten der Berufung sind von der Vorinstanz bejaht worden, hat sie doch dem Beschwerdeführer den mit der Berufung verlangten Betrag zugesprochen (vgl. KG act. 2 S. 16). Zu prüfen bleibt somit lediglich die Frage, ob der Beschwerdeführer zur gehörigen Führung des Berufungs- resp. Rekursverfahrens eines Rechtsvertreters bedurfte.

Im vorliegenden Verfahren, in welchem sich die Beschwerdegegnerin anwaltlich vertreten lässt, geht es einzig um finanzielle Interessen von relativ be-

scheidenem Umfang (Fr. 1'678.50 zuzüglich Zins, OG act. 48 S. 2). Bei der Frage der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes ist somit Zurückhaltung am Platz und der Anspruch lediglich dann zu bejahen, wenn sich komplexe Rechtsfragen stellen würden oder ein unübersichtlicher Sachverhalt vorliegen oder aber in der Person des Beschwerdeführers liegende Gründe dafür sprechen würden, dass er zur Führung der Verfahren vor Obergericht auf einen Rechtsbeistand angewiesen gewesen wäre. Die Führung eines Prozesses vor Mietgericht und den entsprechenden Rechtsmittelinstanzen erfordert nun nicht ein profundes Einarbeiten in die Prozessgesetzgebung (vgl. Kass.-Nr. 99/405 Z vom 03.04.2000 i.S. U. Erw. 4d/dd). Es stellen sich in Zusammenhang mit den streitgegenständlichen Fragen rund um die Nebenkosten eines Mietvertrages weder besonders komplexe Rechtsfragen noch liegt ein unübersichtlicher Sachverhalt vor (wie sich auch aus der übersichtlichen Seitenzahl der vorinstanzlichen Entscheide ergibt; MG act. 25 und KG act. 2), auch wenn die Abrechnungen der Beschwerdegegnerin über einen Zeitraum von neun Jahren in die gerichtliche Überprüfung einbezogen wurden. Was die diesbezüglichen Argumente des Beschwerdeführers im vorliegenden Verfahren anbelangt, so ergibt sich das Folgende:

aa) Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer die Verfahren vor Schlichtungsbehörde und dem Mietgerichtspräsidenten i.V. auf sich alleine gestellt geführt hat, bedeutet zwar noch nicht unbedingt, dass er für die Führung des Berufungsverfahrens und Rekursverfahrens per se auch nicht auf einen Rechtsbeistand angewiesen wäre. Die Vorinstanz hat die entsprechenden Gesuche des Beschwerdeführers jedoch gestützt auf verschiedene, zutreffende Argumente (dass der Beschwerdeführer trotz gewisser gesundheitlicher Probleme in den Vorinstanzen das vorgetragen habe, was vorzutragen war, er sich als "Spezialist für Hotel-Immobilien und Finanzierungen" bezeichnet und sich für "Beratung - Finanzplanung - Mieternachfolgeregelung" empfohlen habe, und es beim Obergericht nur um knapp Fr. 1'700.-- gegangen sei, KG act. 2 S. 15 f.) abgewiesen. Wenn der Beschwerdeführer vorbringt, ihm sei schon vom Mietgerichtspräsidenten i.V. vorgeworfen worden, er hätte für die Rückvergütung der zu viel bezahlten Nebenkosten eine Differenzberechnung vornehmen müssen, so spricht dies nicht dafür, dass er deswegen im Verfahren vor Obergericht auf einen Rechtsbeistand

angewiesen gewesen wäre - im Gegenteil: In Anbetracht dessen, dass der Mietgerichtspräsident i.V. dem Beschwerdeführer auf S. 25 des Urteils für den Fall, dass die Ausgliederung der Nebenkosten als nichtig zu beurteilen sei, sogar noch die Methode anhand der vom Beschwerdeführer dort eingereichten Abrechnungen (Periode 2005/06 sowie Periode 1997/98) veranschaulicht und ihm die daraus resultierenden Ansprüche vorgerechnet hat, MG act. 25 S. 25 Erw. 7.3), war dem in finanziellen Belangen erfahrenen (vgl. dazu nachfolgend II.2.2b/bb) Beschwerdeführer bekannt, wie er im Berufungsverfahren vorzugehen haben würde.

bb) Dass die Angaben auf seinem Briefpapier vom November 2007 als "Spezialist für Hotel-Immobilien und Finanzierungen" und "Beratung - Finanzplanung - Mieternachfolgeregelung" nicht zutreffen würden, behauptet der Beschwerdeführer nicht. Von einem Finanzierungsspezialisten darf aber auch dann erwartet werden, dass er ohne rechtlichen Beistand die Aufstellung einer einfachen Rechnung mit den aus geleisteten Akontozahlungen abzüglich bereits erhaltener Rückerstattungen resultierenden Guthaben aus Nebenkostenabrechnungen vornehmen kann, wenn er aufgrund seines Alters und seiner Gesundheit seine entsprechende Geschäftstätigkeit nur noch in reduziertem Umfang ausübt, zumal ihm die - nunmehr von der beschwerdeführenden Partei im Berufungsverfahren verwendete (vgl. OG act. 48 S. 6) - Methode vom Mietgerichtspräsidenten erläutert worden war (vgl. vorstehend II.2.2b/aa). Demnach geht die Willkürüge des Beschwerdeführers fehl.

cc) Vorauszuschicken ist, dass die Darstellung des Beschwerdeführers, wonach sich die Nebenkostenabrechnungen der Jahre 1997/98 und 1998/99 nur deshalb im Verfahren vor erster Instanz befunden hätten, weil die Beschwerdegegnerin sie eingereicht habe, hinsichtlich derjenigen 1997/98 nicht stimmt; diese hat gemäss Urteil des Mietgerichtspräsident i.V. auch der Beschwerdeführer unter MG act. 4/2/5 (Beizugsakten Schlichtungsbehörde) eingereicht, nebst derjenigen 2005/06 (MG act. 3/2=MG act. 4/2/6= MG act. 18/22, vgl. MG act. 25 S. 25). Dass im Berufungsverfahren Noven geltend gemacht und mit den entsprechenden Urkunden sofort bewiesen werden mussten, spricht im vorliegenden Fall entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht dafür, dass er dafür auf einen Rechts-

beistand angewiesen gewesen wäre. Bei den von ihm als Noven angerufenen OG act. 49/1 bis 6 handelt es sich nämlich um die Nebenkostenabrechnungen, von denen der Beschwerdeführer aufgrund des Urteils des Mietgerichtspräsidenten i.V. wusste, dass diese für die Berechnung des Guthabens des Beschwerdeführers unabdingbar seien, hielt ihm dieser doch darin ebenfalls vor, dass er lediglich die Nebenkostenabrechnungen der Jahre 2005/06 und 1997/98 eingereicht habe (vgl. MG act. 25 S. 25 Erw. 7.3). Somit war der Beschwerdeführer nicht auf einen Rechtsbeistand angewiesen, um die weiteren Nebenkostenabrechnungen, auf die er seine Ansprüche gegenüber der Beschwerdegegnerin stützt, dem Gericht einzureichen.

3. Schliesslich wirft der Beschwerdeführer der Vorinstanz willkürliche tatsächliche Annahme(n) und die Verletzung klaren materiellen Rechts bezüglich der Höhe der Parteientschädigung vor, welche nicht nach der Anwaltsgebührenverordnung berechnet worden sei (Dispositiv-Ziffer 11 des angefochtenen Entscheides) vor (KG act. 1 RZ 3).

3.1 Er macht dabei geltend, die ihm zugesprochene Prozessentschädigung von Fr. 200.-- basiere auf der willkürlichen Annahme, dass er keines Anwaltes bedurft hätte. Bis zu einem Streitwert von Fr. 5'000.-- sehe § 3 der AnwGebV einen Entschädigung von 25% des Streitwertes, vorliegend gerundet Fr. 420.--, vor. Obwohl gemäss § 12 im Rechtsmittelverfahren ein Drittel bis zwei Drittel der Grundgebühr berechnet würden, könne gemäss Abs. 5 in besonderen Fällen, namentlich bei starker Inanspruchnahme des Novenrechts, die volle Grundgebühr zugesprochen werden. Dies sei vorliegend der Fall, habe er doch die ihm zugesprochene Forderung nur dank nachgereichter Nebenkostenabrechnungen 2000 bis 2004 geltend machen können. Zudem sei der beigezogene Anwalt im Berufungsverfahren erstmals in den Fall involviert gewesen, weshalb eine volle Einarbeitung wie bei Mandatsannahme notwendig gewesen sei. Indem das Obergericht § 12 Abs. 5 AnwGebV nicht angewendet habe, habe es klares materielles Recht verletzt (KG act. 1 RZ 3).

3.2 Nachdem sich nach dem vorstehend II.2 Dargelegten ergeben hat, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer für das Berufungsverfahren sowie das Re-

kursverfahren zu Recht keinen unentgeltlichen Rechtsbeistand bestellt hat, scheidet eine "willkürliche tatsächliche Annahme", dass der Beschwerdeführer keines Anwalts bedurft habe, aus. Überhaupt kann die Verweigerung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes gestützt auf die Rechtsauffassung des Gerichts keine Tatsachenfeststellung und damit keine willkürliche *tatsächliche* Annahme darstellen. Die unzutreffende Subsumtion unter die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe schadet dem Beschwerdeführer allerdings nicht, da die Subsumtion vom Gericht vorzunehmen ist (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 73). Die Vorbringen des Beschwerdeführers sind daher im Lichte der Verletzung klaren materiellen Rechts gemäss § 281 Ziff. 3 ZPO zu prüfen:

Durch die Nichtanwendung von § 12 Abs. 5 der AnwGebV als "Kann"-Vorschrift konnte die Vorinstanz - abgesehen von hier nicht ersichtlichem Ermessensmissbrauch, -über- oder -unterschreitung - kein klares materielles Recht verletzen (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 42 zu § 281 ZPO).

Aus der Begründung auf S. 14 Erw. 4a) des angefochtenen Entscheides, wonach der Beizug eines Anwaltes unverhältnismässig und unnötig gewesen sei, und daher für die Festsetzung der Entschädigung "nicht auf das Honorar abzustellen (sei), welches der Mieter seinem Anwalt voraussichtlich zahlen muss", erhellt allerdings, dass die Vorinstanz die Anwaltsgebührenverordnung *überhaupt nicht* zur Anwendung gebracht hat. (Wobei anzumerken ist, dass eine nach dieser Verordnung bemessene Entschädigung auch nicht unbedingt dem Honorar entspricht, "welches der Beschwerdeführer seinem Anwalt voraussichtlich zahlen muss."). Die anwaltlich vertretene Partei, deren Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes - wie vorliegend - abgewiesen wird, weil sie zur Führung des Prozesses keines solchen bedarf, und den Prozess gewinnt, hat aber ungeachtet der Verweigerung der Bestellung des Anwaltes zum unentgeltlichen Rechtsbeistand Anspruch auf eine nach der Anwaltsgebührenverordnung bemessene Parteientschädigung, was sich aus § 1 der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 ergibt (vgl. auch Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 69 ZPO mit Verweis auf N 13 zu § 68

ZPO). Indem die Vorinstanz dem obsiegenden, anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer lediglich eine Entschädigung für persönliche Auslagen und Umtriebe von Fr. 200.-- zugesprochen hat, statt die Prozessentschädigung nach der AnwGebV festzusetzen, hat sie gegen klares materielles Recht verstossen. Daher ist Dispositiv-Ziff. 11 des angefochtenen Entscheides aufzuheben und, da die Sache spruchreif ist, in Anwendung von §§ 291 f. ZPO ohne Verhandlung durch einen eigenen Sachentscheid zu ersetzen. Angesichts des geringen Streitwertes und der Tatsache, dass der Beizug eines Anwaltes erst für das Berufungsverfahren erfolgte, erscheint das Absehen von der in § 12 Abs. 1 der AnwGebV vorgesehene Reduktion und die Festsetzung der Entschädigung auf Fr. 400.-- als angemessen (im Sinne von § 12 Abs. 5 AnwGebV, gerundet). Der Beschwerdeführer hat dabei nicht beantragt, zur höheren Prozessentschädigung auch die Mehrwertsteuer ersetzt zu erhalten (KG act. 1 S. 2 Ziff. 4), weshalb die Entschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen ist (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006, Ziff. 2.1.1).

4. Zusammengefasst erweist sich, dass die Beschwerde des Beschwerdeführers in einem Punkt gutzuheissen und Dispositiv-Ziff. 11 des angefochtenen Entscheides im Sinne der vorstehenden Erwägungen zu ersetzen ist.

III.

1. Der Beschwerdeführer dringt mit seiner Beschwerde in einem Punkt durch, was zur Aufhebung einer Dispositiv-Ziffer des vorinstanzlichen Entscheides führt, während er die Aufhebung von sieben Dispositivziffern beantragt hat (welche jedoch teilweise eng zusammenhängen; KG act. 1 S. 2). Es rechtfertigt sich daher, ihm drei Viertel der Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Die Beschwerdegegnerin hat sich am Kassationsverfahren nicht beteiligt, weshalb sie praxisgemäss nicht als (teilweise) unterliegende Partei gilt und ihr somit keine Kosten aufzuerlegen sind (§ 64 Abs. 2 ZPO; RB 1981 Nr. 19; 1975 Nr. 20). Die Kosten des Kassationsverfahrens sind demnach zu einem Viertel auf die Gerichtskasse zu nehmen. Mangels erheblicher Umtriebe ist der Be-

schwerdegegnerin keine (reduzierte) Entschädigung zuzusprechen, hat doch diese auf eine Beschwerdeantwort verzichtet (KG act. 9).

2. Der Beschwerdeführer stellt auch für das vorliegende Verfahren ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (KG act. 1 S. 3 mit kurzer Begründung in RZ 6). Die Voraussetzungen für dessen Gewährung sind bereits vorstehend II.2.2a wiedergegeben. Die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers ist von der Vorinstanz bejaht worden (vgl. KG act. 2 S. 15) und es besteht kein Anlass, daran zu zweifeln (MG act. 19 und MG act. 21/1-23), auch wenn der Beschwerdeführer darauf hinzuweisen ist, dass Ausgaben für "Wäsche und Reinigung", welche er mit Fr. 140.-- in seinem Existenzminimum berücksichtigt haben will (MG act. 19 S. 6), abgesehen von auf ihn nicht zutreffenden Ausnahmen als im Grundbetrag ("Eigenbedarf") von Fr. 1'100.-- (für eine alleinstehende Person) enthalten gelten. Da die Nichtigkeitsbeschwerde nicht von Anfang an als aussichtslos zu bezeichnen ist und der nicht rechtskundige Beschwerdeführer zur Führung des vorliegenden Verfahrens mit seiner Beschränkung auf die Nichtigkeitsgründe gemäss § 281 ZPO sowie den strengen Anforderungen an die Begründung der Beschwerde (vgl. § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO) auf einen Rechtsvertreter angewiesen ist, ist ihm in der Person von RA lic.iur. ... ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen und die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen. Der Beschwerdeführer ist auf die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO hinzuweisen.

Das Gericht beschliesst:

1. Dem Beschwerdeführer wird für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung gewährt und in der Person von RA lic.iur. ... ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
2. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziff. 11 des vorinstanzlichen Beschlusses der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. September 2008 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"11. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 400.-- zu bezahlen."
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 400.--.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden zu $\frac{1}{4}$ auf die Gerichtskasse genommen und zu $\frac{3}{4}$ dem Beschwerdeführer auferlegt, zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückforderung gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Der Beschwerdegegnerin wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
6. Der Vertreter des Beschwerdeführers, RA lic.iur. ..., wird für seine Bemühungen im Beschwerdeverfahren mit Fr. 300.-- zuzüglich 7.6% MWST aus der Gerichtskasse entschädigt.
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 ordent-

liche 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. 1'678.50.

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

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdeführer unter Beilage eines Doppels von act. 9, sowie an das Obergericht (Prozess-Nr. NG080006) und an den Mietgerichtspräsidenten i.V. des Mietgerichts Zürich (Prozess-Nr. MD070061), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die jur. Sekretärin: