



Kass.-Nr. AA100048/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei, Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 31. August 2010

in Sachen

1. **E-F**,

...,

2. **...**,

Beklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin

gegen

Kanton Zürich,

Immobilienamt der Baudirektion, Walcheplatz 1, Postfach, 8090 Zürich,

Kläger, Appellat und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

Ausweisung und Kündigungsschutz

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. März 2010 (NG100001/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Am 1. Dezember 1999 schlossen die M SA, vertreten durch ihren Verwaltungsrat E, als Vermieterin sowie E-F (Beschwerdeführerin) und ME als Mieter einen Mietvertrag über das Einfamilienhaus am Aubrigweg 4 in H mit Mietbeginn am 1. Mai 2000 (MG act. 10/16/3/2 = MG act. 2/4).

In einem Strafverfahren gegen E verfügte die Bezirksanwaltschaft X am 12. Dezember 2000 eine Grundbuchsperrung über die genannte Liegenschaft. Mit Urteil vom 25. November 2005 erkannte das Obergericht (II. Strafkammer) E verschiedener Vermögensdelikte schuldig und zog mit gleichzeitig ergangenem Beschluss die Liegenschaft ein. Es beauftragte das Gemeindeammannamt H, die Liegenschaft in einer freiwilligen Versteigerung zu verwerten und den Nettoerlös der Geschädigten auszuzahlen (MG act. 2/1 S. 59 Beschlusses-Dispositiv Ziffer 2). Die gegen diesen Entscheid beim Kassationsgericht und beim Bundesgericht durch E erhobenen Rechtsmittel blieben ohne Erfolg (siehe Urteil der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 3. September 2007, MG act. 2/2).

Das Immobilienamt des Kantons Zürich (Beschwerdegegner) liess am 24. Juli 2008 durch seinen Rechtsvertreter das Mietverhältnis mit der Beschwerdeführerin und ME auf den 31. Oktober 2008 kündigen (amtliche Formulare MG act. 2/7 und 2/8, Begleitbrief an den damaligen Rechtsvertreter der beiden Mieter MG act. 2/9). In dieser Angelegenheit waren verschiedene Verfahren betreffend Ausweisung und Kündigungsschutz vor der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirks C, vor dem Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht C und vor dem Mietgericht C hängig, auf welche hier nicht im Einzelnen einzugehen ist. Mit Urteil vom 26. November 2009 hiess das Mietgericht C eine Klage des Kantons Zürich auf Ausweisung der Beschwerdeführerin und von ME gut und befahl diesen, die genannte Liegenschaft zu räumen und dem Kanton Zürich zu übergeben, unter Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (MG act. 38 = OG act. 48). Gegen dieses Urteil erhob die Beschwerdeführerin für sich

und für ME Berufung (OG act. 49). Da die Beschwerdeführerin auf entsprechende Aufforderung des Mietgerichtspräsidenten (Verfügung vom 14. Dezember 2009, MG act. 42) keine Vollmacht von ME einreichte, wurde die Berufungserklärung als nur durch diese erhoben entgegengenommen (vgl. Verfügung des Mietgerichtspräsidenten vom 7. Januar 2010, OG act. 50). Im Berufungsverfahren vor Obergericht trat denn auch lediglich die Beschwerdeführerin als Berufungsklägerin auf.

Die II. Zivilkammer des Obergerichts setzte der Beschwerdeführerin mit Beschluss vom 19. Januar 2010 eine Frist vom 20 Tagen zur schriftlichen Stellung der Berufungsanträge und Begründung derselben an (OG act. 52). Dieser Beschluss wurde der Beschwerdeführerin am 28. Januar 2010 zugestellt (Empfangsschein, OG act. 53), so dass die angesetzte Frist bis zum 17. Februar 2010 lief. Mit Eingabe vom 4. Februar 2010 zeigte Rechtsanwalt lic. iur. A dem Obergericht an, dass er die Beschwerdeführerin vertrete, und ersuchte um Überlassung der Akten bis Fristablauf (OG act. 54). Mit weiterer Eingabe vom 23. Februar 2010 teilte Rechtsanwalt lic. iur. A dem Obergericht mit, dass er die Beschwerdeführerin nicht mehr vertrete (OG act. 56). Die Beschwerdeführerin ersuchte das Obergericht mit Eingabe vom 2. März 2010 um Wiederherstellung der Frist zur Stellung und Begründung der Berufungsanträge. Zur Begründung machte sie sorgfalts- und standeswidrige Mandatsführung durch Rechtsanwalt lic. iur. A geltend (OG act. 57).

Mit Beschluss vom 5. März 2010 wies das Obergericht das Fristwiederherstellungsgesuch der Beschwerdeführerin ab und trat auf die Berufung nicht ein (OG act. 59 = KG act. 2). Dieser Beschluss wurde der Beschwerdeführerin am 29. März 2010 zugestellt (Empfangsschein, OG act. 61).

2. Die Beschwerdeführerin beantragte mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde vom 16. April 2010 und damit noch vor Ablauf der 30-tägigen Rechtsmittelfrist, es sei der Beschluss des Obergerichts vom 5. März 2010 aufzuheben und dieses anzuweisen, auf die Berufung einzutreten (KG act. 1A und 1B, Antrag 1; KG act. 1B entspricht KG act. 1A unter Ausmerzung einiger Tippfehler). Der Präsident des Kassationsgerichts verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde mit Verfügung vom 19. April 2010 einstweilen aufschiebende Wirkung (KG act. 6). Mit Verfügung vom 7. Mai

2010, nach Ablauf der Rechtsmittelfrist, innert welcher die Beschwerdeführerin ihre Beschwerdebegründung nicht ergänzt hatte, setzte der Präsident des Kassationsgerichts dem Beschwerdegegner Frist zur Beantwortung der Nichtigkeitsbeschwerde an (KG act. 10). Der Beschwerdegegner beantragte mit seiner Beschwerdeantwort, es sei die Nichtigkeitsbeschwerde vollumfänglich abzuweisen, soweit auf sie einzutreten sei (KG act. 13 S. 2). Das Obergericht verzichtete auf eine Vernehmlassung (KG act. 12). Mit Eingabe vom 29. Juni 2010 nahm die Beschwerdeführerin unaufgefordert Stellung zur Beschwerdeantwort (KG act. 16).

II.

1. 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, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

2. Das Obergericht hält fest, die Beschwerdeführerin habe mit Eingabe vom 2. März 2010 um Fristwiederherstellung bzw. Ansetzung einer Notfrist ersucht, weil Rechtsanwalt lic. iur. A seinen Sorgfaltspflichten grobfahrlässig nicht nachgekommen sei. Das Gericht könne auf Antrag der säumigen Partei eine Frist wiederherstellen, wenn sie an der Versäumnis lediglich ein leichtes Verschulden treffe oder ihr die Befolgung einer prozessualen Zeitbestimmung unmöglich gewesen sei. Bei grobem Verschulden hänge die Wiederherstellung vom Einverständnis der Gegenpartei ab. Bei vertretenen Parteien sei dabei jeweils auf das Verschulden des Vertreters abzustellen. In zeitlicher Hinsicht sei das Wiederherstellungsgesuch spätestens zehn Tage nach dem Wegfall des Hindernisses zu stellen (§ 199 Abs. 3 GVG). Die Beschwerdeführerin lege keine Umstände dar, weshalb die rechtzeitige Stellung und Begründung der Berufungsanträge unmöglich gewesen sein soll oder weshalb das Verschulden an der Säumnis als leicht zu werten sei, sondern wirft ihrem Rechtsvertreter grobe Pflichtverletzungen vor. Pflichtvergeßenes Verhalten eines Anwalts habe indessen gemäss Rechtsprechung die vertretene Partei zu verantworten. In diesem Zusammenhang falle erschwerend ins Gewicht, dass die Beschwerdeführerin den Beschluss vom 19. Januar 2010 betreffend Stellung und Begründung der Berufungsanträge am 28. Januar 2010 persönlich entgegen genommen habe und somit nachweislich Kenntnis vom Lauf der fraglichen Frist gehabt habe. Die Mandatierung von Rechtsanwalt lic. iur. A am 4. Februar 2010 sei ebenfalls lange vor Ablauf der Frist am 17. Februar 2010 erfolgt. Aufgrund ihrer Kenntnis vom Lauf der Frist hätte die Beschwerdeführerin ihren Rechtsvertreter vor Ablauf der Frist kontaktieren und zu deren Einhaltung anhalten oder selber handeln können und müssen. Die Stellung des Gesuchs am 2. März sei aus diesem Grund verspätet erfolgt. Das Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Stellungnahme und Begründung der Berufungsanträge sei demzufolge abzuweisen (KG act. 2 S. 2 f.).

Die Beschwerdeführerin beklagt sich in ihrer Beschwerdeschrift erneut über die angeblich sorgfaltswidrige Mandatsführung durch Rechtsanwalt lic. iur. A. Sie macht geltend, alle Akten seien, so habe sie wenigstens geglaubt, in guten Händen bei Rechtsanwalt lic. iur. A gelegen. Sie sei nicht mehr dokumentiert gewesen, d.h. ihr sei das komplette Dossier nicht zur Verfügung gestanden, ansonsten

sie ihre fertige Berufungsbegründung mit Beweismitteln selbst dem Gericht übersandt hätte. Rechtsanwalt lic. iur. A sei nicht erreichbar gewesen und ihr seien wegen der fehlenden Akten die Hände gebunden gewesen (KG act. 1B). Sie legt ihrer Beschwerdeschrift einen Teil der Korrespondenz zwischen ihr und Rechtsanwalt lic. iur. A bei (KG act. 3/2 - 10).

Da die Kassationsinstanz nur zu prüfen hat, ob der angefochtene Entscheid nach der bei der Vorinstanz gegebenen Aktenlage an einem Nichtigkeitsgrund leidet, sind im Kassationsverfahren neue Behauptungen und Beweismittel, welche eine Vervollständigung des vor der Vorinstanz vorzubringenden Prozessstoffs bezwecken, unzulässig. Es gibt im Kassationsverfahren kein Novenrecht (von Rechenberg, a.a.O., S. 17). Die von der Beschwerdeführerin in Beilage zur Beschwerdeschrift eingereichten Urkunden sind somit unbeachtlich, soweit sie nicht bereits im Berufungsverfahren vor Obergericht eingereicht wurden (OG act. 58).

Dasselbe gilt für die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Verhältnis zwischen ihr und Rechtsanwalt lic. iur. A, soweit sie der Ergänzung der Vorbringen vor Obergericht dienen. Im übrigen setzt sich die Beschwerdeführerin nicht im einzelnen mit den Erwägungen des Obergerichts auseinander und zeigt damit nicht auf, dass diese aufgrund der vorinstanzlichen Aktenlage mit Nichtigkeitsgründen gemäss § 281 Ziff. 1 - 3 ZPO (Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahme, Verletzung klaren materiellen Rechts) behaftet seien.

In ihrer Stellungnahme vom 29. Juni 2010 zur Beschwerdeantwort äussert sich die Beschwerdeführerin zur der Geschädigten im vorangegangenen Strafverfahren gegen E, bezeichnet dieses Strafverfahren als von Beginn an illegal und rügt, die Geschädigte habe es verstanden, die Schweizer Justiz mit ihren Helfershelfern zu instrumentalisieren. Es sei in diesem Zusammenhang gegen verschiedene Personen Strafanzeige bei der Bundesanwaltschaft eingereicht worden, und es seien verschiedene namentlich aufgeführte in- und ausländische Dienststellen einbezogen worden (KG act. 16). Diese Vorbringen sind nicht zu beachten. Zum einen kennt das Kassationsverfahren nur einen Schriftenwechsel (Beschwerdebegründung und Beschwerdeantwort, § 288 f. ZPO), so dass die nachträglichen

Ausführungen verspätet sind. Zum andern betreffen diese Ausführungen nicht die Frage der Wiederherstellung der Frist zur Stellung der Berufungsanträge und zur Begründung derselben und damit auch nicht die Gründe, welche das Obergericht im angefochtenen Beschluss bewogen haben, das entsprechende Wiederherstellungsgesuch abzuweisen und auf die Berufung der Beschwerdeführerin nicht einzutreten.

Zusammenfassend kann auf die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten werden.

III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO). Das Mietgericht und das Obergericht gehen von einem Streitwert von Fr. 345'000.-- aus (OG act. 48 S. 30 Erw. X/2; KG act. 2 S. 3 Erw.). Es besteht kein Anlass, im Kassationsverfahren von dieser Bezifferung, welche von keiner der Parteien bestritten wurde, abzuweichen.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 6'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 6'000.-- (zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer: Fr. 456.--) zu entrichten.

5. 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 beträgt Fr. 345'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 5. März 2010 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Mietgericht des Bezirkes C, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: