



Kass.-Nr. AA040131/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Dieter Zobl, Alfred Keller und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der Sekretär Markus Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 15. September 2004

in Sachen

X.,

Beklagter, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

Y.,

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt _____.

betreffend **Ausweisung / Kündigungsschutz**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. Juli 2004 (NL040078/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1.a) Mit Eingabe vom 8. Oktober 2003 machte der Beschwerdeführer (Mieter, Ausweisungsbeklagter und Rekurrent) bei der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich ein Begehren betreffend Kündigungsschutz anhängig (ER Proz.-Nr. EU040173 [im Folgenden "ER I"] act. 2/1 = ER Proz.-Nr. EU040120 [nachfolgend "ER II"] act. 4/15 = OG act. 3/12), nachdem die zwischen den Parteien mit Wirkung ab 1. Oktober 2001 (befristet) abgeschlossenen Mietverträge über das Ladenlokal, einen Lagerraum und einen Abstellplatz in der Liegenschaft P. in Zürich (vgl. ER I act. 2/7/1 = ER II act. 4/2 = OG act. 3/3a und ER II act. 4/3-4 = OG act. 3/3b-c) wegen Zahlungsverzugs des Mieters (gestützt auf Art. 257d OR) mit amtlichem Formular per 31. Oktober 2003 gekündigt worden waren (s. ER I act. 2/7/3 = ER II act. 4/12 = OG act. 3/11). Am 11. Februar 2004 gelangte die Beschwerdegegnerin (Vermieterin, Ausweisungsklägerin und Rekursgegnerin) ihrerseits mit dem Begehren an die Einzelrichterin im summarischen Verfahren (Audienzrichteramt) des Bezirkes Zürich, den Beschwerdeführer sowie sämtliche namentlich nicht bekannten, die Mietobjekte (mit)besitzenden bzw. (mit)benützenden Personen unverzüglich aus den gemieteten Räumlichkeiten auszuweisen (ER II act. 1 = ER I act. 2/14; s.a. ER II act. 14 S. 2 f.).

In der Folge überwies die Schlichtungsbehörde das Kündigungsschutzverfahren mit Beschluss vom 9. März 2004 in Anwendung von Art. 274g Abs. 3 OR an besagte Einzelrichterin (ER I act. 1 = ER I act. 2/16 = OG act. 3/13), welche die beiden Verfahren (betreffend Kündigungsschutz und betreffend Ausweisung) mit Verfügung vom 17. März 2004 vereinigte, das Kündigungsschutzbegehren abwies und dem Beschwerdeführer in Gutheissung des gegen ihn gerichteten Ausweisungsbegehrens unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfalle (und unter gleichzeitiger Vollstreckungsanweisung an das Stadtmannamt) befahl, die gemieteten Räumlichkeiten (Ladenlokal, Lagerraum und Abstellplatz) unverzüglich zu räumen und der Beschwerdegegnerin ordnungsgemäss zu übergeben. Überdies wies sie – was vorliegend allerdings nicht weiter interessiert – das klägerische Befehlsbegehren ab, soweit dieses sich gegen Unbekannt richtete (ER II act. 17a = OG act. 2 = OG act. 7).

b) Gegen den einzelrichterlichen Entscheid, das Kündigungsschutzbegehrens abzuweisen und den angebehrten Räumungsbefehl zu erteilen, liess der Beschwerdeführer unter dem 24. Mai 2004 fristgerecht Rekurs erheben (OG act. 1), den die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) nach Eingang der Rekursantwort (OG act. 11) mit Beschluss vom 29. Juli 2004 in Bestätigung der erstinstanzlichen Ausweisungsverfügung (und unter Erneuerung der Vollstreckungsanweisung an das Stadtammannamt) abwies (OG act. 12 = KG act. 2).

c) Gegen diesen der Beschwerde führenden Partei am 2. August 2004 zugestellten (vgl. OG act. 13/1) vorinstanzlichen Rekursentscheid, dessen Beschwerdefähigkeit ohne weiteres zu bejahen ist (vgl. § 281 ZPO und Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 10 zu § 281 ZPO; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 5; s.a. Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 62), richtet sich die vorliegende, vom 1. September 2004 datierte, gleichentags zur Post gegebene und damit fristwährend eingereichte (vgl. § 287 ZPO, § 140 Abs. 2 GVG und §§ 191/193 GVG) Nichtigkeitsbeschwerde, in welcher der Beschwerdeführer erklärt, mit dem angefochtenen Beschluss nicht einverstanden zu sein (KG act. 1). Neben der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde erhob der Beschwerdeführer gegen den vorinstanzlichen Beschluss auch eidgenössische Berufung beim Bundesgericht (vgl. OG act. 14).

d) Wie die nachstehenden Erwägungen (Erw. 3) zeigen, erweist sich die Beschwerde sofort als den formellen Anforderungen an die Begründung einer solchen nicht genügend. Deshalb kann – nach bereits erfolgtem Beizug der vorinstanzlichen Akten (vgl. KG act. 6) – von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen werden. Auch ist vom Beschwerdeführer (trotz der Vorschrift von § 75 Abs. 1 ZPO) keine Kautions einzufordern. Dies deshalb, weil im Rahmen eines in Anwendung von Art. 274g OR in der Hand des Ausweisungsrichters vereinigten (summarischen) Verfahrens nicht nur über das Ausweisungsbegehren, sondern (vorab) auch über die Gültigkeit bzw. Wirkung der Kündigung zu befinden ist und

hinsichtlich dieses – im vorliegenden Fall eine Mietstreitigkeit über Geschäftsräume betreffenden – Entscheids die Besonderheiten des einfachen und raschen Verfahrens (insbes. § 78 Ziff. 2 ZPO) gelten (vgl. Art. 274d Abs. 1 OR und § 53 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO).

2. Die Vorinstanz legte in ihrer Entscheidungsbegründung zunächst dar, dass und weshalb dem Beschwerdeführer nach Treu und Glauben klar sein musste, dass die die Kündigung aussprechende Z. AG als Vertreterin der Beschwerdegegnerin und demzufolge mit Rechtswirkung für diese gehandelt habe (KG act. 2 S. 3, Erw. II/2).

Alsdann nahm sie zum beklagischen Argument Stellung, die Beschwerdegegnerin bzw. deren Verwaltung habe angebotene Zahlungen nicht entgegengenommen (vgl. OG act. 1 S. 3 f.). Dabei verwies sie vorab in Anwendung von § 161 GVG auf die ihrer Ansicht nach zutreffenden Erwägungen der Erstinstanz. Diese hatte ihrerseits im Wesentlichen erwogen, dass die vom Beschwerdeführer behauptete blosse Verbaloblation durch Dritte, d.h. die blosse Inaussichtstellung der Zahlung bzw. eine blosse Zahlungsankündigung (oder die von einem Dritten geäusserte Bereitschaft, die Schuld zu übernehmen oder durch Bürgschaft sicherzustellen), noch kein gehöriges Erfüllungsangebot hinsichtlich der Bringschuld des Mieters darstelle und eine solche daher keinen Annahmeverzug des Vermieters zu begründen vermöge; hiefür sei vielmehr vorausgesetzt, dass – was der Beschwerdeführer nicht behauptete – der Schuldner alles für die Erfüllung Notwendige vorgenommen habe und für deren Perfektion nur noch die Mitwirkung des Gläubigers fehle; davon könne bei der vom Beschwerdeführer behaupteten blossen Offerte zur Übernahme der Schuld bzw. zur Zahlung durch dessen Bruder aber nicht die Rede sein (vgl. ER II act. 17a S. 9 f. und 13 f.). Soweit der Beschwerdeführer – so die Vorinstanz weiter – (in der Rekurschrift nunmehr) zum Ausdruck bringen wolle, es seien tatsächlich Zahlungsversuche unternommen worden, welche durch die Beschwerdegegnerin bzw. deren Verwaltung nicht entgegengenommen worden seien, liege ein gemäss § 278 und § 267 Abs. 1 ZPO i.V.m. §§ 114 f. ZPO im Rekursverfahren unzulässiges Novum vor (KG act. 2 S. 3, Erw. II/3).

Teilweise neu, d.h. erstmals im Rekursverfahren vorgetragen sei sodann die beklagtsche Behauptung, wonach A.X., U.X. und H.X. sich am 30. Juli 2003 bei der Verwaltung gemeldet hätten, um die ausstehenden Mietzinse zu begleichen (vgl. OG act. 1 S. 7), habe der Beschwerdeführer vor Erstinstanz doch noch keinen Zeitpunkt für das behauptete Zahlungsangebot genannt. Nachdem in der Rekursschrift als Beweismittel hiefür (nur) die Zeugenaussagen der erwähnten Personen offeriert würden, erweise sich die neue Behauptung im Lichte von §§ 114 f. ZPO als verspätet und unzulässig. Damit bleibe es dabei, dass nicht behauptet worden sei, dass der Beschwerdegegnerin bzw. deren Verwaltung noch vor Ablauf der Zahlungsfrist ein Zahlungsangebot unterbreitet worden sei. Im Übrigen sei auch nicht substantiiert dargetan worden, wie die Verwaltung hierauf reagiert haben sollte; namentlich werde nicht behauptet, dass Letztere um Ausstellung von Einzahlungsscheinen ersucht worden sei und dies abgelehnt habe. Vielmehr sei die Zustellung von Einzahlungsscheinen offenbar gar nicht verlangt worden. So oder anders habe die Erstinstanz zutreffend ausgeführt, dass die Zahlung des offenen Mietzinses jederzeit hätte vorgenommen werden können und der Mitwirkung durch die Beschwerdegegnerin bzw. deren Vertreterin nicht bedurft habe (KG act. 2 S. 3 f., Erw. II/4 m.Hinw. auf ER II act. 14 S. 6 und 14 f., OG act. 1 S. 7 sowie OG act. 6 [recte: 7] S. 9, 10 und 13 f.).

Schliesslich begründete die Vorinstanz, weshalb auch der beklagtsche Einwand, der Beschwerdeführer habe den Laden "über seine Brüder" verkaufen und den Mietvertrag auf einen allfälligen Käufer übertragen wollen, wozu die Beschwerdegegnerin jedoch keine Hand geboten habe, nicht verfange und auch daraus keine Missbräuchlichkeit der Kündigung abgeleitet werden könne (KG act. 2 S. 4, Erw. II/5).

3.a) Angesichts der Ausgestaltung seiner dagegen gerichteten Beschwerde (KG act. 1) ist der Beschwerdeführer auf die besondere Natur des Kassationsverfahrens hinzuweisen. Dieses stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist vielmehr (allein), ob der angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO leidet. Dabei muss der Nichtigkeitskläger,

der anzugeben hat, inwieweit er den vorinstanzlichen Entscheid anfechtet und welche Änderungen (in dessen Dispositiv) er beantragt (§ 288 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO), den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO); gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft (sog. Rügeprinzip). Um diesen ihm obliegenden Nachweis zu erbringen, hat er sich konkret mit dem angefochtenen (hier: Rekurs-)Entscheid bzw. den darin enthaltenen, den Entscheid tragenden Erwägungen auseinander zu setzen. Die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügt hierfür ebenso wenig wie rein appellatorische Kritik an den Erwägungen der Vorinstanz; 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. Es ist mithin nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten (oder gar eines anderen) Nichtigkeitsgrundes zu suchen (einschlüssig zum Ganzen von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.; Spühler/Vock, a.a.O., S. 56 f., 72 f.; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO; ZR 81 Nr. 88).

b) Die vorliegende Beschwerde (KG act. 1) vermag den eben skizzierten, zumindest in ihren wesentlichen Grundzügen auch von einer rechtsunkundigen Partei zu beachtenden gesetzlichen Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde in keiner Weise zu genügen. So erklärt der Beschwerdeführer zwar, mit dem angefochtenen Entscheid "nicht einverstanden" zu sein, ohne jedoch konkrete Abänderungs- bzw. Rechtsmittelanträge zu stellen; auch enthält die Beschwerdeschrift keinerlei Hinweise auf konkrete Stellen im angefochtenen Entscheid oder auf andere Stellen in den vorinstanzlichen Akten. Selbst wenn man – was nahe liegt – davon ausgeht, der Beschwerdeführer verlange sinngemäss die (vollumfängliche) Aufhebung des vorinstanzlichen Beschlusses, lassen seine Ausführungen auch in inhaltlicher Hinsicht jedwede konkrete Bezugnahme auf die entscheidrelevanten Erwägungen im angefochtenen (Rekurs-)Entscheid (KG act. 2 S. 2 ff., Erw. II) vermissen; von einer eigentlichen argumentativen Auseinandersetzung mit der von der Vorinstanz gegebenen Begründung kann erst recht keine Rede sein. Ebenso wenig zeigt der Beschwerdeführer auch nur an-

satzweise auf, dass und inwiefern der angefochtene obergerichtliche Beschluss zu seinem Nachteil mit einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO behaftet sei. Statt dessen beschränkt er sich darauf, sein bereits vor den Vorinstanzen (vgl. ER II act. 14 S. 4 und 6; OG act. 1 S. 3 f.) verfochtenes Argument zu wiederholen, wonach die Kündigung deshalb "nicht richtig" sei, weil sich die Verwaltung geweigert habe, "die Zahlungen" seines Bruders entgegenzunehmen, ohne dabei auch nur am Rande auf diejenigen Ausführungen Bezug zu nehmen, mit denen die Vorinstanz diesen Einwand argumentativ entkräftet hat (KG act. 2 S. 3 f., Erw. II/3-4 [mit Verweisungen auf die erstinstanzliche Begründung]). Damit übt er der Sache nach aber rein appellatorische und als solche nicht zu hörende Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. am für ihn negativen Ausgang des Rekursverfahrens (Bestätigung des Räumungsbefehls). Mangels rechtsgenügender Begründung kann daher nicht auf die Beschwerde eingetreten werden (§ 288 ZPO).

4. Bei diesem Ausgang (Nichteintreten) sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens in Anwendung der allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) dem als unterliegende Partei zu betrachtenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (vgl. Guldenner, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 406, Anm. 6/a). Da der Beschwerdegegnerin vor Kassationsgericht keine entschädigungspflichtigen Kosten und Umtriebe (im Sinne von § 68 Abs. 1 ZPO) entstanden sind, fällt die Zusprechung einer Prozessentschädigung ausser Betracht.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 184.-- Schreibgebühren,
Fr. 95.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, die Einzelrichterin im summarischen Verfahren (Audienz) des Bezirkes Zürich (ad EU040120) und das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: