



---

Kass.-Nr. AA040142/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Dieter Zobl, Alfred Keller, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Daniela Brüscheiler

## Zirkulationsbeschluss vom 24. Dezember 2004

in Sachen

X.,

Beklagte, Rekurrentin und Beschwerdeführerin  
vertreten durch Rechtsanwalt \_\_\_\_\_

gegen

Y.,

Kläger, Rekursgegner und Beschwerdegegner

betreffend

**Ausweisung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. August 2004 (NL040104)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Mit amtlichem Formular vom 15. März 2004 kündigte Y. (Ausweisungskläger, Rekursgegner und Beschwerdegegner; nachfolgend Beschwerdegegner) das zwischen ihm und X. (Ausweisungsbeklagte, Rekurrentin und Beschwerdeführerin; nachfolgend Beschwerdeführerin) bestehende Mietverhältnis über eine 3-Zimmerwohnung an der \_\_\_\_strasse 588 in O. wegen ausstehenden Mietzinses (ER act. 2/3).

Mit Eingabe vom 10. Mai 2004 verlangte der Beschwerdegegner beim Audienzrichter des Bezirksgerichts Zürich die Ausweisung der Beschwerdeführerin (ER act. 1). Die Parteien wurden am 11. Mai 2004 zu der auf 2. Juni 2004 festgesetzten Verhandlung vorgeladen (ER act. 3). Am 1. Juni 2004 meldete sich der Neffe der Beschwerdeführerin, Z., telefonisch beim Audienzrichteramt und teilte mit, die fälligen Mietzinse seien einbezahlt worden (ER act. 5). Z. bestätigte dies mit Schreiben vom gleichen Tag und er hielt in diesem Schreiben zudem fest, die Beschwerdeführerin könne aus gesundheitlichen Gründen den Verhandlungstermin vom 2. Juni 2004 nicht wahrnehmen (ER act. 6). Nachdem keine der Parteien zur Verhandlung erschienen war, befahl die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirks C. (Audienzrichterin) der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 21. Juni 2004, die 3-Zimmerwohnung im 4. Stock der Liegenschaft \_\_\_\_strasse 588 in O. unverzüglich zu räumen und der klagenden Partei ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (ER act. 8a).

2. Den von der Beschwerdeführerin bzw. Z. als deren Vertreter gegen den einzelrichterlichen Ausweisungsbefehl erhobenen Rekurs (OG act. 1) wies die II. Zivilkammer des Obergerichts (Vorinstanz) mit Beschluss vom 13. August 2004 in Bestätigung der erstinstanzlichen Verfügung ab (OG act. 10 bzw. KG act. 2).

3. Gegen diesen dem Vertreter der Beschwerdeführerin am 19. August 2004 zugestellten (vgl. OG act. 11/1) obergerichtlichen Rekursentscheid liess die Beschwerdeführerin rechtzeitig Nichtigkeitsbeschwerde erheben mit dem Antrag, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1, insb. S. 2).

Mit Präsidialverfügung vom 20. September 2004 wurde der Beschwerdeführerin gestützt auf § 75 ZPO eine Prozesskaution in der Höhe von Fr. 700.-- auferlegt und der Beschwerde antragsgemäss (KG act. 1 S. 2 ff.) die aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 8). Die Kautionsleistung ging fristgemäss ein (KG act. 11). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 10), der Beschwerdegegner reichte keine Stellungnahme ein.

## II.

1. Vorauszuschicken ist, dass das Beschwerdeverfahren keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt. Zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO leidet. Daher sind neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig (vgl. Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 16 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 4a zu § 288 ZPO mit Hinweisen; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 75).

Das von der Beschwerdeführerin mit der Beschwerde eingereichte Schreiben von Dr. med. \_\_\_\_\_ vom 14. September 2004 (KG act. 4/2) ist demzufolge - soweit sich Einwendungen der Beschwerdeführerin gegen den angefochtenen

Entscheid darauf stützen sollten - als Novum nicht zuzulassen. Hingegen ist die ärztliche Bestätigung in Bezug auf die Prüfung der Prozessvoraussetzungen für das kantonale Beschwerdeverfahren zu berücksichtigen.

2. Die Beschwerdeführerin lässt zusammengefasst vorbringen, zum einen habe der Beschwerdeführerin die Prozessfähigkeit gefehlt, weshalb der Entscheid des Obergerichts mit einem grundsätzlichen Mangel in Bezug auf die Vorschriften über die Partei- und Prozessfähigkeit behaftet sei, zum anderen habe die Erstinstanz trotz eines Hinweises auf gesundheitliche Probleme seitens der Beschwerdeführerin zu Unrecht von weiteren Abklärungen zur Frage ihrer Prozessfähigkeit abgesehen, was der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes gleichkomme. Darüber hinaus hätte die Erstinstanz Z. auf die Notwendigkeit der Ein- bzw. Nachreichung eines Arztzeugnisses hinweisen müssen, andernfalls eine Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör vorliege. Unzulässig sei sodann, dass die Erstinstanz nicht auf die schriftlich geltend gemachte Einigung zwischen den Parteien eingegangen sei, sondern sie die Säumnisfolgen gemäss § 208 ZPO zur Anwendung gebracht habe (KG act. 1 S. 6 ff.).

3. a) Soweit die Beschwerdeführerin rügen will, die Vorinstanz sei zu Unrecht von ihrer Prozessfähigkeit ausgegangen, so kann auf diese Rüge nicht eingetreten werden. Die Prozessfähigkeit beurteilt sich als Teil der Urteils- bzw. Handlungsfähigkeit nach Bundesrecht (vgl. Guldener, Schweiz. Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 127; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu §§ 27/28 ZPO mit Hinweisen; Entscheid des Bundesgerichts vom 12. Februar 2002 5C.209/2001 = Pra 2002 Nr. 107; ZR 91/92 Nr. 9). Die Frage, ob die Prozessfähigkeit zu Recht oder zu Unrecht bejaht wurde, kann demnach dem Bundesgericht mit der vorliegend zulässigen eidgenössischen Berufung unterbreitet werden (Art. 43 ff. OG; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 13a zu § 285 ZPO). Der Prüfungsbefugnis des Kassationsgerichts ist sie im Hinblick auf § 285 ZPO entzogen, weshalb auf die Beschwerde insoweit nicht eingetreten werden kann.

b) Demgegenüber hat das Kassationsgericht die Prozessfähigkeit der Beschwerdeführerin für das Nichtigkeitsverfahren grundsätzlich von Amtes wegen zu prüfen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 64 zu §§ 27/28 ZPO). Nachdem sich die

Beschwerde jedoch, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, als unbegründet erweist, kann die Frage der Prozessfähigkeit bzw. Urteilsfähigkeit der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren offen gelassen werden.

Immerhin ist jedoch festzuhalten, dass für das Kassationsverfahren bzw. für die Bevollmächtigung des heutigen anwaltlichen Rechtsvertreters wohl von einer genügenden Urteils- und damit Prozessfähigkeit der Beschwerdeführerin auszugehen wäre. Die Urteilsfähigkeit beurteilt sich nach ständiger Rechtsprechung nicht abstrakt, es kommt vielmehr darauf an, ob Urteilsfähigkeit für ein konkretes Rechtsgeschäft, eine konkrete rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche Handlung zu einem bestimmten Zeitpunkt und für den Zustand einer konkreten, daran beteiligten Person zu bejahen ist. Urteilsfähigkeit ist somit ein relativer Begriff. Sie muss bezogen auf einen konkreten Rechtsakt und im Zeitpunkt der Vornahme gegeben sein (Bigler-Eggenberger, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, 2. Aufl., Basel u.a. 2002, N 34 zu Art. 16 ZGB m.w.H.). Es ist daher denkbar, dass eine Person trotz allgemeiner Beeinträchtigung der Urteilsfähigkeit zwar gewisse Alltagsgeschäfte noch zu besorgen vermag und diesbezüglich urteilsfähig ist, während ihr für anspruchsvollere Geschäfte die Urteilsfähigkeit abzuspochen ist. In Rechtsprechung und Literatur wird festgehalten, die Begründung eines Wohnsitzes beruhe auf dem einfachen Fühlen und Wollen, an einem bestimmten Ort verwurzelt zu sein und dort seinen Platz zu haben, sodass in dieser Beziehung keine strengen Anforderungen an die (bei einer erwachsenen Person vermutete) Urteilsfähigkeit zu stellen seien (BGE 127 V 237, 240; Bucher, in Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I/2/1, Art. 11-26 ZGB, Bern 1976, N 91 zu Art. 16 ZGB). Dies wird zweifellos auch dann gelten, wenn zur Diskussion steht, ob ein bereits begründeter Wohnsitz beibehalten werden möchte. Wenn in der ärztlichen Bestätigung vom 14. September 2004 festgehalten wird, alles, was über die alltäglichen Verrichtungen hinausgehe sei für die Beschwerdeführerin schwierig einzuordnen und sie sei nicht in der Lage, sich ein Urteil über solche Sachverhalte zu bilden (KG act. 4/2), so könnte wohl davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführerin doch fähig war bzw. ist, darüber zu urteilen, ob sie in der bisherigen Wohnung verbleiben und sich entsprechend gegen die Ausweisung zur Wehr setzen

will. Dasselbe würde auch für die erfolgte Bevollmächtigung ihres heutigen Rechtsvertreters gelten. An die Urteilsfähigkeit betreffend Erteilung einer Vollmacht sind in diesem Fall auch keine strengen Anforderungen zu stellen (vgl. BGE 112 IV 9; Bigler-Eggenberger, a.a.O., N 35 zu Art. 16).

4.1 a) Die Beschwerdeführerin wendet sodann ein, dass beide Vorinstanzen die Frage der Prozessfähigkeit trotz des Hinweises auf gesundheitliche Probleme nicht weiter geprüft hätten, stelle eine Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes dar (KG act. 1 S. 7).

b) In seinem Schreiben vom 1. Juni 2004 hielt Z. u.a. fest (ER act. 6):

"Sollte die obige Verhandlung nicht mehr abgesagt werden können, teile ich Ihnen hiermit mit, dass meine Tante X. aus gesundheitlichen Gründen diesen Termin nicht wahrnehmen kann."

In der Rekursbegründung (OG act. 1) ist sodann von einer gesundheitlichen Beeinträchtigung gar keine Rede.

c) Richtig ist zwar, dass die Partei- und Prozessfähigkeit der Parteien als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen ist (§ 108 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 64 zu §§ 27/28 ZPO m.H.). Hingegen ist zu beachten, dass die Urteilsfähigkeit zu vermuten ist (Bucher, a.a.O., N 125 zu Art. 16 ZGB). Allein der Hinweis, dass eine Partei den Vorladungstermin aus gesundheitlichen Gründen nicht wahrnehmen könne, indiziert keine Urteilsunfähigkeit und vermag deshalb auch keine Weiterungen durch das Gericht auszulösen. Eine solche Verhinderung der Verhandlungsteilnahme kann unzählige (gesundheitliche) Gründe haben und kommt entsprechend im Gerichtsalltag auch unzählige Male vor. Wären die Gerichte verpflichtet, in all diesen Fällen Weiterungen in Bezug auf die Urteilsfähigkeit der jeweiligen Parteien vorzunehmen, würde die Vermutung der Urteilsfähigkeit ihre Bedeutung weitgehend verlieren. Andere Umstände, welche auf eine Urteilsunfähigkeit der Beschwerdeführerin hingedeutet hätten, werden in der Beschwerdebegründung nicht dargetan. Nur am Rande sei erwähnt, dass solche auch nicht ersichtlich sind. Dies gilt insbesondere mit Blick auf das Alter der Beschwerdeführerin. Das Gesetz grenzt die alten und sehr alten Menschen im Zusammenhang mit der Urteilsfähigkeit gerade nicht aus, auch sie kom-

men in den Genuss der vermuteten Urteilsfähigkeit (Bigler-Eggenberger, a.a.O., N 22 zu Art. 16 ZGB). Angesichts der notorisch steigenden Lebenserwartung und des damit verbundenen Umstandes, dass heute immer einem grösseren Teil der Bevölkerung bis ins hohe Alter ein guter Gesundheitszustand erhalten bleibt, bestand auch aufgrund des Alters der Beschwerdeführerin, sie wurde 1920 geboren, nach der allgemeinen Lebenserfahrung kein Anlass, an ihrer Urteilsfähigkeit zu zweifeln. Die Nichtigkeitsbeschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

4.2 a) Die Einzelrichterin hielt in ihrer Verfügung vom 21. Juni 2004 fest, der schriftlichen Eingabe vom 1. Juni 2004 könnten auch keine konkreten Anhaltspunkte für ein Verschiebungsgesuch entnommen werden. Die Bemerkung, die Beschwerdeführerin könne den Verhandlungstermin nicht wahrnehmen, müsse - im Zusammenhang mit den weiteren Ausführungen in diesem Schreiben - als schlichte Information verstanden werden. Selbst wenn mit der fraglichen Formulierung ein Verschiebungsgesuch gestellt worden wäre, würde es für den geltend gemachten Verhinderungsgrund freilich an einem entsprechenden sofortigen Nachweis fehlen, auf dessen Notwendigkeit bereits mit der Vorladung explizit hingewiesen worden sei (ER act. 8a S. 2). Diese Auffassung wurde durch die Vorinstanz übernommen, indem sie erwog, da die Beschwerdeführerin ihre Verhinderung nicht mit einem ärztlichen Zeugnis belegt habe, habe sie als unentschuldigt abwesend gegolten (KG act. 2 S. 2).

b) In ihrer zweiten Rüge bringt die Beschwerdeführerin vor, angesichts der konkreten Umstände habe es sich geradezu aufgedrängt, dass ihr Neffe mit seinem Schreiben vom 1. Juni 2004 sinngemäss ein Verschiebungsgesuch habe stellen wollen. Dem in prozessrechtlichen Fragen unerfahrenen Neffen jedoch keinen Hinweis darauf zu machen, er müsse gegebenenfalls ein Arzzeugnis einholen und nachreichen, erscheine als Verletzung des Gehörsanspruches. Auch wenn Z. nämlich vom Verfahren an sich Kenntnis gehabt und allenfalls die erste Seite der Vorladung zur Kenntnis genommen habe, sei nicht erstellt, dass die Beschwerdeführerin ihrem Neffen auch die zweite Seite der Vorladung ausgehändigt habe (KG act. 1 S. 7 f.).

c) Die Argumentation der Beschwerdeführerin zielt von vornherein ins Leere. Ihre Ansicht, das Schreiben von Z. hätte offensichtlich als Verschiebungsgesuch behandelt werden müssen, überzeugt nämlich nicht. Die Beschwerdeführerin lässt ausser Acht, dass sie, und dies ist auf der Frontseite der Vorladung vermerkt (KG act. 3), nicht zum persönlichen Erscheinen verpflichtet war, sondern sich durch eine handlungsfähige Person vertreten lassen konnte. Entsprechend wurde Z. anlässlich seiner telefonischen Kontaktnahme mit dem Audienzrichteramt des Bezirksgerichtes vom 1. Juni 2004 auch darauf hingewiesen, man empfehle ihm, am 2. Juni 2004 an der Verhandlung zu erscheinen (ER act. 5). Durch sein Verhalten (Telefonanruf, Schreiben vom 1. Juni 2004) gab sich Z. gegenüber dem Gericht offensichtlich als Vertreter der Beschwerdeführerin zu erkennen. So hielt er in seinem Schreiben vom 1. Juni 2004 auch explizit fest, falls eine Vollmacht/Legitimation seinerseits gewünscht werde, würde er dem Gericht diese selbstverständlich nachreichen (ER act. 6). Da im summarischen Verfahren der Vertreter nur dann eine Vollmacht einzureichen hat, wenn Zweifel darüber bestehen, ob die Partei mit seinem Vorgehen einverstanden ist (§ 36 Abs. 1 ZPO), bestand für das Bezirksgericht keine Veranlassung, eine Vollmacht zu fordern. Dass und weshalb es Z. nicht möglich gewesen wäre, an der Verhandlung teilzunehmen, und er dies gegenüber dem Bezirksgericht auch zum Ausdruck gebracht hätte, wird weder in der Beschwerde geltend gemacht, noch ist solches aus den Akten ersichtlich. Damit konnte die Einzelrichterin aber davon ausgehen, dass Z. die Beschwerdeführerin vertreten würde, weshalb der Argumentation der Beschwerdeführerin, das Schreiben vom 1. Juni 2004 hätte als Verschiebungsgesuch behandelt werden müssen, der Boden entzogen ist. Bei dieser Sachlage bleibt ohne Auswirkung, dass die Beschwerdeführerin bzw. ihr Vertreter kein Arztzeugnis einreichte und er vom Gericht auch nicht dazu aufgefordert wurde, mithin muss sich die vertretene Partei das (unentschuldigte) Ausbleiben des Vertreters anrechnen lassen.

Anzumerken bleibt, dass dieses Ergebnis nicht als Vorwurf an die Adresse des Neffen der Beschwerdeführerin, der sich zweifellos zum Wohle der Beschwerdeführerin einsetzte, verstanden werden darf. Vielmehr ist die Beachtung

dieser Grundsätze zur Aufrechterhaltung eines geordneten Gerichtsbetriebes und damit zur beförderlichen Prozessbearbeitung und -erledigung notwendig.

4.3 a) Ebenfalls als Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör sei zu rügen, wendet die Beschwerdeführerin schliesslich ein, dass die Richterin des Bezirksgerichtes Zürich auf den Hinweis, man habe mit dem Vermieter eine Einigung gefunden, in keiner Weise eingegangen sei. Nachdem dieser Umstand der Erstinstanz am 1. Juni 2004 mitgeteilt worden sei und sie habe erkennen können, dass die genannte Eingabe auch dem Vermieter zugegangen sei, dieser in der Folge an der Verhandlung nicht teilgenommen habe, habe die Ausweisungsrichterin nicht einfach auf Anerkennung der Sachdarstellung im Sinne von § 208 ZPO schliessen können. Nachdem der vorinstanzliche Entscheid diesen Mangel nicht korrigiert habe, sei er selbst damit behaftet (KG act. 1 S. 8).

b) Richtig ist, dass im Schreiben vom 1. Juni 2004 dargelegt wurde, zwischen der Beschwerdeführerin und dem Vermieter sei eine Einigung gefunden worden (ER act. 6). Hingegen verkennt die Beschwerdeführerin, dass es nach den Bestimmungen des summarischen Verfahrens (§§ 206-208 ZPO) nicht im Belieben der Parteien steht, ihr Erscheinen zur Verhandlung durch eine schriftliche Eingabe zu ersetzen. Bleibt eine Partei (die Partei persönlich oder ihr Vertreter) ohne genügende Entschuldigung der Verhandlung fern, so ist sie als säumig zu betrachten und eine ohne richterliche Ermächtigung eingereichte schriftliche Beantwortung des klägerischen Begehrens - so auch Einreden gegen dieses Begehren - ist unzulässig (ZR 84 Nr. 23). Entsprechend ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanzen von den in der Vorladung angedrohten Säumnisfolgen ausgingen und sie sich zur behaupteten Einigung nicht explizit äusserten.

5. Zusammengefasst ergibt sich somit, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist. Damit entfällt die der Beschwerde mit Präsidialverfügung vom 20. September 2004 verliehene aufschiebende Wirkung.

6. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO). Der Beschwerdegegner hat sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt, so dass ihm keine Prozessentschädigung zuzusprechen ist.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.  
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 500.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 241.-- Schreibgebühren,  
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Für das Kassationsverfahren wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes O. (Audienzrichteramt; Proz.-Nr. EU040342), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: