



Kass.-Nr. AA070003/U/la

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

Zirkulationsbeschluss vom 14. August 2007

in Sachen

A (Verein),

...,

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

L AG,

...,

Beklagte, Rekurrentin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

Ausweisung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Dezember 2006 (NL060108/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Vertrag vom 5. April 1962 räumte die Klägerin der Beklagten das zeitlich nicht beschränkte Recht ein, auf ihr gehörenden Grundstücken in T gegen Entrichtung eines Baurechtszinses "in beliebiger Weise" eine Fabrik für chemische, pharmazeutische und kosmetische Produkte zu erstellen. Am 30. März 2004 wurde das Baurecht versteigert und zum Preis von Fr. 2'500'000.-- der V AG zugeschlagen. Die von der Beklagten gegen den Steigerungszuschlag eingereichten Rechtsmittel blieben erfolglos. Am 20. Dezember 2004 wurde die V AG als Eigentümerin des Baurechts im Grundbuch eingetragen. Mit Vertrag vom 1. Dezember 2005 verkaufte die V AG das Baurecht an die Klägerin. Mit Schreiben vom 27. Februar 2006 forderte die Klägerin die Beklagte auf, die von ihr benutzten Räumlichkeiten bis 31. März 2006 zu räumen und zu verlassen. Die Beklagte stellte sich auf den Standpunkt, dass ihr die Klägerin die Grundstücke weiterhin entgeltlich überlassen habe, indem sie den Baurechtszins entgegengenommen habe; somit liege ein Pachtverhältnis vor.

Mit Verfügung vom 14. Juni 2006 befahl der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen der Beklagten auf Begehren der Klägerin (ER act. 1), das Grundstück Kat. Nr. 0000 mit den darauf stehenden Gebäuden bis spätestens 14. Juli 2006 ordnungsgemäss zu räumen und zu verlassen (ER act. 4). Gegen diese Verfügung erhob die Beklagte Einsprache (ER act. 7). Am 19. Juli 2006 erfolgte die Hauptverhandlung vor dem Einzelrichter. Mit Verfügung vom 23. August 2006 befahl der Einzelrichter der Beklagten wiederum, das genannte Grundstück zu verlassen, und zwar bis spätestens 16. September 2006 (ER act. 17 = OG act. 2).

Die Beklagte erhob mit Eingabe vom 11. September 2006 Rekurs gegen diese Verfügung und stellte gleichzeitig das Begehren, die versäumte Rekursfrist sei wiederherzustellen (OG act. 1). Das Obergericht (II. Zivilkammer) stellte mit Beschluss vom 4. Oktober 2006 der Beklagten die Rekursfrist wieder her und setzte

der Klägerin Frist zur Beantwortung des Rekurses an (OG act. 11). Die Klägerin beantwortete den Rekurs mit Eingabe vom 31. Oktober 2006 (OG act. 16). Mit Beschluss vom 5. Dezember 2006 trat das Obergericht auf das Ausweisungsbegehren der Klägerin nicht ein (OG act. 19 = KG act. 2).

2. Die Klägerin beantragt mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde, es seien beide genannten Beschlüsse des Obergerichts aufzuheben. Sodann sei auf den Rekurs nicht einzutreten und die einzelrichterliche Verfügung vom 23. August 2006 zu bestätigen. Eventuell sei die genannte einzelrichterliche Verfügung in Abweisung des Rekurses zu bestätigen, und subeventualiter sei die Sache zur Fällung eines neuen Entscheids an das Obergericht zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

Die Beklagte beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, soweit auf diese eingetreten werden könne (KG act. 15). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 9).

Der Präsident des Kassationsgerichts verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde aufschiebende Wirkung hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsregelung des obergerichtlichen Beschlusses vom 5. Dezember 2006, soweit diese die Klägerin belastet (Verfügung vom 5. Januar 2007, KG act. 7). Die Klägerin leistete die ihr auferlegte Prozesskaution für das Kassationsverfahren fristgerecht (KG act. 10).

II.

1. a) Die Verfügung des Einzelrichters vom 23. August 2006 wurde dem Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin am 29. August 2006 zugestellt (Empfangsschein, ER act. 18/1). Die zehntägige Rekursfrist endete somit am Freitag, 8. September 2006. Die Rekurschrift der Beschwerdegegnerin an das Obergericht datiert vom Montag, 11. September 2006. Die Rekuserhebung erfolgte somit verspätet. Die Beschwerdegegnerin stellte denn auch mit der Rekuserhebung das Begehren um Wiederherstellung der Rekursfrist (OG act. 1 S. 1 unten). Zur Begründung führte die Beschwerdegegnerin im wesentlichen an, im Anwaltsbüro ih-

res Rechtsvertreter besorge seit Jahr und Tag Frau Dr. U den Posteingang und die Fristenlisten sowie die Kontrolle. Dies funktioniere seit über zehn Jahren ordnungsgemäss und habe sich bestens bewährt. Frau Dr. U verfüge über einen akademischen Abschluss und einen Abschluss als Treuhänderin mit eidgenössischem Fachausweis sowie das Lizentiat I (ehemals Zwischenprüfung) in Rechtswissenschaft. Im vorliegenden Fall sei ein sachlich nicht erklärbarer Fehler betreffend die Fristberechnung bzw. -eintragung unterlaufen. Seit Jahr und Tag seien Frau Dr. U die zürcherischen Fristen übertragen. In allen Zweifelsfällen frage sie zurück. Zweimal im Jahr fände zudem eine persönliche Kontrolle aller kantonalen Fristen durch den Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin statt. Regelmässig erfolgten zudem Stichprobenkontrollen einzelner Fälle. Zudem erfolge in allen ausserkantonalen Fällen, bei der direkten Bundessteuer sowie in SchKG-Sachen eine zusätzliche Rückfrage und Kontrolle. Einem Anwalt sei keine Nachlässigkeit vorzuwerfen, wenn er diese Aufgabe übertrage, es sei denn, er beauftrage damit eine unerfahrene Person. Dies sei bei Frau Dr. U nicht der Fall (OG act. 1 S. 2).

Das Obergericht hält in seinem Beschluss vom 4. Oktober 2006 fest, die Frage nach dem Verschulden der Hilfsperson und damit einer möglichen Exkulpation nach § 199 Abs. 2 GVG stelle sich nur, sofern die Übertragung der betreffenden Tätigkeit auf die Hilfsperson zulässig gewesen sei. Eine solche Delegation sei zulässig für vorbereitende und ausführende Handlungen, für die es keiner besonderen rechtlichen Kenntnisse bedürfe und wo Gewähr dafür bestehe, dass die gehörig instruierte Hilfsperson im Normalfall zu deren Bewältigung in der Lage sei; dazu gehöre etwa der Vermerk über den Eingang einer Sendung oder die Eintragung von Fristen in der Agenda. Davon zu unterscheiden wäre allerdings die Berechnung einer Frist, wo sich je nach Fall schwierige rechtliche Fragen stellen könnten. Es hätte deshalb der Anwalt oder ein juristisch geschulter Mitarbeiter diese Berechnung selber vorzunehmen oder die Berechnung der Hilfsperson jeweils nachzuprüfen. Unterlasse er dies, so könnte darin ein ihn persönlich treffendes grobes Verschulden erblickt werden, welches die Wiederherstellung der versäumten Frist ausschliessen würde (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N. 64 zu § 199 GVG; ZR

84/1985 Nr. 136). Es könne jedoch, so das Obergericht weiter, im vorliegenden Fall nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Berechnung der Rekursfrist von zehn Tagen einfach gewesen sei und von jeder erfahrenen Hilfsperson an sich problemlos hätte vorgenommen werden können. Eine Rückfrage beim Anwalt habe sich nicht aufgedrängt. Die fehlerhafte Eintragung des letzten Tages der Rekursfrist sei denn auch offensichtlich auf ein Versehen der Mitarbeiterin und keineswegs auf rechtliche Unkenntnis zurückzuführen, welche der Anwalt zu vertreten hätte. Zur fehlerhaften Eintragung des 9. September (anstelle des 8.) sei es offenbar deshalb gekommen, weil die Mitarbeiterin übersehen habe, dass der Monat August 31 und nicht nur 30 Tage zähle. Ein solches Versehen könnte auch einem Anwalt in der Hitze des Gefechts unterlaufen. Es wäre unter diesen Umständen nicht gerechtfertigt, hier allein auf ZR 84/1985 Nr. 136 abzustellen und dem Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin ein grobes Verschulden anzulasten, weil er die Fristberechnung seiner Sekretärin nicht lückenlos kontrollierte. Der Anwalt habe durch geeignete Anordnungen dafür Sorge zu tragen, dass ihm die Feststellung des Beginns und des Endes jedenfalls in den Fällen vorbehalten bleibe, die in der Praxis ungewöhnlich oder bei denen Schwierigkeiten und Zweifelsfragen hinsichtlich des Beginns und der Dauer der Frist auftreten könnten. Im vorliegenden Fall bereite die Berechnung der Rekursfrist im summarischen Verfahren keinerlei Schwierigkeiten. Dass die Mitarbeiterin des Rechtsvertreters der Beschwerdegegnerin gut ausgebildet sei und über genügend Erfahrung verfüge, um die Aufgabe der Fristberechnung in einfachen Fällen selbständig zu erfüllen, sei glaubhaft dargelegt worden und könne nicht ernsthaft bestritten werden. Es bestehe insbesondere kein Anlass zur Annahme, die Mitarbeiterin habe während ihrer vorangegangenen langjährigen Anstellung jemals unsorgfältig gearbeitet und Fristen falsch berechnet. Bei einfachen Vorgängen und bei zuverlässigem Personal sei denn grundsätzlich keine ständige Kontrolle durch den Anwalt erforderlich (ZR 86/1987 Nr. 101; Hauser/Schweri, a.a.O., N. 65 und 69 zu § 199 GVG). Es ergebe sich somit, dass die gesetzlichen Voraussetzungen zur Wiederherstellung der nur um einen Tag versäumten Rekursfrist erfüllt seien. Infolgedessen sei das

Wiederherstellungsgesuch der Beschwerdegegnerin gutzuheissen (OG act. 11 S. 3 f., Erw. 3 und 4).

Die Beschwerdeführerin hält dafür, das Obergericht habe der Beschwerdegegnerin die Frist zu Unrecht wieder hergestellt und sei daher auch zu Unrecht auf den Rekurs eingetreten. Dr. U sei Treuhänderin und verfüge keineswegs über juristische Kenntnisse. Das Ablegen einer Zwischenprüfung, worin Römisches Recht, Rechtsgeschichte und dergleichen geprüft werde, befähige Dr. U mit Sicherheit nicht, Fristen zu berechnen. Der im Büro des Rechtsvertreters der Beschwerdegegnerin bestehende Kontrollmechanismus, wonach Fristen durch den Anwalt zweimal jährlich geprüft würden, sei vollkommen unzulänglich, wenn man davon ausgehe, dass übliche Fristen zwischen 10 und 30 Tagen betragen. Die Beachtung und korrekte Berechnung von Fristen sei eine elementare Sorgfaltspflicht, die einen Anwalt treffe, dies gerade dann, wenn die Nichtbeachtung solcher Fristen für den Klienten weitreichende Folgen habe. Vorliegend sei das Interesse der Beschwerdegegnerin sehr gross. Sie habe ein erhebliches Interesse daran, die Angelegenheit noch möglichst in die Länge zu ziehen. Ihr Rechtsvertreter hätte daher die Berechnung der Frist nicht auf die Sekretärin oder Partnerin, welche Treuhänderin ist, übertragen dürfen. Darin sei ein grobes Verschulden zu erblicken, welches mangels Zustimmung der Beschwerdeführerin eine Wiederherstellung der Frist ausschliesse. Die Feststellung des Obergerichts, der Grund für das Versäumnis beruhe in einer falschen Beurteilung, ob der August 30 oder 31 Tage habe, sei aktenwidrig und so nicht behauptet worden. Auch vermöchte dies das Verschulden nicht leichter zu gestalten. Ein durchschnittlich sorgfältiger Mensch wisse, dass der August seit Jahrhunderten 31 Tage habe. Der Entscheid des Obergerichts, die Frist wieder herzustellen und auf den Rekurs einzutreten, sei willkürlich und verletze wesentliche Verfahrensgrundsätze (KG act. 1 S. 9 - 11, Ziffer III.).

b) Die Unterlassung der selbständigen Anfechtung eines prozessleitenden Entscheids, hier bezüglich Fristwiederherstellung, schliesst die Anfechtung eines darauf beruhenden Endentscheids nicht aus (§ 282 Abs. 2 ZPO). Die Beschwerdeführerin kann deshalb im Rahmen ihrer Nichtigkeitsbeschwerde gegen den an-

gefochtenen Entscheid vom 5. Dezember 2006 auch Rügen vorbringen, welche sich auf den obergerichtlichen Beschluss vom 4. Oktober 2006 betreffend Fristwiederherstellung beziehen.

Das Berechnen und Einhalten von Fristen ist nicht eine Aufgabe, zu deren korrekter Erfüllung es in jedem Fall eines Hochschulabschlusses in Rechtswissenschaft bedarf. Insbesondere sind manche typische Tätigkeiten einer Treuhänderin, beispielsweise auf dem Gebiet des Steuerwesens, mit der Wahrung von Fristen verbunden. Dr. U als Treuhänderin mit entsprechendem eidgenössischem Fachausweis dürfte also zweifellos nach entsprechender Instruktion, welche vorliegend nicht in Frage gestellt wird, grundsätzlich in der Lage sein, eine normale Zehntagefrist in einem summarischen Zivilverfahren richtig zu ermitteln und in das betreffende Fristenkontrollinstrument (hier Agenda) einzutragen. Die Übergabe der Fristenkontrolle durch einen Anwalt an eine langjährige und bisher zuverlässig arbeitende Mitarbeiterin bzw. Büropartnerin mit Treuhänderinnen-Examen ohne lückenlose Prüfung jeder von dieser Mitarbeiterin ermittelten und eingetragenen Frist stellt keine mangelnde Einhaltung elementarer Sorgfaltspflichten dar.

Dass Dr. U übersehen habe, dass der August 31 Tage zählt, ist eine Vermutung des Obergerichts, welche nicht auf einer entsprechenden Behauptung der Beschwerdegegnerin beruht. Ein solches Versehen ist immerhin leicht denkbar, so dass von einer Aktenwidrigkeit des Obergerichts im Sinne eines blanken Irrtums (vgl. Von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 27) nicht auszugehen ist. Selbst wenn der Dr. U unterlaufene Fehler nicht auf ein Übersehen der 31-tägigen Dauer des Monats August zurückzuführen wäre, sondern letztlich ein "sachlich nicht erklärbarer Fehler" vorläge (so die Beschwerdegegnerin in ihrem Wiederherstellungsgesuch, OG act. 1 S. 2), ändert dies nichts daran, dass ein solcher Fehler auch einem an sich sorgfältig arbeitenden patentierten Anwalt einmal unterlaufen könnte, weshalb weder im tatsächlichen Versäumen der Frist um einen Tag noch in der Übertragung der Fristenkontrolle auf eine Treuhänderin ein grobes Verschulden im Sinn von § 199 Abs. 1 und 2 GVG zu erblicken ist. Das Obergericht konnte deshalb der Beschwerdegegnerin die Rekursfrist auch ohne Einwilligung

der Beschwerdeführerin wieder herstellen und auf den Rekurs eintreten. Die Rüge der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes ist unbegründet.

2. Das Obergericht hält fest, die Beschwerdegegnerin stelle im Rekurs den einzigen Antrag, es sei die Verfügung des Einzelrichters aufzuheben. Dies sei unzulässig, denn wenn die Verfügung nur aufgehoben werde, sei damit weder die Frage beantwortet, ob die Verhältnisse im Sinne des Prozessrechts "klar" seien, noch sei allenfalls der Streit in der Sache entschieden. Wer ein Rechtsmittel einlege, müsse sagen, wie der Entscheid lauten solle, und dies sollte dem (damaligen) Vertreter der Beschwerdegegnerin eigentlich bekannt sein. Die strenge Anordnung, dass bei ungenügenden Anträgen auf ein Rechtsmittel nicht einzutreten sei, werde in der Praxis gegenüber unbeholfenen Parteien gemildert. Wenn nach den Umständen klar sei, was die Partei in der Sache verlangen wolle, werde das Rechtsmittel trotz eines an sich unzulässigen Antrags behandelt. Im vorliegenden Fall könne trotz der ungenügenden Formulierung des Antrags kein Zweifel bestehen, dass der Vertreter der Beschwerdegegnerin gemeint habe, der Ausweisungsbefehl und die Vollstreckungsanordnung gemäss Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin seien abzuweisen. Offenbar sei sich der Vertreter der Beschwerdegegnerin der speziellen Problematik von § 222 Ziffer 2 ZPO nicht bewusst gewesen. Dies spiele aber keine Rolle: der Antrag auf Abweisung des Begehrens sei jedenfalls prozessual zulässig und auch für das Rekursverfahren ausreichend (KG act. 2 S. 4).

Die Beschwerdeführerin hält dafür, es gehe nicht an, einen Rechtsanwalt (den Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin) als unbeholfene Partei zu bezeichnen. Die seitens der Beschwerdegegnerin gestellten Anträge seien daher zu übernehmen und dürften nicht erweitert werden. Mit seinen Erwägungen bringe das Obergericht die Begriffe "unzulässig" und "ungenügend" durcheinander. Allenfalls hätte das Obergericht Frist zur Behebung des Mangels ansetzen können und müssen. Dass das Obergericht eigenmächtig und ohne entsprechende Anträge Rekursanträge abändere, verstosse nicht nur gegen Art. 54 Abs. 2 ZPO (Dispositionsmaxime) und § 276 Abs. 2 ZPO, sondern auch gegen das Gebot der Gewährung des rechtlichen Gehörs. Letztlich sei auch die Beschwerdeführerin von den Re-

kursanträgen, wie sie gestellt worden seien, ausgegangen. Zu den "nachträglich erfundenen" Erweiterungen durch das Obergericht habe die Beschwerdeführerin nicht Stellung nehmen können (KG act. 1 S. 11 f., Ziffer IV.).

Der Umstand, dass eine Partei durch einen patentierten Rechtsanwalt vertreten wird, garantiert nicht zwingend, dass ihre Eingaben in formeller Hinsicht einwandfrei sind. Mit anderen Worten ist es nicht ausgeschlossen, dass auch eine anwaltlich vertretene Partei mit Bezug auf einzelne Aspekte ihrer Prozessführung unbeholfen ist. Soweit eindeutig ist, was eine Partei mit ihren mangelhaften Formulierungen ausdrücken will, und dies auch für die zur Beantwortung der mangelhaften Eingabe angehaltene Gegenpartei klar erkennbar ist, bedarf es keiner Fristansetzung zur Behebung des Mangels. Das Obergericht hält dafür, es bestehe trotz der ungenügenden Formulierung des Antrags kein Zweifel, dass die Beschwerdegegnerin gemeint habe, der Ausweisungsbefehl und die Vollstreckungsanordnung gemäss Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin seien abzuweisen. Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, dass und inwiefern entsprechende Zweifel bestanden hätten. Ein fehlerhaftes prozessuales Vorgehen des Obergerichts ist in diesem Zusammenhang nicht ersichtlich. Die Rüge der Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze ist unbegründet.

3. Das Obergericht hält in Erwägung 5.1 des angefochtenen Beschlusses fest, die Ausführungen der Beschwerdegegnerin zur Begründung des Rekurses gingen zum grössten Teil an der Sache vorbei und enthielten auch zahlreiche unzulässige neue Behauptungen. Das Obergericht habe allerdings anders als im Verfahren der kantonalen Beschwerde von Amtes wegen Verfahren und Entscheid der Vorinstanz zu überprüfen (KG act. 2 S. 4). In der Folge prüft das Obergericht, ob klares materielles Recht im Sinne von § 222 Ziffer 2 ZPO vorliege, verneint dies und tritt im Sinne von § 226 ZPO infolge Illiquidität auf das Ausweisungsbegehren der Beschwerdeführerin nicht ein (KG act. 2 S. 4 - 7, Erw. 5.2 - 5.4).

Die Beschwerdeführerin rügt, die erfolgte Prüfung von Amtes wegen verletze die Dispositionsmaxime (§ 54 Abs. 2 ZPO), den Grundsatz der Bindung des Gerichts an den dargelegten Sachverhalt (§ 54 Abs. 1 ZPO) und den Umfang der Überprüfungspflicht (§ 276 Abs. 2 ZPO). Damit sei der Nichtigkeitsgrund von § 281

Ziffer 1 ZPO (Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze) gegeben. Die Beschwerdegegnerin habe Rekursanträge gestellt und auch "hinreichend" begründet. Die Begründung sei nicht mangelhaft im Sinne von § 276 Abs. 2 ZPO, sondern lediglich falsch, d.h. sie ziele an der Sache vorbei. Aufgabe des Obergerichts wäre es allenfalls, ungenügende Rekursbegründungen zur Ergänzung zurückzuweisen. Es könne jedoch keinesfalls Sache des Obergerichts sein, eigene Begründungen anstelle von in Rekurschriften enthaltenen Angaben zu setzen. Der Umstand, dass das Obergericht eigene Sachverhalte und Tatsachen erfinde, welche im gesamten Verfahren nie behauptet worden seien, Begründungen ergänze und hinzufüge, verletze klar wesentliche Verfahrensgrundsätze im Sinne der genannten Bestimmungen. Wenn das Obergericht der Auffassung sei, die Rekursanträge und insbesondere die Begründungen zielten an der Sache vorbei und hätten mit der Sache nichts zu tun, so führe dies zur Abweisung und nicht zur Ergänzung des Rekurses (KG act. 1 S. 13 f., Ziffer V.)

Nach § 279 ZPO überprüft die Rekursinstanz das Verfahren und den Entscheid der ersten Instanz im Rahmen der Rekursanträge. Eine Einschränkung der Prüfung auf die Rekursbegründung ergibt sich daraus nicht. Die Rekursinstanz trifft ihren Entscheid aufgrund der Vorbringen der Parteien im Rekursverfahren und der erstinstanzlichen Akten, wozu auch die Vorbringen im erstinstanzlichen Verfahren zählen. Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, dass das Obergericht seine Annahmen auf Tatsachen stützt, welche sich weder aus den erstinstanzlichen Akten noch aus den Vorbringen der Parteien im Rekursverfahren ergeben. Sodann ist die Frage, ob klares materielles Recht im Sinne von § 222 Ziffer 2 ZPO vorliegt, eine Frage der Rechtsanwendung. Diese erfolgt von Amtes wegen ("iura novit curia", § 57 ZPO). Die Rüge ist unbegründet.

4. a) Das Obergericht hält fest, am 20. Dezember 2004 sei die V AG als Bauberechtigte im Grundbuch eingetragen worden und habe die Beschwerdegegnerin kein Recht mehr gehabt, das Grundstück zu nutzen. Berechtigter sei vielmehr ausschliesslich die V AG gewesen. Diese habe allerdings einstweilen keine Schritte unternommen, um die Beschwerdegegnerin zu vertreiben. Am 26. Oktober 2005 habe die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin mit dem Vermerk "Bau-

rechtszins 2005" Fr. 14'070.75 bezahlt. Eine entsprechende Rechnungsstellung oder ein Begleitschreiben zu der Zahlung seien nicht bekannt. Am 5. November 2005 wolle die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin schriftlich geantwortet haben, sie "bestätige hiermit den Eingang der Baurechtszinszahlung von CHF 14'070.75 Valuta 26. Oktober 2005 an Stelle V AG" (OG act. 10/12; ursprünglich ER act. 3/12). Dass die Beschwerdegegnerin den Erhalt dieses Briefes bestreite, sei im Rekurs verspätet und unzulässig. Hingegen könne und müsse die Beschwerdeführerin bei dieser eigenen Behauptung behaftet werden. Wenn sie selber angenommen habe, die Beschwerdegegnerin zahle ihr den Baurechtszins anstelle der Bauberechtigten, liege die Annahme auf der Hand, dass zwischen der Beschwerdegegnerin und der Bauberechtigten eine entsprechende Abmachung bestehe. Denkbar und plausibel wäre es, dass die Bauberechtigte von der Beschwerdegegnerin eine Entschädigung für die nach Übergang des Baurechts unberechtigte Nutzung verlangt und diese angewiesen habe, diese Entschädigung direkt an die Beschwerdeführerin zu zahlen. Das allein hätte noch nicht ohne weiteres ein vertragliches Bleiberecht der Beschwerdegegnerin begründet. Möglich sei aber auch, dass die V AG dadurch, dass sie die Beschwerdegegnerin den Baurechtszins habe zahlen lassen, stillschweigend in eine entgeltliche Überlassung des Baurechts an die Beschwerdegegnerin eingewilligt habe. Der entsprechende Miet- oder Pachtvertrag wäre dann mit dem Verkauf des Baurechts kraft gesetzlicher Vorschrift auf die Beschwerdeführerin übergegangen (Art. 261 und 290 OR). Dem stehe nicht entgegen, dass die V AG beim Verkauf des Baurechts an die Beschwerdeführerin zugesichert habe, es bestünden weder Miet- noch Pachtverträge. Zum einen sei die Beschwerdegegnerin bei diesem Vertrag nicht Partei. Zum andern könne die V AG die Zusicherung auch gutgläubig abgegeben haben; wenn das Verhalten einer Partei nach Treu und Glauben rechtlich als stillschweigende Zustimmung zu einem Vertragsschluss gewertet werde, müsse ihr das selber nicht bewusst sein. Für diese zweite Variante spreche auch, dass gemäss der Darstellung der Beschwerdegegnerin ihr seitens der Beschwerdeführerin anlässlich der Besprechung vom 5. Mai 2006 mündlich mitgeteilt worden sei, sie hätte den am 26. Oktober 2006 (recte: 2005) bezahlten Betrag an die V AG weitergeleitet (ER Prot. S. 3). Sei es mindestens möglich,

dass die Beschwerdegegnerin sich gegenüber der V AG auf einen Miet- oder Pachtvertrag habe berufen können, der dann mit dem Verkauf des Baurechts an die Beschwerdeführerin auf diese übergegangen wäre, fehle es an klarem Recht für den verlangten Befehl. Auf das Begehren sei nicht einzutreten (§ 226 ZPO) (KG act. 2 S. 6 f., Erw. 5.3 und 5.4).

b) Unter dem Titel der aktenwidrigen und willkürlichen Annahme und der Verletzung klaren materiellen Rechts übt die Beschwerdeführerin Kritik an den Erwägungen des Obergerichts. Sie bringt vor, wenn das Obergericht dafür halte, Verträge könnten auch stillschweigend abgeschlossen werden, so stimme dies zwar mit dem Gesetzestext überein. Die Ausführungen des Obergerichts legten jedoch die Vermutung nahe, dass das Obergericht das Wort Stillschweigen nur wörtlich, nicht jedoch nach dem Sinn des Gesetzes richtig verwende. Ein Vertrag könne unter keinen Umständen durch gegenseitiges Stillschweigen zustande kommen. Ein Vertrag werde durch Austausch übereinstimmender Willensäußerungen geschlossen. Stillschweigen sei nur dann von Bedeutung für das Zustandekommen eines Vertrags, wenn auch in diesem Stillschweigen eine Willensäußerung zu erblicken sei. Die Zahlung vom 26. Oktober 2005 sei unaufgefordert erfolgt. Die V AG als damalige Baurechtsnehmerin und Eigentümerin des Gebäudes habe von dieser Zahlung nichts gewusst. Zumindest sei dies nirgends behauptet. Die Beschwerdeführerin habe aus der Zahlung geschlossen, dass möglicherweise eine Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der V AG als Baurechtsnehmerin bestehen könne. Dabei habe es sich um eine reine Vermutung gehandelt. Diese habe sich nachträglich als falsch erwiesen. Die Beschwerdegegnerin habe nie behauptet, sie hätte mit der V AG über ein Miet- oder Pachtverhältnis verhandelt, sie hätte sich mit der V AG über die Höhe eines Mietzinses oder überhaupt über die Gebrauchsüberlassung geeinigt und die V AG habe etwas von der Zahlung vom 26. Oktober 2005 gewusst. Die Beschwerdegegnerin habe im Gegenteil immer geltend gemacht, sie stünde in einem Vertragsverhältnis zur Beschwerdeführerin. Die Beschwerdeführerin selbst habe immer schon bestritten, sie habe den Geldbetrag an die V AG weitergeleitet. Solches ergebe sich auch nicht aus ihrem Schreiben vom November 2005, worin sie mitgeteilt habe, sie nehme den Baurechtszins anstelle V AG entgegen. Dies bedeute klar Nichtwei-

terleitung. Entweder handle es sich um aktenwidrige oder um willkürliche tatsächliche Annahmen, indem irgendeine konkludente Handlung irgendwelcher Art seitens der V AG weder behauptet noch dargetan oder auch nur ansatzweise erkennbar sei.

b) In der Rekurschrift bestreite die Beschwerdegegnerin den Erhalt des Briefes der Beschwerdeführerin vom 5. November 2005. Das Obergericht stelle dies als neue und unzulässige Bestreitung dar. Wer die Akten und das "bezirksgerichtliche Urteil" gelesen habe, stelle fest, dass "das Bezirksgericht" (gemeint ist der Einzelrichter) in seiner Verfügung die Bestreitung des Eingangs des Schreibens vom 5. November 2005 eindeutig feststelle. Daraus ergebe sich, dass die Beschwerdegegnerin den Eingang dieses Schreibens schon vor "Vorinstanz" bestritten habe. Die Bestreitung in der Rekurschrift sei daher keine neue Behauptung. Sie belege einfach, dass die Beschwerdegegnerin eindeutig der Auffassung gewesen sei, sie hätte einzig mit der Beschwerdeführerin ein Vertragsverhältnis und nicht mit der V AG geschlossen. Die Beschwerdegegnerin behaupte selbst nicht, sie habe mit der Beschwerdeführerin oder mit der V AG eine verbindliche und nachvollziehbare Vereinbarung über die Überlassung der Räume geschlossen und sich diesbezüglich insbesondere über einen Miet- oder Pachtzins geeinigt. Der Einzelrichter habe vollkommen korrekt festgestellt, dass auch im Fall der Bösgläubigkeit der V AG im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag kein Miet- oder Pachtverhältnis konstruiert werden könne, weshalb das Ausweisungsbegehren gutzuheissen sei. Diese juristisch richtigen und korrekten Ausführungen würden durch das Obergericht schlicht in den Wind geschlagen. Das Obergericht verletze mit seinen Ausführungen Art. 253 OR, wenn es feststelle, ein Miet- oder Pachtvertrag könne auch ohne Einigung über den Mietzins stillschweigend zustande kommen (KG act. 1 S. 14 - 21, Ziffer VI.).

c) Aus der Bestätigung der Beschwerdeführerin vom 5. November 2005 ergibt sich klar, dass die Beschwerdeführerin mit Valuta 26. Oktober 2005 eine "Baurechtszinszahlung" der Beschwerdegegnerin von Fr. 14'070.75 entgegen nahm (OG act. 10/12, bereits im erstinstanzlichen Verfahren als ER act. 3/12 eingereicht). Die Beschwerdegegnerin behauptete in der einzelrichterlichen Hauptver-

handlung, die Beschwerdeführerin habe ihr anlässlich der Besprechung vom 5. Mai 2006 mitgeteilt, sie habe diesen Betrag an die V AG weitergeleitet (ER Prot. S. 3 oben). Letzteres bestreitet die Beschwerdeführerin. Was mit der Zahlung von Fr. 14'070.75 im Oktober 2005 geschah, ob diese von der Beschwerdeführerin an die V AG weitergeleitet wurde, ist somit umstritten. Die Beschwerdeführerin hat diese angeblich unaufgeforderte Zahlung offensichtlich nicht retourniert. Welcher Rechtscharakter diese Zahlung aufweist, ist unklar. Es ist nicht zum vornherein auszuschliessen, dass diese als eine konkludente Offerte der Beschwerdegegnerin irgendwelcher Art verstanden werden kann, die im Übrigen einen bestimmten Betrag, nämlich Fr. 14'070.75 aufwies. Das Obergericht stellt entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht fest, ein Miet- oder Pachtvertrag könne auch ohne Einigung über den Miet- oder Pachtzins stillschweigend geschlossen werden. Nachdem das weitere Schicksal des von der Beschwerdegegnerin bezahlten Betrags von Fr. 14'070.75 wie gesagt umstritten und jedenfalls nicht klar ist, lässt sich auch im summarischen Verfahren nicht mit Sicherheit feststellen, wie das Verhalten der Beschwerdeführerin oder allenfalls, im Fall der Weiterleitung des Betrags an diese, der V AG zu würdigen sei, ob darin allenfalls die Annahme einer Offerte zu erblicken sei und ob allenfalls der vom Obergericht in Betracht gezogene spätere Rechtsübergang von der V AG auf die Beschwerdeführerin anzunehmen sei.

Unter diesen Umständen ist jedenfalls nicht zu beanstanden, wenn das Obergericht das Fehlen klaren materiellen Rechts für den verlangten Befehl feststellt und auf das Begehren der Beschwerdeführerin mangels Liquidität nicht eintritt. Der Beschwerdeführerin steht damit die Klage im ordentlichen Verfahren offen (§ 226 ZPO). Damit ist die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen.

III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 393.-- Schreibgebühren,
Fr. 209.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.-- (inkl. MWST) 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.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Obergericht des Kantons Zürich (II. Zivilkammer) und den Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: