



---

Kass.-Nr. AA070100/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

**Zirkulationsbeschluss vom 27. Juli 2007**

in Sachen

**X.**

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

gegen

**Y. AG,**

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend

**Ausweisungsbefehl**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. Mai 2007 (NL070052/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

1.a) Mit Eingabe vom 1. März 2007 gelangte die Beschwerdegegnerin (Vermieterin, Klägerin und Rekursgegnerin) mit dem Begehren an den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Winterthur (Erstinstanz), der Beschwerdeführerin (Mieterin, Beklagte und Rekurrentin) gestützt auf § 222 Ziff. 2 ZPO zu befehlen, die von Letzterer als Büro/Wohnung gemieteten Räumlichkeiten an der \_\_\_strasse 00 in Winterthur unverzüglich zu räumen und zu verlassen, nachdem der zwischen den Parteien am 7. September 2001 geschlossene Mietvertrag zufolge Zahlungsrückstands der Mieterschaft im Sinne von Art. 257d OR per 28. Februar 2007 gekündigt, die Kündigung mieterseits nicht angefochten und die Mieträumlichkeiten dennoch nicht geräumt worden seien (ER act. 1). Mit Verfügung vom 2. März 2007 erliess die Erstinstanz ohne vorgängige Anhörung der Beschwerdeführerin einen provisorischen Räumungsbefehl im Sinne von § 224 Abs. 1 ZPO (ER act. 3). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin rechtzeitig Einsprache (ER act. 5), worauf am 10. April 2007 die mündliche Hauptverhandlung stattfand (vgl. ER Prot. S. 2 ff.). Im Anschluss daran befahl die Erstinstanz der Beschwerdeführerin mit Verfügung desselben Tages unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall, die Mieträumlichkeiten unverzüglich ordnungsgemäss zu räumen und zu verlassen. Zugleich wurde das Stadtmannamt Winterthur-Wülflingen angewiesen, den Ausweisungsbefehl nach Eintritt der Rechtskraft auf Verlangen der Beschwerdegegnerin zu vollstrecken (ER act. 10 = OG act. 2 = OG act. 6).

b) Gegen den erstinstanzlichen Ausweisungsbefehl erhob die Beschwerdeführerin mit Rechtsschrift vom 30. April 2007 Rekurs (OG act. 1), auf welchen die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit Beschluss vom 11. Mai 2007 wegen verspäteter Einreichung nicht eintrat (OG act. 8 = KG act. 2).

c) Gegen diesen der Beschwerdeführerin am 18. Mai 2007 zugestellten (OG act. 9/1), als Rekursentscheid ohne weiteres beschwerdefähigen (vgl. § 281 ZPO und Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 9 und 26 zu § 281 ZPO; von Rechenberg, Die Nichtigkeits-

beschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 4; s.a. Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 62) Beschluss richtet sich die vorliegende, rechtzeitig eingereichte (vgl. § 287 ZPO) und sowohl von der Beschwerdeführerin als auch ihrem Vertreter unterzeichnete Nichtigkeitsbeschwerde vom 10. Juni 2007 (KG act. 1). Darin stellt die Beschwerdeführerin den Antrag, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und die Sache mit der Anweisung an die Vorinstanz zurückzuweisen, den Rekurs als rechtzeitig eingereicht entgegenzunehmen (KG act. 1 S. 6).

Nach erfolgtem Aktenbeizug (vgl. KG act. 4 und 5) wurde der Beschwerde mit Präsidialverfügung vom 14. Juni 2007 (KG act. 7) aufschiebende Wirkung verliehen. Zugleich wurde die Vorinstanz aufgefordert, den sich nicht bei den eingelieferten Akten befindlichen Briefumschlag nachzureichen, welcher die Rekurschrift enthielt. Eine Kautionsleistung war der Beschwerdeführerin nicht aufzuerlegen (§ 78 Ziff. 2 ZPO in Verbindung mit § 53 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO und Art. 274d Abs. 1 OR).

Währenddem die Vorinstanz ausdrücklich auf Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet hat, ohne sich dabei zum Verbleib des die Rekurschrift enthaltenden Briefumschlags zu äussern (KG act. 9), schliesst die Beschwerdegegnerin in ihrer fristwährend erstatteten (vgl. KG act. 7 und 8/2) Beschwerdeantwort vom 19. Juni 2007, welche der Beschwerdeführerin unter dem 21. Juni 2007 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (KG act. 11), auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei (KG act. 10).

2. Die Vorinstanz führte zur Begründung ihres Nichteintretensentscheids aus, dass die bezirksgerichtliche Erledigungsverfügung (ER act. 10) der Beschwerdeführerin am 19. April 2007 zugestellt worden sei. Mit Schreiben vom 30. April 2007, zur Post gegeben am 1. Mai 2007 und tags darauf bei der Vorinstanz eingegangen, habe die Beschwerdeführerin dagegen Rekurs erhoben. Gemäss § 276 Abs. 1 ZPO sei ein Rekurs innert zehn Tagen seit der schriftlichen Mitteilung bei der Rekursinstanz einzureichen. Schriftliche Eingaben müssten dabei spätestens am letzten Tag der Frist an die Bestimmungsstelle gelangt oder der schweizerischen Post übergeben sein (§ 193 GVG). Massgebend sei mithin der

Poststempel und nicht das Datum der Rekurschrift. Die Rekursfrist habe unter Berücksichtigung des Wochenendes vom 28./29. April 2007 am 30. April 2007 geendet, weshalb die Eingabe der Beschwerdeführerin verspätet erfolgt sei. Demzufolge sei auf den Rekurs unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin nicht einzutreten (KG act. 2 S. 2, Erw. 1-2).

3.a) Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, die Rekurschrift entgegen den Feststellungen der Vorinstanz nicht erst am 1. Mai 2007, sondern bereits am 30. April 2007, um 23.35 Uhr und damit noch vor Mitternacht, durch Einwurf in den Briefkasten der Hauptpoststelle in Winterthur per Einschreiben zur Post gegeben zu haben. Dementsprechend sei die Rekuserhebung nicht verspätet, sondern rechtzeitig erfolgt und der Rekurs somit zu Unrecht wegen Fristversäumnis von der Hand gewiesen worden (KG act. 1). Zum Nachweis ihrer Behauptung bringt sie eine Kopie des von der Post abgestempelten Empfangscheins der fraglichen Briefpostsendung sowie eine schriftliche Bestätigung der Beschwerdeführerin, ihres Vertreters sowie einer weiteren Person bei (KG act. 3/7-8). Da die Beschwerde aus den nachstehend (in Erw. 4) darzulegenden Gründen auch ohne Berücksichtigung dieser Beilagen gutzuheissen ist, kann letztlich offen bleiben, ob dieselben im vorliegenden Kassationsverfahren überhaupt beachtlich wären oder ob es sich dabei – wovon eher auszugehen sein dürfte – nicht um im Beschwerdeverfahren grundsätzlich unzulässige, auf eine Ergänzung der vorinstanzlichen Akten zielende neue Beweise handle (vgl. dazu Frank/Sträuli/

Messmer, a.a.O., N 4a zu § 288 ZPO [und N 7b zu § 115 ZPO]; Spühler/Vock, a.a.O., S. 75; von Rechenberg, a.a.O., S. 17/18; Walder-Richli, Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 1996, § 39 Rz 65; ZR 76 Nr. 26; RB 1996 Nr. 121).

b) Mit dem Einwand rechtzeitiger Postaufgabe macht die Beschwerdeführerin der Sache nach eine Verletzung von § 193 GVG (betreffend Fristwahrung bei Rechtsmitteleingaben) geltend. Diese Bestimmung gehört zu den wesentlichen Verfahrensgrundsätzen, weshalb ihre Verletzung den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO begründet (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 32 zu § 281 ZPO; von Rechenberg, a.a.O., S. 27; Spühler/Vock, a.a.O., S. 67). Demzufolge prüft

das Kassationsgericht mit sowohl in rechtlicher wie auch tatsächlicher Hinsicht freier Kognition, ob eine Missachtung derselben vorliegt (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 zu § 281 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 75; RB 1987 Nr. 46).

4.a) Wie die Vorinstanz, auf deren Erwägungen insoweit im Sinne von § 161 GVG verwiesen werden kann, zutreffend ausgeführt hat (und von den Parteien auch nicht bestritten wird), lief die der Beschwerdeführerin laufende zehntägige Rekursfrist (nach § 276 Abs. 1 ZPO) unter Berücksichtigung der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften (§§ 191-193 GVG) am Montag, 30. April 2007, um 24.00 Uhr, ab (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 2 zu § 193 GVG und N 9 zu § 191 GVG). Zur Fristwahrung musste der Rekurs also bis zu diesem Zeitpunkt der schweizerischen Post übergeben worden sein (§ 193 Satz 2 GVG; Hauser/Schweri, a.a.O., N 2 zu § 193 GVG).

Dabei verlangt § 193 GVG zur Wahrung der Frist nicht, dass die fragliche Sendung eigens am Postschalter aufgegeben worden, d.h. der Post im eigentlichen Sinne übergeben resp. ausgehändigt worden ist; ebenso wenig ist ein eingeschriebener Brief erforderlich (ZR 90 Nr. 18; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Anhang II, N 2 zu § 193 GVG; Hauser/Schweri, a.a.O., N 10 zu § 193 GVG). Folgerichtig gehen Lehre und Praxis denn auch davon aus, dass – sofern die Sendung nicht persönlich am Postschalter aufgegeben wird – der Moment des Einwurfs in einen Briefkasten der schweizerischen Post als Zeitpunkt der Übergabe an dieselbe gilt (ZR 90 Nr. 18; Hauser/Schweri, a.a.O., N 9 zu § 193 GVG; Rychner, Wann ist ein Brief der Post übergeben?, SJZ 45 [1949], S. 21). Diese Auffassung hat sich im übrigen auch hinsichtlich der Auslegung gleichlautender Vorschriften in den Verfahrensrechten anderer Kantone oder des Bundes weitestgehend durchgesetzt (vgl. insbes. BGE 109 Ia 184 [betreffend Art. 74 Abs. 3 aZPO/GR]; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, N 3.a zu Art. 99 ZPO/BE; Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, N 6 zu § 83 ZPO/LU; Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Vol. I, Bern 1990, N 4.3.2 zu Art. 32 OG; Geiser, in: Geiser/Münch [Hrsg.], Prozessieren vor Bundesgericht, 2. A., Basel/Frankfurt

a.M. 1998, Rz 1.64 [zu Art. 32 Abs. 3 OG und mit dem Hinweis, dass es bei Einwurf in den Briefkasten nicht darauf ankommt, ob der Briefkasten noch vor Fristablauf geleert werde]; Seiler/von Werdt/Güngerich, Bundesgerichtsgesetz [BGG], Bern 2007, N 2 zu Art. 48 BGG; s.a. Bühler, in: Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau/Frankfurt a.M./Salzburg 1998, N 5 zu § 82 ZPO/AG; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N 3.e vor Art. 217 ff. ZPO/SG; a.M. immerhin Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 267, Anm. 20).

b) Die Frage, ob eine Partei die Rechtsmittelfrist gewahrt habe, beschlägt eine Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzung und ist von der angerufenen Rechtsmittelinstanz deshalb von Amtes wegen zu prüfen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 vor § 259 ff. ZPO [und N 11, 15 f. zu § 108 ZPO]). Das allein ändert indessen nichts am Grundsatz, dass das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen – soweit nicht besondere Regeln (z.B. gesetzliche Vermutungen) greifen – im Zweifel von den Parteien nachzuweisen ist. Insbesondere trägt die fristbelastete Partei die Beweislast für die Rechtzeitigkeit ihrer Eingabe, womit sie auch die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat (vgl. ZR 90 Nr. 18; BGE 92 I 257; 92 II 216; 109 Ia 184/185 m.w.Hinw.; Hauser/Schweri, a.a.O., N 10 [und N 7] zu § 193 GVG; Poudret, a.a.O., N 4.6 zu Art. 32 OG; Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N 3.e vor Art. 217 ff. ZPO/SG; Bühler, a.a.O., N 5 zu § 82 ZPO/AG; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O., N 3.a zu Art. 99 ZPO/BE; Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Bern 2007, N 1 [und N 5] zu § 68 ZPO/TG; Bürgli/Schläpfer/Hotz/Parolari, Handbuch zur Thurgauer Zivilprozessordnung, Zürich 2000, N 5 zu § 68 ZPO/TG; s.a. ZR 95 Nr. 63, Erw. 3.1; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 16 zu § 108 ZPO). Immerhin greift dann eine Umkehr der Beweislast Platz (und hat demnach die Behörde die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen), wenn die beweisbelastete Partei den Beweis der Rechtzeitigkeit aus Gründen nicht erbringen kann, die von der Behörde zu verantworten sind (Bühler, a.a.O., N 5 zu § 82 ZPO/AG; BGE 92 I 257).

Der Nachweis der Wahrung der Rechtsmittelfrist (durch rechtzeitige Postaufgabe) lässt sich in erster Linie mit dem Poststempel erbringen (und wird in aller Regel auch mit diesem erbracht), der – im Sinne eines Datumsausweises – den Zeitpunkt der Postaufgabe verkündet und eine gesetzliche Vermutung für den damit bestätigten Übergabezeitpunkt begründet. Allerdings ist diese Vermutung widerlegbar. Insbesondere steht dem Einsender im Falle, da der Poststempel einer nicht eingeschriebenen Sendung das Datum des auf den Ablauf der Frist folgenden Tages trägt, der Beweis offen, dass die Postaufgabe (Einwurf in den Briefkasten) rechtzeitig erfolgt ist und die Stempelung somit nicht den richtigen Übergabezeitpunkt verkündet. Dieser in § 213 Abs. 2 Satz 2 aGVG noch ausdrücklich verankerte Grundsatz gilt auch unter neuem resp. heute geltendem Recht unverändert fort, obwohl er in § 193 GVG nicht mehr eigens erwähnt ist, und er muss selbstredend zumindest insoweit auch für Einschreibesendungen gelten, als solche nicht durch Übergabe am Postschalter (mit sofortiger Stempelung durch das Schalterpersonal), sondern (insbesondere nach Schalterschluss) durch Einwurf in den Briefkasten einer Poststelle aufgegeben (und daher nicht unmittelbar bei Abgabe, sondern mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung in einem späteren [nächtlichen oder frühmorgendlichen] Zeitpunkt abgestempelt) werden (wie dies bei gewissen Poststellen möglich ist). Zur Beweisführung hinsichtlich des fristwahrenden Einwurfs in den Briefkasten sind alle tauglichen Beweismittel zulässig, d.h. neben Urkunden insbesondere auch Zeugen (ZR 90 Nr. 18; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Anhang II, N 2 zu § 193 GVG; Hauser/Schweri, a.a.O., N 10 f. zu § 193 GVG; ebenso [für die analogen Vorschriften in anderen Prozessordnungen] BGE 115 Ia 12, Erw. 3/a; 109 Ia 184 f., Erw. 3/b; Poudret, a.a.O., N 4.6 zu Art. 32 OG; Geiser, a.a.O., Rz 1.68; Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N 3.e vor Art. 217 ff. ZPO/SG; Bühler, a.a.O., N 5 zu § 82 ZPO/AG; s.a. Studer/Rüegg/Eiholzer, a.a.O., N 6 zu § 83 ZPO/LU; Merz, a.a.O., N 5 zu § 68 ZPO/TG). Wird der beweisbelasteten Partei dieser Nachweis verwehrt, liegt darin eine Missachtung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (§ 56 Abs. 1 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV; ZR 90 Nr. 18) und mithin eine Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 23 zu § 56 ZPO, N 35 zu § 281 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 67; von

Rechenberg, a.a.O., S. 27; zum Ganzen auch RB 2000 Nr. 47; BGE 124 V 375, Erw. 3/b).

c) Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Entscheid fest, die Rekurseingabe der Beschwerdeführerin sei erst am 1. Mai 2007 zur Post gegeben worden (was die Beschwerdeführerin bestreitet). Da der Briefumschlag, in dem die Rekurseingabe befördert wurde, nicht bei den vorinstanzlichen Akten liegt, ist anzunehmen, dass sie sich dabei auf den auf der Rekurschrift angebrachten Eingangsstempel stützte, auf welchem unter der Rubrik "Poststempel" der "1.5.07" vermerkt ist (vgl. OG act. 1 S. 1). Dieser von der Vorinstanz selbst angebrachte Vermerk ist hinsichtlich des Zeitpunkts der Postaufgabe der Sendung (insbesondere im Streitfall) jedoch nicht in rechtsgenügendem Ausmass beweisbildend und vermag den (primär beweisbildenden bzw. vermutungsbegründenden) Original-Poststempel daher nicht zu ersetzen. Aus diesem Grund wurde die Vorinstanz denn auch aufgefordert, den fraglichen Briefumschlag nachzureichen (vgl. KG act. 7, Disp.-Ziff. 2). Nachdem sie dies jedoch (ohne jedwelle Stellungnahme zu dieser Aufforderung) unterlassen hat, ist androhungsgemäss davon auszugehen, dass derselbe nicht mehr verfügbar bzw. von der Vorinstanz weggeworfen worden ist. Deshalb und weil weitere Hinweise zum Zeitpunkt der Postaufgabe in den vorinstanzlichen Akten (welche so, wie sie vor Vorinstanz bestanden, Grundlage des kassationsgerichtlichen Entscheids bilden; vgl. von Rechenberg, a.a.O., S. 17) fehlen, lässt sich die vorinstanzliche Feststellung, wonach die Sendung erst am 1. Mai 2007 zur Post gegeben worden sei, nicht auf ihre Richtigkeit überprüfen, wobei diese Unmöglichkeit (zufolge Nichtaufnahme des Briefumschlags in die Akten) von der Vorinstanz zu verantworten ist. Wegen der Nichtverfügbarkeit des Briefumschlags (bzw. des darauf angebrachten Poststempels mit Uhrzeit) kann auch nicht beurteilt werden, ob für die Vorinstanz – sollte der Poststempel tatsächlich das Datum des 1. Mai 2007 tragen (was, wie gesagt, nicht eruiert werden kann) – im Lichte des vorstehend (unter lit. b) erwähnten Grundsatzes Anlass bestanden hätte, an der durch ihn begründeten Vermutung zu zweifeln und der Beschwerdeführerin Gelegenheit einzuräumen, die Rechtzeitigkeit der Postaufgabe nachzuweisen.

d) Die Folgen dieser Unmöglichkeit dürfen nicht die Beschwerdeführerin treffen. Dies umso weniger, als aus dem aus Art. 29 Abs. 2 BV fliessenden Akteneinsichts- und Beweisführungsrecht der Parteien (hier: der Rechtsmittelklägerin hinsichtlich der Rechtzeitigkeit der Postaufgabe) – als dessen Gegenstück – die Aktenführungspflicht von Gerichten und Behörden folgt. Danach hat eine Behörde alles (vollständig) in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört (BGE 130 II 477, Erw. 4.1; 124 V 375/376, Erw. 3/b; 115 Ia 99, Erw. 4/a; Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. A., Bern 1999, S. 531; Hotz, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002, N 31 zu Art. 29 BV; Kiener/Kälin, Grundrechte, Bern 2007, S. 423). Dazu zählen in einem Rechtsmittelverfahren aber auch die vollständigen Briefumschläge, welche die Rechtsmittelerklärung oder -schrift enthalten haben und denen (wegen der durch den Poststempel begründeten Vermutung des Aufgabezeitpunktes) entscheidende Bedeutung für die Beurteilung der Rechtzeitigkeit der Rechtsmittelerhebung zukommen kann. Aufgrund der Aktenführungspflicht besteht mithin eine Verpflichtung der Behörde, welche verspätete Absendung behauptet, zur Aufbewahrung des betreffenden Umschlags (BGE 124 V 375 f., Erw. 3/b; Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, 6. A., Basel 1986, S. 561; s.a. BGE 106 III 49). Insbesondere geht es nicht an, in Verletzung der aufgrund von Art. 29 Abs. 2 BV bestehenden Aktenführungspflicht den Briefumschlag nicht zu den Akten zu nehmen und hernach dem Rechtsmittelkläger entgegenzuhalten, das Rechtsmittel sei verspätet erhoben worden (oder er könne den Nachweis der Rechtzeitigkeit der Postaufgabe nicht erbringen). Ein derartiges Verhalten würde das ebenfalls aus Art. 29 Abs. 2 BV fliessende Beweisführungsrecht des Rechtsmittelklägers verunmöglichen und im Übrigen auch dem – auch das Gericht bindenden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 8 zu § 50 ZPO; ZR 96 Nr. 121, Erw. II/3/d; 83 Nr. 104, Erw. 6; 81 Nr. 133, Erw. 3) – Grundsatz von Treu und Glauben (§ 50 Abs. 1 ZPO, Art. 9 BV) widersprechen (BGE 124 V 376, Erw. 3/b).

e) Indem die Vorinstanz den Briefumschlag, der die Rekurschrift enthielt, in Verletzung der Aktenführungspflicht nicht zu den Akten genommen hat, hat sie nicht nur dem Kassationsgericht eine Überprüfung der Fristwahrung, sondern –

was nicht weniger entscheidend ist – der Beschwerdeführerin auch den Nachweis der Rechtzeitigkeit der Rekurseingabe (mittels Poststempels) verunmöglicht. Unter diesen Umständen (Nichtaufbewahrung des primären Beweismittels für die Rechtzeitigkeit der Postaufgabe) durfte sie nach den vorstehenden Ausführungen nicht ohne weiteres annehmen, der Rekurs sei verspätet erhoben worden, und denselben mangels Wahrung der Rechtsmittelfrist von der Hand weisen. Vielmehr hätte sie in Umkehrung der Beweislast bezüglich der Einhaltung der Rekursfrist von der Rechtzeitigkeit der Rekuserhebung ausgehen oder der Beschwerdeführerin zunächst zumindest Gelegenheit geben müssen, den Nachweis der Rechtzeitigkeit anderweitig (als mit dem Poststempel auf dem Briefumschlag) zu erbringen. Insofern verletzt der angefochtene Beschluss zum Nachteil der Beschwerdeführerin wesentliche Verfahrensgrundsätze im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet. Der angefochtene Nichteintretensentscheid ist deshalb in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (§ 291 ZPO).

f) Ergänzend sei im Hinblick auf die Fortsetzung des Verfahrens auf den von der Beschwerdeführerin vor Kassationsgericht beigebrachten Empfangsschein der Post (KG act. 3/8) hingewiesen, welcher (zumindest) im Rahmen des – durch die Gutheissung der Beschwerde wieder offenen – Rekursverfahrens zu berücksichtigen sein wird. Damit dürfte der Beschwerdeführerin der Nachweis der Rechtzeitigkeit ihrer Rekurseingabe gelingen, soweit unter den gegebenen Umständen nicht allein schon aufgrund des Fehlens des Briefumschlags in den Akten und der damit einhergehenden Umkehr der Beweislast von der Fristwahrung auszugehen ist (vgl. BGE 124 V 376, Erw. 3/b a.E.). Zwar verurkundet der darauf angebrachte Poststempel als Übergabezeitpunkt den 1. Mai 2007, 00.00 Uhr ("-1.-5.07-00"). Diese Zeitangabe ist indessen gleichbedeutend mit 30. April 2007, 24.00 Uhr, und ein so lautender Poststempel ("30.-4.07-24") würde zweifellos die Vermutung rechtzeitiger Postaufgabe begründen. Es versteht sich von selbst, dass die Vermutung der Fristwahrung nicht von der Zufälligkeit abhängen kann, ob der Poststempel den auf zwei Arten beschreibbaren identischen Aufgabetermin (Vortag 24.00 Uhr/Nachtag 00.00 Uhr) in der einen oder anderen Weise verurkundet. Zudem ist gerichtsnotorisch, dass ein Poststempel jeweils zur vollen

Stunde auf die nächstfolgende volle Stunde eingestellt wird (also z.B. um 16.00 Uhr auf "17"), woraus zu schliessen ist, dass eine Sendung, die mit dem Aufgabzeitpunkt 1. Mai 2007, 00.00 Uhr, abgestempelt wurde, der Post am 30. April 2007, zwischen 23.00 Uhr und 24.00 Uhr, übergeben wurde. Auch aus diesem Blickwinkel muss die Rekurseingabe wohl als rechtzeitig eingereicht betrachtet werden.

5. Bei diesem Ausgang (Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung des angefochtenen Beschlusses) sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens in Anwendung der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) der mit ihrem (Rechtsmittel-)Antrag (auf Abweisung der Beschwerde) unterliegenden Beschwerdegegnerin (vgl. KG act. 10 S. 1) aufzuerlegen. Zudem ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der Beschwerdeführerin für die ihr durch das Kassationsverfahren entstandenen Kosten und Umtriebe eine nach Ermessen festzusetzende Entschädigung auszurichten (§ 68 Abs. 1 ZPO). Dabei ist zu beachten, dass die Beschwerdeführerin nicht anwaltlich vertreten ist, womit bei der Bemessung der Entschädigungshöhe die Vorschriften der AnwGebV nicht zur Anwendung gelangen.

6. Da der vorliegende (Rückweisungs-)Beschluss das Ausweisungsverfahren nicht abschliesst, handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG (vgl. Spühler/Dolge/Vock, Bundesgerichtsgesetz, Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2006, N 2 zu Art. 90 BGG; Seiler/von Werdt/Güngerich, a.a.O., N 9 zu Art. 90 BGG). Demzufolge ist gegen ihn eine (ordentliche oder subsidiäre Verfassungs-)Beschwerde im Sinne von Art. 72 ff. oder Art. 113 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig (vgl. Entscheide des Bundesgerichts 4A.4/2007 vom 23.2.2007, Erw. 3, und 5A.73/2007 vom 26.3.2007). Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht (wobei die Frage aufgrund der bisherigen Praxis zu verneinen sein dürfte). Sodann liegt eine vermögensrechtliche Zivilsache mietrechtlicher Natur vor. Folglich entscheidet sich aufgrund des Streitwerts, ob gegebenenfalls (aus den in Art. 95 ff. BGG genannten Gründen) die ordentliche Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG oder – unter Vorbehalt von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage

von grundsätzlicher Bedeutung) – einzig die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG zur Verfügung steht. Der Streitwert wiederum richtet sich auch unter der Herrschaft des BGG – wie bereits unter jener des OG – grundsätzlich nach dem Mietzins bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin (vgl. BGE 119 II 148 f.; 111 II 385 f.; Entscheid des Bundesgerichts 4C.418/2005 vom 14.3.2006, Erw. 2.2; ZR 103 Nr. 61, Erw. II/3.2/b m.w.Hinw.; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Ziff. 62, Anm. 42; Seiler/von Werdt/Güngerich, a.a.O., N 24 zu Art. 51 BGG; s.a. Spühler/Dolge/Vock, a.a.O., N 4 zu Art. 51 BGG), wobei (allein) das Bundesgericht entscheidet, ob der für eine (ordentliche) Beschwerde grundsätzlich vorausgesetzte Streitwert von Fr. 15'000.-- (Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG) erreicht ist (Art. 51 Abs. 2 BGG).

**Das Gericht beschliesst:**

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird der Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. Mai 2007 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 500.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 328.-- Schreibgebühren,  
Fr. 171.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren eine Umtriebsentschädigung von Fr. 100.-- zu entrichten.
5. Die Zulässigkeit einer bundesrechtlichen Beschwerde gegen diesen Entscheid richtet sich nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG, insbes. Art. 72 ff., 90 ff. und 113 ff.). Eine allfällige Beschwerde oder subsidiäre Verfassungsbeschwerde wäre schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe innert 30 Tagen nach Empfang dieses Beschlusses beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.  
  
Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Winterthur (ad EU070035), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: