



Kass.-Nr. AA070123/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Paul Baumgartner und Reinhard Oertli sowie die juristische Sekretärin Daniela Brüsweiler

Zirkulationsbeschluss vom 28. November 2007

in Sachen

1. A.,

...,

2. B.,

...,

Beklagte, Rekurrenten und Beschwerdeführer

gegen

C. ... & Co.,

...,

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt ..

betreffend

Ausweisung / Kündigungsschutz

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. Juli 2007 (NL070081/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Eingabe vom 16. April 2007 stellte die C. ... & Co. beim Bezirksgericht Bülach das Begehren, die Mieter A. und B. seien zufolge Mietzinsausstandes per sofort aus der 4 ½-Zimmerwohnung an der ...strasse in ... auszuweisen (ER act. 1). Daraufhin überwies die Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirkes Bülach das hängige Verfahren betreffend Kündigungsschutz mit Beschluss vom 23. April 2007 an die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Bülach (ER act. 4/11). Mit Entscheid vom 30. Mai 2007 verfügte die Einzelrichterin (Erstinstanz), das Kündigungsschutzbegehren werde als durch Rückzug erledigt abgeschrieben und den Mietern (nachfolgend Beschwerdeführern) werde befohlen, die 4 ½-Zimmer-wohnung sofort nach Erhalt des Entscheides ordnungsgemäss zu verlassen (ER act. 6).

2. Gegen diesen Entscheid rekurrerten beide Beschwerdeführer (OG act. 1A und 1B). Mit Verfügung vom 2. Juli 2007 wurde sowohl dem Beschwerdeführer als auch der Beschwerdeführerin in Anwendung von § 73 Ziff. 4 ZPO eine Frist von 7 Tagen zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von je Fr. 800.-- angesetzt, unter der Androhung, dass bei Säumnis auf den Rekurs nicht eingetreten werde. Am 13. Juli 2007 gingen beim Obergericht zwei Formulare "Erteilte Zahlungsaufträge" über je Fr. 800.-- zu Gunsten der Obergerichtskasse ein (OG act. 9/1 und 9/2). Am 20. Juli 2007 hielt die Obergerichtskasse fest, dass die Kautionen gemäss Verfügung vom 2. Juli 2007 bis anhin nicht geleistet worden seien (OG act. 10). Mit Beschluss vom 27. Juli 2007 trat die II. Zivilkammer des Obergerichts (Vorinstanz) auf den Rekurs nicht ein (OG act. 11).

3. Die Beschwerdeführer erhoben gegen den Entscheid der Vorinstanz rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1A und 1B). Sie beantragen übereinstimmend und mit gleicher Begründung die Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde und damit sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Entscheides (KG act. 1A/B S. 2).

Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9), ebenso die Beschwerdegegnerin auf Beantwortung der Beschwerde (KG act. 10).

4. Die Beschwerdeführer haben der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde einen Beschwerdeantrag an das Schweizerische Bundesgericht beigelegt (KG act. 3/2 und 3/3).

II.

1. Der materiellen Behandlung der Nichtigkeitsbeschwerde ist Folgendes vorzuschicken: Auf ein Rechtsmittel ist nur einzutreten, soweit der Rechtsmittelkläger durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist (§ 51 Abs. 2 ZPO). Die Rechtsmittelinstanz prüft von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegeben sind (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 15 f. zu § 108 ZPO).

2. In den Rekurschriften der Beschwerdeführer ist als Beilage jeweils eine "Wohnungskündigung" aufgeführt (OG act. 1 A/B Seite 2). Der Beschwerdeführer reichte zudem ein entsprechendes Kündigungsschreiben ein, mit dem Inhalt, er kündige den geschlossenen Mietvertrag termingerecht auf den 30. September 2007 (OG act. 3/1).

3. Sollte der Beschwerdeführer, die Beschwerdeführerin oder sollten beide die Wohnung tatsächlich per 30. September 2007 gekündigt haben (aus den Akten geht weder hervor, ob und wann das Kündigungsschreiben der Beschwerdegegnerin zugegangen ist, noch ob ein solches auch seitens der Beschwerdeführerin erfolgte), wäre das Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers oder allenfalls beider Beschwerdeführer zufolge eigener Kündigung der Wohnung per 30. September 2007 mittlerweile nicht mehr gegeben und die Beschwerde zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abzuschreiben. Dasselbe gilt, falls zwischenzeitlich - unabhängig von einer allfälligen Kündigung - die Mieter oder einer der Mieter effektiv aus der Wohnung ausgezogen wäre.

4. Da die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde - wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird - abzuweisen ist und sich bei diesem Verfahrensausgang keine anderen Kosten- und Entschädigungsfolgen ergeben, als wenn das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben wäre (nach den praxisgemässen Kriterien der Verursachung des Verfahrens bzw. Verursachung der Gegenstandslosigkeit), können Weiterungen im Hinblick auf eine allfällige Gegenstandslosigkeit im vorliegenden Fall unterbleiben.

III.

1. Die Beschwerdeführer bringen vor, die Obergerichtskasse habe es nicht für notwendig befunden, ihnen mitzuteilen, dass die Kationen nicht eingegangen seien, obschon die Zahlungsaufträge zugunsten der Obergerichtskasse - ausgestellt von der UBS AG vom 13. Juli 2007, eingereicht worden seien. Der Vorwurf, nicht für den termingerechten Eingang der Kation besorgt gewesen zu sein, sei angesichts der eingereichten Zahlungsaufträge nicht nachvollziehbar (KG act. 1 A/B S. 1).

2. Die Vorinstanz erwog, die Kation sei innert Frist nicht geleistet worden. Zwar hätten die Beschwerdeführer am 13. Juli 2007 zwei an die UBS erteilte Zahlungsaufträge zugunsten der Obergerichtskasse in Höhe von je Fr. 800.-- eingereicht. Diese Beträge seien der Kasse indes nicht gutgeschrieben worden. Ob die Aufträge durch die Beschwerdeführer widerrufen oder von der Bank nicht ausgeführt worden seien, gehe aus den Akten nicht hervor, sei aber auch ohne Belang. Die Beschwerdeführer hätten darum besorgt zu sein, dass die Kation rechtzeitig bezahlt werde bzw. bei der Kasse eingehe (KG act. 2 S. 2).

3. Die Beschwerdeführer rügen mit ihren Vorbringen eine Verletzung der Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO und behaupten damit einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO, nämlich die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 27; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 36 zu § 281 Ziff. 1 ZPO). Zu prüfen ist somit, ob

die Einreichung eines Formulars über einen erteilten Zahlungsauftrag für eine Kautionsleistung geeignet ist, die Fragepflicht des Gerichts auszulösen. Dies ist angesichts der heutigen Möglichkeiten im Zahlungsverkehr zu verneinen. Aus den von den Beschwerdeführern eingereichten Belegen ist ersichtlich, dass die Zahlungsaufträge am 10. Juli 2007, 15.51 Uhr bzw. 15.49 Uhr, über einen sogenannten Multimat (Automat zur elektronischen Erledigung von Zahlungen) der UBS in Kloten erfolgten. Nicht ersichtlich ist, entgegen der Darstellung der Beschwerdeführer, dass die Bank die entsprechenden Belege am 13. Juli 2007 und damit nach dem Ausführungsdatum ausgestellt hätte. Diese datieren vielmehr vom 10. Juli 2007 (OG act. 9/1 und 9/2). Es ist gerichtsnotorisch, dass solche erteilten Zahlungsaufträge - ebenso wie Zahlungsaufträge mittels E-Banking - bis zum Ausführungsdatum vom Auftraggeber auf dieselbe Art, wie der Zahlungsauftrag erfolgte, wieder gelöscht werden können. Ebenso ist gerichtsnotorisch, dass der Kunde nach der Erteilung eines Zahlungsauftrages einen entsprechenden Beleg direkt am Multimaten beziehen kann. Mit diesem Beleg lässt sich aber selbstverständlich nur nachweisen, in welchem Zeitpunkt ein Zahlungsauftrag erteilt wurde, nicht hingegen, ob dieser Zahlungsauftrag auch tatsächlich bis zum Ausführungszeitpunkt bestehen blieb und die Zahlung auch tatsächlich ausgeführt wurde. Die Zahlung erfolgt im Übrigen auch nur dann, wenn das belastete Konto im Ausführungszeitpunkt über die notwendige Deckung verfügt. Aus diesen Gründen kann solchen Belegen über die Erteilung eines Zahlungsauftrages in Bezug auf die Auslösung einer Fragepflicht nicht die gleiche Bedeutung zukommen wie Belegen, welche die effektiv erfolgte Zahlung (Belastung des Kontos, Poststempel auf dem Einzahlungsschein) bestätigen. Vielmehr stellen sie eine reine Parteibehauptung dar, welcher der Umstand, dass die Zahlung bei der Obergerichtskasse nicht eingegangen ist, entgegen steht. Angesichts dieser Sachlage hat die Vorinstanz ihre Fragepflicht nicht verletzt. Hätten die Beschwerdeführer hingegen die Belastung des fraglichen Kontos belegt - was sie im Übrigen bis heute nicht getan haben - und wären die Zahlungen trotzdem bei der Obergerichtskasse nicht eingegangen, wäre die Fragepflicht wohl zu bejahen.

Nur der Vollständigkeit halber ist auf einen früheren Entscheid des Kassationsgerichts hinzuweisen, wonach eine Zahlungsfrist nur dann als eingehalten

gelten kann, wenn innerhalb der Frist ein gültiger Zahlungsauftrag erteilt wird. Andernfalls - so wurde im fraglichen Entscheid festgehalten - könnte sich eine Prozesspartei durch Einreichung eines fehlerhaften oder ungedeckten Checks eine ungerechtfertigte Erstreckung der Zahlungsfrist verschaffen (Kass.-Nr. 39/79 vom 20. März 1979 i.S. S.P.W. c. G., Erw. III.).

Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Vorinstanz die Fragepflicht nicht verletzt hat. Ein Nichtigkeitsgrund ist nicht nachgewiesen, weshalb die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen ist. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

IV.

Ausgangsgemäss sind die Kosten den unterliegenden Beschwerdeführern aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO), sie haften solidarisch je zur Hälfte (§ 70 Abs. 1 ZPO). Mangels entsprechender Umtriebe ist der Beschwerdegegnerin keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Aus den Akten ist nicht ersichtlich, ob und unter welcher Prozessnummer am Bundesgericht ein Verfahren hängig ist. Es wäre jedenfalls Sache des Bundesgerichts zu entscheiden, mit welchen Weiterungen eine bereits eingereichte Beschwerde verbunden wäre.

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. 400.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 189.-- Schreibgebühren,
Fr. 209.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Beschwerdeführern unter solidarischer Haftung je zur Hälfte auferlegt.
4. Prozessentschädigungen werden keine zugesprochen.
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. 18'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 27. Juli 2007 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 Obergerichtes des Kantons Zürich, die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Bülach (Proz.-Nr. EU070049) sowie an das Schweizerische Bundesgericht (ohne Akten), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: