



---

Kass.-Nr. AA090052/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie die juristische Sekretärin Michaela Sauer

## Zirkulationsbeschluss vom 15. Juli 2009

in Sachen

1. X.,

...

2. Y.,

...

Erstbeklagte, Zweitkläger, Appellanten und Beschwerdeführer

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt A.

gegen

Z.,

...

Erstkläger, Zweitbeklagter, Appellat und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt B.

betreffend

## **Kündigungsschutz**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. Februar 2009 (NG090002/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1.1 Die Brüder X. und Y. (Mieter) betreiben ein Baggerunternehmen, das deren Vater im Jahr 1955 oder 1950 mit Z. (Vermieter) gegründet hatte. Letzterer hatte seinen Gesellschaftsanteil bereits vor einiger Zeit an X. und Y. übertragen und vermietet diesen ein Gebäude sowie Nutzflächen des Grundstückes Kat.-Nr. \_\_\_\_\_ in \_\_\_\_\_, von wo aus das Baggerunternehmen seit seiner Gründung betrieben wird. Zum Mietobjekt gehört ein sogenannter Trax-Schopf mit einer sich daneben befindlichen Tanksäule, ein Ölmagazin sowie ein Raum für Instrumente und Batterien. Der Mietzins beträgt Fr. 12'000.– pro Jahr (MG act. 10 S. 2 f.; OG act. 57 S. 3).

1.2 Mit amtlichen Formularen vom 16. September 2006 (MG act. 3/2/2 und act. 3/2/3) kündigte der Vermieter den Mietvertrag per 31. März 2007, da er das gesamte Areal \_\_\_\_\_ für die Realisierung eines Bauprojektes benötige. Die Mieter wandten sich darauf mit Eingabe vom 6. Oktober 2006 an die Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirkes \_\_\_\_\_ (MG act. 3/1). Diese wies mit Beschluss vom 26. Februar 2007 das Begehren der Mieter um Feststellung der Ungültigkeit der Kündigung ab und erstreckte das Mietverhältnis erstmals bis 31. März 2008 (MG act. 2).

1.3 Sowohl der Vermieter als auch die Mieter gelangten darauf an das Mietgericht des Bezirkes \_\_\_\_\_. Dieses hiess die Erstklage (des Vermieters) mit Urteil vom 2. Juli 2008 gut und erstreckte das Mietverhältnis letztmals bis 31. März 2008. Die Zweitklage (der Mieter) wies es ab (OG act. 48).

1.4 Mit Eingabe vom 17. Juli 2008 erhoben die Mieter Berufung gegen das Urteil des Mietgerichts \_\_\_\_\_ (OG act. 49). Mit Beschluss vom 10. Oktober 2008 hob die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich das Urteil des Mietgerichts des Bezirkes \_\_\_\_\_ vom 2. Juli 2008 mangels Protokollierung der Bera-

tung und des Urteils auf. Sie wies die Sache zur allfälligen Ergänzung des Verfahrens und zur neuen Entscheidung an das Mietgericht zurück (MG act. 66).

1.5 Mit Urteil vom 5. November 2008 erstreckte das Mietgericht \_\_\_\_\_ das Mietverhältnis letztmals bis 31. März 2008 (MG act. 70). Dagegen erhoben die Mieter rechtzeitig Berufung (MG act. 72).

1.6 Am 24. Februar 2009 beschloss das Obergericht des Kantons Zürich (fortan Vorinstanz), dass das Mietverhältnis betreffend Trax- und Baggerwerkstatt-Gebäude, Tankstelle, Ölmagazin, Autoabstellplatz und alle weiteren Räume und Flächen auf dem Grundstück Kat.-Nr. \_\_\_\_\_ letztmals bis 30. April 2009 erstreckt werde. Hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens entschied es, dass die Kosten zu 1/8 dem Vermieter und zu 7/8 den Mietern (unter solidarischer Haftung) auferlegt würden. Es verpflichtete die Mieter sodann (solidarisch), dem Vermieter eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 5'000.– (zuzüglich 7.6% MwSt) zu bezahlen (OG act. 86 = KG act. 2).

2.1 Mit Eingabe vom 1. April 2009 erhoben die Mieter (nachfolgend Beschwerdeführer) rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts vom 24. Februar 2009 (dessen Beschwerdefähigkeit als Endentscheid ohne weiteres zu bejahen ist, § 281 ZPO). Sie beantragen, es sei Dispositivziffer 2 des vorinstanzlichen Entscheides aufzuheben, soweit damit das Mietverhältnis nicht bis zum 30. April 2010 erstreckt worden sei; sodann sei die Angelegenheit zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventualiter sei Dispositivziffer 2 aufzuheben und es sei das Mietverhältnis letztmals bis 30. April 2010 zu erstrecken (KG act. 1 S. 2).

Die Beschwerde richtet sich schliesslich auch gegen die vorinstanzliche Regelung der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen; dies jedoch nur für den Fall, dass Dispositivziffer 2 des vorinstanzlichen Entscheides aufgehoben werde (KG act. 1 S. 10). Diesbezüglich beantragen die Beschwerdeführer, es seien die Dispositivziffern 3 und 4 des vorinstanzlichen Beschlusses aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventuali-

ter sei die Regelung der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen von der Kassationsinstanz entsprechend dem Ausgang des Verfahrens selbst vorzunehmen (KG act. 1 S. 2).

2.2 Der Nichtigkeitsbeschwerde wurde mit Verfügung vom 2. April 2009 aufschiebende Wirkung erteilt (KG act. 5). Die Beschwerdeführer sind nicht kautionspflichtig (§ 78 Ziff. 2 ZPO i.V.m. § 53 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO und Art. 274d Abs. 1 OR). Die vorinstanzlichen Akten zog das Kassationsgericht bei. Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 10). Mit ihrer rechtzeitigen Beschwerdeantwort beantragt der Beschwerdegegner die vollumfängliche Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, soweit darauf eingetreten werde (KG act. 9 S. 2). Die Beschwerdeantwort wurde den Beschwerdeführern zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 11 S. 2).

## II.

1.1 Bevor im Einzelnen auf die in der Beschwerdeschrift erhobenen Rügen eingegangen wird, sind die Beschwerdeführer auf die besondere Natur des Beschwerdeverfahrens hinzuweisen. Dieses stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter (mit umfassender Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht der Rechtsmittelinstanz bezüglich des gesamten Prozessstoffes sowohl in rechtlicher wie auch tatsächlicher Hinsicht) dar. Zu prüfen ist vielmehr (allein), ob der mit der Beschwerde 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 den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO), wobei neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren (selbst bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 115 ZPO) nicht zulässig sind (sog. Novenverbot; vgl. Frank/Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4a zu § 288 [und N 7b zu § 115]); gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft (sog. Rügeprinzip).

1.2 Um diesen ihm obliegenden Nachweis zu erbringen, hat sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid und den darin enthaltenen, den Entscheid tragenden Erwägungen auseinander zu setzen und hierbei darzulegen, inwiefern diese mit einem Mangel im Sinne von § 281 ZPO behaftet seien. Die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen hierfür nicht. Ebenso wenig lässt sich ein Nichtigkeitsgrund rechtsgenügend dartun, indem bloss die Richtigkeit der vorinstanzlichen Auffassung in Abrede gestellt (und dieser allenfalls die eigene, abweichende Ansicht entgegengestellt) wird. 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. In diesem Sinne muss beispielsweise, wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher (präzis zu nennenden) Aktenstellen willkürlich sein sollen, wobei es hierfür insbesondere nicht ausreicht, tatsächliche Annahmen der Vorinstanz bloss zu bestreiten oder der vorinstanzlichen Beweiswürdigung einfach die eigene Meinung gegenüberzustellen. Es ist mithin nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten (oder gar eines anderen möglichen) Nichtigkeitsgrundes zu suchen (einlässlich zum Ganzen von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.; Spühler/ Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f. und S. 72 f.; s.a. Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288). Soweit die Beschwerde oder einzelne der darin erhobenen Rügen diese Begründungsanforderungen nicht erfüllen, kann auf die entsprechenden Vorbringen nicht eingetreten werden.

1.3 Die Subsumtion unter den zutreffenden Nichtigkeitsgrund von § 281 ZPO ist Aufgabe des Gerichts; die Anrufung eines unrichtigen Nichtigkeitsgrundes schadet dem Nichtigkeitskläger daher nicht (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288).

2. Im Hinblick auf die nachfolgend zu behandelnden Rügen ist vorab auf die heute geltende Regelung der Abgrenzung der Zuständigkeiten hinzuweisen. Gemäss § 285 Abs. 1 und 2 ZPO ist die Nichtigkeitsbeschwerde nur insoweit zulässig, als nicht das Bundesgericht frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliegt. Der angefochtene Entscheid kann mittels Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 72 Abs. 1 BGG; KG act. 2 S. 35, Dispositivziffer 9; in dieser Dispositivziffer wird der (Rechtsmittel-)Streitwert des vorinstanzlichen Verfahrens mit Fr. 60'000.– angegeben, was angesichts der höchstrichterlichen Praxis zur Streitwertermittlung im Erstreckungsverfahren bezweifelt werden muss, jedoch dürfte der vom Bundesgericht festzusetzende (Rechtsmittel-)Streitwert jedenfalls über Fr. 15'000.– liegen) und das Bundesgericht kann dabei frei prüfen, ob Bundesrecht verletzt wurde (Art. 95 lit. a BGG). Somit kann im vorliegenden Verfahren auf die Rüge der Verletzung von (formellem oder materiellem) Bundesrecht, zu welchem insbesondere die mietrechtlichen Bestimmungen des OR gehören, nicht eingetreten werden. Zulässig ist hingegen die Rüge der Verletzung wesentlicher (kantonal-rechtlicher) Verfahrensgrundsätze (§ 281 Ziff. 1 ZPO) sowie die Rüge der willkürlichen tatsächlichen Annahme (§ 281 Ziff. 2 ZPO).

### III.

#### 1. Übersicht über die Rügen der Beschwerdeführer

Die Beschwerdeführer machen zusammengefasst geltend, der Beschluss der Vorinstanz beruhe zu ihrem Nachteil (1) auf der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, nämlich insoweit, als die Vorinstanz ausgeführt habe, es sei nicht zu beanstanden, dass die Erstinstanz act. 57 anstelle von act. 12 als Bestandteil des Protokolls zu den Akten genommen habe (Ziff. 8 der Beschwerde), (2) auf der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, und zwar insoweit, als dass die Vorinstanz die Angelegenheit für die Bemessung der Erstreckungsdauer an das Mietgericht hätte zurückweisen müssen (Ziff. 7 der Beschwerde), (3) auf der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes bzw. des rechtlichen Gehörs, nämlich insoweit, als dass die Vorinstanz den Um-

stand, dass seit Mai 2007 keine Suchbemühungen der Beschwerdeführer aktenkundig seien, bei der Bemessung der Erstreckungsdauer zum Nachteil der Beschwerdeführer negativ berücksichtigt habe (Ziff. 6 der Beschwerde) sowie (4) auf einer aktenwidrigen tatsächlichen Annahme, weil die Vorinstanz davon ausgegangen sei, der Sohn des Beschwerdegegners habe keine rechtsverbindlichen Erklärungen für den Beschwerdegegner abgeben können (Ziff. 5 der Beschwerde). Auf diese vier Rügen ist im Folgenden näher einzugehen.

## 2. Nicht signierte Plädoyernotizen (1)

2.1 Die Vorinstanz führte im angefochtenen Entscheid gestützt auf § 171 Abs. 1 GVG aus, dass abhanden gekommene Akten soweit möglich nach den Handakten des Gerichts und der Parteien wiederhergestellt würden; sei die Wiederherstellung nicht möglich, so müssten die betreffenden Handlungen wiederholt werden. Sodann begründete die Vorinstanz, weshalb act. 57 (Kopie der Plädoyernotizen von RA A. zur Hauptverhandlung vom 8. Juni 2007) dem verlorenen act. 12 (Plädoyernotizen von RA A. zur Hauptverhandlung vom 8. Juni 2007) entspreche und kam zum Schluss, dass der wiederhergestellte Teil des Protokolls mit dem ursprünglichen materiell identisch sei.

Die Beschwerdeführer würden zwar – so die Vorinstanz weiter – in formeller Hinsicht beanstanden, dass auf act. 57 die handschriftliche Bescheinigung der damaligen Protokollführerin (dass der in diesem Dokument festgehaltene Text mit dem seinerzeit Vorgetragenen übereinstimme) fehle. Bei den gesetzlichen Bestimmungen über das Protokoll, namentlich auch bei derjenigen von § 150 GVG, handle es sich denn auch um zwingendes Recht. Würden die entsprechenden Vorschriften nicht befolgt, so sei die betreffende Prozesshandlung zu wiederholen. Dies gelte aber nur, wenn die fragliche Prozesshandlung gar nie ordnungsgemäss protokolliert worden sei. Vorliegend sei unbestritten einmal ein ordnungsgemässes Protokoll vorgelegen. Der Verlust des fraglichen Dokumentes mache die korrekt durchgeführte und dokumentierte Prozesshandlung nicht nachträglich nichtig. Es würde dem Sinn und Zweck von § 171 GVG zuwiderlaufen, aus rein formalistischen Gründen eine neuerliche Unterzeichnung durch die damals das Protokoll führende juristische Sekretärin zu verlangen, obwohl die Über-

einstimmung von act. 57 mit dem damals Vorgetragenen aus Sicht sämtlicher Beteiligten feststehe. Es sei folglich in keiner Weise zu beanstanden, dass die Erstinstanz act. 57 anstelle von act. 12 als Bestandteil des Protokolls zu den Akten genommen habe. Vor diesem Hintergrund erweise es sich als korrekt, dass die Erstinstanz auf eine Wiederholung der Hauptverhandlung verzichtet habe (KG act. 2 S. 8 ff.)

2.2 Die Beschwerdeführer führen aus, ob die untergegangenen Plädoyernotizen (act. 12) mit den neu eingereichten (act. 57) inhaltlich identisch und so als materiell wiederhergestellter Teil der Protokolls zu betrachten seien – wie es die Vorinstanz auf S. 9 des angefochtenen Beschlusses ausgeführt habe – sei irrelevant. Bei den gesetzlichen Bestimmungen über das Protokoll, namentlich auch bei § 150 GVG, handle es sich um zwingendes Recht. Die betreffende Prozesshandlung sei zu wiederholen, wenn sie nicht befolgt worden sei (was die Vorinstanz richtig erkannt habe). Dies gelte nicht nur dann, wenn die fragliche Prozesshandlung gar nie ordnungsgemäss protokolliert worden sei, sondern auch dann, wenn die fragliche Prozesshandlung wie vorliegend nachträglich nochmals dokumentiert werden müsse. Da Plädoyernotizen, welche an die Stelle des Protokolls treten, wie das Gerichtsprotokoll selbst öffentliche Urkunden seien, würden sie – sofern nicht in der gesetzlichen Form abgefasst – keinen Beweis für die darin enthaltenen Beurkundungen bilden (KG act. 1 S. 8 f.).

Nach § 150 GVG würden die Plädoyernotizen nur dann an die Stelle des Protokolls treten, wenn ihre Übereinstimmung mit dem Vorgetragenen vom Protokollführer geprüft und bescheinigt worden sei. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz handle es sich bei den Plädoyernotizen nicht um Akten im Sinne von § 171 GVG, welche nach Möglichkeit wiederherzustellen seien, sofern abhanden gekommen. Bei den Plädoyernotizen handle es sich um einen Teil des Protokolls als öffentliche Urkunde. Die neuerliche Unterzeichnung von act. 57 durch die damals Protokoll führende Gerichtssekretärin sei somit zwingend, selbst wenn sich wie vorliegend der Fall alle Beteiligten einig darüber seien, dass act. 57 mit act. 12 identisch sei. Nachdem dies immer noch nicht geschehen sei, beruhe der

angefochtene Beschluss auf einer Verletzung der wesentlichen Verfahrensvorschrift von § 150 GVG (KG act. 1 S. 9 f.).

2.3 Ob die Vorinstanz damit, dass sie act. 57 anstelle von act. 12 als Bestandteil des Protokolls zu den Akten nahm (obwohl nicht von der dazumaligen Protokollführerin infidiert und unterzeichnet) und auf eine Wiederholung der Hauptverhandlung vom 8. Juni 2007 verzichtete, einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO setzte, braucht nicht abschliessend geklärt zu werden. Es ist nämlich vorliegend weder erkennbar noch legen es die Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift auch nur ansatzweise dar, inwiefern sich dieser Umstand im Entscheid der Vorinstanz zu ihrem Nachteil ausgewirkt haben könnte. Letzteres wäre gemäss § 281 ZPO jedoch Rechtsmittel- und damit Grundvoraussetzung für eine Aufhebung des angefochtenen Beschlusses (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 13 zu § 281). In diesem Punkt kann folglich mangels Beschwerde nicht auf die Beschwerde eingetreten werden (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 8 und N 21 zu § 51).

Damit kann insbesondere offen bleiben, ob es sich bei Plädoyernotizen, die gemäss § 150 GVG an die Stelle des Protokolls treten können, um Akten im Sinne von § 171 GVG handelt, die der Wiederherstellung überhaupt zugänglich sind. Überdies muss demnach auch nicht geprüft werden, ob auf wiederhergestellte Akten die Vorschrift von § 150 GVG – wonach die Übereinstimmung der Plädoyernotizen mit dem Vorgetragenen vom Protokollführer geprüft und bescheinigt werden muss – zur Anwendung kommt.

### 3. Nicht erfolgte Rückweisung (2)

3.1 Die Beschwerdeführer machen sodann geltend, die Vorinstanz hätte die Angelegenheit für die Bemessung der Erstreckungsdauer an das Mietgericht des Bezirks \_\_\_\_\_ zurückweisen müssen, habe eine Rückweisung doch immer dann zu erfolgen, wenn eine Vorinstanz in der Sache gar nicht oder nur teilweise entschieden habe. Das Mietgericht als Erstinstanz sei nämlich von einem Erstreckungsausschluss ausgegangen und habe demzufolge nicht ansatzweise geprüft, wie lange das Mietverhältnis über die vom Beschwerdegegner anerkannte Dauer

hinaus zu erstrecken sei. Die Vorinstanz hingegen habe das Vorliegen eines Erstreckungsausschlusses zu Recht verneint. Demnach hätte die Angelegenheit zur Neuurteilung, insbesondere zur Interessenabwägung für die Bemessung der Erstreckungsdauer, an das Mietgericht zurückgewiesen werden müssen. Die Vorinstanz habe aber die Interessensabwägung gleich selber vorgenommen und die Erstreckungsdauer selbst festgelegt. Damit habe sie zum Nachteil der Beschwerdeführer eine wesentliche Verfahrensvorschrift, nämlich § 280 Abs. 2 ZPO, verletzt und den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO gesetzt (KG act. 1 S. 8).

3.2 Gemäss § 280 ZPO – welche Bestimmung aufgrund von Art. 274d Abs. 1 OR und § 53 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO i.V.m. § 259 Abs. 2 ZPO vorliegend zur Anwendung kommt; vgl. auch Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 13 zu § 259) – fällt die Rechtsmittelinstanz im Rahmen der Anträge eine neue Entscheidung; sie kann den angefochtenen Entscheid aber aus zureichenden Gründen auch aufheben und den Prozess zur Ergänzung des Verfahrens und zur Neuurteilung an die erste Instanz zurückweisen. Eine Rückweisung an die Erstinstanz erfolgt – anders als bei § 270 ZPO – nicht nach freiem Ermessen, sondern nur aus zureichenden Gründen. Vorrang kommt der raschen Erledigung des Prozesses zu. Rückgewiesen wird etwa dann, wenn die Erstinstanz in der Sache gar nicht oder nur teilweise entschieden hat. Die Rechtsmittelinstanz wird von einer Rückweisung zum Beispiel auch dann absehen können, wenn die Erstinstanz ein Begehren wegen Verneinung einer von mehreren Voraussetzungen abgelehnt hat, ohne die übrigen geprüft zu haben, oder wenn die Erstinstanz wegen Ablehnung des Hauptbegehrens weitere Nebenbegehren nicht mehr geprüft hat (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O. N 2 zu § 280).

3.3 Das von den Beschwerdeführern gerügte Vorgehen der Vorinstanz (eigene Vornahme der Interessensabwägung zwecks Bemessung der Erstreckungsdauer und keine Rückweisung an die Erstinstanz) ist im Lichte des soeben Ausgeführten nicht zu beanstanden. Es trifft insbesondere nicht zu, dass die Erstinstanz hinsichtlich der Erstreckung nicht oder nur teilweise entschieden habe (KG act. 1 S. 8). Die Erstinstanz hatte in der Sache durchaus einen Erstreckungsentscheid getroffen, nämlich dahingehend, dass die Ablehnung des nachträglich

angebotenen (nach Auffassung der Erstinstanz gleichwertigen) Ersatzobjektes durch die Beschwerdeführer die Mieterstreckung gänzlich ausschliesse (OG act. 75 S. 25). Keine Rolle spielt es, dass sie damit den Sachverhalt rechtlich anders würdigte als die Vorinstanz, welche ihrerseits zum Schluss kam, dass den Beschwerdeführern kein gleichwertiges Ersatzobjekt angeboten worden sei (KG act. 2 S. 19) und in der Folge eine Interessensabwägung vornahm, die zu einer letztmaligen Erstreckung bis zum 30. April 2009 führte (KG act. 2 S. 28 und S. 32). Somit ist zusammenfassend festzuhalten, dass im konkreten Fall zureichende Gründe fehlten, um den Prozess zur Neuurteilung zwingend an die erste Instanz zurückzuweisen. Die Vorinstanz konnte aufgrund der vorhandenen Unterlagen in der Sache ohne grössere Weiterungen über die Erstreckung selber entscheiden. Ein Nichtigkeitsgrund kann in diesem Vorgehen nicht gesehen werden.

#### 4. Verletzung des rechtlichen Gehörs (3)

4.1 Die Vorinstanz führte auf Seite 31 des angefochtenen Entscheids vom 24. Februar 2009 (KG act. 2) aus, den Beschwerdeführern seien regelmässige und hinreichende Suchbemühungen ab dem Erhalt der Kündigung im September 2006 bis zum 16. Mai 2007 zu attestieren. Negativ wirke es sich aber auf die Bemessung der Erstreckungsdauer aus, dass die Beschwerdeführer gemäss den vorhandenen Akten letztmals im Mai 2007 konkrete Suchbemühungen unternommen hätten.

4.2 Die Beschwerdeführer bemängeln, die Vorinstanz habe ausser Acht gelassen, dass das Hauptverfahren bereits im Rahmen der Hauptverhandlung vor dem Mietgericht des Bezirks \_\_\_\_\_ am 7. Juni 2007 abgeschlossen worden sei. Die Beschwerdeführer hätten in der Folge keine Gelegenheit mehr gehabt, ihre nach Abschluss des erstinstanzlichen Hauptverfahrens vorgenommenen Suchbemühungen in den Prozess einzubringen. Dass die Vorinstanz die von den Beschwerdeführern nach Abschluss des erstinstanzlichen Hauptverfahrens unternommenen Suchbemühungen als Kriterium für die Bemessung der Erstreckungsdauer heranziehen würde, sei für die Beschwerdeführer nicht vorhersehbar gewesen. Dies umso mehr, als Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens in erster

Linie der von der Erstinstanz festgestellte Erstreckungsausschluss gebildet habe. Den Beschwerdeführern hätte vor dem Entscheid der Vorinstanz Gelegenheit gegeben werden müssen, sich zu nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens unternommenen Suchbemühungen zu äussern und diese zu dokumentieren. Stattdessen habe sich die Vorinstanz damit begnügt, ihren Entscheid lediglich auf die aus den Akten ersichtlichen, d.h. von den Beschwerdeführern bis zur Hauptverhandlung vom 7. Juni 2007 unternommenen und in den Prozess eingebrachten, Suchbemühungen zu stützen. Den Umstand, dass seit Mai 2007 keine Suchbemühungen der Beschwerdeführer aktenkundig seien, habe die Vorinstanz bei der Bemessung der Erstreckungsdauer zum Nachteil der Beschwerdeführer negativ berücksichtigt. Der angefochtene Beschluss beruhe in dieser Hinsicht auf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV und § 56 Abs. 1 ZPO), womit der Nichtigkeitsgrund von § 281 Abs. 1 ZPO erfüllt sei (KG act. 1 S. 7 f.).

4.3 Im hängigen Nichtigkeitsverfahren reichten die Beschwerdeführer im Zusammenhang mit dieser Rüge eine "Sammelbeilage 2" (welche als act. 3/1 - 3/27 zu den Akten genommen wurde) ein, um ihre Suchbemühungen für die Zeit vom 26. Juni 2007 bis zum 12. Januar 2008 zu dokumentieren. Diese Belege haben im Kassationsverfahren als unzulässige neue Vorbringen zu gelten (vgl. oben Ziffer II.1.1); folglich kann darauf nicht eingegangen werden (was die Beschwerdeführer jedoch selbst zu erkennen scheinen; KG act. 1 S. 6).

4.4 Soweit die Beschwerdeführer rügen, die Vorinstanz hätte ihnen unter den gegebenen Umständen Gelegenheit bieten müssen, um sich über entsprechende Suchbemühungen zu äussern und diese zu dokumentieren beziehungsweise die Vorinstanz hätte sich nicht damit begnügen dürfen, ihren Entscheid lediglich gestützt auf die aus den Akten ersichtlichen Suchbemühungen zu treffen, machen sie sinngemäss eine Verletzung von Art. 274d Abs. 3 OR ("soziale Untersuchungsmaxime", wonach unter anderem durch Ausübung der Fragepflicht sicherzustellen ist, dass alle wesentlichen Sachverhaltselemente in den Entscheid einfliessen, BSK OR I-Weber, Obligationenrecht, Art. 1 - 529 OR, 4. Auflage, Basel 2007, N 6 zu Art. 274d) geltend. Da es sich dabei um eine Frage der Anwendung von Bundesrecht handelt (und es keine kantonale Norm gibt, gemäss wel-

cher die Geltung der sozialen Untersuchungsmaxime gemäss Art. 274d Abs. 3 OR die Parteien von der Behauptungslast bzw. der Last, die massgebenden Tatsachenbehauptungen rechtzeitig zu nennen, entbindet; Kass.-Nr. AA040179 vom 9. Juni 2005 i.S. K., Erw. II.2.b Abs. 4), ist darauf nicht einzutreten (vgl. oben Ziffer II.2).

4.5 Die Beschwerdeführer rügen sinngemäss aber auch was folgt: Die Vorinstanz habe insofern das rechtliche Gehör verletzt, als nicht voraussehbar gewesen sei, dass die Vorinstanz den Standpunkt der Erstinstanz – wonach den Beschwerdeführern ein vergleichbares Ersatzobjekt angeboten worden sei, das einer Erstreckung von vorneherein entgegen stehe – verwerfen werde und für die Bemessung der Erstreckungsdauer die nach Abschluss des erstinstanzlichen Hauptverfahrens unternommenen Suchbemühungen heranziehen werde. Die Vorinstanz habe den Beschwerdeführern keine Gelegenheit gegeben, sich zu diesem Rechtsstandpunkt zu äussern oder ergänzende Akten zu produzieren.

Sinngemäss berufen sich die Beschwerdeführer wohl auf jene Rechtsprechung, wonach der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt sei, wenn das Gericht einen Entscheid mit einer völlig neuen Begründung versehen will, welche die Parteien in keiner Weise erwarten müssen und wenn den dadurch möglicherweise Betroffenen keine Möglichkeit gegeben wird, sich vorgängig dazu zu äussern (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 15 zu § 56). Diese Rechtsprechung kann jedoch nicht auf die hier gegebene Situation übertragen werden: Die Bemessung der Erstreckungsdauer war– neben der natürlich ebenfalls zu beantwortenden Frage, ob ein Erstreckungsausschluss vorliege oder nicht – das Thema des Berufungsverfahrens. Die Beschwerdeführer können nicht ernsthaft behaupten, davon ausgegangen zu sein, dass die Vorinstanz (die im Jahr 2009 einen Entscheid zu treffen hatte) für die Bemessung der Erstreckungsdauer nur auf bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Hauptverfahrens im Juni 2007 unternommene Suchbemühungen abstellen würde. Nachdem die Beschwerdeführer – wenn auch subeventualiter – in ihrer Berufungsschrift ja gerade auch selbst beantragt hatten, es sei das Mietverhältnis bis 30. April 2010 zu erstrecken (OG act. 79 S. 2

und S. 12), wäre es an ihnen gelegen, zur Begründung dieses Antrags das Nötige vorzutragen; eine Gehörsverweigerung liegt jedenfalls nicht vor.

5. Aktenwidrige bzw. willkürliche tatsächliche Annahme (4)

5.1 Auf Seite 23 f. des angefochtenen Entscheids vom 24. Februar 2009 führte die Vorinstanz aus, die Beschwerdeführer würden sich darauf berufen, dass der Sohn des Beschwerdegegners ihnen eine mündliche Zusage erteilt habe, wonach das Mietverhältnis noch sechs bis acht Jahre andauern könne. Diese behauptete Zusage habe der Beschwerdegegner seinerseits als zu wenig substantiiert bezeichnet und dezidiert bestritten. Wie es sich damit verhalte, sei jedoch nicht näher zu untersuchen. Denn selbst wenn der Sohn des Beschwerdegegners den Beschwerdeführern tatsächlich etwas Derartiges versichert haben sollte, vermöchten die Beschwerdeführer daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Lediglich allfällige Zusagen des Vermieters seien relevant, da dieser als Einziger über das Recht verfüge, eine Kündigung auszusprechen oder darauf zu verzichten (KG act. 1).

5.2 Die Beschwerdeführer kritisieren, die Vorinstanz habe übersehen, dass der Sohn des Beschwerdegegners als dessen Vertreter gehandelt habe und als solcher durchaus verbindliche Erklärungen für den Beschwerdegegner abgeben könne. Dies ergebe sich daraus, dass der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners zu Beginn des erstinstanzlichen Hauptverfahrens die verbindliche Erklärung zu Protokoll gegeben habe, der fragliche Sohn des Beschwerdegegners, Z. jun., sei der Verwalter der Liegenschaft und verfüge über einen entsprechenden Verwaltungsauftrag, seine Unterschrift sei auf dem Notariat hinterlegt (MG [Verfahren MB070002] Prot. S. 3). Die Feststellung der Vorinstanz, wonach der Sohn des Beschwerdegegners in Bezug auf die künftige Dauer des Mietverhältnisses mit den Beschwerdeführern keine rechtsverbindliche Erklärungen für den Beschwerdegegner habe abgeben können, erweise sich damit als aktenwidrig. In der Folge habe es die Vorinstanz zum Nachteil der Beschwerdeführer und zu Unrecht unterlassen, abzuklären, wie es sich mit dieser – gegebenenfalls nach Art. 272 Abs. 2 lit. a OR bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit der Erstreckungsdauer zu berücksichtigenden – Zusicherung verhalte (KG act. 1 S. 5).

5.3 Während eine tatsächliche Annahme dann aktenwidrig im Sinne von § 281 Ziff. 2, 1. Variante ZPO ist, wenn sie den Inhalt der Akten unrichtig wiedergibt (z.B. wenn das Gericht Aktenstellen übersehen oder ihnen einen anderen als den wirklichen Inhalt beigemessen hat), ist die Beweiswürdigung willkürlich im Sinne von § 281 Ziff. 2, 2. Variante ZPO ("willkürliche tatsächliche Annahme"), wenn der richtige Akteninhalt offensichtlich unrichtig gewürdigt worden ist (ZR 81 Nr. 88, Erw. 6). Willkür in der Beweiswürdigung liegt allerdings nur vor, wenn der (richtig wiedergegebene) Akteninhalt im Zusammenhang mit der Feststellung der tatsächlichen Verhältnisse in unvertretbarer Weise gewürdigt wurde. Das trifft nicht schon dann zu, wenn die Kassationsinstanz bei freier Prüfung eventuell anders entscheiden würde; vielmehr muss der vom Sachrichter gezogene Schluss für einen unbefangenen Denkenden als unhaltbar erscheinen (ZR 81 Nr. 88, Erw. 6; von Rechenberg, a.a.O., S. 28; RB 2002 Nr. 11). Es reicht für den Willkürvorwurf mit anderen Worten nicht aus, wenn in tatsächlicher Hinsicht auch ein anderer Schluss als der von der Vorinstanz gezogene denkbar ist (oder gar sachgerechter erscheint).

5.4 Die Vorinstanz führte wie gesagt aus, lediglich allfällige Zusagen des Vermieters seien relevant (KG act. 2 S. 23). Sie ging somit (stillschweigend) davon aus, der Sohn des Beschwerdegegners könne im Zeitpunkt der allfälligen Zusage nicht dessen Verwalter bzw. Vertreter gewesen sein. Diese (stillschweigende) Erwägung rügen die Beschwerdeführer, wenn sie ausführen, die Vorinstanz habe übersehen, dass der Sohn des Beschwerdegegners als dessen Vertreter gehandelt habe (KG act. 1 S. 5).

Mit dem Hinweis, der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners habe zu Beginn des erstinstanzlichen Hauptverfahrens die verbindliche Erklärung zu Protokoll gegeben habe, der fragliche Sohn des Beschwerdegegners, Z. jun., sei der Verwalter der Liegenschaft und verfüge über einen entsprechenden Verwaltungsauftrag; seine Unterschrift sei auch auf dem Notariat hinterlegt (MG [Verfahren MB070002] Prot. S. 3), lässt sich im Hinblick auf die gerügte, vorinstanzliche Erwägung jedoch weder eine aktenwidrige noch eine willkürliche Feststellung belegen. Der im Protokoll des Mietgerichts festgehaltenen Äusserung des beschwer-

degegnerischen Rechtsvertreter kann zwar entnommen werden, dass Z. junior im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Hauptverhandlung am 8. Juni 2007 über einen Verwaltungsauftrag verfügte. Dem Protokoll lässt sich jedoch nichts darüber entnehmen, ob im Zeitpunkt, in welchem Z. junior die (behauptete) Zusicherung gemacht hatte, dieser bereits als Verwalter oder Vertreter des Vermieters aufgetreten war. Nachdem weiter von den Beschwerdeführern vor den Vorinstanzen auch nicht behauptet worden war, der Sohn des Beschwerdegegners habe als dessen Vertreter bzw. Verwalter gehandelt (bzw. die Beschwerdeführer im Kassationsverfahren nicht aufzeigen, wo sie dies vor den Vorinstanzen bereits behauptet hätten), kann die Annahme der Vorinstanz, zwischen dem Vermieter (Beschwerdegegner) und dessen Sohn habe kein Verwaltungs- bzw. Vertretungsverhältnis vorgelegen, nicht als willkürlich erachtet werden.

Somit lässt die auf Seite 3 des Protokolls des Mietgerichts (im Verfahren MB070002) festgehaltene Aussage des beschwerdegegnerischen Rechtsvertreter die vorgenannte Annahme bzw. Beweiswürdigung der Vorinstanz nicht als willkürlich bzw. unhaltbar erscheinen. Die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführer geht fehl.

Anzumerken bleibt Folgendes: Welche rechtlichen Schlüsse aus einem allfälligen Verwaltungs- bzw. Vertretungsverhältnis zu ziehen wären (ob der Sohn diesfalls für den Vermieter verbindliche Erklärungen abgeben konnte, aus welchen die Beschwerdeführer zu ihren Gunsten etwas ableiten könnten), ist eine Rechtsfrage, die der Überprüfung im vorliegenden Verfahren entzogen ist (vgl. oben Ziffer II.2).

6. Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten, dass die Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen vermögen. Damit ist die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

#### IV.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Verfahrens den Beschwerdeführern aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO), je zur Hälfte und unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag.

2. Die Beschwerdeführer sind zudem – je zur Hälfte, unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag – zu verpflichten, den Beschwerdegegner für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen; antragsgemäss zuzüglich Mehrwertsteuer (KG act. 9 S. 2; Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006).

#### V.

1. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Endentscheid (im Sinne von Art. 90 BGG) in einer vermögensrechtlichen Zivilsache mietrechtlicher Natur, deren vom Bundesgericht festzusetzender (Rechtsmittel-)Streitwert im Lichte der höchstrichterlichen Praxis unter Fr. 15'000.– liegen dürfte (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG). Folglich ist gegen den kassationsgerichtlichen Entscheid die (ordentliche) Beschwerde in Zivilsachen (gemäss Art. 72 ff. BGG) nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine (der bundesgerichtlichen Prüfung zugängliche) Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 lit. a BGG). Andernfalls steht gegen ihn lediglich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Sinne von Art. 113 ff. BGG offen.

2. Ferner beginnt mit der Zustellung des Beschlusses des Kassationsgerichts (als ausserordentlicher Rechtsmittelinstanz) auch die dreissigtägige Frist zur allfälligen (direkten) Anfechtung des obergerichtlichen Berufungsentscheids mittels Beschwerde ans Bundesgericht wegen Mängeln, deren Prüfung dem Kassationsgericht entzogen ist, (neu) zu laufen (Art. 100 Abs. 6 BGG; vgl. KG act. 2 S. 14).

**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. 2'000.–.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Beschwerdeführern je zur Hälfte auferlegt, unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag.
4. Die Beschwerdeführer werden je zur Hälfte, unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag, verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.– (zuzüglich 7.6% MWST im Betrag von Fr. 114.–) 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 subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) allenfalls die ordentliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig. Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Der Streitwert liegt unter Fr. 15'000.–.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. Februar 2009 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, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und an das Mietgericht des Bezirkes \_\_\_\_\_ (ad MB080006), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: