



Kass.-Nr. AA090146/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Vizepräsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

## Zirkulationsbeschluss vom 15. Januar 2010

in Sachen

1. X,

...,

2. Y,

...,

Beklagte, Rekurrenten und Beschwerdeführer

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. \_\_\_\_\_

gegen

Z,

...,

Kläger, Rekursgegner und Beschwerdegegner

vertreten durch \_\_\_\_\_

betreffend

**Ausweisung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. September 2009 (NL090122/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Mit undatiertem schriftlichem Vertrag mieteten die Beschwerdeführer (Beschlagte und Rekurrenten) vom Beschwerdegegner (Kläger und Rekursgegner) Geschäftsräumlichkeiten im Erdgeschoss und im 1. Untergeschoss sowie einen Technikraum im 2. Untergeschoss der Liegenschaft A.-strasse 00 (Haus B.) in Winterthur (ER act. 2/3). Nachdem der Beschwerdegegner den Beschwerdeführer 2 mit Schreiben vom 16. März 2009 erfolglos aufgefordert hatte, ihm ausstehende Mietzinse für die Monate Juli 2005 bis März 2009 im Betrag von insgesamt Fr. 545'500.-- innerhalb von dreissig Tagen zu bezahlen (ER act. 2/4), kündigte er den Mietvertrag gegenüber beiden Mietern mit (separaten) amtlichen Formularen, datiert vom 22. April 2009, zufolge Zahlungsrückstands der Mieterschaft im Sinne von Art. 257d OR per 31. Mai 2009 (ER act. 2/5/1 und 2/5/2). Soweit ersichtlich, blieben die Kündigungen unangefochten.

2. Weil die Beschwerdeführer die Mieträumlichkeiten bis zum Kündigungstermin nicht geräumt und verlassen hatten, gelangte der Beschwerdegegner mit Eingabe vom 12. Juni 2009 mit dem Begehren an die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Winterthur (Erstinstanz), die Beschwerdeführer baldmöglichst aus den Mietobjekten auszuweisen (ER act. 1). Mit Verfügung vom 15. Juni 2009 erliess die Erstinstanz zunächst ohne vorgängige Anhörung der Beschwerdeführer einen Räumungsbefehl im Sinne von § 224 Abs. 1 ZPO (ER act. 3). Hiegegen erhoben die Beschwerdeführer unter dem 18. Juni 2009 fristgerecht Einsprache (ER act. 5 und 7), worauf am 16. Juli 2009 die mündliche Hauptverhandlung stattfand (vgl. ER Prot. S. 2 ff.). Mit Datum desselben Tages befahl die Erstinstanz den Beschwerdeführern gestützt auf § 222 Ziff. 2 ZPO unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfalle, die Mieträumlichkeiten unverzüglich ordnungsgemäss zu räumen und zu verlassen. Zugleich wurde das Stadtammannamt Wintertur-Stadt angewiesen, den Ausweisungsbefehl nach Ein-

tritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen des Beschwerdegegners zu vollstrecken (ER act. 10 = OG act. 2 = OG act. 9).

3. Gegen den erstinstanzlichen Räumungsbefehl rekurrierten die Beschwerdeführer am 3. August 2009 rechtzeitig mit dem Antrag auf Aufhebung der einzelrichterlichen Verfügung und Abweisung des Ausweisungsbegehrens (OG act. 1), wobei sie ihre Rekursbegründung mit Eingabe vom 18. August 2009 ergänzten (OG act. 15). Nachdem sie die ihnen mit Beschluss vom 4. August 2009 (OG act. 6) auferlegte Prozesskaution von Fr. 13'500.-- innert (erstreckter) Frist geleistet hatten (OG act. 11, 13 und 18) und der Beschwerdegegner die ihm angesetzte Frist zur Erstattung der Rekursantwort unbenützt hatte verstreichen lassen (vgl. OG act. 19 und 20), beschloss die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) am 16. September 2009, den Rekurs in Bestätigung der bezirksrichterlichen (Ausweisungs-)Verfügung sowie unter Erneuerung des Vollstreckungsbefehls unter Kostenfolgen zulasten der Beschwerdeführer abzuweisen (OG act. 21 = KG act. 2).

4. Gegen diesen den Beschwerdeführern am 17. September 2009 zugestellten (OG act. 22/1), als (im summarischen Verfahren ergangener) Rekursentscheid ohne weiteres beschwerdefähigen (vgl. § 281 ZPO und Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 9 f. zu § 281 ZPO; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 4 f.; s.a. Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 62) Erledigungsbeschluss richtet sich die vorliegende, vom 19. Oktober 2009 datierte, gleichentags zur Post gegebene und damit rechtzeitig (vgl. § 287 ZPO und §§ 191-193 GVG) erhobene Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1). Darin beantragen die Beschwerdeführer, den vorinstanzlichen Entscheid vollumfänglich aufzuheben und – im Sinne eines neuen Sachentscheids (§ 291 Satz 2 ZPO) – das Ausweisungsbegehren abzuweisen (KG act. 1 S. 2).

Mit Präsidialverfügung vom 20. Oktober 2009 (KG act. 4) wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (s.a. KG act. 3 und 7), der Beschwerde antragsgemäss (vgl. KG act. 1 S. 2) aufschiebende Wirkung verliehen und den Be-

schwerdeführern eine Prozesskaution von Fr. 22'000.-- auferlegt, welche innert (erstreckter) Frist geleistet wurde (vgl. KG act. 11 und 13). Die Vorinstanz hat ausdrücklich auf Vernehmlassung (KG act. 8) und der Beschwerdegegner auf Beantwortung der Beschwerde verzichtet, wobei Letzterer in seiner diesbezüglichen Eingabe vom 27. Oktober 2009, die den Beschwerdeführern unter dem 20. November 2009 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (vgl. KG act. 14 und 15/1), auf den Entscheid der Vorinstanz verweist, deren gründlicher Beurteilung er sich vorbehaltlos anschliesse (KG act. 10). Weitere Stellungnahmen sind nicht eingegangen.

## II.

1. Die Vorinstanz verwarf in ihrer Entscheidungsbegründung zunächst jene beklaglichen Einwände, mit denen die Beschwerdeführer formelle Mängel bei der Ansetzung der Zahlungsfrist nach Art. 257d Abs. 1 OR sowie bei den darauffolgenden Kündigungen durch den Beschwerdegegner geltend gemacht hatten (KG act. 2 S. 3-5, Erw. 3). Alsdann befasste sie sich einlässlich und im Einzelnen mit den Vorbringen, mit welchen die Beschwerdeführer den vom Beschwerdegegner geltend gemachten Mietzinsausstand von Fr. 545'000.-- (recte: Fr. 545'500.--) materiell bestritten und gerügt hatten, dass der Ausstand nicht genau und richtig bezeichnet und der innert der Frist von Art. 257d Abs. 1 OR zu bezahlende Mietzins daher nicht einwandfrei bestimmbar sei, was zur Nichtigkeit der gegen die Beschwerdeführer ausgesprochenen ausserordentlichen Kündigungen führe (KG act. 2 S. 5-11, Erw. 4/a-d). Dabei gelangte die Vorinstanz zum Ergebnis, dass die Beschwerdeführer auch mit ihren diesbezüglichen Einwendungen nicht durchzudringen vermöchten; vielmehr sei davon auszugehen, dass der in der Zahlungsaufforderung genannte (ausstehende) Betrag zutreffend sei und die darauf gestützten Kündigungen gültig erfolgt seien (KG act. 2 S. 11, Erw. 4/e). Dementsprechend sei der Rekurs unbegründet und unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführer abzuweisen (KG act. 2 S. 11, Erw. 5-6).

2.a) Bevor im Einzelnen auf die in der Beschwerde erhobenen Rügen eingegangen wird, sind die Beschwerdeführer auf die besondere Natur des Beschwerdeverfahrens hinzuweisen. Dieses stellt keine (hier: drittinstanzliche) Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter (mit umfassender Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht der Kassationsinstanz bezüglich des gesamten Prozessstoffes sowohl in rechtlicher wie auch tatsächlicher Hinsicht) dar. Zu prüfen ist vielmehr (allein), ob der angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO leidet. Dabei muss der behauptete Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachgewiesen werden (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO); gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft (sog. Rügeprinzip), und auch dies nur insoweit, als die Bestimmung von § 285 ZPO eine Beurteilung der behaupteten Mängel durch die Kassationsinstanz zulässt (vgl. dazu nachstehende lit. b).

Um diesen ihm obliegenden Nachweis zu erbringen, hat sich ein Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid und den darin enthaltenen, den Entscheid tragenden Erwägungen auseinanderzusetzen 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; es geht daher auch nicht an, solche zum integrierenden Bestandteil der Beschwerde(begründung) zu erklären. Ebenso wenig lässt sich ein Nichtigkeitsgrund rechtsgenügend dartun, indem in appellatorischer Weise bloss die Richtigkeit der vorinstanzlichen Auffassung in Abrede gestellt und dieser die eigene, abweichende Ansicht entgegengestellt wird. Vielmehr sind in der Beschwerdebegründung die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids genau zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. So muss beispielsweise, wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO rügt, in der Beschwerde genau darlegen, welche wo (in den vorinstanzlichen Erwägungen) getroffenen tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheids aufgrund welcher (präzis zu nennenden) Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind neben

der bemängelten Stelle im angefochtenen Entscheid ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Ebenso muss, wer einwendet, bestimmte Vorbringen seien zu Unrecht nicht berücksichtigt oder behandelt worden, sagen, wo (Aktenstelle) er diese vorgetragen hat. Schliesslich ist bei Berufung auf § 281 Ziff. 1 ZPO hinreichend präzise aufzuzeigen, inwiefern welcher wesentliche Verfahrensgrundsatz verletzt worden bzw. worin ein verfahrensrechtlicher Mangel zu erblicken sei. 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, a.a.O., S. 16 ff.; Spühler/Vock, a.a.O., S. 56 f., 72 f.; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO; RB 2002 Nr. 11). Erfüllt die Beschwerde (als Ganzes) oder einzelne der darin erhobenen Rügen diese (als Rechtsmittelvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfenden) Begründungsanforderungen nicht, hat dies zur Folge, dass auf die Beschwerde oder die entsprechenden Vorbringen nicht eingetreten werden kann.

b) Mit Blick auf die Zulässigkeit der erhobenen Rügen bzw. die Prüfungsbefugnis des Kassationsgerichts rechtfertigt sich ferner ein Hinweis auf § 285 ZPO. Danach ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde unzulässig, soweit der angefochtene Entscheid dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegt und dieses mit freier Kognition überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliegt (Grundsatz der Subsidiarität der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde gegenüber den bundesrechtlichen Rechtsmitteln).

Der vorinstanzliche Beschluss hat einen Rechtsstreit über ein dem Bundesprivatrecht unterstehendes Rechtsverhältnis (Mietvertrag) zum Gegenstand und unterliegt der (ordentlichen) Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht (vgl. hinten, Erw. III/2). Im Rahmen dieses Rechtsmittels überprüft das Bundesgericht (unter anderem) eine behauptete Verletzung von Bundesrecht mit freier Kognition (Art. 95 lit. a BGG). Folglich ist die Rüge der Verletzung von (formellem oder materiellem) Bundesrecht, zu welchem insbesondere auch die mietrechtlichen Bestimmungen des OR (und unter ihnen Art. 257d OR)

gehören, nicht im kantonalen Kassationsverfahren, sondern mittels Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht zu erheben (ZR 107 Nr. 79, Erw. 3/b; 107 Nr. 59, Erw. 3.1; 107 Nr. 21, Erw. II/5/b m.w.Hinw.; Reetz, Das neue Bundesgerichtsgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Beschwerde in Zivilsachen, SJZ 2007, S. 37). Das gilt auch im summarischen (Befehls-)Verfahren zur Handhabung klaren Rechts bei liquiden tatsächlichen Verhältnissen nach § 222 Ziff. 2 ZPO (Kass.-Nr. 94/462 vom 26.3.1995 i.S. R.c.Z., Erw. II/2) und auch dann, wenn vor Kassationsgericht eine Verletzung *klaren* materiellen Bundesrechts (im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO) behauptet und damit sinngemäss die Rüge willkürlicher Anwendung bundes(zivil)rechtlicher Vorschriften (Art. 9 BV) erhoben wird (vgl. ZR 105 Nr. 10, Erw. III/2; 106 Nr. 50, Erw. II/4/g/aa).

Anders verhält es sich nur, wenn geltend gemacht wird, der Summarrichter sei zu Unrecht vom Vorliegen klaren (materiellen) Bundesrechts ausgegangen (und habe deshalb zu Unrecht einen Sachentscheid gefällt, statt die Klage gestützt auf § 226 ZPO von der Hand zu weisen). Diesfalls hat die Kassationsinstanz die Anwendung des materiellen Bundesrechts als (bundesrechtliche) Vorfrage zur verfahrensrechtlichen Hauptfrage der richtigen Anwendung der kantonalrechtlichen Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit des Befehlsrichters zu prüfen (vgl. ZR 102 Nr. 16, Erw. II/2/b; 107 Nr. 13, Erw. III/4.5/c; s.a. Lieber, Handhabung und Verletzung "klaren Rechts", in: Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, S. 218/219; ferner auch RB 1987 Nr. 47). Diese Rüge wird in casu jedoch nicht erhoben.

3. Mit der vorliegenden Beschwerde wird im Wesentlichen geltend gemacht, der vorinstanzliche Entscheid beruhe (im Ergebnis) auf einer falschen Anwendung von Art. 257d OR (KG act. 1 S. 3, Ziff. 4).

3.1. Zur Begründung verweisen die Beschwerdeführer einleitend (pauschal) auf ihre Ausführungen in den Eingaben vom 3. und 18. August 2009 (OG act. 1 und 15), und sie erklären, vollumfänglich an diesen festzuhalten (KG act. 1 S. 3, Ziff. 1). Mit einer derart allgemeinen Verweisung auf frühere Vorbringen lässt sich

jedoch von vornherein kein Nichtigkeitsgrund nachweisen. Darauf ist nicht näher einzugehen (§ 288 ZPO und vorne, Erw. II/2/a).

3.2.a) Sodann pflichten die Beschwerdeführer der Vorinstanz insoweit bei, als gemäss herrschender Lehre und Praxis der Zahlungsrückstand in der Zahlungsaufforderung nach Art. 257d OR genau und richtig anzugeben sei. Sei der abgemahnte Betrag dort falsch beziffert oder stehe er nicht zweifelsfrei fest, so führe dies im Ergebnis zur Nichtigkeit der darauf gestützten ausserordentlichen Kündigung. Die Nichtigkeit könne jederzeit geltend gemacht werden und sei vom Richter von Amtes wegen zu beachten. Diese Auslegung von Art. 257d OR sei unbestritten und entspreche daher klarem Recht im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO. Indem die Vorinstanz nicht von Amtes wegen geprüft habe, ob die Kündigung "wegen Nichteinhaltung der Formvorschriften oder aus anderen Gründen" nichtig sei, habe sie "betreffend die Frage der Nichtigkeit der Kündigung zusätzlich einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt" (KG act. 1 S. 3 f., Ziff. 2-4).

b) Dazu ist einerseits festzuhalten, dass die Beschwerdeführer den (zu allgemein gehaltenen) Vorwurf der Verletzung eines "zusätzlichen" wesentlichen Verfahrensgrundsatzes nicht auf bestimmte Erwägungen im angefochtenen Entscheid beziehen. Es bleibt daher unklar, gegen welche konkreten vorinstanzlichen Ausführungen er sich überhaupt richtet. Deshalb kann insoweit schon mangels rechtsgenügender Begründung nicht auf die Beschwerde eingetreten werden (§ 288 ZPO und vorne, Erw. II/2/a).

c) Andererseits hat die Vorinstanz die Frage der Nichtigkeit der Kündigung entgegen den Vorbringen in der Beschwerdeschrift durchaus (einlässlich) geprüft (und verneint; vgl. KG act. 2 S. 3 ff., Erw. 3-4). Insofern wäre der Einwand, die Vorinstanz habe die ihr von Amtes wegen obliegende Prüfung dieser Frage unterlassen, auch materiell unbegründet. Der Sache nach machen die Beschwerdeführer mit dieser Rüge indessen eher geltend, die Kündigung sei in Missachtung der Vorschrift von Art. 257d OR zu Unrecht nicht als nichtig, sondern als gültig betrachtet worden (vgl. auch KG act. 1 S. 6, Ziff. 12). Die damit aufgeworfene Frage nach der Nichtigkeit bzw. Gültigkeit einer ausgesprochenen Kündigung des Mietverhältnisses wird aber vom Bundesrecht (OR) beherrscht und kann somit im

Rahmen der Beschwerde in Zivilsachen der freien bundesgerichtlichen Prüfung unterbreitet werden (Art. 95 lit. a BGG). Folglich ist sie der kassationsgerichtlichen Beurteilung entzogen und die Beschwerde insoweit, als damit eine Verletzung von Art. 257d OR gerügt wird, auch unter dem Aspekt von § 285 ZPO unzulässig (vgl. vorne, Erw. II/2/b). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sich die Beschwerdeführer sinngemäss auf den Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (§ 57 ZPO) berufen: Kann ein bestimmter Mangel nämlich beim Bundesgericht gerügt werden, ist es nach gefestigter Praxis nicht möglich, daneben auch noch an das Kassationsgericht zu gelangen mit der Rüge, es sei dadurch indirekt auch eine kantonale Vorschrift verletzt worden; insbesondere kann in Fällen, die der Beschwerde in Zivilsachen unterliegen, im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht geltend gemacht werden, die Pflicht zur Rechtsanwendung von Amtes wegen gemäss § 57 ZPO sei verletzt, weil das Bundesrecht falsch angewendet worden sei (RB 1980 Nr. 29; 1999 Nr. 64; Kass.-Nr. AA070079 vom 27.2.2008 i.S. Z.c.S., Erw. II/2/b/aa; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 20 zu § 285 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 61).

3.3. In der Hauptsache stützt sich die Beschwerde auf das Argument, die Kündigung sei nichtig, weil der Zahlungsausstand im Zeitpunkt der Zahlungsfristansetzung (16. März 2009) weniger als die in der Zahlungsaufforderung (ER act. 2/4) genannten Fr. 545'500.-- betragen habe (KG act. 1 S. 4 ff., Ziff. 5 ff.).

3.3.1.a) Zur Begründung dieses Einwands bringen die Beschwerdeführer einerseits vor, bereits vor Erstinstanz unwidersprochen behauptet zu haben, dass sie im Jahre 2005 dem Beschwerdegegner Barzahlungen geleistet hätten. Mit dem Vermerk "15'000.-- bar" auf der anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung eingereichten Forderungszusammenstellung bestätige der Beschwerdegegner selber, dass zumindest eine Barzahlung von Fr. 15'000.-- erfolgt sei, welche in dieser Zusammenstellung nicht berücksichtigt worden sei. Entgegen vorinstanzlicher Ansicht handle es sich bei diesem Vorbringen nicht um ein Novum, seien Barzahlungen doch bereits vor Erstinstanz geltend gemacht worden und handle es sich zudem um eine Behauptung, deren Richtigkeit sich (im Sinne von § 115 Ziff. 2 ZPO) aus den Prozessakten ergebe. Unhaltbar, durch nichts be-

legt und klar aktenwidrig seien sodann "die weiteren Ausführungen der Vorinstanz zur Zahlung der CHF 15'000.00". Falsch sei insbesondere die vorinstanzliche Behauptung, dass die Zahlung erst nach dem Erstellen der Zahlungsaufforderung bzw. der Zahlungsfristansetzung vom 16. März 2009 erfolgt sein solle. Dazu fehle jeglicher Hinweis. Gegenteilig habe der Beschwerdegegner vor Erstinstanz ausgeführt, dass die Beschwerdeführer seit Februar 2009 überhaupt keine Zahlung mehr geleistet hätten. Der in der Zahlungsaufforderung aufgeführte Zahlungsrückstand sei aus diesem Grund um Fr. 15'000.-- zu hoch beziffert (KG act. 1 S. 4 f., Ziff. 7 f. m.Hinw. auf ER Prot. S. 2 und 7 sowie ER act. 9).

b) Die Beschwerdeführer zeigen auch in diesem Kontext nicht unter Angabe der betreffenden Stellen im angefochtenen Beschluss auf, wo die Vorinstanz die bemängelten Feststellungen getroffen hat bzw. welche vorinstanzlichen Erwägungen sie mit ihrer Kritik beanstanden. Damit vermag die Beschwerde auch diesbezüglich den formellen Anforderungen an die Begründung einer solchen nicht zu genügen, weshalb auch insoweit nicht auf sie eingetreten werden kann (§ 288 ZPO und vorne, Erw. II/2/a).

c) Im Übrigen trifft es nicht zu, dass sich die Richtigkeit der Behauptung, die Beschwerdeführer hätten dem Beschwerdegegner unter dem Titel Mietzinszahlung eine zusätzliche Barzahlung von Fr. 15'000.-- geleistet, die in der Zahlungsaufforderung bzw. Forderungszusammenstellung (über insgesamt Fr. 545'500.--) nicht in Abzug gebracht worden sei, aus den Akten ergebe und diese Behauptung deshalb kein unzulässiges Novum darstelle, sondern gemäss § 115 Ziff. 2 ZPO (in Verbindung mit §§ 278 und 267 Abs. 1 ZPO) hätte berücksichtigt werden müssen. So haben die Beschwerdeführer anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung zwar behauptet, dem Beschwerdegegner "vier bis sechs Monatsmietzinsen bar in seinem Büro bezahlt" zu haben, ohne dabei jedoch konkrete Beträge zu nennen; auf entsprechende richterliche Nachfrage hin konnten sie auch nicht sagen, welche Monatsbeträge damit bezahlt worden seien (ER Prot. S. 7; s.a. ER Prot. S. 5). Angesichts der Vagheit dieser Angaben, die sich durchaus auch auf Zahlungen beziehen können, die in der klägerischen Zusammenstellung der Mietzinsausstände (ER act. 9) berücksichtigt sind, kann nicht gesagt

werden, dass die Behauptung, wonach neben den dort im Einzelnen aufgeführten Beträgen zusätzliche Fr. 15'000.-- in bar an die Mietzinsschulden bezahlt worden seien, bereits vor Erstinstanz aufgestellt worden sei. Vielmehr erscheint sie als neu bzw. erstmals im Rekursverfahren vorgetragen. Sodann hat der Beschwerdegegner an derselben Stelle (ER Prot. S. 7) erklärt, dass die Beschwerdeführer bei Übernahme der Mietlokalität Fr. 5'000.-- für die Bar und weiter Fr. 10'000.-- für die Rohbaumiete Mai bis Juni 2004 (d.h. insgesamt Fr. 15'000.--) bezahlt hätten. Mit dem nicht näher präzisierten handschriftlichen Vermerk "15'000.-- bar" auf der Zusammenstellung der Ausstände (ER act. 9), dessen wahre Bedeutung im Übrigen keineswegs evident ist und dem hinsichtlich der fraglichen Behauptung deshalb ohnehin nur beschränkte Beweiskraft zukommt, könnten daher auch diese insgesamt Fr. 15'000.-- gemeint sein, wobei das (in der Zusammenstellung zunächst als "offen" erfasste) Mietbetreffnis von Fr. 10'000.-- für Mai/Juni 2004 vom Totalbetrag von Fr. 566'501.65 in Abzug gebracht, d.h. bei der Bezifferung des abgemahnten Betrages berücksichtigt worden ist (vgl. ER act. 9 unten). Jedenfalls ergibt sich aus den in der Beschwerdeschrift genannten Aktenstellen nicht (mit der von § 115 Ziff. 2 ZPO geforderten Klarheit bzw. Schlüssigkeit), dass die Beschwerdeführer dem Beschwerdegegner einen in der Zahlungsaufforderung (bzw. der dort genannten Summe von Fr. 545'500.--; vgl. ER act. 2/4) fälschlicherweise nicht in Abzug gebrachten Betrag von Fr. 15'000.-- an die ausstehenden Mietzinsforderungen bezahlt hätten. Damit fällt diese (erstmalig im Rekursverfahren erhobene und damit neue) beklagliche Behauptung aber nicht unter die Vorschrift von § 115 Ziff. 2 ZPO (in Verbindung mit §§ 278 und 267 Abs. 1 ZPO), weshalb die Vorinstanz sie unter diesem Gesichtspunkt zu Recht für unbeachtlich hielt.

Demgegenüber erschiene die als unhaltbar gerügte Annahme, der auf der Forderungszusammenstellung handschriftlich vermerkte Betrag von Fr. 15'000.-- sei erst *nach* der Fristansetzung vom 16. März 2009 bezahlt worden, (allein) aufgrund der Vorbringen in der Beschwerdeschrift (insbesondere angesichts der klägerischen Aussage, die Beschwerdeführer hätten seit Februar 2009 überhaupt keine Zahlung mehr geleistet; ER Prot. S. 2) möglicherweise tatsächlich als willkürlich im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO. Da in der Beschwerde jedoch nicht aufgezeigt wird, dass, wo (Aktenstelle) und gegebenenfalls mit welcher Begründung die

Vorinstanz eine derartige Feststellung getroffen hat, welche sich überdies im Ergebnis zum Nachteil der Beschwerdeführer ausgewirkt haben müsste (vgl. § 281 ZPO und Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 13 zu § 281 ZPO; von Rechenberg, a.a.O., S. 23 ff.), kann auch dieser (Willkür-)Rüge kein Erfolg beschieden sein.

3.3.2.a) Weiter stimmen die Beschwerdeführer der vorinstanzlichen Ansicht zu, dass der monatliche Nettomietzins Fr. 17'416.65 und nicht – wie klägerischerseits geltend gemacht – Fr. 17'500.-- (recte: Fr. 17'450.--) betrage. Bei der Berechnung des Bruttomietzinses von Fr. 17'500.-- (recte: Fr. 17'450.--) im Mietvertrag handle es sich offensichtlich um einen Berechnungsfehler, der gemäss Art. 24 Abs. 3 OR zu korrigieren sei. Als Konsensregel bestimme diese Vorschrift nämlich, dass im Abrechnungsverhältnis der Behandlung der einzelnen Rechnungspositionen nach dem Vertragswillen der Vorrang vor dem äusserlich erklärten Endresultat zukomme. Vorliegend habe sich der Vertragswille der Parteien auf einen monatlichen Bruttomietzins von Fr. 17'416.65 gerichtet. Der (schriftliche) Mietvertrag sei vom Beschwerdegegner ausgefertigt worden, weshalb allfällige Unklarheiten zu dessen Lasten gingen. Demzufolge seien die Nebenkosten und damit der monatliche Bruttomietzins in der Forderungszusammenstellung (ER act. 9) zu hoch und damit falsch berechnet (KG act. 1 S. 5, Ziff. 9).

b) Auch im vorliegenden Zusammenhang verweisen die Beschwerdeführer nicht auf die damit beanstandeten Stellen im angefochtenen Beschluss; zudem fehlt es an einer hinreichenden argumentativen Auseinandersetzung mit jenen Erwägungen, mit denen die Vorinstanz den bereits im Rekursverfahren erhobenen Einwand falsch bezifferter Nebenkosten entkräftet hat. Deshalb erfüllt die Beschwerde die formellen Begründungsanforderungen auch in diesem Punkt nicht (§ 288 ZPO und vorne, Erw. II/2/a).

Abgesehen davon rügen die Beschwerdeführer mit ihrem Einwand die Verletzung von Bundesrecht (Art. 24 Abs. 3 OR). Eine solche ist aber nicht im kantonalen Kassationsverfahren, sondern mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht geltend zu machen, womit sich die Rüge auch unter dem Aspekt der Subsidiarität als unzulässig erweist (§ 285 ZPO und vorne, Erw. II/2/b).

3.3.3.a) Schliesslich halten die Beschwerdeführer an ihrem Einwand fest, dass der Beschwerdegegner die mittels der Staffelungsklausel vereinbarten Mietzinserhöhungen nicht mit dem amtlichen Formular angezeigt habe, was zur Nichtigkeit der Mietzinserhöhungen führe. Dabei rügen sie die Ausführungen der Vorinstanz zu diesem Punkt als unhaltbar. Zur Begründung machen sie geltend, dass es der Beschwerdegegner unterlassen habe, eine Rekursantwort zu erstatten; damit seien die entsprechenden Vorbringen der Beschwerdeführer unbestritten geblieben; ausserdem wäre es dem Beschwerdegegner ein Leichtes gewesen, die Formulare mit Zustellnachweis einzureichen, wenn die Mietzinserhöhungen tatsächlich korrekt angezeigt worden wären. Da er dies nicht getan habe, liege entgegen vorinstanzlicher Auffassung der Schluss nahe, dass die Mietzinserhöhungen überhaupt nicht angezeigt worden seien. Diese Annahme decke sich auch mit der Forderungszusammenstellung (ER act. 9), gemäss welcher die Beschwerdeführer nie einen höheren Mietzinsbetrag als Fr. 17'450.-- bezahlt hätten. Daraus folge, dass der in der Forderungszusammenstellung und der Zahlungsfristansetzung genannte Betrag bezüglich des Nettomietzinses spätestens ab Juli 2005 nicht mehr stimme, sondern zu hoch angesetzt sei. Auch dies führe im Ergebnis zur Nichtigkeit der Kündigung nach Art. 257d OR (KG act. 1 S. 5, Ziff. 10).

Weil die Beschwerdeführer – so ihre weitere Argumentation – mangels erfolgter Anzeige das entsprechende Formular vor Vorinstanz nicht hätten einreichen können, hätten sie den Umstand fehlender formgerechter Anzeige nur behaupten können. Da es sich sowohl beim Erfordernis der Verwendung des amtlichen Formulars für die Anzeige der Staffelmietzinserhöhung als auch bei der Nichtigkeit der ausserordentlichen Kündigung nach Art. 257d OR im Falle, dass die Forderung in der Zahlungsfristansetzung zu hoch angesetzt sei, um klares Recht handle, müsse ihrer Ansicht nach § 115 Ziff. 2 ZPO analog angewendet werden. Ferner handle es sich bei der zivilrechtlichen Nichtigkeit einer ausserordentlichen Kündigung um eine Tatsache, welche das Gericht von Amtes wegen zu beachten habe. Deshalb sei die entsprechende Behauptung der Beschwerdeführer entgegen vorinstanzlicher Ansicht auch gestützt auf § 115 Ziff. 4 ZPO beachtlich. Und schliesslich hätten die Beschwerdeführer bereits vor Erstinstanz geltend gemacht, dass der Beschwerdegegner sie über einen falschen Betrag be-

trieben habe; damit sei gemeint gewesen, dass der Betrag in der Forderungszusammenstellung nicht stimme (KG act. 1 S. 5 f., Ziff. 11 m.Hinw. auf ER Prot. S. 5).

b) Die Beschwerdeführer unterlassen es auch mit Bezug auf diese Einwände, ihre Vorbringen mit Verweisungen auf konkrete Aktenstellen hinreichend zu untermauern. So fehlt in der Beschwerde nicht nur der Hinweis, wo im angefochtenen Beschluss sich die bemängelten "Ausführungen der Vorinstanz zu diesem Punkt" finden bzw. gegen welche konkreten Erwägungen der Vorinstanz sich ihre Kritik im Einzelnen richtet; ebenso wenig zeigen sie auf, dass und wo sie den Einwand, die Mietzinserhöhungen seien ihnen nicht mit amtlichem Formular angezeigt worden, bereits im Verfahren vor den Vorinstanzen erhoben haben. Damit mangelt es der Beschwerde an einer rechtsgenügenden Begründung, weshalb auch diesbezüglich nicht auf sie eingetreten werden kann (§ 288 ZPO und vorne, Erw. II/2/a).

c) Ergänzend sei angemerkt, dass die Rügen auch bei materieller Prüfung nicht durchzudringen vermöchten. So ist nicht nachvollziehbar, weshalb sich aus der Qualifikation gewisser Rechtsfragen oder -grundsätze als klares Recht eine analoge Anwendung von § 115 Ziff. 2 ZPO (in Verbindung mit §§ 278 und 267 Abs. 1 ZPO) – gemeint wohl: mit Bezug auf die zur klaren Rechtslage führenden tatsächlichen Behauptungen – aufdrängen sollte. Denn die Vorschrift von § 115 Ziff. 2 ZPO stellt für die Zulässigkeit von Noven einzig auf die Liquidität (d.h. sofortige Beweisbarkeit) der neuen Vorbringen und damit auf den Umstand ab, dass deren (nachträgliche) Berücksichtigung (wegen der Entbehrlichkeit beweismässiger Weiterungen) zu keiner Verfahrensverzögerung führt (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 8 zu § 115 ZPO; ZR 108 Nr. 63, Erw. IV/4.2 und IV/4.3; Kass.-Nr. AA040128 vom 16.11.2004 i.S. D.c.D. und D., Erw. II/2.3.2 und II/3.2; s.a. Kass.-Nr. AA030014 vom 3.10.2003 i.S. B.c.S. et al., Erw. II/3/e/cc). Diese (Zulässigkeits-)Voraussetzung erfüllen neue tatsächliche Vorbringen aber keineswegs allein dadurch, dass sie – sollten sie zutreffen – zu einer klaren Rechtslage führen. Vielmehr wären sie, falls sie nicht (direkt) von § 115 Ziff. 2 ZPO erfasst sind, zunächst beweismässig zu erstellen, was eine Verzögerung des Verfahrens nach

sich zöge. Mit Blick auf deren Beachtlichkeit kann es auch nicht darauf ankommen, ob der Prozessgegner die neuen Vorbringen der Gegenpartei bestreitet oder nicht. Zu einer Bestreitung hat er nämlich lediglich bezüglich (ausnahmsweise) *zulässiger* Noven Anlass, d.h. mit Bezug auf neue Vorbringen, die unter einen Tatbestand von § 115 ZPO fallen. Andere neue Behauptungen sind demgegenüber von vornherein unzulässig (§ 114 ZPO) und unabhängig von einer allfälligen (Nicht-)Bestreitung durch den Prozessgegner unbeachtlich; insbesondere können sie bei fehlender Bestreitung nicht als zugestanden (und damit sofort liquid) gelten. Damit fehlt es an einer rechtlichen Ähnlichkeit bzw. wertungsmässigen Übereinstimmung der beiden Fälle, was eine analoge Anwendung von § 115 Ziff. 2 ZPO auf Tatsachenbehauptungen, deren Subsumtion zu klaren rechtlichen Verhältnissen führt, ausschliesst (vgl. Hausheer/Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, N 204 ff. zu Art. 1 ZGB). Dies umso mehr, als die in § 115 ZPO statuierten Ausnahmen praxismässig eng auszulegen sind und im Zweifel ein Novum nicht mehr berücksichtigt werden darf (ZR 108 Nr. 63, Erw. IV/4.2; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 115 ZPO).

Ferner handelt es sich bei der Frage, ob eine Kündigung zivilrechtlich nichtig sei, nicht um eine Tat-, sondern um eine Rechtsfrage. Deshalb zielt der beklagte Hinweis auf § 115 Ziff. 4 ZPO, welche Vorschrift die Zulässigkeit neuer *Tatsachen*behauptungen regelt, von vornherein ins Leere. Zudem geht – sollten die Beschwerdeführer ihre Rüge auf die die Nichtigkeit der Kündigung indizierenden Tatsachen (nämlich die fehlende Mitteilung der Mietzinserhöhung mit amtlichem Formular) beziehen – die gefestigte Praxis davon aus, dass Art. 274d Abs. 3 OR kantonal-rechtliche Einschränkungen des Novenrechts vor der Rechtsmittelinstanz zulasse (BGE 125 III 239; 118 II 52; Pra 86 Nr. 24, S. 141), das zürcherische Verfahrensrecht von dieser Möglichkeit Gebrauch mache und § 115 Ziff. 4 ZPO im Anwendungsbereich der sog. "sozialen Untersuchungsmaxime" im zweitinstanzlichen Verfahren keine Anwendung finde (ZR 97 Nr. 96; 100 Nr. 14; 101 Nr. 39, Erw. 2/a/bb; 104 Nr. 25; 106 Nr. 6, Erw. 3.4; neuerdings bestätigt in Kass.-Nr. AA080185 vom 10.11.2009 i.S. M.c.K., Erw. III/3.2). Die Behauptung, die Mietzinserhöhungen seien nicht mit amtlichem Formular angezeigt worden, fällt somit (auch) nicht unter den Tatbestand von § 115 Ziff. 4 ZPO. Folglich können

die Beschwerdeführer auch aus dem Umstand, dass der Beschwerdegegner diese (als unzulässiges Novum ohnehin unbeachtliche) Behauptung nicht bestritten hat, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Auch insofern wäre mithin kein Nichtigkeitsgrund ersichtlich.

4. Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die Beschwerdeführer mit ihrer (mitunter rein appellatorischen) Kritik nicht nachzuweisen vermögen, dass der vorinstanzliche Beschluss vom 16. September 2009 (KG act. 2) an einem der kassationsgerichtlichen Prüfung unterliegenden Mangel im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO leide. Vielmehr genügen ihre Rügen entweder den formellen Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde nicht, oder sie machen damit die Verletzung bundesrechtlicher Vorschriften geltend. Demzufolge kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden (§ 288 und § 285 ZPO). Damit entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung.

### III.

1.a) Gemäss der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel von § 64 Abs. 2 ZPO werden die Gerichtskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Sie bestehen in einer sämtliche Kosten abdeckenden (§ 2 Abs. 3 GGebV), vorliegend nach § 4 Abs. 1 GGebV in Verbindung mit § 13 GGebV zu bemessenden und gemäss § 7 GGebV und § 10 Abs. 1 GGebV (analog) zu reduzierenden Gerichtsgebühr. Da die Beschwerdeführer mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde bzw. dem darin gestellten Rechtsmittelantrag (auf Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids) unterliegen, sind ihnen die Kosten je zur Hälfte, jedoch unter solidarischer Haftung jedes Einzelnen für den gesamten Betrag, aufzuerlegen (§ 70 Abs. 1 ZPO).

b) Sodann hat nach § 68 Abs. 1 ZPO die unterliegende Partei die Gegenpartei in der Regel im gleichen Verhältnis für Kosten und Umtriebe zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden. Nachdem der Beschwerdegegner jedoch ausdrücklich auf Beantwortung der Beschwerde verzichtet hat, sind ihm vor Kassati-

onsgericht keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden. Die Zurechnung einer Prozess- bzw. Umtriebsentschädigung fällt daher ausser Betracht.

2. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Endentscheid (im Sinne von Art. 90 BGG) in einer vermögensrechtlichen Zivilsache mietrechtlicher Natur, deren (Rechtsmittel-)Streitwert vom Bundesgericht nach Ermessen festgesetzt wird (Art. 51 Abs. 2 BGG), Fr. 15'000.-- aber jedenfalls weit übersteigt (s.a. KG act. 2 S. 12, Disp.-Ziff. 7 a.E.). Folglich steht gegen ihn aus den in Art. 95 ff. BGG genannten Gründen die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht offen (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. a und Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG).

Ferner beginnt mit der Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts (als ausserordentlicher Rechtsmittelinstanz) auch die dreissigtägige Frist zur Anfechtung des obergerichtlichen Rekursentscheids beim Bundesgericht wegen Mängeln, deren Prüfung dem Kassationsgericht entzogen ist, (neu) zu laufen (Art. 100 Abs. 6 BGG; s.a. KG act. 2 S. 12, Disp.-Ziff. 7 Abs. 3; BGE 135 III 339 f., Erw. 1.3; BGer 4A\_216/2008 vom 20.8.2008, Erw. 1.2; 4A\_398/2008 vom 18.12.2008, Erw. 1.3.2).

### **Das Gericht beschliesst:**

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.  
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 10'000.--.
3. Die Gerichtsgebühr wird je zur Hälfte den beiden Beschwerdeführern auferlegt, unter solidarischer Haftung jedes einzelnen Beschwerdeführers für den gesamten Betrag.

4. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozess- oder Umtriebsentschädigungen 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 liegt über Fr. 15'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 16. September 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, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Winterthur (Proz.-Nr. EU090100), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: