



Kass.-Nr. AA110006

Mitwirkende: der Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei, Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 8. März 2011

in Sachen

Z.

Beklagter, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

1) **A.**

2) **B.**

Kläger, Rekursgegner und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Ausweisung (Kosten- und Entschädigungsfolgen)

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. November 2010 (NM100004/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Der angefochtene Entscheid datiert vom 9. November 2010 und wurde dem Beschwerdeführer nach seinen Angaben am 4. Dezember 2010 zugestellt; die Nichtigkeitsbeschwerde datiert vom 3. Januar 2011 (Datum des Poststempels). Gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO gilt bezüglich Rechtsmittel das Recht, das im Zeitpunkt der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 281 ZPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war.

II.

1. Im November 2006 schlossen die Beschwerdegegner mit C. und D. einen Mietvertrag über eine 4 ½-Zimmer-Wohnung und Stallungen in E. Ende 2008/ anfangs 2009 kündigten die Mieter die Verträge per 28. Februar 2010. In der Folge übernahm X. diese Vertragsverhältnisse per 31. März 2009 (KG act. 2 [= angefochtener obergerichtlicher Beschluss vom 9. November 2010] S. 2 Erw. 2).

Die Beschwerdegegner gelangten mit Eingabe vom 26. März 2010 an die Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen des Bezirkes _____ mit dem Begehren, es sei X., ihrem Ehemann Z. (der Beschwerdeführer) und ihrer Tochter Y. (von der Vorinstanz und im Folgenden als die Beklagten bezeichnet) zu be-

fehlen, die Mietverhältnisse unverzüglich zu räumen und zu verlassen (KG act. 2 S. 2 Erw. 2). Mit Beschluss vom 15. Juni 2010 stellte die Schlichtungsbehörde fest, dass zwischen den Parteien keine Einigung zustande gekommen sei. Darauf riefen die Beschwerdegegner das Mietgericht des Bezirkes _____ an. Am 30. August 2010 teilten die Beschwerdegegner dem Gericht mit, dass X. aus dem Mietobjekt ausgezogen sei, jedoch nicht alle Schlüssel zurückgegeben habe. Mit Schreiben ebenfalls vom 30. August 2010 bestätigte X. ihren Auszug. Die Beschwerdegegner teilten dem Gericht am 2. September 2010 mit, dass sie ein Kuvert mit Schlüsseln der Beklagten zugestellt erhalten hätten. Am gleichen Tag bestätigte auch Y. ihren Auszug. Nach Durchführung der Hauptverhandlung vom 3. September 2010, zu welcher die Beklagten unentschuldigt nicht erschienen waren, schrieb das Mietgericht das Verfahren als gegenstandslos geworden ab. Die auf Fr. 3'600.-- festgesetzte Gerichtsgebühr auferlegte es unter solidarischer Haftung den Beklagten und verpflichtete diese unter solidarischer Haftung, den Beschwerdegegnern eine Prozessentschädigung von Fr. 6'000.-- zu bezahlen (KG act. 2 S. 3).

Die Beklagten (X., Z. und Y.) erhoben darauf Rekurs an das Obergericht des Kantons Zürich. Mit Beschluss vom 9. November 2010 wies dieses (dessen II. Zivilkammer) den Rekurs ab, bestätigte den bezirksgerichtlichen Beschluss, soweit er nicht bereits rechtskräftig war, und auferlegte auch die auf Fr. 900.-- festgesetzten Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens den Beklagten unter solidarischer Haftung (KG act. 2).

2. Mit Schreiben vom 28. Dezember 2011 (Poststempel 3. Januar 2011) erklärte der Beschwerdeführer, er werde sich innert 30 Tagen gegen einen am 4. Dezember 2010 erhaltenen Brief zur Wehr setzen. Er habe nie in E. gewohnt, sei nie dort gemeldet gewesen und habe weder einen Mietvertrag noch ein Abnahme- oder Annahmeprotokoll der Wohnung unterschrieben. Briefe an ihn an die Adresse in E. seien von seiner Frau entgegengenommen, aber nicht an ihn weitergeleitet worden. Sie habe weder eine Vollmacht gehabt noch die Erlaubnis, Post für ihn entgegenzunehmen. Nun sei er in ein Gerichtsverfahren hineingezogen worden, nur weil der Gegenanwalt von Anfang an angenommen

habe, dass er solidarisch haftbar gemacht werden könne. Das weise er ganz entschieden zurück. Der Mietvertrag sei allein von seiner Frau unterschrieben worden. Er, der Beschwerdeführer, sei auch nicht einverstanden gewesen, dass seine Frau in die Nähe von Zürich ziehe. Er wohne und arbeite seit Jahren in _____. Seitens der Beschwerdegegner werde behauptet, dass seine Frau einen angeblich bereits gekündigten Vertrag übernommen hätte. Dies sei aus dem Vertrag nicht ersichtlich und nirgends aufgeschrieben. Seine Frau sei darüber nicht informiert worden. Er hoffe nun auf Gerechtigkeit für seine Frau und seine Tochter (KG act. 1).

3. Mit Schreiben vom 5. Januar 2011 machte das Kassationsgericht den Beschwerdeführer auf die formellen Anforderungen an eine Nichtigkeitsbeschwerde aufmerksam und darauf, dass seine Eingabe diesen Anforderungen kaum genüge und voraussichtlich darauf nicht eingetreten werden könnte, wenn darüber entschieden werden müsste. Es sei indes nicht klar, ob er seine Eingabe bereits als Nichtigkeitsbeschwerde verstehe oder nicht. Das Kassationsgericht ersuchte den Beschwerdeführer, innert 10 Tagen zu erklären, ob er seine Eingabe vom 28. Dezember 2010 als Nichtigkeitsbeschwerde behandelt haben wolle oder ob er sie nicht als Nichtigkeitsbeschwerde gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 9. November 2010 verstehe. Bei fehlender Erklärung seinerseits werde das Kassationsgericht ein formelles Verfahren anlegen und die Eingabe als Nichtigkeitsbeschwerde behandeln (KG act. 4). Dieses Schreiben wurde dem Beschwerdeführer am 14. Januar 2011 zugestellt (KG act. 5). Er liess sich innert Frist nicht vernehmen. Seine Eingabe vom 28. Dezember 2010 ist als Nichtigkeitsbeschwerde gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 9. November 2010 zu verstehen und förmlich zu behandeln.

4. Da sich sofort zeigt, dass auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann (vgl. die nachfolgenden Erwägungen), kann von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO ZH abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, der Vorinstanz Gelegenheit zur Vernehmlassung und den Beschwerdegegnern zur Beschwerdeantwort zu geben (Frank/Stäuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 2 zu § 289).

5. Eine Nichtigkeitsbeschwerde muss die genaue Bezeichnung des angefochtenen Entscheides enthalten, die Angabe, inwieweit dieser angefochten wird und welche Änderungen beantragt werden und eine Begründung dieser Anträge unter Nachweis der Nichtigkeitsgründe (§ 288 ZPO ZH). Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO ZH). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR [Blätter für Zürcherische Rechtsprechung] 81 [1982] Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.). Im Beschwerdeverfahren ist zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO ZH leidet. Daher sind neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig (vgl. Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach

Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4a zu § 288 ZPO mit Hinweisen).

6. Die Eingabe des Beschwerdeführers wird diesen formellen Anforderungen an eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht gerecht. Der Beschwerdeführer unterlässt sowohl die genaue Bezeichnung des angefochtenen Entscheides als auch eine Angabe, inwieweit er den Entscheid anfechten will und welche Änderungen er beantragt. Es ist nicht einmal klar, ob er eine ihn betreffende Änderung des angefochtenen Beschlusses anstrebt, oder ob er die Eingabe bloss in der Hoffnung auf Gerechtigkeit für seine Frau und seine Tochter (KG act. 1 S. 2 a.E.), also in deren (vermeintlichem) Interesse einreichte. Er setzt sich in keiner Weise mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinander. Insbesondere nimmt er nicht Stellung zu den Erwägungen, dass erstmals im Rekursverfahren geltend gemacht worden sei, er habe die streitbetroffenen Räumlichkeiten gar nie bewohnt, dass es sich dabei um ein neues Vorbringen handle, das im Rekursverfahren nicht zuzulassen sei, dass deshalb auf die im erstinstanzlichen Verfahren unbestritten gebliebene Darstellung der Beschwerdegegner abzustellen sei, wonach sämtliche Beklagten - also auch der Beschwerdeführer - vom 1. März 2010 bis zu ihrem Auszug Ende August 2010 im streitbetroffenen Mietobjekt gewohnt hätten (KG act. 2 S. 5), und dass es nicht relevant sei, ob der Beschwerdeführer selber Partei des Mietvertrages gewesen sei oder nicht, weil ein Ausweisungsbegehren nicht nur mit einem mietvertraglichen, sondern auch mit einem sachenrechtlichen Anspruch begründet werden könne und es daher auch möglich sei, Personen zum Verlassen bzw. zur Rückgabe von Mietobjekten zu verpflichten, die nie Partei eines Mietvertrages gewesen seien (KG act. 2 S. 4 f.). Mangels Auseinandersetzung mit diesen Erwägungen kann der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nachweisen. Auf seine formell ungenügende Nichtigkeitsbeschwerde kann nicht eingetreten werden.

7. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer auch für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO ZH). Der Streitwert im Beschwerdeverfahren beschränkt sich entsprechend dem Gegenstand des angefochtenen Beschlusses (Kosten- und Entschädigungsfolgen des mietgerichtlichen Beschlusses).

ses [Fr. 9'600.--] und Kostenfolgen des obergerichtlichen Beschlusses [Fr. 900.--]) auf Fr. 10'500.--. Den Beschwerdegegnern ist mangels erheblichen Aufwandes im Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 900.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren wird keine Prozessentschädigung 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 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 beträgt Fr. 10'500.--.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz sowie an das Mietgericht des Bezirkes _____ (ad MD100008), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär