



Kass.-Nr. AA030165/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie der Sekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 17. März 2004

in Sachen

1. A. X.,

...,

2. I. X.-Y.,

...,

Beklagte, Widerkläger, Rekursgegner und Beschwerdeführer

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

R. Z.,

...,

Kläger, Widerbeklagter, Rekurrent und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend **Ausweisung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Oktober 2003 (NL030012/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Der Kläger und Beschwerdegegner (nachfolgend: Beschwerdegegner) klagte vor Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirks ____ gestützt auf § 222 Ziff. 2 ZPO gegen die Beklagten und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) auf Ausweisung aus dem Einfamilienhaus samt Doppelgarage an der _____strasse in _____. Die Beschwerdeführer erhoben Eventualwiderklage auf Zahlung von Fr. 171'100.--. Mit Verfügung vom 6. Januar 2003 trat der Einzelrichter in Anwendung von § 226 ZPO mangels sofort beweisbaren Sachverhalts auf das klägerische Begehren nicht ein. Dagegen rekurrierte der Beschwerdegegner an das Obergericht. Dieses befahl in Gutheissung des Rekurses mit Beschluss vom 13. Oktober 2003 (KG act. 2) den Beschwerdeführern unter Androhung von Zwangsvollzug im Unterlassungsfall, das Mietobjekt (unverzüglich) zu räumen und zu verlassen. Auf die von den Beschwerdeführer erhobene Eventualwiderklage trat das Gericht mangels sachlicher Zuständigkeit nicht ein.

2. Gegen den Rekursentscheid richtet sich die vorliegende, rechtzeitig erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher die Beschwerdeführer beantragen (KG act. 1 S. 2), es sei in Aufhebung des angefochtenen Entscheides das Ausweisungsbegehren abzuweisen bzw. der einzelrichterliche Nichteintretensentscheid zu bestätigen; eventuell sei den Beschwerdeführern eine angemessene Ausweisungsfrist anzusetzen. Der Beschwerdegegner beantragt Abweisung der Beschwerde (KG act. 10).

Die Beschwerdeführer haben gegen den angefochtenen Entscheid gleichzeitig Berufung an das Bundesgericht erhoben (Beschwerde S. 3, Ziff. 4).

3. Umstritten ist die Frage, ob die Voraussetzungen einer rechtsgültigen Kündigung des Mietvertrages hinreichend nachgewiesen sind und in diesem Zusammenhang Liquidität im Sinne von § 222 Ziff. 2 bzw. 226 ZPO gegeben ist; die Beschwerdeführer bestreiten dem Empfang des Kündigungsformulars und machen geltend, die vom Beschwerdegegner in Kopie eingereichten Kündigungs-

formulare samt Begleitbrief (ER act. 3/2-4) seien nachträglich erstellt worden. Im Gegensatz zum Einzelrichter hat das Obergericht in diesem Zusammenhang die Eintretensvoraussetzung der sofort beweisbaren tatsächlichen Verhältnisse als gegeben betrachtet. Die Beschwerdeführer machen insbesondere die Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze (§§ 50, 56, 222 Ziff. 2 und 226 ZPO) sowie aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahme geltend (Beschwerde S. 3 Ziff. 5).

4. 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). 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 81 Nr. 88 Erw. 6; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, 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.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

Mit ihren einleitenden Ausführungen zum Sachverhalt (Beschwerde S. 3/4, Ziff. 6-13), zum zürcherischen Ausweisungsverfahren und den allgemein gehaltenen Vorbringen zum bisherigen Verfahrensgang (Beschwerde S. 4 ff., Ziff. 14-18)

machen die Beschwerdeführer keinen konkreten Nichtigkeitsgrund im Sinne der vorstehenden Grundsätze geltend, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

5.1 Die Beschwerdeführer beziehen sich sodann (Beschwerde Ziff. 19, S. 6 f.) auf eine Stelle im angefochtenen Entscheid (zitiert als E. 3c; *recte* 4c, S. 6), wonach gestützt auf die Lehre das Vorliegen eines sofort beweisbaren Sachverhalts grundsätzlich verneint werden müsse, wenn angerufene Beweismittel (Zeugen, Urkundenedition, Expertise, Beweisaussage) als Folge der Beweisbeschränkung im Befehlsverfahren nicht abgenommen würden (u.H.a. auf ISAAK MEIER, Rechtsschutz im summarischen Verfahren als Alternative zum ordentlichen Zivilprozess im schweizerischen Recht, Köln 1997, S. 100). Die Vorinstanz relativiere indessen, es verhalte sich dann anders, wenn offensichtlich sei, dass die Beklagten die klägerischen Beweismittel ohne Grund in Frage stellten, dass ihre Bestreitung haltlos sei und dass ihre Beweismittel ihre Sachdarstellung nicht stützten. Diesbezüglich machen die Beschwerdeführer geltend, allein die Tatsache, dass die erste Instanz die von ihnen vorgebrachten Einwände und Beweismittel nicht als haltlos bzw. von vornherein untauglich betrachtete, zeige schon, dass es insoweit an der von der Vorinstanz geforderten *Offensichtlichkeit* (der Haltlosigkeit) fehle. Wären die Einwände der Beschwerdeführer wirklich offensichtlich haltlos, untauglich bzw. unbeweisbar, hätte das Obergericht - so die Beschwerdeführer - wohl auch nicht ganze 20 Seiten zur Urteilsbegründung benötigt.

5.2 Das Kriterium der "sofortigen Beweisbarkeit" im Sinne von § 226 ZPO steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der im summarischen Verfahren geltenden *Beweismittelbeschränkung* (§ 209 ZPO) und der Tatsache, dass Entscheide, die im summarischen Verfahren ergehen, nach geltendem Recht hinsichtlich materieller Rechtskraft denjenigen im ordentlichen Verfahren gleichgestellt sind (§ 212 Abs. 1 ZPO). Lässt sich der behauptete und relevante Sachverhalt anhand der nur beschränkt zugelassenen Beweise nicht nachweisen - ist er mit anderen Worten nicht "sofort beweisbar" bzw. illiquid -, muss den Parteien die Möglichkeit offen stehen, den Weg des ordentlichen Verfahrens mit voller Beweisabnahme zu beschreiten. Bei der Frage, ob in diesem Sinne ein Sachentscheid des Befehlsrichters ergehen darf oder nicht, handelt es sich somit um einen *Anwendungsfall*

der antizipierten Beweiswürdigung: Wie auch im ordentlichen Verfahren (vgl. dazu FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 4 zu § 140 m.H.; JOHANN JAKOB ZÜRCHER, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich, Zürich 1998, S. 344 Fn 12) darf der summarische Richter von der Abnahme weiterer Beweise nur (aber immerhin) dann absehen und einen materiellen Entscheid treffen, wenn er den relevanten Sachverhalt für genügend geklärt hält und davon auszugehen ist, dass auch weitere Beweise am feststehenden Beweisergebnis zweifellos nichts mehr zu ändern vermöchten; dies trifft zu, wenn die Einreden und Einwendungen (bzw. die dazu angerufenen Beweismittel) des Beklagten *offensichtlich* unbegründet bzw. haltlos sind (zum Vorstehenden FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 3 zu § 226 ZPO; MEIER, a.a.O., S. 101; Kass.-Nr. 2001/120 Z v. 27.6.2001 in Sachen W., Erw. II/3b).

Unbehelflich bleibt in diesem Zusammenhang der Hinweis der Beschwerdeführer auf die abweichende Beurteilung durch die erste Instanz und den Umfang der vorinstanzlichen Begründung. Im Rahmen ihres Verfahrens hatte die Rekursinstanz frei zu entscheiden, ob Liquidität gegeben sei (§ 279 ZPO) und war somit nicht an die abweichende Auffassung des Einzelrichters gebunden. Ebenso wenig kann es grundsätzlich darauf ankommen, wie umfangreich die Begründung des Summarrichters ausfällt; massgebend sind allein inhaltliche Gesichtspunkte.

5.3 In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass das Kassationsgericht die Frage, ob Liquidität zu Recht bejaht wurde, in diesem Zusammenhang frei prüft, weil es um die Frage der Verletzung der Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit, mithin um Verfahrensrecht im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO geht (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 4a zu § 226 sowie N15, 20, 51b zu § 281; Kass.-Nr. 2000/300 Z v. 4.3.2001 in Sachen G. AG, Erw. II/2b).

6. Die Beschwerdeführer machen geltend (Beschwerde S. 7, Ziff. 20 und S. 13, Ziff. 44/45), die Vorinstanz habe ihnen das aus § 56 ZPO fliessende Recht, zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen, verweigert und habe Liquidität bejaht, ohne die Einwendungen und Einreden und die dazu von den Beschwerdeführern offerierten Gegenbeweise zu beachten (Beschwerde Ziff. 21-28).

6.1a) Das Recht auf Stellungnahme der Parteien zum Beweisergebnis folgt konkret aus § 147 ZPO (hier in Verbindung mit § 204 ZPO). Dazu machen die Beschwerdeführer insbesondere geltend (Beschwerde Ziff. 44, S. 13), sie hätten weder vor erster Instanz noch (hier wegen des Novenverbotes) im Rahmen des Rekursverfahrens zur Zeugeneinvernahme, welche der Einzelrichter durchgeführt hatte, Stellung nehmen können.

b) Im Rahmen des Rekursverfahrens konnten die Beschwerdeführer ungeachtet des hier geltenden Novenverbotes (§ 278 i.V. m. § 267 ZPO) zum gesamten Inhalt der erstinstanzlichen Akten Stellung nehmen. Insoweit war auch eine Stellungnahme zum Beweisergebnis (Einvernahme der Zeugin Brigitta S. vor Einzelrichter, Prot. ER S. 20 ff.) spätestens hier möglich, wovon die Beschwerdeführer mit ihrer Rekursantwort auch Gebrauch machten (OG act. 35). Zu den bereits zuvor mit Begehren und Antwort eingereichten Beweismitteln hatten sich die Parteien im Rahmen ihrer Vorträge bzw. Rechtsschriften ohnehin bereits vor erster Instanz äussern können (FRANK/ STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 1 zu § 147). Die Rüge ist unbegründet.

c) Unbegründet ist ferner die Rüge, es sei während des ganzen Verfahrens weder ein Beweisaufgabe- noch ein Beweisabnahmebeschluss ergangen. Sind die Voraussetzungen des Befehlsverfahrens gemäss § 222 Ziff. 2 ZPO gegeben - was nachfolgend zu prüfen ist -, so gilt bezüglich der Beweisantretung § 210 ZPO (sofortige Einreichung bzw. Bezeichnung der Beweismittel mit Begehren bzw. Antwort); in diesem Umfang finden die §§ 133 ff. ZPO keine Anwendung (§ 204 ZPO).

6.2 Umstritten ist im weiteren die Frage, ob die beiden Kündigungsschreiben den Beschwerdeführern zugestellt worden waren und in diesem Zusammenhang die Authentizität der Unterschrift der Beschwerdeführerin 2 auf dem postalischen "Zustellbogen für Sendungen mit Zustellnachweis" (ER act. 3/6 = 24/6 = 31/1 [Fotokopien]). Das Obergericht hat es anhand eines Vergleichs mit der Unterschrift der Beschwerdeführerin 2 auf der von ihr (zusammen mit dem Beschwerdeführer 1) ausgestellten Anwaltsvollmacht (ER act. 15) als erwiesen betrachtet, dass es sich dabei um die Unterschrift der Beschwerdeführerin 2 handle, womit

auch erwiesen sei, dass den Beschwerdeführern am 12. Dezember 2001 zwei eingeschriebene Sendungen mit den auf dem Zustellbogen genannten Identcodes zugestellt worden seien (Beschluss S. 5/6). Die Beschwerdeführer beanstanden - nebst Bestreitung des Inhalts der Schreiben - diese Annahmen, indem sie geltend machen, das Obergericht habe nicht berücksichtigt, dass es sich bei der vorliegenden Version des Zustellbogens nur um Fotokopien handle und dass somit die Unterschrift der Beschwerdegegnerin 2 leicht hineinkopiert werden können. Die Vorinstanz verkenne auch, dass das Original des Zustellbogens auf dem Weg der Aktenedition hätte erhältlich gemacht werden können und belasse es mit dem Hinweis darauf, dass es sich dabei um ein postinternes Dokument handle. Dass auf dem Zustellbogen der Poststempel einer anderen als der für die Zustellung zuständigen Poststelle erscheine, tue die Vorinstanz mit dem sachfremden Hinweis ab, es seien ja noch andere Adressaten darauf angeführt. Ferner mache sich die Vorinstanz an, ohne Beizug eines Experten - welcher von den Beschwerdeführern beantragt worden sei - anhand eines Vergleichs von Fotokopien feststellen zu können, ob beide Unterschriften aus der gleichen Feder stammten.

Bei all diesen Erwägungen handle es sich - so die Beschwerdeführer - um bloße Indizien und Vermutungen für die Authentizität des Zustellbogens (sowie der Unterschrift); auf die von den Beschwerdeführern prozesskonform angerufenen Gegenbeweismittel (Edition des Originalzustellbogens, Zeugnis Poststellenleiter Uerikon und Chefin Briefpost Z. sowie des unterzeichnenden Postbeamten, alles offeriert in ER act. 32 S. 6 sowie OG act. 35 Ziff. 36) gehe die Vorinstanz ohne Begründung nicht ein. Sie nehme insbesondere nicht Stellung dazu, weshalb diese Beweismittel untauglich sein sollten oder die Sachdarstellung der Beschwerdeführer nicht stützten. Eine derartige Beweiswürdigung sei willkürlich im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO; zudem liege eine Verletzung von § 226 ZPO sowie des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor, was den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO erfülle.

6.3 Das Obergericht hat die von den Beschwerdeführer erhobenen Gegenargumente in seine Würdigung einbezogen und hat dazu Stellung genommen

(Beschluss S. 6 ff.); eine (formelle) Verweigerung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor.

6.4 Inhaltlich ergibt sich folgendes:

a) Zunächst hat das Obergericht erwogen (Beschluss S. 7), wenn die Beschwerdeführer die in Frage stehenden Sendungen nicht erhalten hätten, wie sie behaupteten, müsse die Unterschrift der Beschwerdeführerin 2 auf dem Zustellbogen gefälscht sein. Es sei deshalb "äusserst befremdend, wenn die Beklagten es vermeiden, die Echtheit der Unterschrift ausdrücklich zu bestreiten", sondern stattdessen bloss von "erheblichen Zweifeln an der Authentizität der von den Klägern eingelegten Beweismittel" sprächen. Nach der Lebenserfahrung müsse davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführer mit Bestimmtheit wüssten, ob sie im Dezember 2001 eine eingeschriebene Sendung des Vermieters erhalten hatten oder nicht, zumal ihnen die Kündigung zuvor bereits angedroht worden sei. Hätten die Beschwerdeführer die streitige Sendung nicht erhalten, wäre deshalb eine klare, ausdrückliche Bestreitung der Echtheit der Unterschrift der Beschwerdeführerin 2 zu erwarten gewesen. Dem halten die Beschwerdeführer entgegen (Beschwerde S. 8, Ziff. 28), es könne ihnen nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nur wenige explizite Angaben zum Sachverhalt machten und insbesondere nicht ausdrücklich den Vorwurf der Falschbeurkundung bzw. der Urkundenfälschung erhoben hätten. Im übrigen sei die Behauptung einer Fälschung der Unterschrift der Beschwerdeführerin 2 in den Vorbringen der Beschwerdeführer sinngemäss enthalten.

Die Beschwerdeführer hatten im Verfahren vor Einzelrichter die "Authentizität der eingelegten Kopie" des Zustellbogens bestritten, und es wurden verschiedene Argumente (fehlende Unterschrift des den Empfang bestätigenden Postbeamten, unzuständiges Postamt etc.) dafür genannt (ER act. 32 S. 6, Ziff. 15). Träfe die Darstellung der Beschwerdeführer zu, wonach sie die Sendungen in Wirklichkeit nicht erhalten haben, würde dies - wie die Vorinstanz zu Recht ausführt - bedeuten, dass die Unterschrift der Beschwerdeführerin 2 nicht echt, mit anderen Worten gefälscht ist. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Tatsache, dass die Beschwerdeführer diese zwangsläufige Folgerung nicht ausdrücklich vorge-

tragen haben, grundsätzlich gegen ihre Darstellung spricht. Gerade weil sich diese Folgerung ohne weiteres aus den genannten Parteivorbringen ergibt bzw. in ihnen enthalten ist (zutreffend Beschwerde Ziff. 29), geht es zu weit zu sagen, es wirke "äusserst befremdend", wenn es die Beschwerdeführer "vermieden", die Echtheit der Urkunden ausdrücklich zu bestreiten. Ob in diesem Zusammenhang der Vorinstanz weiter darin gefolgt werden kann, dass nach der Lebenserfahrung davon auszugehen sei, dass die Beschwerdeführer mit Bestimmtheit im Dezember 2002 wussten, ob sie ein Jahr zuvor - im Dezember 2001 - eine eingeschriebene Sendung der Vermieter erhalten hatten oder nicht, nachdem die Frage der Kündigung des Mietvertrages unter den Parteien bereits zuvor thematisiert worden war (Beschwerde Ziff. 29, S. 8/9), kann hier einstweilen offen bleiben.

b) Das Obergericht nimmt sodann Stellung zum Umstand, wonach die Poststelle Uerikon an sich für die Zustellung eingeschriebener Sendungen nicht zuständig sei (sondern die Poststelle Z.), hält dies aber für unbedenklich, was in der Beschwerde unwidersprochen bleibt.

Ebenso bleibt in der Beschwerde unwidersprochen, wenn das Obergericht davon ausgeht, dass auf dem dem Beschwerdegegner ausgehändigten Zustellbogen weitere Empfänger (mit Bemerkungen des Postboten) aufgeführt seien und dass, wäre die Unterschrift der Beschwerdeführerin 2 gefälscht, auch diese weiteren Eintragungen gefälscht sein müssten, weil mit höchster Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden könne, dass die Post dem Beschwerdegegner bzw. seiner Vertreterin den Zustellbogen (bzw. dessen Kopie) mit Angaben über weitere Zustellungen ausgehändigt hätte, wenn nicht die Zustellung an die Beschwerdeführer darauf bescheinigt gewesen wäre.

c) Das Obergericht verweist weiter auf die Aussagen der Zeugin Brigitta S., Inhaberin der Einzelfirma I. (Verwalterin der Mietliegenschaft), die als Zeugin ausgesagt hatte, sie habe die Kopie des Zustellbogens von der Post (so) erhalten, was - ungeachtet eines von den Beschwerdeführern geltend gemachten Interessenkonflikts der Zeugin - glaubwürdig sei (Beschluss S. 8/9). Dies wird von den Beschwerdeführern in Zweifel gezogen mit dem Hinweis darauf (Beschwerde S. 8, Ziff. 27), dass die Rekursinstanz - anders als der Einzelrichter, welcher auf die

Aussagen der Zeugin indessen gar nicht habe abstellen müssen - keinen persönlichen Eindruck von der Zeugin gehabt habe, weshalb sie deren Glaubwürdigkeit nicht habe beurteilen können. Als Beweismittel für die (fehlende) Glaubwürdigkeit der Zeugin Brigitta S. hätten die Beschwerdeführer zwei weitere Zeuginnen angerufen, was von der Vorinstanz ignoriert worden sei.

Grundsätzlich ist es zulässig, dass die Rekursinstanz die Glaubwürdigkeit einer Zeugin - bzw. die Glaubhaftigkeit deren konkreter Aussagen - anhand des vor erster Instanz erstellten Einvernahmeprotokolls, also ohne (unmittelbaren) persönlichen Eindruck, beurteilt; im zürcherischen Prozessrecht besteht keine allgemeine Bestimmung, wonach erstinstanzliche vernommene Zeugen im Berufungs- oder Rekursverfahren erneut zu vernehmen wären. Sodann hat das Obergericht an anderer Stelle erwogen (Beschluss S. 13, Erw. cc), zwar stehe aufgrund der Aussage der Zeugin S. fest, dass zwischen ihr und der Nachbarin der Beschwerdeführer, Barbara M., ein Gespräch stattgefunden habe; die Beschwerdeführer hätten jedoch den konkreten Inhalt dieses Gesprächs nicht substantiiert. Überdies habe die Befragung Brigitta S.s zu keiner Bestätigung der Behauptung geführt, wonach sie der Gesprächspartnerin (M.) gesagt habe, dass den Beschwerdeführern nicht ordnungsgemäss gekündigt worden sei. Dem halten die Beschwerdeführer entgegen (Beschwerde S. 10, Ziff. 33), da es sich um ein Gespräch unter Dritten gehandelt habe, dürften an die Substantiierungspflicht keine hohen Anforderungen gestellt werden; es müsse genügen, wenn behauptet werde, die Zeugin M. hätte aufgrund dieses Gespräches Aussagen über die Ungültigkeit der Kündigung machen können.

In der Tat erscheint die obergerichtliche Auffassung als zu formalistisch; angesichts des Umstandes, dass ein Gespräch zwischen Brigitta S. und Barbara M. jedenfalls stattgefunden hat und dabei über die Kündigung gesprochen wurde (Prot. ER S. 23 f.) sowie in Anbetracht der Tatsache, dass die Beschwerdeführer bei diesem Gespräch nicht anwesend waren, genüge es im Lichte der Behauptungslast, wenn die Beschwerdeführer vorbrachten, Brigitta S. habe der Gesprächspartnerin gegenüber erwähnt, den Beschwerdeführern nicht ordnungsgemäss gekündigt worden und Barbara M. könne dies als Zeugin bestätigen. Un-

zutreffend ist in diesem Zusammenhang der Einwand des Beschwerdegegners (KG act. 10 S. 9 und 10), die Beschwerdeführer hätten es unterlassen, Barbara M. zur Verhandlung mitzubringen; gemäss § 210 Satz 1 ZPO konnten sich die Beschwerdeführer damit begnügen, die Zeugin zu bezeichnen, zumal nicht ohne weiteres damit zu rechnen war, dass der Einzelrichter dieses Beweismittel überhaupt zulassen würde.

d) Das Obergericht hat die Tatsache, dass die Empfangsscheine neben dem Poststempel keine Unterschrift des Postbeamten tragen, als unerheblich bezeichnet, weil die Unterzeichnung einer solchen Quittung leicht einmal vergessen werden könne. Unerheblich sei auch, dass die Absenderin auf den Empfangsscheinen den Empfänger selber eingetragen habe; es handle sich um ein der raschen Geschäftsabwicklung am Postschalter förderliches Vorgehen. Da Brigitta S. im Besitz dieser Empfangsscheine sei, stehe fest, dass die fraglichen Sendungen aufgegeben habe (Beschluss S. 6). Dem halten die Beschwerdeführer entgegen (Beschwerde Ziff. 30), das Obergericht sei ohne nähere Begründung auf die von ihnen offerierten zusätzlichen Beweismittel (Expertise, Zeugnis; ER act. 32 Ziff. 14) nicht eingegangen.

Das Obergericht nimmt in diesem Zusammenhang (Beschluss S. 6/7) Stellung zu den von den Beschwerdeführer angerufenen Beweisen betreffend die Frage der Zustellung der Kündigungsschreiben durch die Poststelle F. Hingegen lassen sich dem angefochtenen Entscheid keine Äusserungen zur Frage entnehmen, weshalb die Unvollständigkeit (fehlende Unterschrift) der Postaufgabequittungen der Poststelle G. (ER act. 37/6) keiner näheren Abklärung bedarf.

6.5a) Mit ihrer Gesamtwürdigung zu diesem Punkt (Beschluss S. 9, Erw. 4d) bezeichnet es die Vorinstanz als "klar, dass die Beklagten die eingeschriebenen Sendungen erhalten haben, wie ihr Vertreter in der Einspracheschrift vom 22. Oktober 2002 (unter Bestreitung des vom Kläger behaupteten Inhaltes) ursprünglich auch selber geschrieben hat (act. 7/14)". Die nachträglichen Bestreitungen erfolgten "offensichtlich allein aus prozesstaktischen Gründen".

Nach dem vorstehend (Ziff. 5.2) Gesagten stellt sich die Frage, ob dieser Schluss im Ergebnis zutrifft und insoweit von Liquidität ausgegangen werden durfte, oder ob weitere (Gegen-)Beweise hätten abgenommen werden müssen, was einen Sachentscheid ausgeschlossen und eine Überweisung ins ordentliche Verfahren erforderlich gemacht hätte. Die Beschwerdeführer machen geltend (Beschwerde S. 9/10, Ziff. 31-34), die Schlussfolgerung sei, weil auf willkürlichen tatsächlichen Annahmen beruhend bzw. unter Verletzung von Verfahrensgrundsätzen zustandegekommen, falsch. Dabei rekapitulieren sie vorab die bereits vorstehend wiedergegebenen Argumente (Ziff. 32 und 33); zusätzlich beziehen sie sich auf den Aspekt der (fehlenden) Spuren der Ablage in den Ringordnern auf den ursprünglich eingereichten Kopien der Postempfangsscheine, was gegen deren Authentizität spreche (Ziff. 34). Dazu hatte die Vorinstanz erwogen (Beschluss S. 9), diese Indizien sprächen angesichts der vorhandenen Spuren von Bostitchklammern nicht gegen die klägerische Darstellung, was von den Beschwerdeführer wiederum willkürlich bzw. als Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes gerügt wird, indem auf den ursprünglichen eingereichten Kopien auch keine Bostitchmarken vorhanden seien.

b) Ohne dass auf den zuletzt genannten Punkt näher einzugehen wäre (auf den zunächst eingereichten Kopien [ER act. 24/5] lassen sich jedenfalls keine Heftungsspuren erkennen), steht aufgrund des bisher Gesagten fest, dass die Frage der Zustellung der Kündigungsschreiben an die Beschwerdeführer mit verschiedenen Ungereimtheiten behaftet ist (vorstehend lit. a, c und d). Diese mögen je einzeln betrachtet eher untergeordnet erscheinen, erweisen sich in ihrer Gesamtheit jedoch als nicht ganz unbedeutend. Bei dieser Sachlage können die Vorbringen der Beschwerdeführer nicht als *offensichtlich haltlos* bezeichnet werden; die Beschwerdeführer hätten demzufolge mit ihren Gegenbeweismitteln zugelassen werden müssen, was auf Illiquidität des klägerischen Begehrens im Sinne von § 226 ZPO hinausläuft. Indem die Vorinstanz dies verkannt hat, hat sie einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt. Die Beschwerde erweist sich insoweit als begründet im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO.

7. Damit kann offen bleiben, ob auch hinsichtlich des *Inhalts* der Schreiben (Beschluss Ziff. 5, S. 9 ff.) Illiquidität besteht oder nicht.

8. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde ist der angefochtene Beschluss des Obergerichts aufzuheben. Aus dem Gesagten folgt, dass in Abweisung des Rekurses die Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirks _____ vom 6. Januar 2003 (Nichteintreten auf das Ausweisungsbegehren) zu bestätigen ist.

9. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdegegner aufzuerlegen; dieser hat die Beschwerdeführer entsprechend zu entschädigen.

Es wird Sache des Obergerichts sein, die Nebenfolgen des Rekursverfahrens und den Kostenbezug ausgangsgemäss neu zu regeln.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird der Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Oktober 2003 aufgehoben.
2. a) In Abweisung des Rekurses wird die Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes _____ vom 6. Januar 2003 bestätigt.
b) Die Regelung der Nebenfolgen des Rekursverfahrens und des Kostenbezugs bleibt dem Obergericht vorbehalten.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 2'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 357.-- Schreibgebühren,
Fr. 171.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdegegner auferlegt.
5. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, den Beschwerdeführern für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 2'500.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes _____, sowie an das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Sekretär: