



Kass.-Nr. AA060126/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Robert Karrer, Andreas Donatsch, Karl Spühler und Paul Baumgartner sowie der Sekretär Lukas Künzli

Zirkulationsbeschluss vom 10. Oktober 2006

in Sachen

A.,

Beklagter, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

B.,

Kläger, Rekursgegner und Beschwerdegegner

betreffend **Ausweisungsbefehl**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Juli 2006 (NL060071/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirks Winterthur befahl dem Beklagten mit Verfügung vom 9. Mai 2006 in Anwendung von Art. 257d OR (Zahlungsrückstand des Mieters) unter Androhung des Zwangsvollzugs im Unterlassungsfall, die 2 ½-Zimmerwohnung im 1./2. Dachgeschoss an der S.-Strasse in Winterthur unverzüglich ordnungsgemäss zu räumen und zu verlassen (vgl. OG act. 2).

2. Gegen diesen Entscheid legte der Beklagte Rekurs ein, welchen die II. Zivilkammer des Obergerichts mit Beschluss vom 13. Juli 2006 abwies und die einzelrichterliche Verfügung bestätigte (vgl. OG act. 9 = KG act. 2).

3. Mit Eingabe vom 21. August 2006 (Poststempel) erhob der Beklagte (nachfolgend Beschwerdeführer) gegen den Rekursentscheid rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde mit dem (Haupt-)Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Beschlusses (vgl. KG act. 2 S. 2).

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (KG act. 6). Mit Präsidialverfügung vom 24. August 2006 wurde dem Beschwerdeführer nach § 75 ZPO (in Ansetzung einer Frist von 5 Tagen) eine Prozesskaution von Fr. 600.– auferlegt und der Beschwerde antragsgemäss aufschiebende Wirkung verliehen. Weitere Anordnungen wurden einstweilen nicht verfügt (vgl. KG act. 7).

5. Die Präsidialverfügung vom 24. August 2006 nahm der Beschwerdeführer am 21. September 2006 in Empfang (vgl. KG act. 8/1). Die ihm auferlegte Kautionsleistung hat er innert Frist geleistet (vgl. KG act. 10).

6. Das Kassationsgericht hat in der Folge in Anwendung von § 289 ZPO auf die Einholung einer Beschwerdeantwort und einer Vernehmlassung bei der Vorinstanz verzichtet, weil sich die Beschwerde - wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt - sogleich als unzulässig bzw. als unbegründet erweist.

7. Im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde kann unter Bezugnahme auf die vor Vorinstanz bestandene Aktenlage geltend gemacht werden,

der angefochtene Entscheid beruhe zum Nachteil der beschwerdeführenden Partei (1) auf der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, (2) auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme oder (3) auf einer Verletzung klaren materiellen Rechts (vgl. § 281 Ziff. 1 bis 3 ZPO). Neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, sind im Beschwerdeverfahren nicht zulässig (Novenverbot). Das Vorliegen eines allenfalls vorhandenen Nichtigkeitsgrundes muss in der Beschwerdeschrift sodann nachgewiesen werden (vgl. § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO). Dies bedingt, dass sich die Beschwerde führende Partei konkret mit dem angefochtenen Entscheid bzw. den darin enthaltenen Erwägungen auseinandersetzt und aufzeigt, inwiefern diese am geltend gemachten Nichtigkeitsgrund leiden (Rügeprinzip; § 290 ZPO). Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss also in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides aufgrund 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. Wird geltend gemacht, die Untersuchungsmaxime sei verletzt worden, ist in der Beschwerde anzuführen, durch welche Unterlassung dies geschehen sein soll. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (VON RECHENBERG, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16ff.; SPÜHLER/VOCK, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56f. und 72f.; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 4f. zu § 288 ZPO mit Hinweisen). Die Nicht-Erfüllung der Begründungsanforderungen hat zur Folge, dass auf die entsprechenden Beschwerdepunkte nicht eingetreten werden kann.

8. a) Das erst- und zweitinstanzliche Verfahren drehte sich hauptsächlich um die strittig gebliebene Frage, ob die 30-tägige Zahlungsfrist zwischen Kündigungsandrohung und Kündigung durch den Beschwerdegegner eingehalten worden sei. Im Rekursverfahren wies der Beschwerdeführer nochmals darauf hin,

dass er der Post einen Rückbehalteauftrag erteilt habe und die Kündigungsandrohung erst nach Ablauf der Rückbehaltefrist (und nicht schon nach Ablauf der 7-tägigen Abholfrist) als zugestellt gelten könne (vgl. KG act. 2 S. 3, 2. Abschnitt, OG act. 1 S. 2). Die Vorinstanz hat sich mit dieser Argumentation des Beschwerdeführers im angefochtenen Entscheid auseinandergesetzt. Unter Hinweis auf einschlägige Kommentarstellen stellte sie fest, dass der Beschwerdeführer durch den Rückbehalteauftrag die Zustellung der Kündigungsandrohung nicht habe hinauszögern können. Dies gelte - so die Vorinstanz weiter - auch dann, wenn der Beschwerdegegner gegenüber der Post auf deren Anfrage hin auf die Retournierung der eingeschriebenen Sendung nach Ablauf der 7-tägigen Abholfrist verzichtet und statt dessen einer Aushändigung der fraglichen Sendung am Ende der Rückbehaltefrist zugestimmt haben sollte. Dass der Beschwerdegegner zu einer solchen Erklärung gegenüber der Post bereit gewesen sei, lasse sich nicht so auslegen, dass damit der Beginn der Zahlungsfrist bis zur Abholung durch den Beschwerdeführer aufgeschoben worden wäre. Dass allenfalls der Beschwerdeführer geglaubt habe, die Zahlungsfrist laufe erst vom Zeitpunkt der Abholung an, wirke sich nicht zu seinem Nachteil aus. Auf einen solchen Vertrauensschutz könne er sich nur berufen, wenn er die gemahnten ausstehenden Mietzinse innert der von ihm angenommenen Zahlungsfrist tatsächlich beglichen hätte, was unstrittig nicht der Fall sei. Damit bleibe es bei den zutreffenden Feststellungen des Einzelrichters. Das Mahnschreiben mit der Kündigungsandrohung vom 5. Dezember 2005 sei gleichentags versandt und hätte dem Beschwerdeführer am 6. Dezember 2005 zugestellt werden sollen. Die 7-tägige Abholfrist bei der Post habe tags darauf zu laufen begonnen und am 13. Dezember 2005 geendet, an welchem Tag die Sendung als zugestellt gelte. Die 30-tägige Zahlungsfrist habe sodann am 14. Dezember 2005 zu laufen begonnen und am 12. Januar 2006 geendet. Da die gemahnten Mietzinse weiterhin unbezahlt geblieben seien, habe der Beschwerdegegner am 13. Januar 2006 die vorzeitige Kündigung nach Art. 257d OR aussprechen dürfen, welche sich demzufolge als gültig erweise (vgl. KG act. 2 S. 3-4).

b)aa) Der Beschwerdeführer bringt in seiner Eingabe zunächst das Folgende vor: Im vorliegenden Fall lägen zwischen der effektiven Zustellung der Kündi-

gungsandrohung und der Zustellung der Kündigung lediglich 28 Tage. Die gesetzliche (Zahlungs-)Frist von 30 Tagen nach Art. 257d Abs. 1 OR sei somit nicht eingehalten worden. "Beweis: Originalcouvert der Kündigungsandrohung mit Postaufgabe 6. Dezember 2005, 10:31 Uhr, Eingangsstempel 16. Dezember 2005 (Beilage 2)". Er habe sich im Ausland befunden, als die Kündigungsandrohung versandt worden sei. Vor seiner Abreise habe er der Post aber einen Rückbehalteauftrag erteilt. Gehe während dieser Zeit beim Auftraggeber eine eingeschriebene Sendung ein, erteile die Post dem Absender hierüber schriftlich Mitteilung und frage ihn (den Absender) an, ob die Sendung nach Ablauf der 7-tägigen Abholfrist zurückgeschickt oder dem Adressaten bzw. Auftraggeber am Ende der Rückbehaltefrist zugestellt werden solle. "Beweis: Einholen einer Stellungnahme der Post Winterthur, Formular "Auftrag Post zurückbehalten" Rückseite 4 (Beilage 3)". Der Beschwerdegegner bestreite nicht, dass er ein solche Mitteilung der Post erhalten habe. Der Beschwerdegegner habe folglich gewusst, wann die Rückbehaltefrist ende. Da er (der Beschwerdegegner) nicht verlangt habe, dass sein eingeschriebener Brief (Kündigungsandrohung) zurückgeschickt werde, habe er sich konkludent damit einverstanden erklärt, dass die Kündigungsendrohung am Ende der Rückbehaltefrist zugestellt werde. Er - der Beschwerdeführer - gehe deshalb davon aus, dass die eingeschrieben versandte Kündigungsendrohung nicht nach Ablauf der 7-tägigen Abholfrist, sondern am Folgetag der Rückbehaltefrist (d.h. am 16. Dezember 2005) als zugestellt zu betrachten sei. Folglich habe - so die Beschwerde zumindest sinngemäss - die gesetzliche Zahlungsfrist von 30 Tagen am 17. Dezember 2005 zu laufen begonnen und am 16. Januar 2006 geendet. Die vorzeitige Kündigung habe der Beschwerdegegner indessen am 13. Januar 2006 ausgesprochen und somit vor Ablauf der gesetzlichen Frist von 30 Tagen. Die Kündigung sei daher ungültig. Indem sich die Vorinstanz über diesen Sachverhalt hinweggesetzt und die angebotenen Beweise nicht gewürdigt habe, handle sie willkürlich, verletze klares materielles Recht und die im "Anfechtungsverfahren geltende Officialmaxime" (vgl. KG act. 1 S. 2-3).

bb) Die eben dargelegten Vorbringen laufen auf eine Wiederholung des bereits in den vorinstanzlichen Verfahren vorgebrachten Prozessstandpunktes hin-

aus. Indem der Beschwerdeführer lediglich geltend macht, dass die gegenteilige Ansicht der Vorinstanz willkürlich sei, klares materielles Recht und die "im Anfechtungsverfahren geltende Oficialmaxime [recte: wohl Untersuchungsmaxime]" verletze (vgl. KG act. 1 S. 2-3, Ziff. 5, 1. Abschnitt), wird kein Nichtigkeitsgrund hinsichtlich der entscheiderelevanten Erwägungen dargetan. Auf die Beschwerde kann folglich in diesem Umfang nicht eingetreten werden.

c) Darüber hinaus macht der Beschwerdeführer geltend, selbst wenn man der vorinstanzlichen Auffassung folgen wolle, wäre die 30-tägige Frist zwischen der Kündigungsandrohung und Kündigung nicht eingehalten worden. Die Feststellung der Vorinstanz, die Kündigungsandrohung vom 5. Dezember 2005 sei gleichentags versandt worden, sei nämlich aktenwidrig. Die Kündigungsandrohung vom 5. Dezember 2005 sei - wie der Beschwerdeführer unter Hinweis auf das von ihm als Beilage 2 (=KG act. 3/1) eingereichte Kuvert mit Postaufgabevermerk vom 6. Dezember 2005, 10:31 Uhr, belegt - nachweislich erst am 6. Dezember 2005 aufgegeben worden. Die Sendung mit der Kündigungsandrohung habe ihm folglich frühestens am 7. Dezember 2005 zugestellt werden können. Die 7-tägige Abholfrist sei am 15. Dezember 2005 abgelaufen. Die Sendung gelte am letzten Tag der Abholfrist (15. Dezember 2005) als zugestellt. Die 30-tägige Zahlungsfrist - so der Beschwerdeführer sinngemäss - habe folglich am 16. Dezember 2005 zu laufen begonnen und am 16. Januar 2006 geendet, weshalb die Kündigung vom 13. Januar 2006 zu früh erfolgt sei und somit selbst bei dieser Betrachtungsweise ungültig sei (vgl. KG act. 1 S. 3, Ziff. 5, 2. Abschnitt).

Die Rüge der Aktenwidrigkeit erweist sich sogleich als unzulässig bzw. unbegründet:

Zum einen begründet der Beschwerdeführer die Rüge unter Bezugnahme auf ein von ihm im Beschwerdeverfahren eingereichtes Originaldokument (Kuvert der Kündigungsandrohung). Dieses Dokument bzw. Kuvert konnte folglich gar nicht Bestandteil der vorinstanzlichen Akten bilden und von der Vorinstanz in aktenwidriger Weise übersehen worden sein. Der Beschwerdeführer macht ferner auch nicht geltend, dass sich eine Kopie des Kuverts in den vorinstanzlichen Akten befunden habe und/oder aufgrund anderer Hinweise aus den Akten ersichtlich

und/oder erkennbar gewesen sei, dass die Kündigungsandrohung erst am 6. Dezember 2005 der Post übergeben worden sei.

Zum anderen scheidet sie am im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde geltenden Novenverbot (vgl. vorstehend E. 7). Der Einzelrichter stellte in der Verfügung vom 9. Mai 2006 fest, der Beschwerdeführer habe nicht bestritten, dass der Beschwerdegegner die Kündigungsandrohung vom 5. Dezember 2005 am 5. Dezember 2005 zur Post gegeben habe (vgl. OG act. 2 S. 4 unter Hinweis auf act. 8/4). Im Rekursverfahren blieb diese Feststellung seitens des Beschwerdeführers unbestritten bzw. unangefochten (vgl. OG act. 1), weshalb die Vorinstanz weiterhin von der Richtigkeit der Feststellung ausgehen durfte (vgl. KG act. 2 S. 4, 2. Abschnitt). Wenn der Beschwerdeführer nunmehr im Beschwerdeverfahren unter Hinweis auf das beigelegte Kuvert geltend macht, die Kündigungsandrohung sei erst am 6. Dezember 2005 der Post übergeben worden, stellt dieser Einwand eine neue Behauptung dar, welche eine unzulässige Vervollständigung des vor Vorinstanz vorzubringenden Prozessstoffes bedeutet.

d) Nach dem Gesagten vermochte der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund darzutun. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann.

9. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer auferlegt. Da auf die Einholung einer Beschwerdeantwort verzichtet werden konnte, fällt die Zusprechung einer Prozessentschädigung ausser Betracht.

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. 500.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 197.– Schreibgebühren,
Fr. 152.– Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Für das Kassationsverfahren wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, den Einzelrichter im summ. Verfahren des Bezirkes Winterthur (EU060043) und das Stadtammannamt Winterthur I, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: