



---

Kass.-Nr. AA070002/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Rudolf Ottomann und Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## **Zirkulationsbeschluss vom 5. Juni 2007**

in Sachen

1. PA,

...,

2. NA,

...n,

Beklagte, Rekurrentin und Beschwerdeführerin

1, 2 vertreten durch HA, ...

gegen

**X Bank**,

...,

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

**Ausweisung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. November 2006 (NL060137/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. D.A-A war Eigentümerin der Liegenschaft C...strasse in Y. Die Klägerin (Beschwerdegegnerin) ersteigerte diese Liegenschaft am 28. Mai 2004 im Rahmen eines Zwangsvollstreckungsverfahrens. Mit Verfügung vom 5. Juli 2006 (Verfahren EU060033) befahl der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen HA und D.A.A, sämtliche Räume und Flächen der genannten Liegenschaft sofort zu räumen und der Klägerin zu übergeben (ER act. 3/2).

Mit Eingabe vom 8. September 2006 an den Einzelrichter stellte die Klägerin ein weiteres Ausweisungsbegehren gegen die beiden Beklagten (Beschwerdeführer), die Kinder von HA und D.A-A (ER act. 1). Der Einzelrichter befahl den Beklagten mit Verfügung vom 27. Oktober 2006 ebenfalls, die Liegenschaft sofort zu räumen und der Klägerin zu übergeben (ER act. 11 = OG act. 2). Dagegen erhoben die Beklagten Rekurs beim Obergericht (OG act. 1).

Mit Beschluss vom 22. November 2006 wies die II. Zivilkammer des Obergerichts den Rekurs ab und erneuerte den Ausweisungsbefehl (OG act. 8 = KG act. 2).

2. Gegen diesen Beschluss führen die Beklagten Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht (KG act. 1). Die Klägerin beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, soweit auf sie einzutreten sei (KG act. 10). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 8).

Der Präsident des Kassationsgerichts verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde aufschiebende Wirkung (Verfügung vom 4. Januar 2007, KG act. 6). Die Beklagten leisteten die ihnen mit derselben Verfügung auferlegte Prozesskaution rechtzeitig (KG act. 9).

## II.

1. a) In der Rekursbegründung brachten die Beschwerdeführer vor, sie verfügten über einen mündlich geschlossenen Mietvertrag (OG act. 1 S. 1 unten). Das Obergericht hält fest, dieses Vorbringen sei, weil verspätet vorgebracht (§ 278 i.V. mit § 267 ZPO), nicht zu hören. Weiter erklärten die Beschwerdeführer nicht, mit wem sie diesen Vertrag abgeschlossen hätten. Da die Beschwerdeführer vor dem Einzelrichter die Ausführungen der Beschwerdegegnerin, wonach zwischen ihr und den Eltern der Beschwerdeführer (HA und D.A-A) keinerlei Vertragsverhältnis bestanden habe, nicht bestritten hätten, könnten sie sich nur auf einen allfälligen Mietvertrag zwischen sich und ihren Eltern beziehen. Zu dieser Thematik habe indes der Einzelrichter bereits abschliessend festgehalten, dass ein solcher Mietvertrag - wenn er überhaupt bestünde - den Beschwerdeführern keine Rechte gegenüber der Beschwerdegegnerin einzuräumen vermöchte (KG act. 2 S. 3 Erw. 3.3).

Die Beschwerdeführer bestreiten, dass ihr Vorbringen, es bestehe ein mündlicher Mietvertrag, verspätet sei. Dies habe ihr Rechtsvertreter (ihr Vater) bereits beim Einzelrichter dargelegt. Wenn dies dem Gericht unklar gewesen wäre, so hätte es die richterliche Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO ausüben sollen. Die Nichtausübung der richterlichen Fragepflicht stelle zudem eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar. Merkwürdig sei weiter, dass das Obergericht feststelle, es sei nicht klar, mit wem der mündliche Mietvertrag bestehe. Wenn der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer sich vor erster Instanz nicht genügend fachmännisch ausgedrückt haben sollte, so hätte der Einzelrichter wiederum nachfragen sollen. Für den Rechtsvertreter der Beschwerdeführer sei es jedoch klar: Die "Beklagte" (gemeint die Beschwerdegegnerin) habe sich durch die "Kläger" (Beschwerdeführer) Rechnungen bezahlen lassen. Dies setze einen Grund voraus, der nur ein Mietvertrag sein könne. Also müsse ein Mietverhältnis zwischen den Parteien bestanden haben (KG act. 1 S. 2 - 4 Ziffer 2 und 3).

b) Gemäss Protokoll des einzelrichterlichen Verfahrens brachte der Rechtsvertreter (und Vater) der Beschwerdeführer vor, der Beschwerdeführer 1 zahle sei-

nem Vater einen Mietzins von Fr. 500.-- pro Monat. Die Beschwerdeführerin 2 lebe im Engadin (ER Prot. S. 4). Dass die Beschwerdeführer Rechnungen der Beschwerdegegnerin bezahlt hätten, lässt sich den protokollierten Vorbringen nicht entnehmen und bringen die Beschwerdeführer im übrigen auch in der Rekursbegründung nicht vor (vgl. OG act. 1). Ob die Bezahlung solcher Rechnungen durch die Beschwerdeführer auf ein mündlich oder konkludent geschlossenes Mietverhältnis schliessen lässt, kann offen bleiben, da es sich hierbei um eine im Kassationsverfahren erstmals vorgebrachte und damit unzulässige Behauptung handelt. Aufgrund der protokollierten Vorbringen des Vaters der Beschwerdeführer bestand für den Einzelrichter kein Anlass, Unklarheit, Unvollständigkeit oder Unbestimmtheit im Sinne von § 55 ZPO anzunehmen oder gar zu vermuten, die Beschwerdeführer hätten möglicherweise ein Mietverhältnis zwischen den Beschwerdeführern und der Beschwerdegegnerin geltend machen wollen. Also bestand auch kein Grund zur Ausübung richterlicher Fragepflicht. Die in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen sind unbegründet.

Sollten die Beschwerdeführer geltend machen wollen, die Vorbringen ihres Vaters in der einzelrichterlichen Verhandlung seien unvollständig oder fehlerhaft protokolliert worden, so hätten sie dies mittels Protokollberichtigungsbegehren im Sinne von § 154 Abs. 2 GVG beim Einzelrichter tun sollen. Die Rechtsmittelinstanzen (Obergericht und Kassationsgericht) haben sich an das Protokoll zu halten, wie dieses ihnen vorliegt, und es ist ihnen nicht möglich, das erstinstanzliche Protokoll auf dessen inhaltliche Richtigkeit und Vollständigkeit zu prüfen.

2. Das Obergericht bestätigt in Ziffer 1 des Dispositivs des angefochtenen Beschlusses die "Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes Zürich vom 27. Oktober 2006" (KG act. 2 S. 4). Erste Instanz im vorliegenden Rechtsstreit ist jedoch der Einzelrichter des Bezirkes Meilen.

Die Beschwerdeführer halten dafür, indem das Obergericht einen Beschluss des Bezirksgerichts Zürich bestätige, liege bezüglich des vorliegenden Rekurses ein Nichtentscheid vor. Der Rekursentscheid verletze insoweit Verfahrensrecht, als der Entscheid Bezug nehmen müsse auf den angefochtenen Gerichtsakt und nicht auf einen anderen (KG act. 1 S. 4 Ziffer 5).

Im Ingress des angefochtenen Entscheids wird als angefochtener Entscheid eine Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes Meilen vom 27. Oktober 2006 bezeichnet (KG act. 2 S. 2 oben). Auch ist in der Entscheidungsbegründung immer vom besagten einzelrichterlichen Entscheid vom 27. Oktober 2006 die Rede. Im Entscheiddispositiv wird denn auch zutreffend die angefochtene Verfügung vom 27. Oktober 2007 genannt, wenn auch mit der falschen Ortsangabe. Die Beschwerdeführer werden durch dieses offenkundige Versehen nicht beschwert, und es liegt diesbezüglich keine Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes im Sinne von § 281 Ziffer 1 ZPO vor.

3. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet und ist sie abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

### III.

Ausgangsgemäss werden die Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO), wobei solidarische Haftung beider Beschwerdeführer anzuordnen ist (§ 70 Abs. 1 ZPO).

**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. 400.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 174.-- Schreibgebühren,  
Fr. 171.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den beiden Beschwerdeführern je zur Hälfte, unter solidarischer Haftung je für den gesamten Betrag, auferlegt.
4. Die beiden Beschwerdeführer werden solidarisch verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 600.-- (inkl. MWST) 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 grundlegender 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).  
  
Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Meilen, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: