



---

Kass.-Nr. AA080171/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## **Sitzungsbeschluss vom 11. Mai 2009**

in Sachen

Y,

...,

Beklagter, Rekurrent und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

**St GmbH,**

...,

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

**Ausweisung / Kündigungsschutz**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Oktober 2008 (NL080122/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. a) Der ursprüngliche zwischen der G & Cie. als Vermieterin und der M AG als Mieterin abgeschlossene Hauptmietvertrag vom 29. August 2003 über das Ladenlokal mit Büroteil und WC-Anlage in der Liegenschaft X-strasse 5 in Zürich wurde später mit Vertragsüberschreibung ab 1. April 2004 auf die Klägerin (Beschwerdegegnerin) als neue Mieterin übertragen (ER EU080449 act. 9/1, Anhang). Zu jenem Zeitpunkt bestand ein Untermietverhältnis zwischen der damaligen Hauptmieterin (M AG) und dem Beklagten (Beschwerdeführer), welches in der Folge stillschweigend auch zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu gleichen Bedingungen vereinbart wurde. Mit Schreiben vom 18. März 2008 setzte die Klägerin dem Beklagten im Sinne von Art. 257d OR eine 30-tägige Zahlungsfrist zur Begleichung des Mietzinsrückstandes an, unter Androhung der Kündigung im Säumnisfall (ER EU080449 act. 4/9). Mit amtlichem Formular vom 25. April 2008 kündigte die Klägerin das Mietverhältnis gestützt auf ausgebliebene Mietzinszahlungen auf den 31. Mai 2008 (ER EU080449 act. 4/12).

Mit Eingabe vom 12. Juni 2008 stellte die Klägerin bei der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich gegen den Beklagten ein Ausweisungsbegehren (ER EU080449 act. 4/1). Dieser hatte bereits mit Eingabe vom 28. Mai 2008 die Kündigung bei der Schlichtungsbehörde Zürich angefochten (ER EU080472 act. 2/1). Mit Beschluss vom 17. Juni 2008 überwies die Schlichtungsbehörde das Verfahren in Anwendung von Art. 247g Abs. 3 OR an die Einzelrichterin (ER EU080472 act. 1), welche die beiden Verfahren mit Verfügung vom 10. Juli 2008 vereinigte (ER EU080472 act. 3a).

Nach Durchführung einer Verhandlung ebenfalls am 10. Juli 2008 wies die Einzelrichterin mit Verfügung desselben Tages das Kündigungsschutzbegehren des Beklagten ab und erteilte den beantragten Ausweisungsbefehl (ER EU080449 act. 11a = OG act. 2).

b) Mit Eingabe vom 22. August 2008 an das Obergericht (II. Zivilkammer) erhob der Beklagte Rekurs gegen die genannte Verfügung der Einzelrichterin mit dem Antrag, es sei das Ausweisungsbegehren der Klägerin abzuweisen und in Gutheissung des Kündigungsschutzbegehrens des Beklagten festzustellen, dass die Kündigung vom 25. April 2008 per 31. Mai 2008 unwirksam sei (OG act. 1 S. 2).

Mit Beschluss vom 1. Oktober 2008 wies das Obergericht den Rekurs ab und befahl dem Beklagten wiederum, das besagte Ladenlokal mit Büroteil und WC-Anlage zu räumen und der Klägerin ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung von Zwangsvollstreckung (OG act. 16 = KG act. 2).

2. a) Der Beklagte führt gegen den genannten Beschluss des Obergerichts sowohl Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht in der Hauptsache wie auch Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht bezüglich der Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Mit seiner kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde beantragt der Beklagte, es seien die Dispositiv Ziffern 2 und 4 des angefochtenen Beschlusses (Festsetzung der Gerichtsgebühr für das Rekursverfahren auf Fr. 7'000.-- sowie Verpflichtung zur Bezahlung einer Prozessentschädigung von Fr. 3'500.-- zuzüglich Mehrwertsteuer an die Klägerin) aufzuheben, und es sei die Sache zur neuen Beurteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen an das Obergericht zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die Klägerin verzichtet auf eine Beschwerdeantwort (KG act. 12), ebenso das Obergericht auf eine Vernehmlassung (KG act. 8). Der Beklagte leistete die ihm mit Präsidialverfügung vom 6. November 2008 auferlegte Prozesskaution für das Kassationsverfahren fristgerecht (KG act. 15).

b) Mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde vom 5. November 2008 stellte der Beklagte kein Gesuch um aufschiebende Wirkung, weshalb darüber in der Präsidialverfügung vom 6. November 2008 (KG act. 4) nicht befunden wurde. Die Nichtigkeitsbeschwerde hemmt die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids nicht, sofern die Kassationsinstanz nichts anderes anordnet (§ 286 Abs. 1 ZPO). Eine solche Anordnung erfolgte eben nicht.

Der Präsident der I. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts verlieh der beim Bundesgericht anhängigen Beschwerde vorerst aufschiebende Wirkung, entzog diese jedoch mit Verfügung vom 17. November 2008 unter Hinweis auf das laufende Kassationsverfahren wieder in der Meinung, der Beklagte habe sich im jetzigen Zeitpunkt in Bezug auf die aufschiebende Wirkung an das Kassationsgericht zu wenden. Zugleich wurde das bundesgerichtliche Verfahren bis zum Entscheid über die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ausgesetzt (KG act. 11/1). In der Folge stellte der Beklagte beim Kassationsgericht ein Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung in Bezug auf die Vollstreckung der Ausweisung (KG act. 10).

Der Präsident des Kassationsgerichts wies das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit Verfügung vom 20. November 2008 ab, da der vom Obergericht erteilte Ausweisungsbefehl im Kassationsverfahren nicht angefochten wurde und deshalb auch nicht Gegenstand desselben bildet. Zugleich ersuchte der Kassationsgerichtspräsident das Bundesgericht, auf die Sistierung des bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens zurückzukommen und dieses ohne Abwarten des Entscheids des Kassationsgerichts fortzuführen (KG act. 13).

Der Präsident der I. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts wies nun mit Verfügung vom 28. November 2008 das vom Beklagten beim Bundesgericht gestellte Gesuch um aufschiebende Wirkung ab. Weiter ordnete er an, dass das bundesgerichtliche Verfahren bis zum Entscheid des Kassationsgerichts über die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde sistiert bleibe. Letzteres begründete er damit, die Kosten- und Entschädigungsregelung des angefochtenen Beschlusses sei nicht mit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde, sondern auch mit der den ganzen Entscheid des Obergerichts umfassenden Beschwerde in Zivilsachen angefochten, weshalb es Sinn mache, dass das Kassationsgericht vor dem Bundesgericht entscheide (KG act. 16). Somit ist heute über die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde zu befinden.

Mit Eingabe vom 27. April 2009 stellte der Beschwerdeführer ein weiteres Begehren um Gewährung der aufschiebenden Wirkung, diesmal mit Bezug auf die Gegenstand dieses Kassationsverfahrens bildenden Kosten- und Entschädigungsre-

gelung des angefochtenen Entscheids (KG act. 17). Diesem Begehren gab der Präsident des Kassationsgerichts mit Verfügung vom 28. April 2009 statt (KG act. 19).

## II.

1. Das Obergericht beziffert den Streitwert des Rekursverfahrens auf rund Fr. 630'000.-- und verweist in diesem Zusammenhang auf den monatlichen Mietzins von Fr. 15'000.-- und einem unter Berücksichtigung der dreijährigen Sperrfrist frühest möglichen ordentlichen Kündigungstermin per 31. März 2012 (KG act. 2 S. 5 Erw. 4). Entsprechend setzt es die Gerichtsgebühr für das Rekursverfahren auf Fr. 7'000.-- und die Prozessentschädigung auf Fr. 3'500.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer) fest.

Der Beschwerdeführer rügt, das Obergericht habe den Streitwert falsch bestimmt. Es habe offensichtlich übersehen, dass der Hauptmietvertrag bis zum 31. März 2009 befristet sei und an diesem Datum ohne Kündigung ende. Da das streitgegenständliche Untermietverhältnis vom Bestand des Hauptmietverhältnisses abhängt, endige das Untermietverhältnis mit dem Hauptmietverhältnis spätestens am 31. März 2009. Für die Bestimmung des Streitwerts könne nur die bis zum 31. März 2009 geschuldete Mietzinssumme massgebend sein. Demnach könne der Streitwert höchstens Fr. 150'000.-- betragen, nämlich Fr. 15'000.-- pro Monat für die zehn Monate vom 1. Juni 2008 bis 31. März 2009. Damit stehe fest, dass das Obergericht klares materielles Recht verletze, indem es von einem Streitwert von Fr. 630'000.-- für die Festlegung der Höhe der Gerichtsgebühr und der Parteientschädigung ausgehe (KG act. 1 S. 2 Ziffern 1 - 3).

2. Die Kosten- und Entschädigungsregeln der Zivilprozessordnung (§§ 64 ff. ZPO) stellen materielles Recht dar (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 16 zu § 64 und N 47a zu § 281; vgl. schon Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 144). Bei der Beurteilung von Entscheidungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen steht der Kassationsinstanz daher nach § 281

Ziff. 3 ZPO lediglich eine beschränkte Überprüfungsbefugnis zu (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 28). Dies muss namentlich auch dann gelten, wenn die Bemessung der Prozessentschädigung u.a. im Zusammenhang mit der Berechnung der streitigen vermögensrechtlichen Ansprüche angefochten wird. Mit hin kommt im Zusammenhang mit der Regelung der Nebenfolgen der Kassationsinstanz auch hinsichtlich der Berechnung des Streitwertes nur eine (auf die Verletzung klaren Rechts) beschränkte Kognition zu (ZR 87 [1988] Nr. 137 = RB 1988 Nr. 40).

Die Festsetzung der Gerichtsgebühren im Sinne von § 201 Ziffer 1 GVG ist eine Verwaltungssache. Sie unterliegt nicht der Kassationsbeschwerde, sondern der Kostenbeschwerde nach § 206 GVG (ZR 102 [2003] Nr. 3 Erw. II/4; von Rechenberg, a.a.O., S. 28 unten).

3. Im vorliegenden Kassationsverfahren ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer im Fall des Unterliegens im Rekursverfahren - wenn es also in der Hauptsache beim Entscheid des Obergerichts bleibt - kosten- und entschädigungspflichtig im Sinne von § 64 Abs. 2 ZPO und § 68 Abs. 1 ZPO wird. Was die Kostenfolgen des angefochtenen Beschlusses angeht, ist also nicht die Kostenpflicht des Beschwerdeführers an sich, sondern lediglich die Höhe der Gerichtsgebühr angefochten. Diese unterliegt jedoch der Kostenbeschwerde gemäss § 206 GVG bei der Aufsichtsbehörde entsprechend § 108 ff. GVG. Das Kassationsgericht ist nicht Aufsichtsbehörde über das Obergericht und seine Kammern und damit auch nicht Adressat einer Kostenbeschwerde. Eine solche wäre beim Gesamtobergericht zu erheben gewesen (Robert Hauser / Erhard Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 202, N 14 zu § 206). Mit Bezug auf die Höhe der Gerichtsgebühr ist auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten. Die Frist zur Erhebung einer Kostenbeschwerde (zehn Tage, § 206 GVG in Verbindung mit § 109 Abs. 1 GVG) war bereits im Moment der Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgerichts abgelaufen, so dass sich die Frage der Weiterleitung der Nichtigkeitsbeschwerde an das Gesamtobergericht zur Behandlung als Kostenbeschwerde im Sinne von § 194 GVG nicht stellt. Ob das Oberge-

richt allenfalls als Aufsichtsbehörde von Amtes wegen eine Korrektur der Höhe der Gerichtsgebühr vornehmen kann und will, kann offen bleiben.

4. Gemäss dem Mietvertrag zwischen der G & Cie. (Hauptvermieterin) und der M AG (ursprüngliche Hauptmieterin) vom 29. August 2003 ist der Mietvertrag fest abgeschlossen und endigt stillschweigend und ohne Kündigung am 31. März 2009 (ER EU080449 act. 9/1 S. 1 Ziffer 2 Abs. 1). Die Vereinbarung über die Mietvertragsübertragung auf die Beschwerdegegnerin (ER EU080449 act. 9/1 S. 1, Anhang) ändert daran nichts.

Der Untervermieter ist in seinem rechtlichen Können und Dürfen durch die Hauptmiete beschränkt (Peter Higi, Zürcher Kommentar. Obligationenrecht, Die Miete, 3. Aufl., Zürich 1994, N 18 zu Art. 262 OR). Der Anspruch des Untermieters auf Realerfüllung des Untermietvertrags wird durch die Vertragsdauer des Hauptmietverhältnisses begrenzt (Higi, a.a.O., N 19 zu Art. 262 OR). Eine allfällige Erstreckung der Untermiete im Sinne der Kündigungsschutzbestimmungen von Art. 271 ff. OR ist nur für die Dauer des Hauptmietverhältnisses möglich (Art. 273b Abs. 1 OR). Die grundsätzlich geltende dreijährige Sperrfrist für eine Kündigung nach Abschluss eines mit dem Mietverhältnis zusammenhängenden Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens (Art. 271a Abs. 1 lit. e OR) findet beim Untermietverhältnis ihre Grenze mit dem Dahinfallen des Hauptmietverhältnisses.

Entsprechend ist im vorliegenden Fall bei der Berechnung des Streitwerts entgegen der Ansicht des Obergerichts nicht von einem frühest möglichen Kündigungstermin per 31. März 2012, sondern von einer ordentlichen Beendigung des Hauptmietverhältnisses und damit verbunden des Untermietverhältnisses am 31. März 2009 auszugehen. Die Kündigung durch die Beschwerdegegnerin erfolgte per 31. Mai 2008 (ER EU080472 act. 2/2/1). Der Beschwerdeführer stellte sein Kündigungsschutzbegehren am 28. Mai 2008 (ER EU080472 act. 2/1), die Beschwerdegegnerin ihr Ausweisungsbegehren am 12. Juni 2008 (ER EU080449 act. 1). Für die Berechnung des Streitwerts ist somit auf die Mietzinse der Monate Juni 2008 bis März 2009 abzustellen: zehn Monate à Fr. 15'000.--. Es ergibt sich ein Streitwert im Rekursverfahren von Fr. 150'000.--. Indem das Obergericht der Bemessung der Prozessentschädigung einen Streitwert von Fr. 630'000.-- zugrunde

legt, verletzt es klares materielles Recht im Sinne von § 281 Ziffer 3 ZPO. Dies führt in diesem Punkt zur Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde und zur Aufhebung von Dispositiv Ziffer 4 des angefochtenen Beschlusses.

5. Die Sache ist spruchreif, weshalb sie entgegen dem Antrag des Beschwerdeführers nicht an das Obergericht zurückzuweisen ist. Das Kassationsgericht kann einen neuen Entscheid in der Sache selbst, d.h. betreffend die Höhe der Prozessentschädigung für das Rekursverfahren, fällen (§ 291 ZPO).

Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 150'000.-- und in Berücksichtigung, dass die Streitsache im Rekursverfahren nicht besonders komplex war, in Anwendung von § 3 Abs. 1 und 2, § 7 und § 12 Abs. 1 der Verordnung über die Anwaltsgebühren, ist die vom Beschwerdeführer der Prozessentschädigung auf Fr. 2'000.-- zuzüglich Mehrwertsteuer festzusetzen.

### III.

Der Beschwerdeführer obsiegt im Kassationsverfahren mit Bezug auf die Festsetzung der Prozessentschädigung für das Rekursverfahren, unterliegt jedoch mit Bezug auf die Festsetzung der Gerichtsgebühr. Die Beschwerdegegnerin, welche weder die Nichtigkeitsbeschwerde beantwortet noch die fehlerhafte Festsetzung der Prozessentschädigung durch das Obergericht veranlasst hat, wird nicht kostenpflichtig. Die Kosten des Kassationsverfahrens sind zur Hälfte dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO) und zur Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 66 Abs. 2 ZPO). Den Parteien sind für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigungen zuzusprechen.

**Das Gericht beschliesst:**

1. In teilweiser Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird Dispositiv Ziffer 4 des Beschlusses der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Oktober 2008 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Rekursverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'000.-- (zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen."

Im Übrigen wird auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten. Damit entfällt die der Beschwerde hinsichtlich der Kostenregelung des angefochtenen Entscheids (Dispositiv Ziff. 2) verliehene aufschiebende Wirkung.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 700.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer zur Hälfte auferlegt und zur Hälfte auf die Gerichtskasse genommen.
4. Für das Kassationsverfahren werden 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 ca. Fr. 5'000.--.

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, die Einzelrichterin im summarischen Verfahren (Audienz) am Bezirksgericht Zürich und die I. zivilrechtliche Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts (zuhanden des Verfahrens 4A\_504/2008), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: