



---

Kass.-Nr. AA080175/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

## Zirkulationsbeschluss vom 8. Januar 2009

in Sachen

X.,

...,

Beklagter, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

Y.,

...,

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch \_\_\_\_\_

betreffend

**Ausweisung / Kündigungsschutz**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. November 2008 (NL080145/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

1.a) Mit schriftlichem Vertrag vom 23. April 2008 mietete der Beschwerdeführer (Beklagter und Rekurrent) von der Beschwerdegegnerin (Klägerin und Rekursgegnerin) per 1. Mai 2008 eine 5-Zimmer-Wohnung mit Kellerabteil an der \_\_\_strasse 00 in A., wobei der monatliche (Netto-)Mietzins auf Fr. 2'250.-- festgesetzt wurde (ER act. 3/2 = ER act. 5/7/2); zudem schlossen die Parteien am 28. April 2008 einen Mietvertrag über einen Garagenplatz an der \_\_\_gasse 01 in A. (ER act. 3/4 = ER act. 5/7/4). Nachdem die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer mit Schreiben vom 9. Juni 2008 erfolglos aufgefordert hatte, ihr ausstehende Mietzinse innerhalb von dreissig Tagen zu überweisen (ER act. 3/6 = ER act. 5/7/6), kündigte sie die beiden Mietverträge mit amtlichem Formular, datiert vom 21. Juli 2008, zufolge Zahlungsrückstands des Mieters im Sinne von Art. 257d OR auf Ende August 2008 (ER act. 3/7 [und ER act. 3/9] = ER act. 5/7/7 [und ER act. 5/7/9]).

b) In der Folge machte der Beschwerdeführer mit Datum vom 20. August 2008 bei der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirkes Q. ein Kündigungsschutzbegehren anhängig (ER act. 5/1). Da die Beschwerdegegnerin ihrerseits mit Eingabe vom 4. September 2008 beim Bezirksgericht Q. gegen den Beschwerdeführer ein Ausweisungsbegehren (im Sinne von § 222 Ziff. 2 ZPO) gestellt hatte (ER act. 1), beschloss die Schlichtungsbehörde am 8. September 2008, das hängige Kündigungsschutzbegehren in Anwendung von Art. 274g Abs. 3 OR an den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Q. (Erstinstanz) zu überweisen und das Schlichtungsverfahren als dadurch erledigt abzuschreiben (ER act. 4 = ER act. 5/8). Mit Verfügung vom 19. September 2008 vereinigte die Erstinstanz das Kündigungsschutz- und das Ausweisungsverfahren. Sodann wies sie das Kündigungsschutzbegehren ab, und sie befahl dem Beschwerdeführer unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall, das Mietobjekt unverzüglich ordnungsgemäss zu räumen und zu verlassen. Zugleich wurde das Stadttammannamt A. angewiesen, den Ausweisungsbefehl nach Eintritt der Rechtskraft auf Verlangen der Beschwerdegegnerin zu vollstrecken (ER act. 11 = OG act. 2 = OG act. 6).

c) Die erstinstanzliche Erledigungsverfügung focht der Beschwerdeführer am 3. Oktober 2008 mit Rekurs an (OG act. 1). Da er aus erledigten und nicht mehr weiterziehbaren Verfahren vor zürcherischen Gerichtsbehörden noch Kosten schuldet (vgl. OG act. 3), wurde ihm mit Präsidialverfügung vom 10. Oktober 2008 in Anwendung von § 73 Ziff. 4 ZPO für das zweitinstanzliche Verfahren eine Prozesskaution von Fr. 5'000.-- auferlegt (OG act. 4), die er innert (erstreckter) Frist nicht leistete (OG act. 11). Mit Beschluss vom 10. November 2008 trat die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) unter Kostenfolgen zulasten des Beschwerdeführers auf den Rekurs nicht ein (OG act. 12 = KG act. 2).

d) Gegen diesen dem Beschwerdeführer am 12. November 2008 zugestellten (OG act. 13/1), als Rekurs(end)entscheid ohne weiteres beschwerdefähigen (vgl. § 281 ZPO und Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 9 zu § 281 ZPO; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 4; s.a. Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 62) vorinstanzlichen Beschluss richtet sich die vorliegende, rechtzeitig (vgl. § 287 ZPO) eingegangene Nichtigkeitsbeschwerde vom 16. November 2008 (KG act. 1), welche mit (ebenfalls innert laufender Beschwerdefrist eingereichter) Eingabe vom 26. November 2008 ergänzend begründet (KG act. 9; s.a. KG act. 4) und von deren Eingang den Parteien und den Vorinstanzen mit Schreiben vom 1. Dezember 2008 Kenntnis gegeben wurde (KG act. 10). Weitere prozessuale Anordnungen sind bisher nicht ergangen.

e) Da sich die Beschwerde nach bereits erfolgtem Beizug der vorinstanzlichen Akten (vgl. KG act. 3 und 7) sofort als unzulässig bzw. den formellen Anforderungen an die Begründung einer solchen nicht genügend erweist (vgl. nachstehende Erw. 4), kann von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, der Beschwerdegegnerin Gelegenheit zur Beantwortung der Beschwerde und der Vorinstanz zur Vernehmlassung zu geben (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 289 ZPO). Angesichts der Rechtsnatur des vorliegenden (mietrechtlichen) Rechtsstreits, der den Regeln des einfachen

und raschen Verfahrens untersteht (vgl. Art. 274d Abs. 1 OR und § 53 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO), ist vom Beschwerdeführer (als Ausnahme von § 75 Abs. 1 ZPO) auch keine Kautions einzufordern (§ 78 Ziff. 2 ZPO).

2. Die Vorinstanz ist in Anwendung von § 80 Abs. 1 ZPO auf den Rekurs nicht eingetreten, weil der Beschwerdeführer die ihm für das Rekursverfahren auferlegte Kautions innert Frist nicht geleistet hat (KG act. 2 S. 2, Erw. 1).

3. Angesichts der Ausgestaltung seiner hiegegen erhobenen Beschwerde ist der Beschwerdeführer (abermals; vgl. KG act. 4) auf die besondere Natur des Beschwerdeverfahrens hinzuweisen. Dieses stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter (mit umfassender Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht der Rechtsmittelinstanz bezüglich des gesamten Prozessstoffes sowohl in rechtlicher wie auch tatsächlicher Hinsicht) dar. Zu prüfen ist vielmehr (allein), ob der angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem besonderen Mangel, nämlich einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO leidet. Dabei muss der Nichtigkeitskläger, der anzugeben hat, inwieweit er den vorinstanzlichen Entscheid anfechtet und welche Änderungen (in dessen Dispositiv, d.h. Entscheidformel) er beantragt (§ 288 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO), den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO), wobei neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende (Sach-) Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren (selbst bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 115 ZPO) nicht zulässig sind (sog. Novenverbot; vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4a zu § 288 ZPO [und N 7b zu § 115 ZPO]; Spühler/Vock, a.a.O., S. 75; Walder-Richli, Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 1996, § 39 Rz 65; ZR 76 Nr. 26; RB 1996 Nr. 121); gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft (sog. Rügeprinzip).

Um diesen ihm obliegenden Nachweis zu erbringen, hat sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen (hier: Rekurs-) Entscheid und den darin enthaltenen, den (hier: Nichteintretens-) Entscheid tragenden Erwägungen auseinanderzusetzen und hierbei darzulegen, inwiefern diese zu seinem Nachteil

mit einem Mangel im Sinne von § 281 ZPO behaftet seien. Die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen hierfür nicht. Ebenso wenig lässt sich ein Nichtigkeitsgrund rechtsgenügend dartun, indem bloss die Richtigkeit der vorinstanzlichen Auffassung in Abrede gestellt (und dieser allenfalls die eigene, abweichende Ansicht entgegengestellt) wird. Vielmehr sind in der Beschwerdebegründung insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids genau zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist mithin nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten (oder gar eines anderen möglichen) Nichtigkeitsgrundes zu suchen (einlässlich zum Ganzen von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.; Spühler/Vock, a.a.O., S. 56 f., 72 f.; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO). Erfüllt die Beschwerde oder einzelne der darin erhobenen Rügen diese Begründungsanforderungen nicht, hat dies zur Folge, dass auf die entsprechenden Vorbringen nicht eingetreten werden kann.

4.a) Die vorliegenden Eingaben (KG act. 1 und 9) vermögen den eben skizzierten, zumindest in ihren wesentlichen Grundzügen auch von einer rechtskundigen Partei zu beachtenden gesetzlichen Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde nicht zu genügen (vgl. immerhin auch nachstehende Erw. 4/b): So fällt zunächst auf, dass darin keine eigentlichen Rechtsmittelanträge gestellt werden und auch konkrete Hinweise auf bestimmte Stellen in den vorinstanzlichen Akten weitestgehend fehlen. Selbst wenn man davon ausgeht, der Beschwerdeführer verlange sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Rekursentscheids und die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz, lassen seine Ausführungen aber auch in inhaltlicher Hinsicht eine hinreichende Bezugnahme auf die entscheiderelevanten Erwägungen der Vorinstanz vermissen. Von einer eigentlichen argumentativen Auseinandersetzung mit der von der Vorinstanz gegebenen Entscheidungsbegründung (wonach mangels Kautionsleistung unter Kostenfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers auf den Rekurs nicht einzutreten sei) kann erst recht keine Rede sein. Ebenso wenig wird in der Beschwerde in rechtsgenügender Weise aufgezeigt, inwiefern der angefochtene vorinstanzliche Beschluss zum Nachteil des Beschwerdeführers an einem Nich-

tigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO leiden sollte, d.h. dass und inwiefern er auf einer Verletzung (welcher) wesentlicher Verfahrensgrundsätze oder klaren materiellen Rechts oder auf (welchen) aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahmen beruhe.

Statt dessen macht der Beschwerdeführer (zumal in der Eingabe vom 26. November 2008) sinngemäss lediglich Ausführungen zur Sache selbst, d.h. zur Rechtmässigkeit der gegen ihn gerichteten Kündigung und Ausweisung, wobei er sich dabei zum Teil auf den Prozessstoff erweiternde und damit unzulässige neue Behauptungen und Beweisofferten stützt. Da das Obergericht den Rechtsstreit aber gar nicht materiell beurteilt, d.h. kein Sachurteil gefällt (und damit auch nicht über die Rechtmässigkeit der Kündigung und der Ausweisung entschieden) hat, sondern (wegen Nichtleistung der dem Beschwerdeführer auferlegten Kautions und damit wegen Fehlens einer für die materielle Beurteilung des Rechtsstreits bzw. des Rekurses notwendigen Prozess- resp. Rechtsmittelvoraussetzung) auf den Rekurs nicht eingetreten ist, können die (im Übrigen ohnehin zu pauschalen) Einwände des Beschwerdeführers auch nicht zum Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde gemacht werden. Thema des Kassationsverfahrens kann vielmehr einzig sein, ob der von der Vorinstanz gefällte Nichteintretensentscheid an einem Nichtigkeitsgrund leidet, worüber die Beschwerde jedoch kein Wort verliert. Insoweit zielen die beschwerdeführerischen Vorbringen von vornherein an der Sache vorbei, und es kann schon mangels rechtsgenügender Begründung nicht auf die Beschwerde eingetreten werden (§ 288 ZPO).

b) Unter hinreichend konkreter Bezugnahme auf die vorinstanzlichen Erwägungen wendet der Beschwerdeführer einzig ein, er wisse nichts von einer Vereinbarung, wonach der (jeweilen mit einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf den 31. März und den 30. September kündbare) Mietvertrag erst auf den 31. März 2012 gekündigt werden könne, und er sehe daher nicht ein, weshalb er bis zu diesem Zeitpunkt "kostenpflichtig sein" sollte (KG act. 1 mit Verweisung auf KG act. 2 S. 2, Erw. 3). Angesichts des Kontextes, in dem die damit angefochtene Feststellung getroffen wurde, kann diese Rüge nur im Sinne einer Beanstandung

der durch die Vorinstanz vorgenommenen Streitwertbeziehung verstanden werden. Auch darauf kann indessen nicht weiter eingegangen werden:

aa) Soweit damit die Bestimmung des Rechtsmittelstreitwerts bemängelt wird, ist nicht erkennbar (und in der Beschwerde auch nicht dargetan), inwiefern sich diese (als Grundlage der den Parteien in Anwendung von Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG erteilten Rechtsmittelbelehrung) im Ergebnis zum Nachteil des Beschwerdeführers ausgewirkt haben könnte (vgl. § 281 ZPO). Damit fehlt es aber an einem rechtlich geschützten Interesse an der Beurteilung der Rüge, und es kann insoweit auch mangels Beschwer, bei der es sich um eine von Amtes wegen zu prüfende Rechtsmittelvoraussetzung handelt, nicht auf die Beschwerde eingetreten werden (§ 51 Abs. 2 ZPO; s.a. Walder-Richli, a.a.O., § 39 Rz 17; Spühler/Vock, a.a.O., S. 65; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 8 und 21 zu § 51 ZPO, N 13 zu § 281 ZPO; ZR 84 Nr. 138).

bb) Ferner könnte diesbezüglich auch dann nicht auf die Beschwerde eingetreten werden, wenn sie sich gegen die Bezifferung des Verfahrensstreitwerts richten sollte, welche nach den einschlägigen Vorschriften der Verordnung über die Gerichtsgebühren (GGebV, LS 211.11) ihrerseits Grundlage der Festsetzung der dem Beschwerdeführer auferlegten Gerichtsgebühr (von Fr. 4'000.--) bildet (vgl. §§ 4 ff. GGebV). Im Unterschied zu Anordnungen, welche die (in der Beschwerde nicht angefochtene bzw. zumindest nicht rechtsgenügend beanstandete) Kostenaufgabe und -verteilung (§§ 64 ff. ZPO) zum Gegenstand haben, handelt es sich bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr (§ 201 GVG) nach ständiger Praxis nämlich nicht um einen Akt der Rechtsprechung, sondern um einen solchen der Justizverwaltung. Deshalb sind – wie aus § 284 Ziff. 2 ZPO abgeleitet wird – diesbezügliche Mängel nicht mittels kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde bei der Kassationsinstanz, sondern gegebenenfalls mittels Kostenbeschwerde bei der Aufsichtsbehörde geltend zu machen (§ 206 GVG in Verbindung mit § 108 Abs. 1 GVG; ZR 90 Nr. 34, Erw. II/2; 69 Nr. 19; 56 Nr. 50; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 f. zu § 64 ZPO, N 3 zu § 284 ZPO; von Rechenberg, a.a.O., S. 28; Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 1, 4, 6 und 29 zu § 206 GVG; s.a. Walder-Richli, a.a.O., § 39 Rz 27;

Spühler/Vock, a.a.O., S. 57/58). Daran ändert auch die Vorschrift von § 206 Satz 2 GVG nichts, wonach im Falle, in welchem gegen einen Entscheid Berufung oder Rekurs erhoben wird, die (Kosten-)Beschwerde mit diesem Rechtsmittel zu verbinden ist. Denn diese Bestimmung sieht die gleichzeitige Anfechtung der Gebührenansätze im Rahmen einer Nichtigkeitsbeschwerde nicht vor. Dementsprechend hält die Praxis eine solche – insbesondere bei an das Kassationsgericht zu richtenden Kassationsbeschwerden – für unzulässig (ZR 88 Nr. 29; Kass.-Nr. AA050120 vom 28.11.2005 i.S. S.c.F., Erw. 4.1; AA060061 vom 30.6.2006 i.S. T.c.T., Erw. 5/e; AA060042 vom 6.11.2006 i.S. L. und L.c.L., Erw. II/3; AA060159 vom 21.12.2006 i.S. M.c.H. et al., Erw. II/7; Hauser/Schweri, a.a.O., N 4 zu § 206 GVG; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 64 ZPO). Liegen Rügen betreffend die Höhe der Gerichtskosten bzw. -gebühren somit ausserhalb der kassationsgerichtlichen Beurteilungskompetenz, wäre die Beschwerde in diesem Punkt auch mangels Beschwerdefähigkeit der angefochtenen Anordnung von der Hand zu weisen.

c) Zusammenfassend ergibt sich somit, dass auf die Beschwerde mangels hinreichender Begründung nicht eingetreten werden kann, soweit sie sich überhaupt gegen beschwerdefähige und im Ergebnis für den Beschwerdeführer nachteilige Anordnungen der Vorinstanz richtet.

5. Bloss ergänzend sei angemerkt, dass aufgrund der Akten nicht ersichtlich ist, dass und inwiefern der vorinstanzliche Entscheid, auf den Rekurs unter Kostenfolgen zulasten des Beschwerdeführers nicht einzutreten, an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO leiden sollte, wobei zur Begründung auf die sowohl in rechtlicher wie auch tatsächlicher Hinsicht zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden kann (§ 161 GVG).

6. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens in Anwendung der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) dem als unterliegende Partei zu betrachtenden Beschwerdeführer aufzuerlegen. Sie richten sich nach der GGebV vom 4. April 2007 und bestehen in einer sämtliche Kosten abdeckenden (und gemäss § 4 Abs. 2, § 6 und § 10 Abs. 1 GGebV [analog] erheblich zu reduzierenden) Gerichtsgebühr (§ 2 Abs. 3 GGebV).

Da der Beschwerdegegnerin vor Kassationsgericht keine entschädigungspflichtigen Kosten und Umtriebe (im Sinne von § 68 Abs. 1 ZPO) entstanden sind, fällt die Zusprechung einer Prozessentschädigung ausser Betracht.

7. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Endentscheid (im Sinne von Art. 90 BGG) in einer vermögensrechtlichen Zivilsache mietrechtlicher Natur, deren (Rechtsmittel-)Streitwert (in Übereinstimmung mit der Vorinstanz) auf Fr. 107'070.-- zu beziffern ist (vgl. BGer 4A\_148/2008 vom 18.4.2008, Erw. 1 m.w.Hinw.). Folglich steht gegen den kassationsgerichtlichen Entscheid aus den in Art. 95 ff. BGG genannten Gründen die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht offen (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. a und Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG).

Ferner beginnt gemäss Art. 100 Abs. 6 BGG mit der Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts (als ausserordentlicher Rechtsmittelinstanz) auch die dreissigtägige Frist zur allfälligen Anfechtung des obergerichtlichen Erledigungsbeschlusses beim Bundesgericht wegen Mängeln, deren Prüfung dem Kassationsgericht entzogen ist, (neu) zu laufen (s.a. KG act. 2 S. 3, Disp.-Ziff. 6 Abs. 3 und BGer 4A\_216/2008 vom 20.8.2008, Erw. 1).

**Das Gericht beschliesst:**

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 500.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen 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 Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 107'070.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 10. November 2008 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 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 Q. (Proz.-Nr. EU080150), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: