



---

Kass.-Nr. AA080195/U/la

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

## Zirkulationsbeschluss vom 19. Februar 2009

in Sachen

1. RG,

...,

2. SG,

...,

Beklagte, Rekurrenten und Beschwerdeführer

gegen

B AG,

Obermülistr. 79, 8320 Fehraltorf,

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch ...

betreffend

**Ausweisung / Kündigungsschutz**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. November 2008 (NL080152/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

1. Mit Verfügung vom 19. August 2008 wies der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich (Audienzrichter) ein Kündigungsschutzbegehren der beiden Beschwerdeführer (Mieter) ab und befahl diesen, die von ihnen bewohnte 3-Zimmerwohnung zu räumen und der Beschwerdegegnerin (Vermieterin) zu übergeben, unter Androhung von Zwangsvollstreckung (OG act. 2). Gegen diese Verfügung erhoben die Beschwerdeführer Rekurs beim Obergericht (II. Zivilkammer) (OG act. 1).

Da die Beschwerdeführer aus erledigten und nicht mehr weiterziehbaren Verfahren vor verschiedenen zürcherischen Gerichten und Verwaltungsbehörden Kostenschulden (vgl. OG act. 3/1), setzte der Präsident der II. Zivilkammer des Obergerichts ihnen mit Verfügung vom 1. Oktober 2008 eine Frist von zehn Tagen zur Leistung von Prozesskautionen in Höhe von Fr. 2'500.-- pro Rekurrent an (OG act. 6). Der Beschwerdeführer 1 nahm beide Ausfertigungen der Verfügung - diejenige für sich selbst und diejenige für die Beschwerdeführerin 2 - am 10. Oktober 2008 in Empfang (OG act. 7/1 und 7/2). Mit Eingabe vom 20. Oktober 2008 stellte der Beschwerdeführer 1 beim Obergericht ein Gesuch um Erstreckung der Frist um zehn Tage (KG act. 8). Das Obergericht erstreckte mit Beschluss vom 22. Oktober 2008 die Frist letztmals bis und mit Donnerstag, 30. Oktober 2008 (OG act. 9). Diese Verfügung nahm der Beschwerdeführer 1, wiederum für sich und für die Beschwerdeführerin 2, am 31. Oktober 2008 in Empfang (OG act. 10/1 und 10/2).

Da die Beschwerdeführer die Prozesskautionen nicht leisteten, trat das Obergericht mit Beschluss vom 13. November 2008 auf den Rekurs nicht ein (OG act. 12 = KG act. 2).

2. Mit Eingabe vom 29. Dezember 2008 erhob der Beschwerdeführer 1 in eigenem Namen und in demjenigen der Beschwerdeführerin 2 rechtzeitig Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts vom 13. November 2008 mit dem Antrag, es sei dieser aufzuheben. Weiter sei der Streitwert des Re-

kursverfahren auf Fr. 16'650.-- festzusetzen und die Prozesskaution entsprechend anzupassen (KG act. 1).

Das Kassationsgericht zog die vorinstanzlichen Akten bei. Es holte keine Beschwerdeantwort und keine Vernehmlassung des Obergerichts ein.

In den Akten der mit diesem Rechtsstreit befassten Instanzen findet sich keine Vollmacht der Beschwerdeführerin 2 zu Gunsten des Beschwerdeführers 1. Es ist somit fraglich, ob der Beschwerdeführer 1 mit Vollmacht der Beschwerdeführerin 2 handelte, als er die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde erhob. Da sich jedoch sofort ergibt, dass die Beschwerde nicht zum Erfolg führt, kann vom Einholen einer entsprechenden schriftlichen Vollmacht oder einer Genehmigung der Beschwerdeerhebung des Beschwerdeführers 1 durch die Beschwerdegegnerin 2 abgesehen werden.

3. Das Obergericht hält im angefochtenen Entscheid fest, der Streitwert im Ausweisungsverfahren bestimme sich nach dem Bruttomietzins ab umstrittener Auflösung (30. Juni 2008) bis zum Ablauf der dreijährigen Sperrfrist von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR, gerechnet ab dem Rekursentscheid, unter Berücksichtigung der ordentlichen Kündigungsfrist (bis 31. März 2012). Damit ergebe sich bei einem monatlichen Mietzins von Fr. 1'850.-- ein Streitwert von Fr. 83'250.-- (KG act. 2 S. 3 Erw. 5). Die Beschwerdeführer halten dafür, die dreijährige Frist einer theoretisch möglichen Verlängerung könne nicht in die Streitwertberechnung einbezogen werden (KG act. 1 S. 2 oben).

Bei unbefristeten Mietverhältnissen bestimmt sich der Streitwert nach der Dauer, die verstreichen würde, bis das Mietverhältnis ordentlicherweise gekündigt werden könnte. Dies ist bei angefochtenen Vermieterkündigungen erst nach Ablauf der Sperrfrist gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e OR möglich (Peter Higi, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Miete, 4. Aufl., Zürich 1996, N 30 zu Art. 273 OR).

Die Vertreterin der Beschwerdegegnerin kündigte mit Schreiben (Formular) vom 19. Mai 2008 das zwischen den Parteien bestehende Mietverhältnis auf den 30.

Juni 2008 (ER EU080551 act. 2/5/4 und 2/5/6). Mit Eingabe vom 20. Juni 2008 an die Schlichtungsbehörde Zürich fochten die Beschwerdeführer die Kündigung an (ER EU080551 act. 2/1). Nachdem die Schlichtungsbehörde die Sache an den Einzelrichter überwiesen hatte, da ein Ausweisungsverfahren hängig war, behandelte der Einzelrichter dieses Kündigungsschutzbegehren und wies es mit Verfügung vom 19. August 2008 ab. Dieses Kündigungsschutzbegehren der Beschwerdeführer bildet, neben dem Ausweisungsbegehren der Beschwerdegegner, Gegenstand des Rekursverfahrens. Im Fall eines Obsiegens der Beschwerdeführer mit ihrem Kündigungsschutzbegehren wäre eine erneute Kündigung des Mietverhältnisses durch die Beschwerdegegnerin innert drei Jahren anfechtbar (Art. 271a Abs. 1 lit. e OR). Dies berücksichtigt das Obergericht zu Recht bei der Bemessung des Streitwerts. Die entsprechende Rüge ist unbegründet.

4. Der Beschwerdeführer 1 nahm die beiden Ausfertigungen der Verfügung des obergerichtlichen Kammerpräsidenten vom 1. Oktober 2008 am 10. Oktober 2008 in Empfang, so dass die zehntägige Frist zur Leistung der Kautionsleistung bis zum 20. Oktober 2008 (Montag) lief. Er stellte ein Begehren um Erstreckung der Frist um zehn Tage (OG act. 8). Das Obergericht erstreckte die Frist mit Beschluss vom 22. Oktober 2008 bis zum 30. Oktober 2008 (Donnerstag) (OG act. 9).

Die Rüge, das Obergericht habe nicht eine Fristverlängerung von zehn Tagen bewilligt (KG act. 1 S. 1), geht fehl. Die Fristerstreckung bis zum 30. Oktober 2008 entspricht exakt einer Erstreckung der am 20. Oktober 2008 ordentlicherweise ablaufenden Frist um zehn Tage.

Wie das Obergericht zutreffend festhält, mussten die Beschwerdeführer davon ausgehen, dass das Obergericht ihr Fristerstreckungsgesuch umgehend prüft. Entsprechend mussten sie den Zugang des Entscheids erwarten. Wenn sie mit dessen Entgegennahme zuwarteten, gingen allfällige daraus entstehende Nachteile zu ihren Lasten (KG act. 2 S. 3 oben Erw. 3). Der Beschwerdeführer 1 wendet ein, er arbeite auswärts und könne eingeschriebene Post nicht vom Postbeamten entgegen nehmen, sondern müsse jedes Mal auf die Post gehen, deren Öffnungszeiten für ihn problematisch seien (KG act. 1 S. 1). Dieses Vorbringen ist unbehelflich. Erwartet eine Partei eine gerichtliche Sendung, insbesondere wenn

diese eine Frist betrifft, so hat sie dafür besorgt zu sein, dass diese Sendung sie ohne wesentliche Verzögerung erreicht. Nötigenfalls hat die Partei eine Drittperson mit der Abholung der Sendung zu beauftragen. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführer nicht erwarten konnten, dass das Obergericht von Amtes wegen eine über zehn Tage, also über ihr Gesuch hinausgehende Fristerstreckung gewähren würde. Selbst ohne Kenntnis des Inhalts des Beschlusses vom 22. Oktober 2008 mussten die Beschwerdeführer also davon ausgehen, dass sie spätestens am 30. Oktober 2008 die ihnen auferlegten Prozesskautionen zu leisten hatten.

Die Beschwerdeführer haben sodann nach Empfang des Beschlusses vom 22. Oktober 2008 am 31. Oktober 2008 keinen Antrag um Wiederherstellung der Frist im Sinne von § 199 GVG gestellt und auch die Kautionsleistung nicht geleistet. Ein solcher Antrag hätte innert zehn Tagen "nach dem Wegfall des Hindernisses" gestellt werden sollen (§ 199 Abs. 3 GVG). Er hätte allerdings soweit ersichtlich kaum Aussicht auf Erfolg gehabt.

Es ist somit nicht zu beanstanden und steht im Einklang mit § 80 ZPO sowie mit der entsprechenden Säumnisandrohung in der Präsidialverfügung vom 1. Oktober 2008, auf welche im Beschluss vom 22. Oktober verwiesen wurde, dass das Obergericht am 13. November 2008 auf den Rekurs nicht eingetreten ist.

5. Die Nichtigkeitsbeschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Da sich aus den Akten nicht ergibt, dass die Beschwerdeführerin 2 der Beschwerdeerhebung zugestimmt hat, sind ihr für das Kassationsverfahren keine Kosten aufzuerlegen. Der Beschwerdeführer 1 als unterliegende Partei hat diese Kosten vollumfänglich zu tragen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Mangels erheblicher Umtriebe ist der Beschwerdegegnerin keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.  
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 1'800.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer 1 auferlegt.
4. Der Beschwerdegegnerin wird für das Kassationsverfahren 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 Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 83'250.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 13. 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 (Audienzrichter) am Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: