

# ZH\_KASSATIONSGERICHT 4AA050042 vom 22. April 2005

Zh Kassationsgericht, 2005-04-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_4AA050042](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_4AA050042)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT 4AA050042 du 22 avril 2005

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT 4AA050042 del 22 aprile 2005

## Erwägungen

### E. 1

X., Beklagte, Rekurrentin und Beschwerdeführerin 1

### E. 2

Sollte die einleitende Bemerkung der Beschwerdeführer, wonach ihre finanzielle Situation es ihnen nicht erlaube, weiterhin (und insbesondere hinsichtlich des vorliegenden Kassationsverfahrens) einen Rechtsanwalt mit der Wahrung ihrer Interessen zu beauftragen, weshalb sie die Beschwerde persönlich führten (vgl. KG act. 1 S. 1 unten), sinngemäss als Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (und allenfalls um Bewilligung der unentgeltlichen Pro-

- 4 - zessführung) für das Kassationsverfahren aufzufassen sein, könnte diesem – unabhängig von der finanziellen Situation der Beschwerdeführer – nicht entsprochen werden. Denn wie nachstehend (Erw. 4) näher darzulegen ist, muss die Beschwerde in der vorliegenden Form als von Anfang an aussichtslos im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO und Art. 29 Abs. 3 BV (bzw. der aus Art. 4 aBV abgeleiteten Grundsätze) betrachtet werden (vgl. dazu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 21a zu § 84 ZPO; BGE 129 I 135 f.; 128 I 236; 125 II 275 m.w.Hinw.; ZR 101 Nr. 14, Erw. 3; 69 Nr. 29; s.a. RB 1997 Nr. 76; ZR 98 Nr. 12; BGE 1P.345/2004 vom 1.10.2004, Erw. 4.3). (Aus zeitlichen bzw. rechtlichen Gründen fällt zudem auch eine – die Erfolgsaussichten der Beschwerde möglicherweise steigernde – Nachbesserung innert der Frist von § 287 ZPO oder eine Erstreckung der [als gesetzliche Frist grundsätzlich nicht erstreckbaren; vgl. § 189 GVG] Beschwerdefrist zur Ergänzung der Beschwerde ausser Betracht.) Damit fehlt es an einer der beiden (kumulativen) Grundvoraussetzungen für die Gewährung des prozessualen Armenrechts (Mittellosigkeit der Gesuch stellenden Partei und genügende Erfolgsaussichten des ergriffenen Rechtsmittels). 3.a) Die Beschwerdeführer hatten sich vor den Vorinstanzen im Wesentlichen auf den Standpunkt gestellt, dass einerseits die formellen Voraussetzungen für eine Kündigung nach Art. 257d OR nicht gegeben seien, nachdem ihnen in den Mahnungen des Beschwerdegegners vom 9. August 2004 (ER act. 2/2 und 2/3) nicht angedroht worden sei, dass bei unbenütztem Ablauf der Zahlungsfrist das Mietverhältnis ausserordentlich gekündigt werde. Vielmehr habe der Beschwerdegegner – und auch dies nur zur Begründung der angesetzten Zahlungsfrist (und nicht auch mit Bezug auf die angedrohte Kündigung) – in den Mahnschreiben lediglich auf Art. 257d OR verwiesen. Wegen dieses formellen Mangels sei die Kündigungsandrohung nicht geeignet gewesen, das ausserordentliche Kündigungsrecht entstehen zu lassen, weshalb die vom Beschwerdegegner ausgesprochene ausserordentliche Kündigung unwirksam sei. Andererseits machten die Beschwerdeführer geltend, dass der behauptete Zahlungsrückstand gar nicht vorliege, da sie die angemahnten Mietzinse mit eigenen, ihnen gegenüber dem Beschwerdegegner zustehenden Forderungen aus dem Mietverhältnis

verrechnet hätten. Und schliesslich – so die Beschwerdeführer weiter – könne vorliegend

- 5 - nicht von klarem Recht gesprochen werden, weshalb eventualiter auf das Befehlsbegehren nicht einzutreten sei (vgl. ER act. 16 S. 2 ff. und OG act. 1 S. 3 ff.). b) Bezüglich der damit aufgeworfenen Frage nach der Gültigkeit der ausgesprochenen Kündigung in formeller und materieller Hinsicht hielt die Vorinstanz der beschwerdeführerischen Argumentation (zusammenfassend) entgegen, dass der Vermieter beim Aufsetzen der Mahnung in seiner Wortwahl grundsätzlich frei sei. Das Mahnschreiben müsse jedoch so abgefasst sein, dass dem Mieter bewusst werde, dass die innert Frist ausbleibende Zahlung zur Beendigung des Mietverhältnisses durch ausserordentliche Kündigung führe. Entgegen beklagter Auffassung bedeute dies indessen nicht, dass dabei zwingend Ausdrücke wie "ausserordentlich" oder "vorzeitig" verwendet werden müssten. Es genüge vielmehr, wenn unter Hinweis auf die einschlägige Bestimmung für den Fall ungenutzter Zahlungsfrist die Kündigung angedroht werde. Indem sich in casu der Beschwerdegegner in seiner Mahnung auf Art. 257d OR gestützt habe, habe er klar zum Ausdruck gebracht, dass er nach dieser Vorschrift vorzugehen und damit bei ausbleibender Zahlung die Möglichkeit einer ausserordentlichen Kündigung wahrzunehmen gedenke. Demgegenüber grenze es an überspitzten Formalismus, vom Vermieter – wie die Beschwerdeführer argumentierten – neben dem Hinweis auf Art. 257d OR explizit die Androhung einer ausserordentlichen Kündigung zu verlangen. Im Lichte dieser Erwägungen hätten die Beschwerdeführer aufgrund der Mahnschreiben vom 9. August 2004 im Falle ausbleibender Zahlung mit einer vorzeitigen Kündigung rechnen müssen, habe der Beschwerdegegner ihnen dies mit seinem Verweis auf Art. 257d OR doch unmissverständlich zu erkennen gegeben. Wenn der Beschwerdegegner die Kündigung in der Folge nicht bereits nach 30 Tagen, sondern erst nach 60 Tagen ausgesprochen habe, handle es sich hierbei um ein Entgegenkommen seinerseits, welches ihm nicht zum Nachteil reichen könne. Insbesondere könne dieses Zuwarten während rund eines Monats auch nicht als ungebührlich lang und daher missbräuchlich bezeichnet werden. Damit stehe fest, dass die Kündigungsandrohung formell korrekt erfolgt sei. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführer könne hier auch nicht von einer zu weit gehenden Interpretation der einschlägigen Vorschrift und damit von unklarem

- 6 - Recht gesprochen werden. Sodann seien auch die übrigen formellen Voraussetzungen der Mahnung erfüllt (KG act. 2 S. 4 ff., Erw. II/4). Hinsichtlich der von den Beschwerdeführern geltend gemachten Verrechnung der ausstehenden Mietzinsforderungen mit Entschädigungsansprüchen für von ihnen geschaffenen Mehrwert des Mietobjektes erwog die Vorinstanz weiter, dass nur fällige Forderungen gültig zur Verrechnung gebracht werden könnten. Entgegen dem engen Wortlaut von Art. 120 Abs. 1 OR müsse indessen lediglich die Verrechnungsforderung, vorliegend also die Forderung der Beschwerdeführer, fällig sein. Der (Gegenstand der beklagten Verrechnungserklärung bildende) Entschädigungsanspruch des Mieters für geschaffenen Mehrwert nach Art. 260 (recte: 260a) Abs. 3 OR entstehe aber erst bei Beendigung des Mietverhältnisses; (erst) auf diesen Zeitpunkt werde er auch zur Zahlung fällig. Der Mieter sei folglich nicht berechtigt, gegen den Willen des Vermieters während der Dauer des Mietvertrages fällige Mietzinse mit der erst in Aussicht stehenden Entschädigung gemäss Art. 260a Abs. 3 OR zu verrechnen. Dabei sei das Mietverhältnis mit dem Eintritt jenes Zeitpunktes beendet, in dem es gemäss Kündigung aufgelöst sein solle. Nachdem der Beschwerdegegner das Mietverhältnis auf Ende November 2004 gekündigt habe, sei eine allfällige Entschädigung

demnach frühestens auf diesen Zeitpunkt hin fällig geworden. Die von den Beschwerdeführern im September 2004 erklärte Verrechnung (vgl. ER act. 2/4) sei folglich verfrüht erfolgt, zumal nicht behauptet worden sei, dass sich der Beschwerdegegner damit einverstanden erklärt habe. Mangels Fälligkeit seien die Beschwerdeführer also nicht zur Verrechnung der geltend gemachten Entschädigungsforderung (aus Mehrwert) mit der ausstehenden Mietzinsforderung befugt gewesen (KG act. 2 S. 6 f., Erw. II/5/b). Mit Bezug auf die beklagterseits ebenfalls zur Verrechnung gestellten Rückforderungs- bzw. Herabsetzungsansprüche aus Mängeln der Mietsache verwies die Vorinstanz alsdann auf die ihrer Ansicht nach zutreffenden Erwägungen der Erstinstanz, wonach der Gesetzgeber für strittige Herabsetzungsansprüche sowie für nicht zweifelsfrei feststehende Ansprüche aus Mängeln des Mietobjekts die Hinterlegung nach Art. 259g OR vorgesehen habe. Mit der Hinterlegung gäl-

- 7 - ten die Mietzinse als bezahlt. Solange dem Mieter diese Möglichkeit offen stehe, sei er mit strittigen Verrechnungs- und Herabsetzungseinreden im Verfahren betreffend Zahlungsrückstand – um ein solches handle es sich vorliegend – ausgeschlossen. Die Beschwerdeführer hätten hiervon anerkanntermassen keinen Gebrauch gemacht, weshalb ihre Verrechnungseinrede nicht greife. Davon klar zu unterscheiden sei der korrekte Vollzug des Herabsetzungsanspruchs durch den Mieter. Wie die Beschwerdeführer zu Recht dartäten, sei es zwar durchaus möglich, die Zahlung des Mietzinses (zumindest teilweise) mit der Begründung zu verweigern, dieser sei infolge Herabsetzung nicht in vollem Umfang geschuldet. Hiezu sei indes eine klare, rechtzeitige und angemessene Herabsetzungserklärung im Sinne von Art. 259d OR erforderlich. Namentlich habe diese Erklärung das genaue Ausmass der Herabsetzung in sachlicher und zeitlicher Hinsicht unmissverständlich zu enthalten. Dass sie eine solche rechtsgültige Herabsetzungserklärung je abgegeben hätten, werde seitens der Beschwerdeführer jedoch nicht behauptet und ergebe sich auch nicht aus den Akten. Dementsprechend seien die Beschwerdeführer mit der Verrechnung auch hinsichtlich der geltend gemachten Herabsetzungs- bzw. Rückforderungsansprüche ausgeschlossen (KG act. 2 S.

## **E. 7**

f., Erw. II/5/b-c). Somit – so das vorinstanzliche Fazit – sei die am 6. Oktober 2004 auf den 30. November 2004 ausgesprochene und den Beschwerdeführern unter Verwendung des amtlichen Formulars je separat zugestellte Kündigung frist- und formgerecht im Sinne von Art. 257d OR und Art. 2661-2660 OR erfolgt, und die Erstinstanz habe in zutreffender Weise in Anwendung von Art. 272a Abs. 1 lit. a OR eine Erstreckung des Mietverhältnisses ausgeschlossen. Erweise sich die Kündigung aber als rechtmässig, hielten sich die Beschwerdeführer im heutigen Zeitpunkt ohne Rechtsgrund im Mietobjekt auf. Dementsprechend sei der Rekurs abzuweisen und der Ausweisungsbefehl neu zu erteilen (KG act. 2 S. 8 f., Erw. II/6-7). 4.a) Angesichts der Ausgestaltung ihrer dagegen gerichteten Beschwerde (KG act. 1) sind die Beschwerdeführer auf die besondere Natur des Kassationsverfahrens hinzuweisen. Dieses stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem

- 8 - Sachrichter dar. Zu prüfen ist vielmehr (allein), ob der angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO leidet. Dabei muss der Nichtigkeitskläger den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO); gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft

(sog. Rügeprinzip). Um diesen ihm obliegenden Nachweis zu erbringen, hat er sich konkret mit dem angefochtenen (hier: Rekurs-)Entscheid bzw. den darin enthaltenen, den Entscheid tragenden Erwägungen auseinander zu setzen. Die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügt hierfür nicht; 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). Aus dem Wesen der Nichtigkeitsbeschwerde folgt sodann, dass neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig sind; das gilt selbst dann, wenn die Voraussetzungen von § 115 ZPO erfüllt wären (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). b) Die vorliegende Beschwerde (KG act. 1) vermag den eben skizzierten, zumindest in ihren wesentlichen Grundzügen auch von einer rechtsunkundigen Partei zu beachtenden gesetzlichen Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde in keiner Weise zu genügen. Abgesehen davon, dass darin konkrete Hinweise auf bestimmte Stellen im angefochtenen Entscheid oder

- 9 - auf andere Stellen in den vorinstanzlichen Akten vollends fehlen, lassen die Ausführungen der Beschwerdeführer auch in inhaltlicher Hinsicht eine hinreichende Bezugnahme auf die entscheiderelevanten Erwägungen im angefochtenen Beschluss (KG act. 2 S. 3 ff.) vermissen; von einer eigentlichen argumentativen Auseinandersetzung mit der von der Vorinstanz gegebenen Begründung für die Abweisung des Rekurses kann erst recht keine Rede sein. Ebenso wenig wird in der Beschwerdeschrift auch nur andeutungsweise aufgezeigt, inwiefern der vorinstanzliche Rekursentscheid an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO leiden sollte. Mit der (zu) pauschalen Rüge, wonach "in ... [der obergerichtlichen] Urteilsfindung ... die Sachdarstellung bezüglich der effektiven Mietzinsschuld einerseits und andererseits bezüglich der Formstrenge im Mietrecht durch ... [den beschwerdeführerischen Rechtsvertreter] nicht in der gebotenen Art und Weise gewürdigt worden" sei (KG act. 1 S. 2), lässt sich ein solcher jedenfalls nicht rechtsgenügend dartun. Gleiches gilt für den ebenfalls zu allgemein gehaltenen und im Übrigen mit unzulässigen neuen Behauptungen tatsächlicher Natur untermauerten Einwand, es könne "nicht von klarem, eindeutigen Recht gesprochen werden" (KG act. 1 S. 2), nachdem es die Beschwerdeführer unterlassen, auch nur ansatzweise näher zu präzisieren, inwiefern, d.h. hinsichtlich welcher konkreten rechtlichen Schlüsse die Vorinstanz zu Unrecht klares Recht (oder inwieweit Letztere fälschlicherweise liquide tatsächliche Verhältnisse) im Sinne von § 222 Ziff. 2 ZPO angenommen habe. Statt dessen beschränken sich die Beschwerdeführer, soweit es sich bei ihren Vorbringen nicht um erstmals im Kassationsverfahren vorgetragene und deshalb unzulässige Noven handelt, im Wesentlichen darauf, in blosser Wiederholung ihrer Standpunkte sowohl hinsichtlich der geltend gemachten Verrechnung als auch des Einwands formell mangelhafter Kündigungsandrohung in globaler Weise auf ihre Ausführungen in der Rekurschrift und vor Erstinstanz sowie die bereits vor Vorinstanz eingereichten Beweismittel zu verweisen,

ohne auch nur am Rande auf die ihre diesbezügliche Auffassung argumentativ entkräftenden Erwägungen der Vorinstanz Bezug zu nehmen (vgl. KG act. 1 S. 2 und 3). Damit üben sie der Sache nach aber rein appellatorische und als solche nicht zu hören- de Kritik am vorinstanzlichen Entscheid bzw. am für sie negativen Ausgang des

- 10 - Rekursverfahrens (und – letztlich – an der Erneuerung des Räumungsbefehls). Mangels rechtsgenügender Begründung kann daher nicht auf die Beschwerde eingetreten werden (§ 288 ZPO). c) Sollten die Beschwerdeführer mit dem Einwand, "die Voraussetzungen für die ausgesprochene Kündigung und damit für die angedrohte Ausweisung [seien] nicht gegeben" (KG act. 1 S. 3), sinngemäss rügen, die Vorinstanz habe zu Un- recht angenommen, die Androhung der Kündigung gemäss Art. 257d Abs. 2 OR müsse nicht zwingend einen Ausdruck wie "ausserordentlich" oder "vorzeitig" verwenden, und die von ihnen erklärte Verrechnung sei zu Unrecht für unzulässig erachtet worden, wäre ihnen im Übrigen § 285 ZPO entgegenzuhalten. Damit würden nämlich vom (materiellen) Bundesrecht (Art. 120 ff. OR und Art. 253 ff. OR) geregelte Rechtsfragen zur Prüfung gestellt, welche das Bundesgericht im Rahmen der gegen den angefochtenen Entscheid offen stehenden eidgenössischen Berufung (vgl. Art. 46/48 OG; BGE 103 II 249 ff., Erw. 1; s.a. KG act. 2 S. 9 [Erw. III] und S. 10, Disp.-Ziff. 7/b) mit freier Kognition beurteilen kann (vgl. Art. 43 OG; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Rz 72 ff.). Folglich wären diese Einwände der Kassationsgerichtlichen Prüfung entzogen, und die Beschwerde erweise sich diesbezüglich als unzulässig. 5. Bei diesem Ausgang (Nichteintreten) sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens in Anwendung der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) je zur Hälfte, jedoch unter solidarischer Haftung jedes Einzelnen für den gesamten Betrag (s.a. § 70 Abs. 1 ZPO), den mit ihrem (Rechtsmittel-)Antrag unterliegenden Beschwerdeführern aufzuerlegen (vgl. Gul- dener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 406, Anm. 6/a). Da der Beschwerdegegner die Beschwerde nicht beantwortet und insbesondere auch keine Anträge zur Sache gestellt hat (vgl. KG act. 10), kann er nicht als im Beschwerdeverfahren obsiegende Partei betrachtet werden. Deshalb (und weil ihm mangels Einreichung einer Beschwerdeantwort vor Kassationsgericht auch keine Kosten und Umtriebe im Sinne von § 68 Abs. 1 ZPO entstanden sind) fällt die Zusprechung einer Prozessentschädigung ausser Betracht.

- 11 - Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.