



Kass.-Nr. AA100062/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch und Paul Baumgartner sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 3. September 2010

in Sachen

X.,

Kläger, Appellant und Beschwerdeführer

gegen

Z.

Beklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Kündigungsschutz / Anfechtung / Rückweisung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Februar 2009 (NG090003/U) sowie einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Januar 2008 (NG070031/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Formular vom 27. Dezember 2005 kündigte die Beschwerdegegnerin das Mietverhältnis mit dem Beschwerdeführer über eine 3-Zimmer-Wohnung in Zürich auf den 31. März 2006. Der Beschwerdeführer focht diese Kündigung an. Mit Urteil vom 23. August 2007 erklärte das Mietgericht des Bezirkes Zürich die Kündigung für gültig und erstreckte das Mietverhältnis einmalig und definitiv um zwei Jahre bis zum 31. März 2008. Mit Beschluss vom 25. Januar 2008 wies das Obergericht des Kantons Zürich eine Berufung des Beschwerdeführers gegen das mietgerichtliche Urteil ab. Das Kassationsgericht hob mit Beschluss vom 24. Dezember 2008 den obergerichtlichen Beschluss auf und wies die Sache zur Neu Beurteilung an das Obergericht zurück. Dieses wies mit Beschluss vom 25. Februar 2009 die Berufung wiederum ab und bestätigte das mietgerichtliche Urteil. Mit Beschluss vom 15. September 2009 strich das Kassationsgericht in teilweiser Gutheissung einer Beschwerde des Beschwerdeführers eine obergerichtliche Erwägung aus dessen Beschluss vom 25. Februar 2009 und wies die Beschwerde im Übrigen ab, soweit darauf eingetreten werden konnte (vgl. Kass.-Nr. AA090055, Zirkulationsbeschluss vom 16. September 2009 = OG act. 99). Mit Urteil vom 15. März 2010 wies das Bundesgericht eine Beschwerde des Beschwerdeführers gegen die obergerichtlichen Beschlüsse vom 25. Januar 2008 und 25. Februar 2009 und gegen die kassationsgerichtlichen Beschlüsse vom 24. September 2008 und 16. September 2009 ab (OG act. 111).

2. Am 26. Mai 2010 reichte der Beschwerdeführer beim Kassationsgericht eine neue Nichtigkeitsbeschwerde gegen die obergerichtlichen Beschlüsse vom 25. Januar 2008 und vom 25. Februar 2009 ein. Mit dieser Beschwerde beantragte er u.a. die Gewährung der aufschiebenden Wirkung (KG act. 1). Mit Präsidialverfügung vom 31. Mai 2010 wurde der Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen, da die Beschwerde als verspätet und damit als aussichtslos erschien (KG act. 4). Datiert mit 1. Juni 2010 (Poststempel 2. Juni 2010)

reichte der Beschwerdeführer eine mit "Nichtigkeitsbeschwerde" betitelte Eingabe ein, in der er geltend machte, er hole hiermit die Einreichung eines Beleges nach, was er bedauerlicherweise unterlassen habe. Er halte an seinen Anträgen fest (KG act. 6). Dated mit 2. Juni 2010 (Poststempel 3. Juni 2010) reichte der Beschwerdeführer eine weitere Eingabe ein mit dem Titel "Nachtrag zur Nichtigkeitsbeschwerde vom 1. Juni 2010" (KG act. 9). Am 20. Juni 2010 reichte er eine weitere Eingabe ein. Auch diese betitelte er mit "Nichtigkeitsbeschwerde". Darin machte er geltend, bezüglich seiner zweiten Nichtigkeitsbeschwerde vom 1. und 2. Juni 2010 seien noch keine prozessualen Anordnungen verfügt worden, insbesondere nicht betreffend den Antrag um aufschiebende Wirkung. Die Verhandlung über die Ausweisung finde am 30. Juni 2010 statt. Er ersuche darum, dem Antrag auf aufschiebende Wirkung stattzugeben, eventuell in Wiedererwägung der Verfügung vom 31. Mai 2010 (KG act. 10). Mit Präsidialverfügung vom 22. Juni 2010 wurde das Wiedererwägungsgesuch des Beschwerdeführers vom 20. Juni 2010 abgewiesen. Der Beschwerde wurde keine aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 11).

3. Da sich sofort erweist, dass auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann (vgl. die nachfolgenden Erwägungen), kann von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, der Vorinstanz Gelegenheit zur Vernehmlassung und der Beschwerdegegnerin zur Beschwerdeantwort zu geben (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 2 zu § 289).

II.

1. Soweit sich die Nichtigkeitsbeschwerde gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 25. Januar 2008 richtet, ist sie gegenstandslos. Der obergerichtliche Beschluss vom 25. Januar 2008 ist vom Kassationsgericht (in Gutheissung einer Beschwerde des Beschwerdeführers) mit Beschluss vom 24. Dezember 2008 aufgehoben worden (OG act. 88). Er existiert nicht mehr. Auf die dagegen gerichtete Nichtigkeitsbeschwerde ist nicht einzutreten.

2. Der obergerichtliche Beschluss vom 25. Februar 2009 ist dem Beschwerdeführer am 9. März 2009 zugestellt worden (OG act. 90/1). Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage ab Zustellung des Entscheids (§ 287 erster Satz ZPO). Die Beschwerde vom 26. Mai 2010 und die Nachträge erfolgten weit nach Ablauf dieser Frist. Darauf könnte nur eingetreten werden, wenn und soweit der Beschwerdeführer nachwies, dass er ohne Verschulden vom geltend gemachten Nichtigkeitsgrund erst innert 30 Tagen vor der Beschwerdeerhebung Kenntnis erhalten hat (§ 287 zweiter Satz ZPO; vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 287).

Dabei scheint der Beschwerdeführer der Auffassung zu sein, beim Vorliegen eines ohne Verschulden erst innert 30 Tagen vor der Beschwerdeerhebung erkannten Nichtigkeitsgrundes könne er sämtliche Nichtigkeitsgründe gegen den angefochtenen Beschluss (erneut) vorbringen, also auch solche, auf welche die Voraussetzung des zweiten Satzes von § 287 ZPO nicht zutrifft, so auch solche, welche er bereits weit früher vorgebracht hat (vgl. KG act. 1 S. 7 ff.). Das ist nicht der Fall. Die Voraussetzung des zweiten Satzes von § 287 ZPO gilt für jeden einzelnen Nichtigkeitsgrund (vgl. den Wortlaut: "vom Nichtigkeitsgrund"), den der Beschwerdeführer später als 30 Tage nach der Mitteilung des angefochtenen Entscheides vorbringt. Die Möglichkeit der späteren Einreichung einer Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des zweiten Satzes von § 287 ZPO ist eine Ausnahme vom Erfordernis der Einreichung innert 30 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des Entscheides gemäss dem ersten Satz dieser Bestimmung. Als Ausnahmebestimmung ist sie zurückhaltend anzuwenden. Sie dient als Ausweg in einem Fall, in welchem der angefochtene Entscheid mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet ist, der Beschwerdeführer aber unverschuldet davon nicht innert der Frist von 30 Tagen ab Mitteilung Kenntnis erhalten konnte. Diesen Nichtigkeitsgrund soll der Beschwerdeführer innert 30 Tagen nach Kenntnisnahme noch geltend machen können. Die Ausnahmebestimmung dient aber nicht dazu, bei Vorliegen eines solchen Nichtigkeitsgrundes sämtliche Nichtigkeitsgründe, welche früher schon erkannt worden sind oder hätten erkannt werden können, welche also bereits früher gerügt werden konnten, erneut vorzubringen. Auf später vorgebrachte Nichtigkeitsgründe, bezüglich welcher der Beschwerdeführer nicht dar-

tut, dass er davon ohne Verschulden erst innert 30 Tagen vor der Geltendmachung Kenntnis erhalten hat, kann nicht eingetreten werden.

Sodann hat auch jeder Nichtigkeitsgrund im Sinne des zweiten Satzes von § 287 ZPO die Voraussetzungen von § 281 ZPO zu erfüllen, d.h. es muss sich um einen der in Ziff. 1 - 3 dieser Bestimmung aufgeführten Nichtigkeitsgründe handeln, und der angefochtene Entscheid muss zum Nachteil des Nichtigkeitsklägers darauf beruhen, d.h. der Nichtigkeitsgrund muss durch die Vorinstanz gesetzt worden sein, und er muss sich zum Nachteil des Beschwerdeführers auf den angefochtenen Entscheid ausgewirkt haben, was der Beschwerdeführer dartun muss (wenn dies nicht auf der Hand liegt).

3. Es ist nicht leicht verständlich, was für einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 287 zweiter Satz ZPO der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 26. Mai 2010 geltend machen möchte. Er erklärt, die Nachträglichkeit sei unverschuldet. Den Grund habe allein die Beschwerdegegnerin zu vertreten, welche ihre "Prozesslüge", wonach sie sich bei der Kündigung des Anciennitätsprinzips bedient habe, vor Bundesgericht zugegeben habe (wohl gemeint: Die Beschwerdegegnerin habe vor den Vorinstanzen behauptet, sie habe dem Mieter mit der kürzeren Wohndauer gekündigt. Im bundesgerichtlichen Verfahren habe sie zugegeben, dass sie dabei gelogen habe. Das sei ein Nichtigkeitsgrund [KG act. 1 S. 4]).

a) Der Beschwerdeführer, der sich auf einen nachträglich entdeckten Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 287 zweiter Satz ZPO beruft, hat nachzuweisen, dass er ohne Verschulden vom Nichtigkeitsgrund erst innert 30 Tagen vor der Beschwerdeerhebung Kenntnis erhalten habe (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 287). Der Beschwerdeführer legt nicht dar, wann er vom behaupteten Nichtigkeitsgrund Kenntnis erhalten habe. Er sieht diesen Grund in einer Zugabe der Beschwerdegegnerin im bundesgerichtlichen Verfahren, erklärt aber nicht, wann er von dieser Zugabe erfahren hat. Schon deshalb ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

Überdies ergibt sich aus dem bundesgerichtlichen Urteil vom 15. März 2010, dass die Beschwerdegegnerin im bundesgerichtlichen Verfahren eine Vernehmlassung zur Beschwerde des Beschwerdeführers eingereicht hat (OG act. 111 S. 5). Eine andere Äusserung der Beschwerdegegnerin vor Bundesgericht, in welcher sie die vom Beschwerdeführer behauptete Zugabe hätte machen können, ist nicht ersichtlich. Diese Vernehmlassung war dem Beschwerdeführer schon vor dem bundesgerichtlichen Urteil vom 15. März 2010 bekannt, reichte er doch im bundesgerichtlichen Verfahren eine Replik dazu ein (OG act. 111 S. 5). Das bundesgerichtliche Urteil vom 15. März 2010 wurde dem Beschwerdeführer nach eigener Aussage am 26.4.2010 zugestellt (KG act. 1 S. 3 lit. A.a.1). Die Beschwerde wurde am 26. Mai 2010 eingereicht (KG act. 1 S. 1), also am 30. Tag nach Zustellung des bundesgerichtlichen Urteils an den Beschwerdeführer. Da dieser von der Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin im bundesgerichtlichen Verfahren und mit dieser vom behaupteten Nichtigkeitsgrund während des bundesgerichtlichen Verfahrens, vor dem Erlass des bundesgerichtlichen Urteils Kenntnis erhalten hatte, hatte er von diesem behaupteten Nichtigkeitsgrund auf jeden Fall vor dem 30. Tag vor Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde Kenntnis. Die nachträgliche Nichtigkeitsbeschwerde ist auch unter diesem Aspekt verspätet, und es ist nicht darauf einzutreten.

b) Abgesehen davon macht der Beschwerdeführer mit dieser Behauptung gar keinen Nichtigkeitsgrund geltend, auf dem der angefochtene obergerichtliche Beschluss beruhen soll. Vielmehr wirft er der Beschwerdegegnerin rechtsmissbräuchliches Verhalten vor. Das kann nicht der Vorinstanz als Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 - 3 ZPO angelastet werden. Einen solchen Nichtigkeitsgrund, den der Beschwerdeführer spätestens 30 Tage vor Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde vom 26. Mai 2010 entdeckt habe, macht er mit dieser nicht geltend. Auch unter diesem Aspekt ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

c) Zudem legt der Beschwerdeführer nicht dar, dass der angefochtene Beschluss auf dem behaupteten Nichtigkeitsgrund beruhe. Insofern ist auch kein Nachteil seinerseits durch die angebliche nachträglich entdeckte "Prozesslüge" dargetan. Auch unter diesem Aspekt ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

d) Abgesehen davon ist die behauptete Zugabe der Beschwerdegegnerin im bundesgerichtlichen Verfahren gleichbedeutend (wenn sie überhaupt zutrifft) wie ein nachträglich entdecktes neues Beweismittel. Ein solches ist aber kein Nichtigkeitsgrund im Sinne des zweiten Satzes von § 287 ZPO (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 287).

e) Der Beschwerdeführer wiederholt wörtlich seine bereits in seiner Nichtigkeitsbeschwerde vom 13. März 2008 gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 25. Januar 2008 vorgebrachten Ausführungen (vgl. KG act. 1 S. 4 f., S. 7 ff. mit KG act. 1 im Verfahren Kass.-Nr. AA080047). Damit macht er selber deutlich, dass ihm diese behaupteten Nichtigkeitsgründe bereits vor Erlass des angefochtenen Beschlusses bekannt waren. Auch damit erweist sich die Beschwerde als (weit) verspätet und ist nicht darauf einzutreten.

4. Mit seiner ebenfalls als Nichtigkeitsbeschwerde betitelten Eingabe vom 1. Juni 2010 reichte der Beschwerdeführer einen Beleg ein, dessen Einreichung er "bedauerlicherweise unterlassen" habe (KG act. 6, act. 7/1 und 7/2). Auch damit legt er aber nicht dar, von welchem durch die Vorinstanz gesetzten Nichtigkeitsgrund er im Sinne des zweiten Satzes von § 281 ZPO ohne Verschulden erst innert 30 Tagen vor der Einreichung Kenntnis erhalten habe. Die Adressauskunft der Stadt Luzern an ihn, welche er damit einreichte (KG act. 7/1), datiert vom 14. April 2010. Kenntnisse, welche der Beschwerdeführer daraus erhalten hat, hat er mithin mehr als 30 Tage vor Einreichung der Beschwerde vom 26. Mai 2010 erhalten. Auch diese Eingaben sind im Sinne von § 287 ZPO verspätet. Auch darauf kann schon aus diesem Grund nicht eingetreten werden. Abgesehen davon handelt es sich auch bei diesem Beleg bloss um ein neues Beweismittel, das kein Nichtigkeitsgrund im Sinne des zweiten Satzes von § 287 ZPO sein kann (vgl. vorstehend Erw. 3.d mit Verweisung auf Frank/Sträuli/Messmer., a.a.O., N 5 zu § 287).

5. Mit dem Nachtrag zur Nichtigkeitsbeschwerde vom 2. Juni 2010 (KG act. 9) macht der Beschwerdeführer keine weiteren Nichtigkeitsgründe geltend, von denen er im Sinne des zweiten Satzes von § 287 ZPO erst innert 30 Tagen vor der Beschwerdeerhebung vom 26. Mai 2010 Kenntnis erhalten habe, die er

nicht bereits mit den Eingaben vom 26. Mai 2010 (KG act. 1) und vom 1. Juni 2010 (KG act. 6) behauptet hatte. Vielmehr wiederholt er auch damit im Wesentlichen wörtlich seine Beschwerde vom 13. März 2008 gegen den vorinstanzlichen Beschluss vom 25. Januar 2008 (vgl. KG act. 9 mit KG act. 1 im Verfahren Kass.-Nr. AA080047). Auch darauf ist nicht einzutreten, weil die Frist zur Geltendmachung gemäss § 287 ZPO längst abgelaufen war.

6. Zusammenfassend wies der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nach, von dem er erst innert 30 Tagen vor der Beschwerdeerhebung Kenntnis erhalten hat. Seine Nichtigkeitsbeschwerde ist weit verspätet. Es ist nicht darauf einzutreten.

7. Der Beschwerdeführer beantragt, es sei ihm für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren (KG act. 1 S. 2 Hauptanträge Ziff. 5). Dabei verweist er darauf, dass eine einmal gewährte unentgeltliche Prozessführung ohne Weiteres auch für die Verfahren vor den höheren Instanzen gelte (KG act. 1 S. 3).

Grundsätzlich gilt das von der Vorinstanz bewilligte Armenrecht für das Rechtsmittelverfahren weiter (§ 90 Abs. 2 ZPO e contrario, ZR 97 [1998] Nr. 28). Es erscheint als fraglich, ob dieser Grundsatz auch für eine weit später als 30 Tage nach Mitteilung des angefochtenen Entscheides im Sinne des zweiten Satzes von § 287 ZPO eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde gilt. Diese Frage kann indes vorliegend offengelassen werden. Die Rechtsmittelinstanz kann die von den Vorinstanzen gewährte unentgeltliche Prozessführung für ihr Verfahren entziehen, wenn eine Voraussetzung dahinfällt (§ 90 Abs. 2 ZPO, ZR 97 Nr. 28, ZR 98 [1999] Nr. 12, Kass.-Nr. AA060013 vom 23.2.2006 Erw. 3). Das ist vorliegend der Fall. Eine Voraussetzung der unentgeltlichen Prozessführung ist, dass der Prozess nicht als aussichtslos erscheint. Die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde war von Anfang an aussichtslos (vgl. auch KG act. 4). Der Beschwerdeführer machte keinen durch die Vorinstanz gesetzten Nichtigkeitsgrund im Sinne des zweiten Satzes von § 287 ZPO geltend, sondern wiederholte im Wesentlichen seine Beschwerde vom 13. März 2008. Überdies erfuhr er vom mit der Beschwerde vom 26. Mai 2010 als erst nachträglich erfahren behaupteten

Nichtigkeitsgrund mehr als 30 Tage vor Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde. Seine Beschwerde vom 26. Mai 2010 mit ihren Nachträgen ist weit verspätet und von Anfang an aussichtslos. Demzufolge ist dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung für das vorliegende Beschwerdeverfahren zu entziehen.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des vorliegenden Verfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Mangels erheblicher Aufwendungen in diesem Verfahren ist der Beschwerdegegnerin keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Dem Beschwerdeführer wird die unentgeltliche Prozessführung für das vorliegende Beschwerdeverfahren entzogen.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'000.--.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
5. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren wird keine Umtriebs- bzw. Prozessentschädigung zugesprochen.
6. 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 mehr als Fr. 30'000.--.

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

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: