



Kass.-Nr. AA060012/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der Sekretär Lukas Künzli

Sitzungsbeschluss vom 6. März 2006

in Sachen

A.,

Kläger, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

B.,

Beklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Z.

betreffend

vorsorgliche Massnahme

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Dezember 2005 (NL050104/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Mit Beschluss vom 22. Dezember 2005 wies die II. Zivilkammer des Obergerichts den Rekurs des Klägers ab und bestätigte die Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirks Meilen vom 26. August 2005, mit welcher Letztere das am 20. Juni 2005 gestellte Begehren des Klägers um Erlass einer vorsorglichen Massnahme abwies (vgl. KG act. 2).

2. Gegen den Rekursentscheid legte der Kläger (Rekurrent und vorliegend Beschwerdeführer) rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ein. Er stellt den Hauptantrag, das Verfahren sei gestützt auf § 112 ZPO zur Behandlung an das Mietgericht des Bezirks Meilen zu überweisen (vgl. KG act. 1 S. 2). Zur Begründung dieses Überweisungsantrages führt der Beschwerdeführer aus, er habe zwischenzeitlich mit Klage vom 18. November 2005 ein ordentliches Verfahren gegen die "Beschwerdeführerin" (recte: Beschwerdegegnerin) am Mietgericht des Bezirks Meilen anhängig gemacht. Nach der Praxis des Kassationsgerichts - so der Beschwerdeführer unter Hinweis auf ZR 88 Nr. 40 und 94 Nr. 19 weiter - werde nach Anhängigmachung des ordentlichen Prozesses auf eine den Massnahmeentscheid betreffende Nichtigkeitsbeschwerde nicht mehr eingetreten, und es würden die Akten dem ordentlichen Richter überwiesen, der in der Folge im Rahmen von "§ 220 ZPO" (recte: § 229 ZPO) über die Aufhebung oder Änderung der Massnahme zu entscheiden habe. Zur Wahrung der Frist erfolge gleichwohl schon in dieser Eingabe eine inhaltliche Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde, obwohl diese nach der Rechtsprechung durch den ordentlichen Richter zu behandeln sei (vgl. KG act. 1 S. 2-3).

3. Mit Eingangsanzeige vom 27. Januar 2006 (KG act. 5) orientierte der zuständige juristische Sekretär die Parteien über das anhängig gemachte Beschwerdeverfahren, und erklärte, dass weitere prozessuale Anordnungen, sollten solche verfügt werden, mit separater Post mitgeteilt würden. Die beigezogenen vorinstanzlichen Akten gingen hierorts am 31. Januar 2006 ein (vgl. KG act. 6).

4. Das Kassationsgericht hat in der Folge in Anwendung von § 289 ZPO auf die Anhörung der Beschwerdegegnerin und die Einholung einer Vernehmlassung bei der Vorinstanz verzichtet, weil sich die Beschwerde - wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt - sogleich als unzulässig erweist.

5. Nach § 284 Ziff. 7 ZPO (in Kraft seit 1. Juli 2003) können Rekursentscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen nicht (mehr) mit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden. Vorliegend hat die II. Zivilkammer des Obergerichts als Rekursinstanz über die einzelrichterliche Verfügung betreffend Verweigerung einer vorsorglichen Massnahme entschieden. Damit handelt es sich beim angefochtenen Beschluss um einen in § 284 Ziff. 7 ZPO genannten Ausschlussfall, also um einen nicht beschwerdefähigen Entscheid. Dies führt zu einem Nichteintretensentscheid.

6. Die vom Beschwerdeführer zitierte Praxis des Kassationsgerichts geht auf die Zeit vor dem Inkrafttreten des § 284 Ziff. 7 ZPO zurück. Dies ändert jedoch nichts am Grundsatz, dass die (sachliche) Zuständigkeit zum Erlass (vorprozessualer) vorsorglicher Massnahmen mit Eintritt der Rechtshängigkeit des ordentlichen Prozesses vom Massnahmerichter (und der entsprechenden Rechtsmittelinstanz) auf den ordentlichen Richter übergeht (vgl. etwa: FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar ZPO ZH, 3. Auflage, Zürich 1997, N 3ff. zu § 229). Es rechtfertigt sich daher bzw. es erscheint sinnvoll, die Eingabe des Beschwerdeführers betreffend vorsorgliche Massnahme antragsgemäss an das Mietgericht des Bezirks Meilen (als ordentlichem Gericht) zur weiteren Behandlung zu überweisen.

7. Bei diesem Ausgang (Nichteintreten mangels Beschwerdefähigkeit des angefochtenen Entscheids) sind die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens nach der allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Daran vermag der Umstand, dass die II. Zivilkammer des Obergerichtes in ihrem Entscheid vom 22. Dezember 2005 ausdrücklich die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde als zulässig erklärte (vgl. KG act. 2 S. 6), nichts zu ändern. Eine Partei darf sich (u.a.) dann nicht auf das durch die falsche Rechtsmittelbelehrung erweckte Vertrauen berufen, wenn ihr rechtskundiger Vertreter die Unrichtigkeit durch blosses Konsultieren des massgebenden Gesetzestextes erken-

nen konnte (vgl. HAUSER/SCHWERI, Kommentar GVG ZH, Zürich 2002, N 20 zu § 188 m.w.H. auf Praxis und Lehre; vgl. auch RB 2001 Nr. 66). Dies trifft auch im vorliegenden Fall zu; der in eigener Sache prozessierende Beschwerdeführer hätte aufgrund seiner Ausbildung und seines beruflichen Werdeganges (Prof. Dr. iur., Anwaltstätigkeit sei über 25 Jahren [vgl. KG act. 1 S. 11]) die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung erkennen müssen. Schliesslich fällt die Zusprechung einer Prozessentschädigung an die Beschwerdegegnerin ausser Betracht, weil dieser im Kassationsverfahren keine entschädigungspflichtigen Kosten und Umtriebe im Sinne von § 68 Abs. 1 ZPO entstanden sind.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Eingabe des Beschwerdeführers betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 26. Januar 2006 wird an das Mietgericht des Bezirks Meilen überwiesen.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 300.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 110.-- Schreibgebühren,
Fr. 76.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
5. Für das Kassationsverfahren wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Be-

zirks Meilen und das Mietgericht des Bezirks Meilen, je gegen Empfangs-
schein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: