



Kass.-Nr. AA090029/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig,
die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Paul
Baumgartner und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär
Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 7. April 2009

in Sachen

X.,

Kläger, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

Stockwerkeigentümergeinschaft Z.,

Beklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Nichteintreten

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Dezember 2008 (LN080068/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Im April 2007 reichte der Beschwerdeführer beim Bezirksgericht Zürich eine Klage gegen die Beschwerdegegnerin ein (BG act. 2). Mit Beschluss vom 21. Mai 2007 setzte ihm das Bezirksgericht Frist zur Leistung einer Prozesskaution an unter der Androhung, dass bei Säumnis auf die Klage nicht eingetreten werde (BG act. 5). Ein darauf vom Beschwerdeführer gestelltes Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (BG act. 8) wies das Bezirksgericht mit Beschluss vom 22. Oktober 2007 ab und setzte ihm eine neue Frist zur Leistung der Prozesskaution an (BG act. 24). Mit Beschluss vom 26. November 2007 wies das Obergericht des Kantons Zürich einen Rekurs gegen den letztgenannten bezirksgerichtlichen Beschluss ab und setzte dem Beschwerdeführer eine neue Frist zur Leistung der Prozesskaution an (BG act. 27). Eine gegen den obergerichtlichen Beschluss eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde wies das Kassationsgericht mit Beschluss vom 23. Mai 2008 ab und setzte dem Beschwerdeführer eine neue Frist zur Leistung der Prozesskaution an, unter Hinweis auf die bezirksgerichtliche Säumnisandrohung (KG act. 29). Auf eine gegen den kassationsgerichtlichen Beschluss gerichtete Verfassungsbeschwerde ans Bundesgericht trat dieses mit Urteil vom 28. August 2008 nicht ein (BG act. 34). Der Beschwerdeführer leistete die Prozesskaution nicht (BG act. 31). Androhungsgemäss trat das Bezirksgericht mit Beschluss vom 16. Oktober 2008 auf seine Klage nicht ein (BG act. 35). Gegen diesen bezirksgerichtlichen Beschluss reichte der Beschwerdeführer beim Obergericht einen Rekurs ein (OG act. 2). Dieses (dessen I. Zivilkammer) wies den Rekurs mit Beschluss vom 8. Dezember 2008 ab und bestätigte den bezirksgerichtlichen Beschluss vom 16. Oktober 2008 (KG act. 2). Gegen diesen am 9. Dezember 2008 versandten (OG act. 7 S. 5 unten, act. 8/2 und 8/3) und vom Beschwerdeführer am 29. Januar 2009 in Empfang genommenen (OG act. 8/1) obergerichtlichen Beschluss reichte er datiert mit 12. Februar 2009 (Poststempel 14.2.2009) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein (KG act. 1). Der Vorinstanz und den Parteien wurde der Eingang dieser Beschwerde mit Schreiben vom 16. Februar 2009 angezeigt (KG act. 5).

2. Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, erweist sich sofort (aus mehreren Gründen), dass die Beschwerde unbegründet ist. Deshalb kann - nach bereits erfolgtem Beizug der vorinstanzlichen Akten (KG act. 7/1 und 7/2) - 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, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 2 zu § 289).

3. Der Beschwerdeführer beantragt, das bezirksgerichtliche Verfahren CG070089 sei als gegenstandslos geworden abzuschreiben (KG act. 1 S. 1 Ziff. 1). Mit Beschluss vom 16. Oktober 2008 ist das Bezirksgericht auf die Klage in diesem Verfahren CG070089 nicht eingetreten (BG act. 35). Der Beschwerdeführer erklärt nicht und es ist auch nicht ersichtlich, dass und inwiefern sich seine Rechtslage änderte, ob auf die Klage nicht eingetreten wird, wie das Bezirksgericht das tat, oder ob das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird, wie er beantragt. In beiden Fällen wird das bezirksgerichtliche Verfahren damit ohne materielle Rechtskraftwirkung erledigt und die Klage des Beschwerdeführers in diesem Verfahren nicht weiter behandelt; es steht ihm aber offen, danach die Klage wieder einzureichen. Es ist kein Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers an der beantragten Änderung der bezirksgerichtlichen Prozesserledigung ersichtlich, und der Beschwerdeführer zeigt auch kein solches auf. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde ist schon deshalb nicht einzutreten (§ 51 ZPO).

4. Der Beschwerdeführer ist bereits im Beschluss des Kassationsgerichts vom 23. Mai 2008 auf die Natur des Beschwerdeverfahrens und auf die Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde hingewiesen worden (Kass.-Nr. AA070180 = BG act. 29 Erw. 4). Die vorliegende Beschwerde erfüllt diese Anforderungen nicht. Als einziger Nichtigkeitsgrund (§ 281 Ziff. 1 - 3 ZPO), den der Beschwerdeführer soweit erkenntlich damit geltend macht, ist der Vorwurf der Verletzung seines Gehörsanspruchs ersichtlich. Eine solche sei ein Nichteintreten "trotz nachgewiesener Mittellosigkeit" (KG act. 1 S. 2 unten). Dabei setzt sich der Beschwerdeführer indes überhaupt nicht mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinander. Die Frage der (vom Beschwerdeführer nicht dargelegten)

Mittellosigkeit war bereits Gegenstand des dem vorinstanzlichen Entscheid vorangehenden Verfahrens bis vor Bundesgericht gewesen (KG act. 2 S. 2), war im angefochtenen Entscheid nicht mehr zu prüfen und wurde auch nicht mehr geprüft und kann somit vom Beschwerdeführer auch nicht als Nichtigkeitsgrund angerufen werden, sondern geht am angefochtenen Beschluss vorbei. Die Nichtigkeitsbeschwerde geht auch deshalb fehl, wenn und soweit überhaupt darauf eingetreten werden könnte.

5. Überdies kann der Beschwerdeführer darauf hingewiesen werden, dass die vorinstanzlichen Vorgehensweisen sehr klar korrekt waren und die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen wäre, auch wenn darauf einzutreten wäre. Die Vorinstanzen (wie auch das Kassationsgericht) setzten dem Beschwerdeführer Frist zur Leistung einer Prozesskaution an unter der Androhung, dass bei Säumnis auf die Klage nicht eingetreten werde. Diese Androhung hielt im Rechtsmittelverfahren bis vor Bundesgericht stand. Der Beschwerdeführer leistete die Kautions nicht. Er war mithin säumig. Androhungsgemäss und ohne dass ersichtlich wäre, was daran auszusetzen wäre, trat das Bezirksgericht auf die Klage nicht ein (§ 80 ZPO). Die gegen die vorinstanzliche Bestätigung dieses Entscheides gerichtete Beschwerde ist unbegründet. Auch aus diesem Grund wäre sie abzuweisen, wenn und soweit darauf eingetreten werden könnte.

6. Obwohl der Ausführung des Beschwerdeführers, er habe nicht annehmen müssen, dass das Bezirksgericht Monate nach dem Bundesgerichtsentscheid und nach Einreichung einer neuen Klage noch in der ursprünglichen Sache entscheide (KG act. 1 S. 2 Ziff. 4), im vorliegenden Zusammenhang keine Relevanz zukommt, ist dem Beschwerdeführer zu erklären, dass er sehr wohl damit rechnen musste. Er leitete eine Klage beim Bezirksgericht ein. Selbstverständlich musste er damit rechnen, dass das Bezirksgericht dieses Verfahren irgendwann formell erledigen würde. Solches forderte er ja selber mit seinem Antrag, das Verfahren sei als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

7. Schliesslich steht zwar in § 108 ZPO nicht explizit, dass die rechtzeitige Leistung einer Prozesskaution eine Eintretensvoraussetzung ist (KG act. 1 S. 2 Ziff. 5). Aber § 80 ZPO hält explizit fest, dass auf die Klage nicht eingetreten wird,

wenn der Kläger die ihm auferlegte Kautionsleistung nicht festgerecht leistet. Damit stellt, wie die Vorinstanz zutreffend und unter Hinweis auf die einschlägige Literaturstelle erwog (KG act. 2 S. 4 zweiter Absatz), die rechtzeitige Leistung einer Prozesskaution eine Eintretensvoraussetzung im Sinne von § 108 ZPO dar, nämlich als zur darin explizit genannten gehörigen Einleitung des Prozesses gehörend.

8. Der Beschwerdeführer wies keinen Nichtigkeitsgrund dar. Auf seine Beschwerde ist vorab mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten. Im Übrigen wäre sie abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könnte. Bei diesem Ausgang des Verfahrens braucht die Rechtzeitigkeit der Beschwerde (vgl. KG act. 1 S. 1 unten) nicht geprüft zu werden.

9. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert kann auf Fr. 27'500.-- beziffert werden (BG act. 2 S. 2 Ziff. 4 des Rechtsbegehrens; vgl. auch OG act. 3 S. 2). Die daraus resultierende Gerichtsgebühr von Fr. 3'750.- (§ 4 Abs. 1 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren [GGebV]) kann in Anwendung von § 4 Abs. 2 GGebV auf Fr. 2'500.-- ermässigt werden (wie dies offenbar auch die Vorinstanz getan hat; KG act. 2 S. 4 Dispositiv Ziffer 2). Der Beschwerdegegnerin ist mangels Aufwandes im Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'500.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Prozess- bzw. Umtriebsentschädigungen 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 subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) allenfalls die ordentliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig. Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Der Streitwert beträgt Fr. 27'500.--.

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und an die 6. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: