



---

Kass.-Nr. AA090055/U/la

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

**Zirkulationsbeschluss vom 16. September 2009**

in Sachen

X.,

Kläger, Appellant und Beschwerdeführer

gegen

Z.,

Beklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch A.  
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)**

**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. Am 24. März 2006 stellte die Schlichtungsbehörde Zürich die Gültigkeit der Kündigung fest und erstreckte das Mietverhältnis einmalig bis zum 30. September 2007. Mit Urteil vom 23. August 2007 erklärte auch das vom Beschwerdeführer angerufene Mietgericht des Bezirkes Zürich die Kündigung für gültig und erstreckte das Mietverhältnis einmalig und definitiv um zwei Jahre bis zum 31. März 2008 (Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Januar 2008 KG act. 8/2/2 S. 3 - 5 [KG act. 8/2 = Akten des Verfahrens Kass.-Nr. AA080047, erledigt mit Beschluss vom 24.12.2008]). Eine Berufung des Beschwerdeführers gegen dieses Urteil wies das Obergericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 25. Januar 2008 ab (KG act. 8/2/2).

2. Auf eine Nichtigkeitsbeschwerde des Beschwerdeführers hob das Kassationsgericht mit Beschluss vom 24. Dezember 2008 den obergerichtlichen Beschluss vom 25. Januar 2008 auf und wies die Sache zur Neubeurteilung an das Obergericht zurück (KG act. 8/2/13). Mit Beschluss vom 25. Februar 2009 wies das Obergericht (II. Zivilkammer) die Berufung wiederum ab und bestätigte das Urteil des Mietgerichts vom 23. August 2007 (KG act. 2). Gegen dieses Urteil reichte der Beschwerdeführer wiederum innert Frist (OG act. 90/1, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragt er wiederum in erster Linie sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses (KG act. 1 S. 2). Antragsgemäss wurde auch dieser Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5). Die Vorinstanz verzichtete explizit auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9). Mit ihrer ebenfalls rechtzeitigen (KG act. 5, 6/2, 10) Beschwerdeantwort beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei (KG act. 10 S. 2). Diese Beschwerde-

antwort wurde dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 11 - 14) und auch persönlich übergeben (KG act. 13). Weitere Eingaben erfolgten im vorliegenden Verfahren nicht, mit Ausnahme einer Mitteilung des Beschwerdeführers vom 16.8.2009 zur Zustellung der Beschwerdeantwort (KG act. 15 und 16).

## II.

1. Vor Vorinstanz hatte der Beschwerdeführer unter anderem geltend gemacht, die Beschwerdegegnerin sei im Verfahren vor der Schlichtungsbehörde entgegen entsprechender Vorladung nicht persönlich erschienen, sondern habe sich unzulässigerweise vertreten lassen. Das Schlichtungsverfahren sei deshalb mangelhaft gewesen, und die Sache sei an die Schlichtungsbehörde zur Durchführung eines korrekten Verfahrens zurückzuweisen. Im Beschluss vom 25. Januar 2008 hatte die Vorinstanz dazu erwogen, eine Rückweisung ohne Aussichten auf eine gütliche Einigung verfolge überhaupt keinen praktischen Zweck, denn der Entscheid der Schlichtungsbehörde falle mit der Anrufung des Mietgerichts vollständig dahin. Die Rückweisung würde somit lediglich eine Verzögerung des Verfahrens bewirken. Aussichten auf eine gütliche Einigung seien nicht ersichtlich (KG act. 8/2/2 S. 6). Im Beschluss vom 24. Dezember 2008 erwog das Kassationsgericht, entgegen der vorinstanzlichen Annahme komme der Schlichtungsbehörde im vorliegenden Fall nicht blosse Sühnefunktion zu, sondern sie habe Entscheidkompetenz. Der vorinstanzliche Grund für das Absehen von einer Rückweisung (nämlich dass diese überhaupt keinen praktischen Zweck [für den Beschwerdeführer] verfolgt hätte), sei deshalb nicht richtig. Der Beschluss vom 25. Januar 2008 sei deshalb aufzuheben. Ob das Verfahren aus einem andern Grund nicht an die Schlichtungsbehörde zurückzuweisen sei, werde die Vorinstanz neu zu prüfen haben (KG act. 8/2/13 S. 9 - 11).

Im Beschluss vom 25. Februar 2009 prüfte die Vorinstanz, ob das Verfahren aus einem andern Grund nicht an die Schlichtungsbehörde zurückzuweisen sei, und erwog, das Verfahren sei aus vier verschiedenen andern Gründen nicht an die Schlichtungsbehörde zurückzuweisen (nämlich, [a] eine solche Rückweisung

sei nach durchgeführtem Schlichtungsverfahren wegen Mängeln desselben prozessual nicht vorgesehen, [b] die Beschwerdegegnerin sei im Schlichtungsverfahren aufgrund der Vertretung durch ihren Sohn gar nicht säumig [bzw. nicht als säumig zu behandeln] gewesen, [c] die Vorsitzende der Schlichtungsbehörde habe ein sinngemässes Dispensationsgesuch der Beschwerdegegnerin sinngemäss bewilligt, und [d] der Einwand des Beschwerdeführers sei verwirkt, weil er ihn erst vor Mietgericht vorgebracht habe [KG act. 2 S. 4 - 6]. Der Einwand des mangelhaften Schlichtungsverfahrens sei aus diesen Gründen nicht begründet. Damit habe die Vorinstanz über die Berufung neu zu entscheiden. Es bestehe kein Anlass, von den Erwägungen im Beschluss vom 25. Januar 2008 abzugehen, und es könne ohne Ergänzungen darauf verwiesen werden (KG act. 2 S. 6).

2. Der Beschwerdeführer macht vorab geltend, der angefochtene Beschluss sei "vor Eintritt der Rechtskraft" ergangen und schon deshalb nichtig. Die Vorinstanz habe nach den Bestimmungen des BGG nicht vor dem 2. oder 3. März 2009 davon ausgehen dürfen, dass der Rückweisungsbeschluss des Kassationsgerichts rechtskräftig sei (KG act. 1 S. 3 - 5).

Die Vorinstanz ging davon aus, dass der kassationsgerichtliche Beschluss vom 24. Dezember 2008 sofort nach seiner Fällung bzw. Zustellung vollstreckbar war. Der Beschwerdeführer nennt keine Norm des kantonalen Rechts, welche dem entgegenstehen soll (die verschiedenen Verfahrensgrundsätze, welche er anruft [§§ 50, 54 Abs. 3, 108, 259, 279, 280 ZPO, §§ 96 Ziff. 4, 104, 189 ff., 191 - 194 GVG, 209 Abs. 2 aGVG, Art. 8, 9, 29, 30 BV, Art. 6 EMRK {KG act. 1 S. 4}] betreffen nicht diese Frage, die Verweisungen darauf gehen daran vorbei und fehl. Insbesondere geht es bei der Frage der sofortigen Vollstreckbarkeit des kassationsgerichtlichen Beschlusses nicht um eine einer Partei laufende Frist im Sinne von §§ 189 ff. GVG). Eine solche ist denn auch nicht ersichtlich. Der Beschwerdeführer scheint vielmehr davon auszugehen, dass die Möglichkeit einer Beschwerde ans Bundesgericht gegen den kassationsgerichtlichen Beschluss vom 24. Dezember 2008 nach Art. 72 ff. BGG der vorinstanzlichen sofortigen neuen Entscheidung über die Berufung entgegenstehe. Dies ist indes eine Frage der Anwendung des BGG und damit von Bundesrecht. Darauf kann im

vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Rüge geht fehl, soweit darauf eingetreten werden kann.

Im Übrigen kann der Beschwerdeführer darauf hingewiesen werden, dass seine diesbezügliche Auffassung zu einem unmöglichen Resultat führte. Sie übersieht, dass es sich beim kassationsgerichtlichen Rückweisungsbeschluss vom 24. Dezember 2008 um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG handelt. Ein solcher ist auch noch mit einer Beschwerde gegen den Endentscheid anfechtbar (Art. 93 Abs. 3 BGG). Dürfte die Vorinstanz aber gar nicht neu entscheiden, solange eine Beschwerde ans Bundesgericht gegen den kassationsgerichtlichen Beschluss im Sinne von Art. 72 ff. BGG möglich ist, könnte sie gar nie einen Endentscheid fällen, da ja die Beschwerde ans Bundesgericht gegen den kassationsgerichtlichen Beschluss auch noch nach Erlass des Endentscheides möglich ist.

3. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe den angefochtenen Beschluss erlassen, ohne ihn anzuhören, und damit seinen Gehörsanspruch verletzt. Das wäre zu rechtfertigen, wenn er sich zu allen Punkten bereits hätte äussern können. Vorliegend sei das nicht der Fall, weil die Vorinstanz überraschend neue Rechtsstandpunkte vorgebracht habe (KG act. 1 S. 5 Ziff. 2.a).

Nach konstanter kassationsgerichtlicher Rechtsprechung müssen die Parteien auf eine von ihnen nicht vorgebrachte, vom Gericht aber als entscheidend betrachtete Rechtsauffassung (nur) dann hingewiesen werden, wenn anzunehmen ist, sie könnten ihre Vorbringen im Hinblick darauf in tatsächlicher Hinsicht vervollständigen (ZR 108 [2009] Nr. 32, 90 [1991] Nr. 85 S. 282 f., 88 [1989] Nr. 2, 78 [1979] Nr. 35, von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 27). Im vorliegenden Fall bestand kein Anlass für eine solche Annahme, und solches wird denn auch vom Beschwerdeführer nicht dargetan. Der vom Beschwerdeführer erwähnte vorinstanzliche neue Rechtsstandpunkt (KG act. 2 S. 4 Erw. 2.a: Eine Rückweisung eines Verfahrens an die Schlichtungsbehörde wegen Mängeln des Schlichtungsverfahrens sei von der Verfahrensordnung nicht vorgesehen) ist eine ausschliesslich rechtliche Erwägung, bei welcher nicht ersichtlich war bzw.

ist, was für neue tatsächliche Vorbringen der Parteien relevant sein könnten. Der Gehörsanspruch der Parteien erfordert nicht allgemein nach jeder Rückweisung durch das Kassationsgericht, dass die Parteien, welche sich im vorinstanzlichen Verfahren umfassend hatten äussern können, vor Erlass eines neuen vorinstanzlichen Entscheides erneut angehört werden müssten. Dies wäre nur beim Vorliegen spezieller Umstände erforderlich (vgl. z.B. Kass.-Nr. 96/270 vom 31.10.1996 Erw. II.4.a, ZR 108 Nr. 32; vgl. auch ZR 88 [1989] Nr. 2), welche der Beschwerdeführer aber nicht geltend macht. Auch diese Rüge geht fehl.

4. Die Vorinstanz erwog, der Jahrgang 1921 der Beschwerdegegnerin und ihre Schrift auf der Vollmacht legten zusätzlich nahe, dass es für sie schwierig gewesen wäre, sich von ihrem Wohnort Meggen nach Zürich zu begeben (KG act. 2 S. 6). Der Beschwerdeführer rügt diese Erwägung als willkürlich (KG act. 1 S. 6 f.). Er zeigt jedoch nicht auf, dass und inwiefern sich diese vorinstanzliche Erwägung in Klammern zu seinem Nachteil ausgewirkt hätte. Das ist auch nicht ersichtlich, stellte die Vorinstanz doch bei ihrem Entscheid gar nicht auf diese Feststellung ab. Ein solcher Nachteil wäre indes Voraussetzung für die Zulässigkeit dieser Rüge (§ 281 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 13 zu § 281; von Rechenberg, a.a.O., S. 23 - 25). Es ist nicht darauf einzutreten.

5. Weiter rügt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe sich über eine kassationsgerichtliche Feststellung hinweggesetzt, dass die Beschwerdegegnerin unentschuldigt nicht zur Schlichtungsverhandlung erschienen sei (KG act. 1 S. 8 Ziff. 3.a).

Im Beschluss vom 24. Dezember 2008 hatte das Kassationsgericht erwogen: "War die Beschwerdegegnerin unentschuldigt nicht zur Schlichtungsverhandlung erschienen (welche Frage vorliegend nicht zu prüfen, sondern wovon - da von der Vorinstanz nicht verneint - bei der Prüfung der Rüge auszugehen ist) und entschied die Schlichtungsbehörde (was sie getan hat; MG act. 3/7), müsste sie dies aufgrund der Akten tun" (KG act. 8/2/13 S. 9). Darauf bezieht sich der Beschwerdeführer. Damit stellte das Kassationsgericht aber im Gegensatz zur Auffassung des Beschwerdeführers nicht fest, dass die Beschwerdegegnerin

unentschuldigt nicht zur Schlichtungsverhandlung erschienen sei, sondern prüfte diese Frage gerade nicht und liess sie offen, unterstellte aber bei der Prüfung der dort behandelten Rüge, dass die Beschwerdegegnerin unentschuldigt nicht zur Schlichtungsverhandlung erschienen war (ohne zu prüfen und zu entscheiden, ob sie entschuldigt oder unentschuldigt nicht erschienen war). Andererseits ging auch die Vorinstanz gar nicht davon aus, dass die Beschwerdegegnerin entschuldigt nicht zur Schlichtungsverhandlung erschienen war. Sie setzte sich insoweit nicht über eine Feststellung des Kassationsgerichts hinweg. Diese Rüge geht fehl.

6. Die Vorinstanz erwog, die Verordnung über die Paritätischen Schlichtungsbehörden in Miet- und Pachtsachen (LS 211.3; im Folgenden bloss: VO) sehe die Rückweisung eines Verfahrens an die Schlichtungsbehörde wegen *Mängeln* des Schlichtungsverfahrens nicht vor. Das sei als qualifiziertes Schweigen des Verordnungsgebers zu verstehen. Auf allfällige Mängel des Schlichtungsverfahrens komme es demnach gar nicht an (KG act. 2 S. 4).

a) Der Beschwerdeführer bezeichnet diesen Standpunkt als "materiell völlig unhaltbar". Einerseits sei er ungenügend begründet, zumal er gegen hergebrachte Praxis und Lehre verstosse und völlig neu sei. Andererseits läge eine solche Normgebung nicht in der Kompetenz des Verordnungsgebers, sondern des Gesetzgebers, denn die Rückweisung könne ja nur von den in ZPO und GVG genannten Gerichten angeordnet werden (KG act. 1 S. 8 f. Ziff. 3.b).

b) Die Vorinstanz begründete ihre Schlussfolgerung, dass es auf Mängel des Schlichtungsverfahrens gar nicht ankomme, nämlich weil die Verordnung eine Rückweisung gar nicht vorsehe. Dies ist eine genügende Begründung. Die Rüge der Verletzung der Begründungspflicht geht fehl.

c) Die vorinstanzliche Erwägung ist auch richtig. Einerseits sieht die Verordnung bei Entscheiden der Schlichtungsbehörde in der Sache selbst (bei welchen das Mietgericht angerufen werden kann) tatsächlich keine Rückweisung an die Schlichtungsbehörde wegen Mängeln des Sühnverfahrens vor. Das Gegenteil behauptet auch der Beschwerdeführer nicht. Andererseits sehen auch

weder die Zivilprozessordnung noch das Gerichtsverfassungsgesetz eine solche Rückweisung vor. In den zürcherischen gesetzlichen Bestimmungen zum Verfahren in einem Zivilprozess ist keine solche Rückweisung vorgesehen. Es ist deshalb nicht zu beanstanden und verletzt keinen wesentlichen Verfahrensgrundsatz, dass die Vorinstanzen das Verfahren nicht an die Schlichtungsbehörde zurückwiesen, auch wenn es mangelhaft gewesen wäre. Allfällige Mängel des Schlichtungsverfahrens sind im mietgerichtlichen Verfahren durch ein korrektes mietgerichtliches Verfahren und nicht durch eine Rückweisung an die Schlichtungsbehörde zu korrigieren. Auch diese Rüge geht fehl.

d) Der Beschwerdeführer kann überdies auf Folgendes hingewiesen werden:

aa) Auch aus § 104a GVG (vgl. die Verweisung darauf in KG act. 1 S. 9) folgt nicht, dass das Schlichtungsverfahren bei Mängeln an die Schlichtungsbehörde zurückzuweisen wäre. § 104a GVG ordnet keine Rückweisung an, sondern regelt die Folgen einer solchen.

bb) Es ist keineswegs unüblich, dass Verfahrensmängel in einer Instanz nicht zu einer Rückweisung an diese führen, sondern von der Rechtsmittelinstanz selber korrigiert werden (vgl. z.B. §§ 269 f. und §§ 279 f. ZPO). Das heisst nicht, dass sich eine solche untere Instanz nicht an Verfahrensregeln zu halten hätte. Selbstverständlich hat sie das zu tun, tut sie das in aller Regel auch und haben Verfahrensregeln durchaus auch für solche unteren Instanzen volle Bedeutung. Wenn die Vorinstanz erwog, auf allfällige Mängel des Schlichtungsverfahrens komme es gar nicht an, sagte sie damit nicht, dass sich das Schlichtungsverfahren an keine Verfahrensregeln halten müsste, sondern lediglich, dass es auf allfällige Mängel *für die Frage einer Rückweisung* an die Schlichtungsbehörde nicht ankomme.

cc) Entscheidet die Schlichtungsbehörde in der Sache selbst (bezüglich anderer Fälle vgl. aber § 18 Abs. 2 GVG), stehen sie und das Mietgericht nicht im Verhältnis einer unteren und oberen gerichtlichen Instanz. Das Verfahren vor Mietgericht ist kein Rechtsmittelverfahren, sondern ein erstinstanzliches gericht-

liches Verfahren (vgl. z.B. Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Auflage, Bern 2006, 12. Kap. Rz 1480 f.). Auch dieser Aspekt zeigt, dass Mängel des Schlichtungsverfahrens durch ein korrektes mietgerichtliches Verfahren und nicht durch eine Rückweisung an die Schlichtungsbehörde zu korrigieren sind. Die vorinstanzliche Auffassung trifft zu. Die Rüge geht fehl.

dd) Der Beschwerdeführer zeigt auch nicht auf, woraus er eine "hergebrachte Praxis und Lehre" entnommen habe, welcher die vorinstanzliche Auffassung widersprechen soll.

7. Die Vorinstanz erwog weiter, der Sohn der Beschwerdegegnerin sei an Stelle seiner Mutter an der Schlichtungsverhandlung erschienen und habe eine Vollmacht vorgelegt. Allgemein dürfe nicht als säumig behandelt werden, wer sich vor Gericht vertreten lasse, auch wenn der- bzw. diejenige zum persönlichen Erscheinen vorgeladen worden sei (KG act. 2 S. 5). Sinngemäss ging die Vorinstanz deshalb davon aus, dass die Beschwerdegegnerin an der Schlichtungsverhandlung nicht als säumig zu behandeln war, sie deshalb keine Säumnisfolgen getroffen hätten und das Schlichtungsverfahren (auch) deshalb mit keinem Mangel behaftet war (vgl. KG act. 2 S. 6).

a) Der Beschwerdeführer rügt, § 8 der VO sei entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen keine blosse Ordnungsvorschrift. Die vorinstanzliche Auslegung widerspreche klarem Recht. Die Parteien im Schlichtungsverfahren seien zum persönlichen Erscheinen verpflichtet bzw. (prozessual) gezwungen (KG act. 1 S. 10 - 12).

b) Die Erwägung, die Pflicht zum persönlichen Erscheinen gemäss § 8 VO sei eine reine Ordnungsvorschrift, ist keine Erwägung der Vorinstanz, sondern des Mietgerichts, deren Praxis die Vorinstanz damit zitierte. Diese Erwägung ist denn auch nicht die wesentliche der vorinstanzlichen Erwägungen. Die wesentliche Erwägung ist, dass eine Partei nicht säumig sei, wenn sie trotz persönlicher Vorladung ausbleibe, aber für eine gehörige Vertretung Sorge. Dazu verwies die Vorinstanz auf diverse Literaturstellen, nämlich Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2a zu § 129, N 3 zu § 207, N 2 zu § 208 und N 18 zu § 29 (KG act. 2 S. 5).

aa) Gemäss N 2a zu § 129 des zitierten Kommentars bewirke das Ausbleiben auch einer persönlich vorgeladenen Partei keine Säumnisfolge, wenn ein rechtsgültig bestellter Vertreter erschienen sei. In N 18 zu § 29 des zitierten Kommentars wird festgehalten, dass auch bei einer zum persönlichen Erscheinen verpflichteten Partei Säumnisfolgen ausgeschlossen seien, wenn ein Vertreter erschienen sei. Nur Ordnungsbusse sei anwendbar (mit Verweisung auf ZR 68 Nr. 123 Erw. 2).

bb) Gemäss § 8 Abs. 1 VO haben die Parteien persönlich zur Schlichtungsverhandlung zu erscheinen, wobei ein Beistand zugezogen werden darf. Gemäss § 12 Abs. 2 VO entscheidet die Schlichtungsbehörde aufgrund der Akten, wenn der Beklagte ohne genügende Entschuldigung ausbleibt. Es fragt sich, ob dieser Tatbestand erfüllt ist oder nicht, wenn der Beklagte zwar (unentschuldigt) nicht persönlich erscheint - also persönlich ausbleibt -, aber an seiner Stelle ein Vertreter erscheint, also der Beklagte nicht absolut ausbleibt. M.a.W. fragt es sich, ob diese beiden unterschiedlichen Sachverhalte - gänzlichliches Ausbleiben des Beklagten ohne Bestellung und Erscheinen eines Vertreters einerseits, persönliches Ausbleiben des Beklagten, aber Bestellung und Erscheinen eines Vertreters andererseits - unterschiedlich oder gleich zu behandeln sind. Der Wortlaut von § 12 Abs. 2 VO liesse je nach Interpretation des Begriffs "ausbleiben" (persönliches Ausbleiben oder gänzlichliches Ausbleiben) beide Lösungen - die unterschiedliche oder die gleiche Behandlung dieser Sachverhalte - zu.

cc) § 13 VO erklärt die Vorschriften des GVG und der ZPO als sinngemäss anwendbar, soweit die VO selber keine Vorschrift (und das Bundesrecht keine abweichenden Bestimmungen) enthält. Das Säumnisverfahren ist in den §§ 129 ZPO geregelt. Es rechtfertigt sich, die Literatur und Rechtsprechung dazu auch für das Schlichtungsverfahren sinngemäss (soweit mit dessen Besonderheiten vereinbar) zu berücksichtigen. Wenn der ZPO-Kommentar Frank/Sträuli/Messmer in N 2a zu § 129 festhält, dass das Ausbleiben auch der persönlich vorgeladenen Partei keine Säumnisfolge bewirkt, falls ein rechtsgültig bestellter Vertreter erschienen ist, und wenn in ZR 68 (1969) Nr. 123 erwogen wird, dass die Rechtsprechung bezüglich des ordentlichen Zivilprozesses dahingehe, dass eine Partei,

die persönlich und peremptorisch vorgeladen sei, bei unentschuldigtem Ausbleiben gleichwohl nicht peremptorisiert werden könne, wenn sie sich bei der betreffenden Verhandlung durch einen Anwalt vertreten lasse, lässt sich in der vorinstanzlichen Erwägung, dass eine Partei nicht säumig ist, wenn sie trotz persönlicher Vorladung ausbleibe, aber für eine gehörige Vertretung Sorge, kein Nichtigkeitsgrund feststellen.

dd) Bei seinem Einwand, die Vorinstanz wende Regeln einer *lex generalis* (ZPO) auf explizit anderslautende Normen (VO) an (KG act. 1 S. 12), übersieht der Beschwerdeführer einerseits, dass § 13 VO die ZPO als anwendbar erklärt. Andererseits ist seine Position verfehlt, § 12 Abs. 2 VO umfasse zwingend auch den Sachverhalt einer zu persönlichem Erscheinen verpflichteten Partei, welche zwar ohne genügende Entschuldigung nicht erscheint, aber einen Vertreter sendet (vorstehend lit. bb). Im Übrigen bedeutet die Nichtanwendung der Säumnisfolge von § 12 Abs. 2 VO auf eine Partei, die einen Vertreter sendet, nicht, dass diese Partei nicht (mehr) zum persönlichen Erscheinen verpflichtet wäre. Sie bleibt es trotzdem, und zwar unter dem Druck einer Ordnungsbusse bei unentschuldigter persönlicher Abwesenheit. Die Beschwerde geht deshalb an der Problematik vorbei und damit fehl, soweit sie aus der Pflicht zum persönlichen Erscheinen gemäss § 8 VO ableiten will, dass die vorinstanzliche Schlussfolgerung, die Säumnisfolgen seien nicht auf eine Partei anwendbar, welche einen Vertreter sende, einen Nichtigkeitsgrund erfülle. Auch diese Rüge geht fehl.

8. Im Sinne einer Alternativbegründung für den Fall einer Annahme, Vertretung schliesse Säumnis nicht aus, erwog die Vorinstanz, der Umstand, dass der Sohn der Beschwerdegegnerin an ihrer Stelle erschienen sei und eine Vollmacht seiner Mutter vorgelegt habe, sei sinngemäss als Gesuch um Dispensation seiner Mutter vom persönlichen Erscheinen zu verstehen gewesen. Die Vorsitzende der Schlichtungsbehörde habe weder das kritisiert noch ein ausdrückliches Gesuch mit einer konkreten Begründung verlangt. Dieses Schweigen sei als Bewilligung der Dispensation zu verstehen gewesen. (Auch) damit sei die rechtliche Situation für die Durchführung der Schlichtungsverhandlung einwandfrei gewesen (KG act. 2 S. 6).

a) Der Beschwerdeführer rügt auch diese Erwägung als willkürlich und Verfahrensgrundsätze verletzend. Weder beinhalte die Vollmacht der Beschwerdegegnerin an ihren Sohn ein Dispensationsgesuch, noch hätte die Vorsitzende der Schlichtungsbehörde ein solches ohne (tatsächlich nicht erfolgte) Einreichung eines Arzteugnisses genehmigen dürfen (KG act. 1 S. 12 - 14).

b) Diese Rüge ist begründet. Die Beschwerdegegnerin erschien nicht persönlich zur Schlichtungsverhandlung. Hingegen erschien ihr Sohn, A., "namens und mit Vollmacht" für die Beschwerdegegnerin (MG act. 3 [= Akten des Verfahrens MM060076 der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich] Prot. S. 2). Die Vollmacht enthielt kein Dispensationsgesuch, sondern lediglich die Bevollmächtigung von A., die Beschwerdegegnerin in allen Angelegenheiten betreffend die Liegenschaft, in der sich auch die vom Beschwerdeführer gemietete Wohnung befindet, zu vertreten (MG act. 3/5). Weder im Protokoll der Schlichtungsverhandlung vom 24. März 2006 noch in den übrigen Akten der Schlichtungsbehörde findet sich ein Gesuch der Beschwerdegegnerin, sie vom persönlichen Erscheinen zur Schlichtungsverhandlung zu dispensieren. Schon gar nicht findet sich eine Begründung für ein solches Gesuch. Zwar dokumentierte A. durch sein Erscheinen zur Schlichtungsverhandlung und durch das Vorlegen der Vollmacht, dass er seine Mutter an der Verhandlung vertreten wollte. Das impliziert aber kein Dispensationsgesuch, für welches ja irgendeine Begründung hätte gegeben werden müssen. Ebenso wenig kann die diesbezüglich fehlende Äusserung der Vorsitzenden der Schlichtungsbehörde als Bewilligung der Dispensation verstanden werden. Dagegen hätte sich der Beschwerdeführer wehren können müssen, was er aber nicht konnte, da tatsächlich keine Bewilligung einer Dispensation vorlag.

c) Die Beschwerdegegnerin wendet zu dieser Rüge einzig ein, weder für die Schlichtungsbehörde noch für den Beschwerdeführer habe Anlass bestanden, das Vertretungsverhältnis der Beschwerdegegnerin zu beanstanden. Hätte der Beschwerdeführer eine Beanstandung vorgebracht, hätte die Schlichtungsbehörde das Notwendige zur Verbesserung eines allfälligen Mangels veranlassen können (KG act. 10 S. 11 f. Ziff. 6.1). Dieser Einwand zum Vertretungsverhältnis

geht an der Rüge und den gerügten vorinstanzlichen Feststellungen zum sinn- gemässen Dispensationsgesuch vorbei.

d) Die gerügte Begründung für die vorinstanzliche Feststellung, die rechtliche Situation für die Durchführung der Schlichtungsverhandlung sei einwandfrei gewesen bzw. das Schlichtungsverfahren sei mit keinem Mangel behaftet, ist nicht haltbar. Das führt aber nicht zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses. Enthält der angefochtene Entscheid mehrere Begründungen, wobei jede für sich allein den Entscheid zu tragen vermag, und sind nicht alle diese Begründungen mit einem Nichtigkeitsgrund nach kantonalem Recht behaftet, kann das Kassationsgericht den angefochtenen Entscheid zwar nicht aufheben, wenn noch eine Beschwerde ans Bundesgericht möglich ist. Es kann aber die mangelhafte Alternativbegründung streichen mit der Wirkung, dass das Bundesgericht an die tatsächlichen Feststellungen der für nichtig erklärten Alternativbegründung nicht gebunden ist (von Rechenberg, a.a.O., S. 45; ZR 83 [1984] Nr. 57, ZR 107 [2008] Nr. 21).

Der angefochtene vorinstanzliche Beschluss enthält bezüglich der Frage des mangelhaften Schlichtungsverfahrens und dessen Folgen mehrere Begründungen, die jede für sich allein den Entscheid (diesbezüglich) zu tragen vermögen (vgl. vorstehend, insbes. Erw. 1 zweiter Absatz). Einzelne davon sind mit keinem Nichtigkeitsgrund behaftet, sondern bleiben bestehen (vorstehend Erw. 6 und 7 sowie nachfolgend Erw. 9). Deshalb ist der angefochtene Beschluss aufgrund der vorstehend festgestellten mangelhaften Erwägung zwar nicht aufzuheben, doch ist diese Erwägung (KG act. 2 S. 6 erster Absatz) zuhanden des Bundesgerichts zu streichen.

9. Weiter erwog die Vorinstanz, wenn die Vertretung der Beschwerdegegnerin durch ihren Sohn unzulässig gewesen wäre, hätte der an der Verhandlung anwesende Beschwerdeführer dies unverzüglich beanstanden müssen. Dass er die Schlichtungsverhandlung habe ablaufen lassen und sich erst vor Mietgericht auf diesen behaupteten Mangel berufen habe, verstosse offenbar gegen Treu und Glauben. Der Einwand sei verwirkt (KG act. 2 S. 6).

a) Der Beschwerdeführer kritisiert auch das und wendet ein, die Vorsitzende der Schlichtungsbehörde, nicht er, habe unkorrekt gehandelt (gemeint: indem sie den Sohn der Beschwerdegegnerin als Vertreter zugelassen und das Schlichtungsverfahren trotz persönlicher Abwesenheit der Beschwerdegegnerin durchgeführt habe). Damit habe er nicht rechnen müssen. Seine Intervention bei der Schlichtungsbehörde sei im Keim erstickt worden (KG act. 1 S. 15 -17 Ziff. 6).

b) Es verstösst gegen Treu und Glauben, einen Fehler vorerst ungerügt und das Verfahren einige Zeit weiterlaufen zu lassen und erst im Nachhinein den Fehler noch zu rügen (ZR 84 [1995] Nr. 25; vgl. auch Kass.-Nr. AA030113 vom 26.11.2003 Erw. 5.3.b, Kass.-Nr. 2001/068 vom 18.7.2001 Erw. II.1, Kass.-Nr. 96/565 vom 6.10.1997 Erw. 6; vgl. auch Kass.-Nr. 227/80 vom 5.11.1980 Erw. 2, vgl. auch BGE 135 III 334 ff., S. 336 Erw. 2.2). Der Grundsatz von Treu und Glauben steht der Geltendmachung des Mangels erst im Beschwerdeverfahren jedoch nur dann entgegen, wenn sich der Beschwerdeführer in der Untersuchung (in einem Strafprozess) oder vor den Vorinstanzen bewusst damit abgefunden hatte; in der blossen Nichtgeltendmachung kann ein solcher bewusster Verzicht noch nicht erblickt werden (ZR 86 [1987] Nr. 62). Diese Präzisierung der Rechtsprechung wurde in einem Strafverfahren vorgenommen. Sie gilt aber allgemein, auch im Zivilprozess, gründet sie doch auf allgemeinen Grundsätzen des Rechtsmissbrauchs, insbesondere auf dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens (vgl. Kass.-Nr. 95/438 Z vom 20.8.1996 Erw. II.4.d, Kass.-Nr. 97/413 vom 22.12.1998 Erw. II.1.b, Zürcher Kommentar zum Zivilgesetzbuch, N 60 zu Art. 2 ZGB; vgl. auch Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, § 6 Rz 28; vgl. auch von Rechenberg, a.a.O., S. 25).

Max Guldener führte bereits im Jahre 1942 aus: Eine Partei, die feststellt, dass dem Prozessgegner oder auch dem Gericht ein Verstoss gegen Verfahrensvorschriften unterlaufen ist, "darf nicht unter allen Umständen in einem beliebigen Zeitpunkt des Verfahrens auf diesen Mangel zurückkommen, ihn in Bereitschaft halten, um das bereits durchgeführte Verfahren zu Fall zu bringen und seine Wiederholung herbeizuführen, sobald sie einen ungünstigen Ausgang des Prozesses befürchten muss" (oder beispielsweise um bei einer Kündigung einer

Mietwohnung bloss Zeit zum verlängerten Verbleiben in der Wohnung zu gewinnen [Einschub durch das Kassationsgericht]). "Wer in Kenntnis eines prozessualen Mangels, statt diesen zu rügen, weiterprozessiert, darf nach Treu und Glauben den Mangel dann nicht mehr zu seinen Gunsten auswerten, wenn er in der Verletzung einer Verfahrensvorschrift besteht, an deren Beobachtung kein überwiegendes öffentliches Interesse vorhanden ist. Eine Partei, die einen ihr bekannten Mangel nicht alsbald rügt, begründet die Erwartung, dass sie mit dem eingeschlagenen Vorgehen einverstanden sei. Zu diesem eigenen Verhalten darf sie sich nach dem Grundsatz einer redlichen Prozessführung nicht in Widerspruch setzen" (Guldener, Treu und Glauben im Zivilprozess, SJZ 1942/43 S. 389 ff., S. 395).

c) Der Beschwerdeführer macht geltend, in einer vorherigen Schlichtungsverhandlung zwischen ihm und dem Ehemann der Beschwerdegegnerin sei aufgrund einer rigorosen Praxis von der Vorsitzenden vom Vertreter ein Arzteugnis unter Androhung der Säumnisfolgen gefordert worden, das in der Folge auch eingegangen sei. Dieser Umstand sei "jeweilen auch immer vom Beschwerdeführer vorgebracht worden". Aufgrund dieser ihm bekannten Praxis sowie der korrekten Prüfung des Einleitungsverfahrens durch das Gericht bzw. die Schlichtungsbehörde von Amtes wegen habe er nach Treu und Glauben darauf vertrauen dürfen, die Vorsitzende habe neben der Vollmacht auch ein entsprechendes Arzteugnis entgegengenommen oder werde ein solches unter Säumnisandrohung nachträglich anfordern. Erst als ihm gewahr worden sei, "was für ein Spiel getrieben" werde, habe er protestiert. Als jedoch bereits sein erster Einwand mit "keine Anträge mehr" abgeblockt worden sei, habe von ihm nicht verlangt werden können, dass er nichtsdestotrotz seine weiteren Anliegen hätte vorbringen müssen (KG act. 1 S. 14 f.).

d) Der Beschwerdeführer war an der Verhandlung vor Schlichtungsbehörde anwesend. Es war ihm bekannt, dass die Beschwerdegegnerin persönlich vorgeladen war. Er stellte fest, dass sie nicht erschien. Eine Praxis in solchen Fällen war ihm nach seinem Bekunden aus einem früheren Verfahren bekannt. Er hatte mithin den Mangel erkannt (war es denn ein solcher), wie er selber ja auch in der

Beschwerde ausführt. Er brachte aber keine Einwendung vor. Dass er diesen Mangel nicht rügen konnte, weil ihn die Vorsitzende der Schlichtungsbehörde nicht zu Wort kommen liess, trifft nicht zu. Gemäss Protokoll der Schlichtungsverhandlung (das der Beschwerdeführer nicht beanstandete und auf welches abzustellen ist) machte der Beschwerdeführer seine Ausführungen zur Klagebegründung und zur Replik ohne ein Wort zur persönlichen Abwesenheit der Beschwerdegegnerin (MG act. 3 Prot. S. 2 - 6). Nach der Beratung der Schlichtungsbehörde, nach Vergleichsgesprächen und nach deren Scheitern wollte er einen Antrag auf Herabsetzung des Mietzinses stellen. Die Vorsitzende erklärte ihm, dass das in diesem Verfahrensstadium nicht mehr möglich sei. Der Beschwerdeführer verlangte daraufhin, dass im Protokoll festgehalten werde, dass ihm diesbezüglich das rechtliche Gehör verweigert worden sei (MG act. 3 Prot. S. 6). Daraus ergibt sich, dass der Beschwerdeführer weder einen Einwand betreffend die persönliche Abwesenheit der Beschwerdegegnerin vorbrachte noch dass er einen solchen Einwand zwar vorbringen wollte, dazu aber keine Gelegenheit gehabt hätte. Sein vorgebrachter Antrag auf Herabsetzung des Mietzinses wurde protokolliert, auch wenn er als unzulässig beurteilt wurde. Auch sein Begehren, im Protokoll festzuhalten, dass ihm *diesbezüglich* das rechtliche Gehör verweigert worden sei, wurde erfüllt. Explizit beschränkte er den Einwand der Verweigerung des Gehörsanspruchs auf seinen Antrag auf Herabsetzung des Mietzinses. Er brachte keinen weiteren Antrag und keine weiteren Einwendungen vor.

e) Der Beschwerdeführer hatte mithin in Kenntnis des (allfälligen) Mangels der persönlichen Abwesenheit der Beschwerdegegnerin seine Ausführungen an der Schlichtungsverhandlung vorbehaltlos erstattet. Er brachte damit zum Ausdruck, dass er sich bewusst damit abgefunden hatte (entgegen der Beschwerde [KG act. 1 S. 16 lit. b] beinhalten die vorinstanzlichen Erwägungen diese Feststellung. Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführer führe selber aus, die Pflicht zum persönlichen Erscheinen sei aus der den Parteien zugestellten Vorladung deutlich hervorgegangen; umso eher hätte er das sofort thematisieren müssen; er habe aber die Schlichtungsverhandlung ablaufen lassen und sich erst vor Mietgericht auf diesen Punkt berufen [KG act. 2 S. 6]). Das zeigt sich im Übrigen auch

aus der Darstellung in der Beschwerde, dass er darauf habe vertrauen dürfen, die Vorsitzende habe neben der Vollmacht ein entsprechendes Arztzeugnis entgegengenommen oder werde ein solches nachträglich anfordern. Er erkundigte sich nicht danach. Es interessierte ihn also offensichtlich nicht, sondern es war ihm egal, dass die Beschwerdegegnerin trotz persönlicher Vorladung nicht erschienen war. Er hatte sich damit abgefunden. Unter diesen Umständen ist die vorinstanzliche Erwägung, die Berufung auf einen solchen (allfälligen) Mangel verstosse gegen Treu und Glauben, nicht zu beanstanden. Auch diese Rüge geht fehl.

f) Wenn in einem Verfahren sämtliche Rügen, Einreden und Einwendungen vorgebracht werden können (KG act. 1 S. 16 f.), so gilt das nicht für rechtsmissbräuchliche Rügen. Der Missbrauch eines Rechtes findet keinen Schutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Das gilt mithin gerade für den Fall, dass jemandem zwar grundsätzlich ein Recht zusteht (so das Vorbringen von Rügen in einem gerichtlichen Verfahren), dass der Gebrauch dieses Rechtes im konkreten Fall aber nicht zulässig, weil missbräuchlich ist. Diese vorinstanzliche Rechtsanwendung ist entgegen der Beschwerde nicht widersprüchlich.

10. Der Beschwerdeführer reichte im Beschwerdeverfahren eine "Kostennote" ein (KG act. 3/3) mit dem Bemerkem, mangels Gehörgewährung vor Obergericht habe er solches nicht vor Vorinstanz vorbringen können (KG act. 1 S. 17, S. 7 lit. dd). Sollte der Beschwerdeführer dies als Rüge verstehen, wäre darauf mangels Nachteils nicht einzutreten (vgl. vorstehend Erw. 4): Die Vorinstanzen sprachen dem Beschwerdeführer keine Prozess- bzw. Umtriebsentschädigung zu. Folglich kam es auf die Höhe entsprechender Kosten des Beschwerdeführers nicht an und wirkte sich die fehlende Berücksichtigung einer Kostenaufstellung des Beschwerdeführers nicht zu seinem Nachteil aus.

11. Der Beschwerdeführer beantragt, "eventualiter seien die verbleibenden Nichtigkeitsgründe der Nichtigkeitsbeschwerde vom 13. März 2008 gemäss den Erwägungen der Ziff. 9 des Zirkulationsbeschlusses vom 24. Dezember 2008 zu prüfen und antragsgemäss gemäss den Anträgen Ziff. 1.1-4 und 2.1-7 der Kassationsbeschwerde vom 13. März 2008 zu verfahren". Im Übrigen werde an den

Anträgen der Beschwerde vom 13. März 2008 festgehalten, soweit diese nicht bereits durch das Kassationsgericht mit Entscheid vom 24. Dezember 2008 erledigt worden seien (KG act. 1 S. 2). Weitere Ausführungen dazu machte der Beschwerdeführer in der Beschwerde vom 5. April 2009 (KG act. 1) nicht.

Der Beschwerdeführer ist bereits im kassationsgerichtlichen Beschluss vom 24. Dezember 2008 auf folgende Anforderungen an die Substantiierung einer Nichtigkeitsbeschwerde hingewiesen worden:

Der Nichtigkeitskläger hat sich konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachzuweisen. In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat. Die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen genügt nicht (KG act. 8/2/13 S. 3 f. Erw. 2.a mit Hinweisen u.a. auf v. Rechenberg, a.a.O., S. 18, und Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 mit weiteren Hinweisen).

Auf den Eventualantrag des Beschwerdeführers, mit welchem er bloss auf die Nichtigkeitsbeschwerde vom 13. März 2008 verweist, ist demnach nicht einzutreten. Aus Erw. II.9 des Beschlusses vom 24. Dezember 2008 folgt nicht, dass dem im Fall, dass die Vorinstanz das Verfahren nicht an die Schlichtungsbehörde zurückwies, nicht so wäre, sondern die im damaligen Beschwerdeverfahren Kass.-Nr. AA080047 erhobenen, nicht geprüften Rügen in einem neuen allfälligen

Beschwerdeverfahren geprüft würden, ohne dass sie im neuen Verfahren selbst ausgeführt würden.

12. Schliesslich beantragt der Beschwerdeführer eventualiter, der angefochtene Beschluss sei "infolge Befangenheit" aufzuheben (KG act. 1 S. 2). Als einzige mögliche Begründung dafür sind die Behauptungen ersichtlich, die Vorinstanz habe den neuen Beschluss nach der kassationsgerichtlichen Rückweisung zu schnell gefasst und habe damit "zumindest den Anschein von Befangenheit" erweckt (KG act. 1 S. 4), sie habe mit zwei Ellen gemessen und unter Missachtung einer konstanten Praxis betreffend der unbedingten und rechtzeitigen Vorlage von Arztzeugnissen rechtsungleich, willkürlich, partiisch und befangen entschieden (KG act. 1 S. 14 lit. c), und sie habe die Kenntnis der Beschwerdegegnerin betreffend eine Abwesenheitspraxis befangen ausser Betracht gelassen (KG act. 1 S. 15).

a) Die erstgenannte dieser Behauptungen basiert auf einer unbegründeten Rüge (vorstehend Erw. 2). Es fehlt ihr damit die Basis, und sie geht schon deshalb fehl.

b) Die zweitgenannte dieser Behauptungen geht am angefochtenen Entscheid vorbei und deshalb fehl. Die Vorinstanz entschied nicht darüber, ob ein Dispensationsgesuch der Beschwerdegegnerin bei der Schlichtungsbehörde gutzuheissen gewesen wäre oder nicht, sondern sie stellte lediglich fest, dass das Verhalten der Vorsitzenden der Schlichtungsbehörde als Bewilligung der Dispensation zu verstehen gewesen sei (KG act. 2 S. 6).

c) Auch die drittgenannte dieser Behauptungen geht am angefochtenen Beschluss vorbei und damit fehl. Der Beschwerdeführer erklärt nicht, bei der Würdigung welcher Frage die Vorinstanz eine Kenntnis der Beschwerdegegnerin über eine Abwesenheitspraxis inwiefern hätte berücksichtigen müssen. Bezieht er dies auf ein Dispensationsgesuch der Beschwerdegegnerin bei der Schlichtungsbehörde, ist auf vorstehende lit. b zu verweisen.

13. Zusammenfassend erweist sich die Rüge betreffend die vorinstanzlichen Erwägungen zum sinngemässen Dispensationsgesuch (KG act. 2 S. 6 erster Absatz) als begründet. Da es sich dabei um eine selbständige Alternativbegründung der Vorinstanz handelt, ist nicht der angefochtene Beschluss deswegen aufzuheben, sondern ist diese Erwägung aus dem vorinstanzlichen Beschluss zu streichen. Im Übrigen wies der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nach und ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung.

### III.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist in einem Punkt erfolgreich. Der Beschwerdeführer obsiegt damit insoweit. Hingegen ist der angefochtene Beschluss nicht deswegen aufzuheben, sondern ist die unhaltbare Erwägung daraus zu streichen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Beschwerdeführer unterliegt damit insoweit. Die Beschwerdegegnerin unterliegt und obsiegt reziprok, und zwar im Verhältnis 1/4 zu 3/4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind bei diesem Ausgang dem Beschwerdeführer zu 3/4 und der Beschwerdegegnerin zu 1/4 aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Der Beschwerdeführer ist dementsprechend zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren eine auf die Hälfte reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'000.-- (zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer; KG act. 10 S. 2) zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO). Damit ist auf die Kostennote des Beschwerdeführers (KG act. 1 S. 17 f. Ziff. 7, act. 3/3) nicht einzugehen.

### IV.

Der Beschwerdeführer hatte bereits mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde vom 13. März 2008 gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 25. Januar 2008 beantragt, es sei ihm im Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren (KG act. 8/2/2 S. 2). Es ist ihm bereits mit dem kassationsgerichtlichen Beschluss vom 24. Dezember 2008 erklärt worden, dass dieser Antrag auf-

grund der erstinstanzlich bewilligten unentgeltlichen Prozessführung obsolet ist (KG act. 8/2/13 S. 2 Erw. II.1.). Unbekümmert darum wiederholt der Beschwerdeführer diesen Antrag auch mit der vorliegenden Beschwerde (KG act. 1 S. 2). Es gilt das Gleiche wie bereits im Beschluss vom 24. Dezember 2008 dazu ausgeführt. Anbetrachts der Position des Beschwerdeführers, seine Erwerbsmöglichkeit habe sich um den Zeitaufwand für den vorliegenden Prozess verringert und zur Berechnung der verlangten Prozessentschädigung sei von einem hypothetischen Erwerbseinkommen von Fr. 10'000.-- monatlich auszugehen (KG act. 1 S. 17 f.), fragte sich höchstens, ob dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung zu entziehen ist. Da indes keine konkreten Änderungen im Verhältnis zu seiner finanziellen Situation gemäss Beschluss des Mietgerichts vom 18. Januar 2007 (MG act. 34) ersichtlich sind und er im Gegenteil geltend macht, nach wie vor mit dem Verfassen seiner Dissertation beschäftigt und zur Bestreitung seines Lebensunterhalts auf Darlehen angewiesen zu sein (KG act. 1 S. 17 unten), kann auf Weiterungen (vorab wäre der Beschwerdeführer zur Einreichung von Unterlagen zu seiner aktuellen finanziellen Situation aufzufordern) verzichtet und es bei der erstinstanzlich gewährten unentgeltlichen Prozessführung belassen werden. Er wird aber auch hiermit explizit auf die Nachzahlungspflicht nach § 92 ZPO hingewiesen.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der erste Absatz auf S. 6 des Beschlusses der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Februar 2009 gestrichen.  
Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit auf sie eingetreten werden kann.  
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'000.--.

3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer zu 3/4 und der Beschwerdegegnerin zu 1/4 auferlegt. Der Anteil des Beschwerdeführers wird zufolge der ihm bewilligten unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Rückforderung nach § 92 ZPO bleibt vorbehalten.
  4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Beschwerdeverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'000.- zuzüglich 7.6 % MwSt, insgesamt Fr. 1'076.--, zu bezahlen.
  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 mehr als Fr. 30'000.--.
- Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 25. Februar 2009 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, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und an das Mietgericht Zürich (MB060014), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: