



Kass.-Nr. AA050094/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Daniela Brüscheiler

Zirkulationsbeschluss vom 9. Mai 2006

in Sachen

X.,

Beklagter, Appellant und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

gegen

Y.,

Kläger, Appellat und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. _____

betreffend

Anfechtung / Herausgabe

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. Mai 2005 (LB030080/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Zum Sachverhalt und zur Prozessgeschichte kann vorab auf die ausführlichen Erwägungen im angefochtenen Urteil der II. Zivilkammer vom 27. Mai 2005 (KG act. 2 S. 3 - 24) verwiesen werden. Stark vereinfacht handelt es sich um folgenden Sachverhalt:

Y. (Kläger, Appellant und Beschwerdegegner; nachfolgend als Beschwerdegegner bezeichnet) war Eigentümer der Liegenschaft ___weg 2 in A.. Im Zusammenhang mit der Finanzierung und Ausführung von Renovations- und Umbauarbeiten an der erwähnten Liegenschaft kam er in Kontakt mit X. (Beklagter, Appellant und Beschwerdeführer; nachfolgend als Beschwerdeführer bezeichnet). In der Folge wurde das (Um-)Bauvorhaben realisiert, wobei auch verschiedene finanzielle Transaktionen vorgenommen wurden. Am 6. Oktober 1999 unterzeichneten die Parteien ein als "Vereinbarung und Darlehensvertrag" betiteltes Schriftstück, in dem sich der Beschwerdegegner u.a. zur Übergabe von drei auf seiner Liegenschaft lastenden Schuldbriefen im Gesamtbetrag von Fr. 650'000.-- an den Beschwerdeführer verpflichtete. Der Beschwerdegegner verlangte im vorliegend zu beurteilenden Verfahren die Rückgabe der Schuldbriefe unter Berufung auf die Ungültigkeit der Vereinbarung vom 6. Oktober 1999. Die Liegenschaft steht mittlerweile nicht mehr im Eigentum des Beschwerdegegners.

2. Mit Eingabe vom 11. November 2000 liess der Beschwerdegegner beim Bezirksgericht ____, Einzelrichter im summarischen Verfahren, das Begehren stellen, der Beschwerdeführer habe Auskunft zu geben über den Aufbewahrungsort der drei auf der Liegenschaft ___weg 2 in A. lastenden Inhaberschuldbriefe und diese Schuldbriefe seien zu beschlagnahmen und zu verwahren (BG act. 45/1). Dieses Verfahren wurde letztlich mit Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 4. Dezember 2001 abgeschlossen, wobei die amtliche Verwahrung der Schuldbriefe angeordnet und dem Beschwerdegegner Frist zur Klage auf Herausgabe der Schuldbriefe angesetzt wurde (BG act. 10 S. 28 f.).

Am 8. Januar 2002 ging die Klage des Beschwerdegegners beim Bezirksgericht ____ (Erstinstanz) ein mit dem Rechtsbegehren, es sei die Unverbindlichkeit einer zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung vom 6. Oktober 1999 festzustellen, der Beschwerdeführer sei zur Herausgabe der Schuldbriefe zu verpflichten und die Bezirksgerichtskasse ____ sei entsprechend anzuweisen, die verwahrten Schuldbriefe dem Beschwerdegegner zuzustellen (BG act. 1 S. 2). Mit Urteil vom 2. September 2003 trat die Erstinstanz auf das Feststellungsbegehren nicht ein, hiess aber die Klage insoweit gut, als sie die Kasse des Bezirksgerichts ____ anwies, die Schuldbriefe dem Beschwerdegegner zuzustellen (BG Prot. S. 8 ff. bzw. OG act. 50).

Auf Berufung des Beschwerdeführers hin (OG act. 51) bestätigte die II. Zivilkammer des Obergerichts (Vorinstanz) mit Urteil vom 27. Mai 2005 den erstinstanzlichen Entscheid (OG act. 87 bzw. KG act. 2).

3. Gegen das obergerichtliche Urteil erhob der Beschwerdeführer grundsätzlich rechtzeitig (OG act. 88/1; § 287 ZPO) - allerdings ohne Unterzeichnung der Beschwerdeschrift - kantonale Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher er die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz beantragt (KG act. 1 S. 2). Mit Präsidialverfügung vom 4. Juli 2005 wurde dem Beschwerdeführer Frist sowohl zur Einreichung der unterzeichneten Original-Beschwerdeschrift als auch zur Leistung einer Kautions in der Höhe von Fr. 25'000.-- eingeräumt. Zudem wurde der Beschwerde antragsgemäss (KG act. 1 S. 2) die aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5).

Die unterzeichnete Beschwerdeschrift ging am 12. Juli 2005 ein (KG act. 10). Mit Verfügung vom 28. Juli 2005 wurde dem Beschwerdeführer mitgeteilt, dass die von ihm eingereichte Bankgarantie (vgl. KG act. 12) zurückgewiesen werde und er wurde aufgefordert, innert der ihm gesetzten Frist die Prozesskaution zu leisten. Dem Beschwerdegegner wurde die Frist zur Beantwortung der Beschwerde einstweilen abgenommen (KG act. 14). In der Folge wurde die Kautions fristgemäss überwiesen (KG act. 16).

Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9). Der Beschwerdegegner beantragt mit seiner innert der neu angesetzten (KG act. 17) Frist eingegangenen Beschwerdeantwort (KG act. 19 S. 2), die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Gleichzeitig stellte der Beschwerdegegner ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (KG act. 19 S. 2). Mit Verfügung vom 10. Oktober 2005 wurde der Beschwerdegegner aufgefordert, im Hinblick auf sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege weitere Belege einzureichen oder darzutun, weshalb eine Einreichung nicht möglich sein soll (KG act. 21). Der Beschwerdegegner kam dieser Aufforderung innert (erstreckter) Frist (KG act. 23) nach (KG act. 25 und 26/1-3).

Die Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer zugestellt (KG act. 29).

II.

1. a) Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). 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 (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer,

Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 16 ff.).

Die Nichtigkeitsgründe sind ihrer tatsächlichen Grundlage nach anzugeben. Die Subsumtion unter den zutreffenden Nichtigkeitsgrund von § 281 ZPO ist Aufgabe des Gerichts; die Anrufung eines unrichtigen Nichtigkeitsgrundes schadet dem Nichtigkeitskläger daher nicht. Ebenso wenig schadet ihm, wenn er sich in der Begründung seiner Beschwerde nicht auf die zutreffende gesetzliche Bestimmung berufen hat (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO)

b) Hinzuweisen ist sodann darauf, dass gemäss § 285 Abs. 1 und 2 ZPO die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig ist, soweit der angefochtene Entscheid dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegt und dieses den geltend gemachten Mangel mit freier Kognition überprüfen kann. Dies gilt in Zivilfällen - wie vorliegend - für die Berufung gemäss Art. 43 ff OG. Das Bundesgericht überprüft auf eidgenössische Berufung (Art. 43 ff. OG) hin eine behauptete Verletzung von Bundesrecht mit freier Kognition (vgl. Art. 43 OG; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Ziff. 72 ff.; Spühler/Vock, a.a.O., S. 123 ff.). Als Bundesrecht gilt (im Rahmen der Berufung) jeder Rechtssatz, der sich ausdrücklich oder sinngemäss aus eidgenössischen Erlassen ergibt (Art. 43 Abs. 2 OG), unabhängig davon, ob diese der Verfassungs-, Gesetzes- oder Verordnungsstufe angehören (Messmer/Imboden, a.a.O., Ziff. 73). Ist in berufungsfähigen Fällen die Rüge der Verletzung materiellen Bundesrechts somit vor Bundesgericht zu erheben, so kann auf diese im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden (RB 1980 Nr. 29; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 6 und 15 zu § 285 ZPO). Demzufolge ist in diesen Fällen im kantonalen Beschwerdeverfahren auch die Rüge der Verletzung klaren materiellen Bundesrechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO nicht zulässig.

Nach Art. 55 Abs. 1 lit. d OG kann im eidgenössischen Berufungsverfahren im Zusammenhang mit einer behaupteten Verletzung von Bundesrecht auch vorgebracht werden, die Feststellung einer nach dem Bundesrecht zu beurteilenden

Tatsache durch die kantonale Instanz beruhe auf einem offensichtlichen Versehen (vgl. Messmer/Imboden, a.a.O., Ziff. 100; Münch, in: Geiser/Münch [Hrsg.], Prozessieren vor Bundesgericht, 2. A., Basel/Frankfurt a.M. 1998, Rz 4.59 und 4.65 f.; s.a. Art. 63 Abs. 2 OG). Inhaltlich entspricht die Versehensrüge nach Art. 55 Abs. 1 lit. d und Art. 63 Abs. 2 OG, welche sich auch auf Parteivorbringen beziehen kann, der Rüge der Aktenwidrigkeit im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO. Eine solche liegt dann vor, wenn ein Bestandteil der Akten gar nicht oder nicht in seiner wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden ist und sich die angefochtene Feststellung deshalb als "blanker Irrtum" erweist (ZR 55 Nr. 115; 81 Nr. 88, Erw. 6; von Rechenberg, a.a.O., S. 27; Spühler/Vock, a.a.O., S. 67/68; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 44 zu § 281 ZPO). Demzufolge kann das Kassationsgericht in berufungsfähigen Fällen grundsätzlich nicht auf den Aktenwidrigkeitseinwand eintreten; ein diesbezüglicher Mangel ist vor Bundesgericht zu rügen (ZR 81 Nr. 88, Erw. 6; 55 Nr. 115; von Rechenberg, a.a.O., S. 42; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 285 ZPO, N 44 a.E. zu § 281 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 68).

2. Die Vorinstanz bestätigte mit dem angefochtenen Berufungsentscheid die erstinstanzliche Auffassung, wonach die Voraussetzungen der Übervorteilung in Bezug auf den Vertrag der Parteien vom 6. Oktober 1999 erfüllt seien. Die Folge davon sei die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts, das die Grundlage für die Übertragung der drei Schuldbriefe an den Beschwerdeführer bilde. Die Übergabe der Schuldbriefe habe zumindest teilweise der Tilgung oder Sicherstellung von Ansprüchen gedient, die Gegenstand des festgestellten Leistungsmisverhältnisses seien, womit eine Rettung der Gültigkeit der Pfandbestellung bei Annahme einer blossen Teilunwirksamkeit von vornherein ausgeschlossen sei. Dem Beschwerdeführer werde somit nichts anderes übrig bleiben, als seine behauptete noch offene Forderung gestützt auf deren ursprüngliche Grundlage durchzusetzen und die Schuldbriefe seien dem Beschwerdegegner herauszugeben (KG act. 2 S. 25 ff.; OG act. 50 S. 15 f.).

3. a) Der Beschwerdeführer wendet ein, das Obergericht habe bezüglich des General-Unternehmervertrages vom 15. April 1998 eine willkürliche tatsächliche

Annahme getroffen. In jenem Vertrag habe sich der Beschwerdegegner verpflichtet, den Generalunternehmerwerkpreis mit Inhaberschuldbriefen im Gegenwert von Fr. 450'000.-- sicherzustellen. Die Vorinstanz habe ausser Acht gelassen, dass die vorausgehenden vertraglichen Abreden bei der einseitigen Unverbindlichkeit der Vergleichsvereinbarung vom 6. Oktober 1999 wieder rechtswirksam würden. Die Rechtswirksamkeit der früheren Abreden habe zur Folge, dass der Beschwerdegegner die anerkannte Forderung des Beschwerdeführers für Fr. 450'000.-- mit einem Inhaberschuldbrief besichern müsse. Die Nichtberücksichtigung von Ziff. 2.1.4 des im Recht liegenden General-Unternehmervertrages sei willkürlich und aktenwidrig. Der Beschwerdegegner habe den General-Unternehmervertrag nicht angefochten. Daher hätte das Obergericht dem akten gemässen und ausgewiesenen Besicherungsanspruch gegenüber dem Beschwerdegegner im Betrag von Fr. 450'000.-- zum Durchbruch verhelfen müssen (KG act. 1 S. 3 f. Ziff. 1.1 - 1.5).

Unter Ziffer 2 der Beschwerdeschrift bringt der Beschwerdeführer vor, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Zahlungsunfähigkeit des Beschwerdegegners nicht beachtet. Der angefochtene Entscheid habe angesichts der Zahlungsunfähigkeit zur Folge, dass der Beschwerdeführer die von ihm erbrachten Leistungen bzw. deren Gegenwert ohnehin nicht zurück erhalten werde (KG act. 1 S. 4 f.).

b) Die Vorbringen des Beschwerdeführers sind nicht geeignet, einen im kantonalen Beschwerdeverfahren zu prüfenden Nichtigkeitsgrund nachzuweisen. Aus der Beschwerde ist nicht ersichtlich, dass und wo die Vorinstanz in Bezug auf den General-Unternehmervertrag oder die Zahlungsunfähigkeit des Beschwerdegegners tatsächliche Annahmen getroffen hätte. Der Beschwerdeführer macht denn auch der Sache nach geltend, die Vorinstanz habe relevante Umstände, welche der Herausgabe der Schuldbriefe entgegen stünden, nicht berücksichtigt. Ob diese Kritik zutrifft, beurteilt sich ebenso nach Bundesrecht wie die Frage, ob der vom kantonalen Sachgericht ermittelte Sachverhalt ergänzungsbedürftig ist, mithin im angefochtenen Urteil Feststellungen zu Fragen fehlen, die im Hinblick auf die Anwendung des Bundesrechts abgeklärt werden müssen. Das für diese Frage zuständige Bundesgericht weist diesfalls die Streitsache zur Abklärung der

fehlenden Tatbestandselemente an die Vorinstanz zurück (Art. 64 Abs. 1 OG; Münch, in: Geiser/Münch, a.a.O., Rz 4.67). Auf die Rügen des Beschwerdeführers ist demzufolge im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht einzutreten.

4. a) Der Beschwerdeführer lässt weiter vorbringen, er habe als Beilage 1 zur Replik vom 10. März 1003 (recte: 2003) eine vollständige SIA Norm 118 entsprechende Baukostenabrechnung eingereicht, die mit nachhaltigen Belegen nachweise, dass der Betrag von Fr. 733'070.20 für den Totalumbau der Liegenschaft aufgewendet worden sei. Der Beschwerdegegner habe die Baukosten am 6. Mai 1999 anerkannt. Das Obergericht habe nicht berücksichtigt, dass der Beschwerdeführer die Baukosten vollumfänglich belegt und der Beschwerdegegner im Gerichtsverfahren keinerlei Beweise beigebracht habe, dass die ausgewiesenen Baukosten nicht zutreffen würden (KG act. 1 S. 5 Ziff. 3).

b) Die Erstinstanz, auf deren Erwägungen die Vorinstanz verwies (KG act. 2 S. 26), erwähnte einen von den Parteien am 14. April 1998 geschlossenen Vertrag sowie den Generalunternehmer-Werkvertrag und hielt überdies fest, es liege eine vom Beschwerdegegner unterzeichnete "Schuldanererkennung & unwi[e]derrufliche Auftragserteilung" vom 6. Mai 1999 über Baukosten im Betrag von CHF 733'070.20 und bis dato angefallene Aufwendungen und persönliche Zahlungen für den Beschwerdegegner von ungefähr CHF 98'000 im Recht, deren Gültigkeit vom Beschwerdegegner heute jedoch bestritten sei (OG act. 50 S. 7). Im Rahmen des im Vertrag vom 6. Oktober 1999 enthaltenen Vergleiches habe der Beschwerdegegner die Höhe verschiedener Forderungen anerkannt, deren Grundlage sich aus den erwähnten Vertragsverhältnissen ergebe. Ob in diesen Fällen ein Leistungsmissverhältnis vorliege, so die Erstinstanz (OG act. 50 S. 8), hänge zumindest teilweise davon ab, ob dem Beschwerdegegner in einem Beweisverfahren der Nachweis seiner Behauptung gelinge. Die Durchführung eines Beweisverfahrens setze das Vorhandensein rechtsgenügender Behauptungen voraus. Wie es sich damit verhalte, könne jedoch offen bleiben, wenn ein Leistungsmissverhältnis aus anderen Gründen ohnehin zu bejahen sei, was, wie nachstehend gezeigt werde, der Fall sei.

c) Aus diesen Erwägungen geht hervor, dass die Vorinstanz die Höhe der Baukosten bzw. deren Anerkennung ausdrücklich offen liess. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Beschwerdeführer bei dieser Sachlage eine im kantonalen Beschwerdeverfahren zu prüfende und genügend substantiierte Rüge geltend machen will.

5. a) Unter Ziffer 4 der Beschwerde rügt der Beschwerdeführer schliesslich die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes durch fehlende Beweisabnahme (KG act. 1 S. 5 f.).

b) Vorab ist zu klären, welche im Zusammenhang mit der Durchführung bzw. Verweigerung eines Beweisverfahrens vorgebrachten Rügen im eidgenössischen Berufungsverfahren zu erheben sind, weshalb im kantonalen Beschwerdeverfahren im Hinblick auf § 285 ZPO nicht darauf eingetreten werden kann.

Eine Verletzung von Art. 8 ZGB kann im eidgenössischen Berufungsverfahren beanstandet werden. Darunter fällt in erster Linie die Rüge der falschen Verteilung der Beweislast. Art. 8 ZGB gibt aber nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der beweispflichtigen Partei in allen Zivilstreitigkeiten auch einen bundesrechtlichen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Sachvorbringen Beweis zu führen, wenn ihr Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des kantonalen Rechts entspricht. Diese allgemeine Beweisvorschrift ist insbesondere dann verletzt, wenn der kantonale Richter Behauptungen einer Partei unbekümmert darum, dass sie von der Gegenpartei bestritten worden sind, als richtig hinnimmt oder über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt. Art. 8 ZGB ist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung überdies verletzt, wenn der Richter taugliche und formgültig beantragte Beweise zu rechtserheblichen Tatsachen nicht abnimmt, obwohl er die Sachvorbringen dazu weder als erstellt noch als widerlegt erachtet. Entsprechende Rügen sind deshalb vor Bundesgericht vorzubringen; im kantonalen Beschwerdeverfahren kann darauf nicht eingetreten werden.

Wo der kantonale Richter hingegen in Würdigung von Beweisen zur Überzeugung gelangt, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen oder widerlegt, ist die

Beweislastverteilung gegenstandslos. Diesfalls liegt freie Beweiswürdigung vor, die bundesrechtlich nicht geregelt ist, auch nicht durch Art. 8 ZGB. Diese Bestimmung schreibt dem Richter nicht vor, mit welchen Mitteln der Sachverhalt abzuklären und wie das Ergebnis zu würdigen ist; sie schliesst selbst vorweggenommene Beweiswürdigung und Indizienbeweise nicht aus. Eine beschränkte Beweisabnahme verletzt Art. 8 ZGB daher nicht, wenn der Richter schon nach deren Ergebnis von der Sachdarstellung einer Partei überzeugt ist, gegenteilige Behauptungen also für unbewiesen hält. Eine andere Frage ist, ob eine solche Beschränkung allenfalls gegen Art. 9 BV (oder gegen Beweisvorschriften des kantonalen Prozessrechts) verstösst. Solche Verstösse sind vor Bundesgericht mit staatsrechtlicher Beschwerde zu rügen; entsprechende Rügen sind deshalb im kantonalen Beschwerdeverfahren zulässig (vgl. zum Ganzen ZR 95 Nr. 73; Lieber, Die neuere kassationsgerichtliche Rechtsprechung zum Beweisrecht im Zivilverfahren, in FS 125 Jahre Kassationsgericht, Zürich 2000, S. 221 ff.).

c) Der Beschwerdeführer wendet ein, die Vorinstanz habe wesentliche Vorbringen seinerseits und ins Recht gelegte Akten wie den General-Unternehmervertrag und die vollständige Baukostenabrechnung vollständig ausser Acht gelassen. Die Behauptung des Beschwerdegegners, der Beschwerdeführer habe für Fr. 270'000.-- und teilweise höhere Beträge keine Leistungen erbracht, seien vom Beschwerdeführer bis auf knapp ca. Fr. 30'000.-- vollständig widerlegt worden. Beweise über diese erheblichen strittigen Tatsachen seien keine abgenommen worden (KG act. 1 S. 5 f.) Nach dem vorstehend Gesagten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer auch mit dieser Kritik keinen im kantonalen Beschwerdeverfahren zu prüfenden Einwand erhebt. Auf die Rüge ist ebenfalls nicht einzutreten.

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer keinen im kantonalen Beschwerdeverfahren zu prüfenden Nichtigkeitsgrund geltend macht. Der Vollständigkeit halber bleibt zudem darauf hinzuweisen, dass die Beschwerde den vorstehend wiedergegebenen Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde im kantonalen Beschwerdeverfahren (Ziff. II.1.a) auch nicht zu

genügen vermöchte. Die Beschwerde setzt sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen nicht auseinander und es fehlen jegliche Aktenhinweise.

Auf die Beschwerde ist nicht einzutreten. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

III.

1. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 ZPO).

2. a) Der Beschwerdegegner beantragt - wie bereits vorstehend erwähnt - es sei ihm die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen (KG act. 19 S. 2). Nachdem er im Kassationsverfahren obsiegt und ihm keine Kosten aufzuerlegen sind, ist sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Hingegen wird der Antrag um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreter als Folge des Obsiegens nicht gegenstandslos, da in diesem Fall die Prozessentschädigung direkt dem Rechtsvertreter der unentgeltlich vertretenen Partei im Umfang seiner Bemühungen zugesprochen wird (§ 89 Abs. 1 ZPO, vgl. auch § 89 Abs. 2 ZPO; Kass.-Nr. 98/015, Entscheid vom 28.6.1998 i.S. F., Erw. IV.2.b; Kass.Nr. 96/232 Entscheid vom 7.10.1996 i.S. W., Erw. III.2.a.; vgl. auch BGE 122 I 325f.).

b) Auf besonderes Gesuch wird, auch ohne Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung, unter den Voraussetzungen von § 84 ZPO ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt, falls die Partei für die gehörige Führung des Prozesses eines solchen bedarf (§ 87 ZPO). Der Beschwerdegegner lässt mit der Beschwerdeantwort die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde beantragen. Angesichts des Verfahrensausgangs kann dieser Standpunkt nicht als aussichtslos betrachtet werden. Die Mittellosigkeit des Beschwerdegegners ist aufgrund seiner Ausführungen (KG act. 19 S. 8 ff., act. 25) sowie der eingereichten Unterlagen (KG act. 20/1-3, act. 26/1-3, act. 28) rechtsgenügend dargetan. Zudem handelt es sich in der Sache um einen recht komplizierten Verfahrensgegenstand und es

stellten sich nicht einfach zu beantwortende Fragen. Hinzu kommen die Besonderheiten des Beschwerdeverfahrens (vgl. Ziff. II.1 vorstehend), welche sich auch auf die Stellung eines Beschwerdegegners auswirken können. Angesichts dieser Ausgangslage und im Hinblick auf den Aspekt der Waffengleichheit sind die Voraussetzungen für die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters für den Beschwerdegegner erfüllt. Dem Beschwerdegegner ist demzufolge die unentgeltliche Rechtsverteidigung zu bewilligen und der Beschwerdeführer ist verpflichtet, die Prozessentschädigung dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdegegners, Rechtsanwalt Dr. iur. _____, zu entrichten.

Das Gericht beschliesst:

1. Das Gesuch des Beschwerdegegners um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Dem Beschwerdegegner wird für das Kassationsverfahren die unentgeltliche Rechtsverteidigung bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
4. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 7'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 412.-- Schreibgebühren,
Fr. 329.-- Zustellgebühren und Porti.
5. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

6. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdegegners, Rechtsanwalt Dr. iur. _____, für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 9'000.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie an das Bezirksgericht _____ (II. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: