



---

Kass.-Nr. AA080027/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

**Zirkulationsbeschluss vom 24. Dezember 2008**

in Sachen

X.,

Kläger, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

Z.,

Beklagter, Rekursgegner und Beschwerdegegner

betreffend

**Lastenbereinigung (unentgeltliche Prozessführung usw.)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. Dezember 2007 (NK070029/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Die Bank A. gewährte dem Beschwerdeführer im Jahre 2001 eine Hypothek zur Finanzierung verschiedener Stockwerkeinheiten in der Liegenschaft \_\_\_\_\_ in Zürich. Mit Schreiben vom 28. November 2002 kündigte die Bank A. diese Hypothek. Am 18. März 2003 stellte sie ein Betreibungsbegehren, am 1. Dezember 2004 das Verwertungsbegehren für die genannten Liegenschaften (KG act. 2 S. 2). Am 15. September 2005 zederte die Bank A. ihre Forderungen gegen den Beschwerdeführer im Betrag von insgesamt Fr. 3'437'643.72 an den Beschwerdegegner (KG act. 2 S. 2; ER act. 19/3). Am 27. April 2007 erstellte das Betreibungsamt \_\_\_\_\_ das Lastenverzeichnis betreffend der zur Verwertung gelangenden Grundstücke (KG act. 2 S. 2; ER act. 2/1). Als grundpfandgesicherte Forderungen des Beschwerdegegners war darin ein Total von Fr. 4'440'825.-- enthalten (ER act. 2/1 S. 12). Mit Eingabe vom 4. Mai 2007 bestritt der Beschwerdeführer beim Betreibungsamt die Forderungen des Beschwerdegegners (ER act. 2/5). Auf entsprechende Fristansetzung durch das Betreibungsamt (ER act. 2/6) reichte er beim Bezirksgericht Zürich am 23. Mai 2007 eine "Klage zur Aberkennung eines Anspruchs im Lastschriftenverzeichnis gemäss Art. 39 VZG" ein (KG act. 2 S. 2, ER act. 1). Mit Verfügung vom 29. Mai 2007 setzte der Einzelrichter am Bezirksgericht Zürich dem Beschwerdeführer Frist zur Leistung einer Prozesskaution von einstweilen Fr. 53'000.-- an (ER act. 4). Mit Eingabe vom 26. Juni 2007 beantragte der Beschwerdeführer die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (ER act. 8). Der Einzelrichter lud zu einer Verhandlung betreffend unentgeltliche Prozessführung und zur Hauptverhandlung auf den 21. August 2007 vor (ER act. 9/1). An dieser Verhandlung bezifferte der Beschwerdegegner gemäss Feststellung des Einzelrichters seine (grundpfandgesicherten) Forderungen auf insgesamt Fr. 2'285'105.79 (Fr. 1'969'890.89 + Fr. 315'214.90; OG act. 2 S. 4 Erw. 3.1). Der Beschwerdeführer beantragte die Reduktion dieser Forderung im Lastenverzeichnis auf Fr. 130'000.-- (OG act. 2 S. 5 Erw. 3.2). Nach durchgeführter Verhandlung (ER

Prot. S. 5 ff.) wies der Einzelrichter das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung, unentgeltlicher Rechtsvertreter) mit Verfügung vom 4. Oktober 2007 ab und setzte dem Beschwerdeführer Frist zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 64'000.-- an (OG act. 2), basierend auf einem Streitwert von Fr. 2'155'105.79 (Fr. 2'285'105.79 - Fr. 130'000.--; OG act. 2 S. 9 Erw. 2). Dagegen reichte der Beschwerdeführer beim Obergericht des Kantons Zürich einen Rekurs ein (OG act. 1). Mit Beschluss vom 24. Dezember 2007 wies das Obergericht (II. Zivilkammer) den Rekurs ab, bestätigte die einzelrichterliche Verfügung vom 4. Oktober 2007 und setzte dem Beschwerdeführer eine neue Frist zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 64'000.-- an (KG act. 2).

2. Gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 24. Dezember 2007 reichte der Beschwerdeführer rechtzeitig (OG act. 18/1, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragt er in erster Linie, der angefochtene obergerichtliche Beschluss vom 24. Dezember 2007 sei aufzuheben, und es sei sein (vor Erstinstanz gestelltes) Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gutzuheissen (KG act. 1 S. 1 f.). Antragsgemäss (KG act. 1 S. 2) wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5). Die Vorinstanz verzichtete explizit auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 12). Datiert mit 29. Februar 2008 reichte der Beschwerdeführer ein "zweites Plädoyer zur Nichtigkeitsbeschwerde vom 7.2.2008" ein (KG act. 13). Diese Ergänzung der Beschwerdebegründung wurde dem Beschwerdegegner zugestellt (KG act. 15, 16/2). Mit seiner ebenfalls rechtzeitigen (KG act. 5, 6/2, 17) Beschwerdeantwort beantragt der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde (KG act. 17 S. 2). Diese Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer zugestellt (KG act. 18, 19/1). Datiert mit 18. April 2008 reichte der Beschwerdeführer eine Stellungnahme zur Beschwerdeantwort ein (KG act. 20), welche dem Beschwerdegegner zugestellt wurde (KG act. 22, 23/2). Am 25. April 2008 reichte der Beschwerdeführer eine weitere Eingabe ein (KG act. 24). Auch diese wurde dem Beschwerdegegner zugestellt (KG act. 26, 27/2). Am 21. Juli 2008 reichte der Beschwerdeführer eine weitere Eingabe ein (KG act. 28). Auch diese Eingabe wurde dem Beschwerdegegner zugestellt (KG act. 30, 31/2). Datiert mit

25. August 2008 reichte der Beschwerdeführer eine weitere Eingabe ein (KG act. 32). Ein Doppel derselben wurde dem Beschwerdegegner zugestellt (KG act. 33A). Dated mit 11. September 2008 reichte der Beschwerdeführer eine weitere Eingabe ein (KG act. 34). Auch diese wurde dem Beschwerdegegner zugestellt (KG act. 35, 36/2). Am 14. Oktober 2008 reichte der Beschwerdeführer eine weitere Eingabe ein (KG act. 37), welche ebenfalls dem Beschwerdegegner zugestellt wurde (KG act. 38). Weitere Eingaben erfolgten im vorliegenden Verfahren nicht.

## II.

1. Eine Nichtigkeitsbeschwerde ist innert 30 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des angefochtenen Entscheides einzureichen (§ 287 ZPO) und hat die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe nachzuweisen (§ 288 i.V. mit § 281 ZPO; vgl. nachfolgend Erw. 3). Nach Ablauf der 30-tägigen Beschwerdefrist dürfen demnach weder weitere Nichtigkeitsgründe noch Begründungen nachgeschoben werden. Weitere Eingaben zur Nichtigkeitsbeschwerde selber (d.h. mit Ausnahme von allfälligen Eingaben zum Beschwerdeverfahren) sind nur zulässig und beachtlich, soweit sie auf gerichtlichen Anordnungen/Fristansetzungen beruhen oder durch Eingaben der Gegenpartei (oder eine Vernehmlassung der Vorinstanz) veranlasst werden. Eine Partei, welche eine Eingabe der Gegenpartei vom Gericht ohne Fristansetzung erhalten hat und die in der Folge dazu Stellung nehmen will, hat dies umgehend, spätestens innert zehn Tagen zu tun (Kass.-Nr. AA070053 vom 12.2.2008 Erw. II). Die 30-tägige Beschwerdefrist lief im vorliegenden Fall am 7. Februar 2008 ab (Empfang des angefochtenen Entscheids am 8.1.2008 [OG act. 18/1]). Die genannten Voraussetzungen für die Beachtung weiterer Eingaben der Parteien treffen auf die Eingaben des Beschwerdeführers vom 29. Februar 2008 (KG act. 13), 18. April 2008 (KG act. 20), 25. April 2008 (KG act. 24), 21. Juli 2008 (KG act. 28), 25. August 2008 (KG act. 32), 11. September 2008 (KG act. 34) und 14. Oktober 2008 (KG act. 37) und die damit eingereichten Dokumente nicht zu. Diese sind nicht weiter zu beachten.

2. Neben dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Beschlusses stellt der Beschwerdeführer weitere verschiedene Anträge zur Sache (KG act. 1 S. 2). Ist die Nichtigkeitsbeschwerde begründet, hebt das Kassationsgericht den angefochtenen Entscheid auf (§ 291 ZPO). Ist die Nichtigkeitsbeschwerde nicht begründet, weist es sie ab. Damit bleibt es beim angefochtenen Entscheid. Das Kassationsgericht trifft in diesem Fall keine Anordnungen in der Sache selbst. Hebt es den angefochtenen Entscheid in Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde auf, kann es einen neuen Entscheid in der Sache selbst erlassen, wenn dieser spruchreif ist, und weist sonst den Prozess an die Vorinstanz zurück (§ 291 ZPO). Der Erlass von Anordnungen in der Sache selbst durch das Kassationsgericht fällt nur in Betracht, wenn es die Beschwerde aufgrund nachgewiesener Nichtigkeitsgründe gutheisst. Die weiteren Anträge des Beschwerdeführers wären mithin höchstens dann zu beachten, wenn die Beschwerde gutgeheissen würde. Bei einer Abweisung oder einem Nichteintreten ist auf diese Anträge ohne weiteres nicht einzutreten.

3. 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. Auflage, 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. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.).

4. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird diesen Substantiierungsanforderungen nicht gerecht. Der Beschwerdeführer unterliess es, zu seinen Behauptungen (KG act. 1 S. 4 - 10) und den damit eingereichten Dokumenten (KG act. 3/1 - 3/9) darzulegen, wo diese jeweils in den vorinstanzlichen Akten vorhanden sind. In der Beschwerde zeigt der Beschwerdeführer sodann nicht auf, was für einen Nichtigkeitsgrund (der in § 281 Ziff. 1 - 3 ZPO aufgelisteten Nichtigkeitsgründe) die Vorinstanz mit welchem Vorgehen oder mit welcher Feststellung gesetzt haben soll. Überdies setzt sich der Beschwerdeführer mit den vorinstanzlichen Begründungen für die Abweisung seines Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht auseinander: Die Vorinstanz verwies unter Hinweis auf § 161 GVG vollumfänglich auf die erstinstanzliche Begründung zur Annahme der Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren des Beschwerdeführers (KG act. 2 S. 4 Erw. 2). In der Beschwerde findet sich indes keine einzige Bezugnahme auf diese erstinstanzliche Begründung. Schon deshalb kann der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nachweisen. Die blosser Darlegung einer eigenen Sachdarstellung (KG act. 1 S. 4 - 10) mit der Behauptung, deswegen sei die Beschwerde (und wohl gemeint auch die Klage) nicht aussichtslos und der angefochtene Beschluss nichtig (KG act. 1 S. 10 unten), ist keine genügende Substantiierung (weshalb welche vorinstanzlichen Erwägungen mit welchem Nichtigkeitsgrund behaftet wären). Die Nichtigkeitsbeschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

5. Zu einzelnen Aspekten kann überdies Folgendes erwähnt werden:

a) Der Einzelrichter (auf dessen Erwägungen die Vorinstanz verwies) erwog, der Beschwerdegegner habe erklärt, seine pfandgesicherte Forderung sei geringer als die im Lastenverzeichnis aufgeführten Nominalbeträge der Schuldbriefe. Die durch die Schuldbriefe abgesicherten Forderungen würden Fr. 1'969'890.89 (1. - 5. Pfandstelle) und Fr. 315'214.90 (6. Pfandstelle) betragen.

Bei der Beurteilung der Klageaussichten sei demzufolge - so erwog der Einzelrichter weiter - von diesen Beträgen auszugehen. Insbesondere sei die vom Beschwerdeführer beanstandete Zinshöhe nicht mehr Verfahrensgegenstand, da der Beschwerdegegner bei der Berechnung des genannten Betrages von Fr. 1'969'890.89 einen Zins von 4.25 bzw. 5 % berechnet habe, wie dies vom Beschwerdeführer verlangt worden sei. Die Forderungen des Beschwerdegegners seien gestützt auf die eingereichten Schuldbriefe grundsätzlich ausgewiesen (OG act. 2 S. 4 f. Erw. 3.1). In der Folge prüfte der Einzelrichter vom Beschwerdeführer erhobene Einwendungen: Aus den Ziffern 2 und 3 des Kaufvertrags vom 20. Juni / 6. Juli 2005 zwischen der Bank A. und dem Beschwerdegegner könne der Beschwerdeführer entgegen seiner Position für sich keine Ansprüche ableiten (OG act. 2 S. 5 f. Erw. 3.2). Bezüglich der Zwangsverwaltung des Stockwerkeigentums und behaupteter diesbezüglicher Mietzinsausfälle habe der Beschwerdeführer die betriebsrechtliche Beschwerde nach Art. 17 SchKG zu ergreifen, nicht aber den Weg des Lastenbereinigungsverfahrens zu beschreiten (OG act. 2 S. 6 f. Erw. 3.3). Der Beschwerdeführer habe in keiner Weise substantiiert darzulegen vermocht, weshalb der im Lastenverzeichnis aufgeführte Gesamtverkaufspreis der bisher verkauften Wohnungen (Fr. 1'772'390.-- anstelle von Fr. 1'930'000.--, wie vom Beschwerdeführer behauptet, aber nicht belegt) nicht korrekt sein und die Forderung des Beschwerdegegners gegen ihn demnach tiefer sein sollte (OG act. 2 S. 7 Erw. 3.4). Dem Beschwerdeführer sei es nicht gelungen, die Behauptung einer unrechtmässigen Entwendung des Schuldbriefs im 6. Rang glaubhaft zu machen (OG act. 2 S. 7 f. Erw. 4). Zusammenfassend erscheine das Rechtsbegehren des Beschwerdeführers in sämtlichen Punkten als aussichtslos (OG act. 2 S. 8 Erw. 5).

An diesen Erwägungen gehen die Darlegungen des Beschwerdeführers in der Beschwerde vorbei, ohne dass er substantiiert geltend macht, dass und welche Einwendungen und Ausführungen er weiter vorgebracht, der Einzelrichter aber gar nicht beachtet habe. Der Beschwerdeführer kann auch schon deshalb keinen Nichtigkeitsgrund bei diesen Erwägungen und dem darauf gestützten angefochtenen Beschluss dartun.

b) Ob von der Erstinstanz im Lastenbereinigungsprozess Zeugeneinvernahmen, evtl. ein weiteres Beweisverfahren durchzuführen sind (KG act. 1 S. 4), wird die Erstinstanz erst noch zu entscheiden haben. An den vorinstanzlichen Gründen für die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege geht dieses Postulat vorbei und damit fehl.

c) Die finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers waren in den vorinstanzlichen Verfahren bezüglich dem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege irrelevant, weil das Gesuch bereits wegen Fehlens der anderen Voraussetzung - dass der Prozess nicht aussichtslos ist - abgewiesen wurde. Die entsprechende Behauptung des Beschwerdeführers (KG act. 1 S. 5 oben) geht daran vorbei und deshalb fehl.

d) Der Beschwerdeführer macht geltend, der Einzelrichter habe seine mitgebrachte Klageschrift nicht annehmen wollen, sein Vorbringen sei nicht zugelassen worden, und es sei nur aufgrund der Plädoyernotizen zur Klageantwort des Beschwerdegegners entschieden worden (KG act. 1 S. 5).

Diese Behauptungen treffen nicht zu. An der erstinstanzlichen Verhandlung vom 21. August 2007 konnte der Beschwerdeführer sehr wohl seine Plädoyernotizen vortragen lassen (ER Prot. S. 8 unten). Ferner wurden er und sein Vertreter eingehend zur Klageaussicht befragt (ER Prot. S. 8 - 11). Seine Ausführungen wurden vom Einzelrichter beachtet (OG act. 2 S. 5 - 8). Die Rüge geht fehl.

e) Zur bloss appellatorischen Sachdarstellung des Beschwerdeführers auf den S. 5 - 10 der Beschwerde ist auf die vorstehende Erwägung 4 zu verweisen.

6. Zusammenfassend weist der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nach. Seine Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung. Dem Beschwerdeführer ist die Frist zur Leistung der vorinstanzlich festgelegten Prozesskaution praxisgemäss und der Klarheit halber durch das Kassationsgericht neu anzusetzen.

### III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Ferner ist der Beschwerdeführer zu verpflichten, den nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdegegner für die Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO). Dabei ist in Fällen der vorliegenden Art als Streitwert im Kassationsverfahren nicht der Gesamtverfahrensstreitwert, sondern der strittige Kautionsbetrag, i.c. Fr. 64'000.--, zu veranschlagen (vgl. Kass.-Nr. AA080064 vom 8.5.2008 Erw. 11 mit Hinweis auf Kass.-Nr. AA070041 vom 11.5.2007 Erw. III).

### IV.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

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

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Dem Beschwerdeführer wird eine neue **Frist von 30 Tagen** ab Mitteilung dieses Beschlusses angesetzt, um die Prozesskaution von Fr. 64'000.-- gemäss Verfügung des Einzelrichters im beschleunigten Verfahren des Bezirkes Zürich vom 4. Oktober 2007 (insbesondere auch unter der dort genannten Säumnisandrohung [Nichteintreten auf die Klage im Säumnisfall]) zu leisten.

3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 4'500.--.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
5. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Umtriebsentschädigung von Fr. 1'000.-- zu bezahlen.
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 Fr. 2'155'105.79.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 24. Dezember 2007 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.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und an den Einzelrichter im beschleunigten Verfahren des Bezirkes Zürich (FB070025), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: