



---

Kass.-Nr. AA080187/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Matthias Brunner und Georg Naegeli sowie die juristische Sekretärin Alexandra Meyer-Känel

## Zirkulationsbeschluss vom 30. Oktober 2009

in Sachen

X,

\_\_\_\_,

Beklagter, Appellat und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. \_\_\_\_

gegen

Y,

\_\_\_\_,

Kläger, Appellant und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. \_\_\_\_

betreffend

**Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. November 2008 (LB070086/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Der Beschwerdeführer (Beklagter und Appellant) als Inhaber eines Ingenieurs- und Vermessungsbüros in \_\_\_ einerseits und der Beschwerdegegner (Kläger und Appellant) als Verwaltungsrat und Mehrheitsaktionär des Gartenbauunternehmens Z AG in \_\_\_ andererseits kamen überein, auf zwei zum Verkauf stehenden Grundstücken in der Gemeinde \_\_\_ die Gesamtüberbauung „\_\_\_“ mit Stockwerkeinheiten zu realisieren. Nachdem die Finanzierung des Landerwerbs und der Überbauung nicht mehr gewährleistet war, fanden die Parteien schliesslich in der Firma A AG einen Käufer für das baureife Projekt (KG act. 2 S. 3 f. Erw. 1.2).

2. Mit Eingabe vom 2. Mai 2005 erhob der Beschwerdegegner beim Bezirksgericht \_\_\_\_\_ gegen den Beschwerdeführer Klage mit dem Antrag auf Verpflichtung des Letzteren zur Zahlung von Fr. 49'180.55 (zuzüglich Verzugszins) und Feststellung, dass die seitens des Beschwerdeführers gegen den Beschwerdegegner bestehende Forderung von Fr. 25'650.-- zufolge Verrechnung erloschen sei (BG act. 1 S. 2). Replicando änderte er sein Rechtsbegehren dahingehend, dass der Beschwerdeführer zu verpflichten sei, ihm Fr. 74'830.55 (zuzüglich Verzugszins) zu bezahlen (BG act. 20 S. 2).

Nach Durchführung des schriftlichen Haupt- und eines Beweisverfahrens wies das Bezirksgericht \_\_\_\_, II. Abteilung, die Klage des Beschwerdegegners mit Urteil vom 4. September 2007 ab (OG act. 62 S. 22 Disp.-Ziff. 1). Dagegen erhob der Beschwerdegegner mit Eingabe vom 28. September 2007 kantonale Berufung (BG act. 58). Das Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, verpflichtete den Beschwerdeführer schliesslich mit Urteil vom 4. November 2008, dem Beschwerdegegner Fr. 74'830.55 (nebst Verzugszins) zu bezahlen und wies die Klage (lediglich) im Mehrbetrag (Verzugszins) ab (KG act. 2 S. 14 Disp.-Ziff. 1).

3. Gegen dieses Urteil der Berufungsinstanz vom 4. November 2008 (im Umfang der Klageguthweisung) richtet sich die vorliegende (rechtzeitig eingereichte) Nichtigkeitsbeschwerde des Beschwerdeführers vom 10. Dezember 2008, mit welcher

dieser (unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners) dessen Aufhebung und Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils beantragt. Eventualiter beantragt der Beschwerdeführer, es seien die Zeugen B und C einzuvernehmen und die Sache gestützt auf die Zeugenaussagen neu zu beurteilen (KG act. 1 S. 2). Die dem Beschwerdeführer mit Präsidialverfügung vom 12. Dezember 2008 auferlegte Prozesskaution in Höhe von Fr. 11'000.-- ging rechtzeitig ein (KG act. 4 S. 2 Disp.-Ziff. 4 und KG act. 9). Der Beschwerdegegner beantragt mit (rechtzeitig eingereichter und dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme zugestellter; KG act. 11) Beschwerdeantwort vom 27. Januar 2009 (unter Kosten- und Entschädigungsfolgen [zuzügl. MWST] zulasten des Beschwerdeführers) vollumfängliche Abweisung der Beschwerde (KG act. 10 S. 2). Die Vorinstanz ihrerseits verzichtet auf Vernehmlassung (KG act. 8).

## II.

1.1. Der Beschwerdeführer ist zunächst auf die Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, hinzuweisen: Daraus 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 beru-

fen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., 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.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

1.2. Aufgrund dieser Ausführungen zur Substantiierungspflicht im Kassationsverfahren ergibt sich zum Einen, dass ein *pauschaler* Verweis auf vorinstanzlich eingereichte Rechtsschriften in der Beschwerdeschrift als solcher unbehelflich ist (vgl. vorliegend KG act. 1 S. 2 Rz 1).

Bereits an dieser Stelle sei sodann darauf hingewiesen, dass die Vorbringen in der Beschwerdeschrift den genannten Anforderungen an die Substantiierung im Kassationsverfahren mindestens teilweise nicht genügen. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz in den Akten danach zu suchen, wo ein vor Vorinstanz angeblich eingebrachtes Parteivorbringen zu finden ist. Grundsätzlich ist es ebenso wenig Aufgabe der Kassationsinstanz darüber zu spekulieren, gegen welche Erwägungen der Vorinstanz *im Konkreten* sich beschwerdeführerische Vorbringen wohl richten. Indessen kann vorliegend, auch wenn der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift nur sehr spärlich darauf hinweist, auf welche konkreten Stellen des angefochtenen Entscheides sich seine Vorbringen beziehen, auf diese angesichts der leicht überblickbaren Thematik des angefochtenen Entscheids (vgl. dazu nachfolgend) in nachfolgendem Umfang eingetreten werden.

2. Im Rahmen der Erstellung der Liquidationsrechnung der einfachen Gesellschaft der Parteien im Sinne von Art. 530 ff. OR erwog die Vorinstanz, strittig sei im Berufungsverfahren einzig, ob der Beschwerdegegner die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Aufwendungen für die einfache Gesellschaft von Fr. 233'292.30 anerkannt habe (und ob es sich dabei um von der Gesellschaft separat zu vergütender Drittaufwand handle; KG act. 2 S. 7 Erw. 3). Diesbezüglich werden in der Beschwerdeschrift keine Nichtigkeitsgründe gerügt (vgl. KG act. 1 S. 2 ff., insb. Rz 2), weshalb darauf nicht weiter eingegangen zu werden braucht.

3. Die Vorbringen in der Beschwerdeschrift gehen dahin, dass die Vorinstanz der Liquidationsrechnung der aufgelösten einfachen Gesellschaft der Parteien zu Unrecht keine beschwerdegegnerische Anerkennung der vom Beschwerdeführer geltend gemachten Gesamtleistungen seinerseits für die einfache Gesellschaft der Parteien im Umfang von Fr. 233'292.30 zugrunde gelegt habe (KG act. 1 S. 2 ff. Rz 1 ff.).

3.1. Die Vorinstanz unterschied in diesem Zusammenhang (sowohl im Aufbau ihrer Erwägungen als auch inhaltlich) zwischen den Fragen, (1) ob von einer solchen Anerkennung allenfalls aufgrund der eingereichten Kopie der Honorarrechnung vom 27. April 2003 (BG act. 11/4) auszugehen sei (KG act. 2 S. 8 ff. Erw. III.1), und (2) ob der Beschwerdegegner den beschwerdeführerischerseits geltend gemachten Aufwand allenfalls mit Unterzeichnung der Vereinbarung vom 7./8. Mai 2003 zwischen der A AG einerseits und den Prozessparteien andererseits (BG act. 4/22 = BG act. 11/5) anerkannt habe (KG act. 2 S. 10 ff. Erw. III.2/3).

3.2. Dem in Rz 5 Abs. 1 (S. 4) der Beschwerdeschrift enthaltenen Verweis auf S. 8 des angefochtenen Urteils (sowie dem Umstand, dass in Rz 3 der Beschwerdeschrift von einem Kürzel resp. einem Visum die Rede ist) ist zu entnehmen, dass sich das Vorbringen in Rz 3 (S. 3) der Beschwerdeschrift (welches als solches nicht auf eine konkrete Stelle des angefochtenen Entscheides [Seite/Erwägung] verweist) auf die vorinstanzlichen Erwägungen betreffend die eingereichte Kopie der Honorarrechnung vom 27. April 2003 (KG act. 2 S. 8 Erw. III.1 mit Verweis auf BG act. 11/4) bezieht:

a) An dieser Stelle erwog die Vorinstanz, bei der vom Beschwerdeführer eingereichten Honorarrechnung vom 27. April 2003 (BG act. 11/4) handle es sich offensichtlich um eine Fotokopie, auch die dort angebrachten Kurzzeichen seien nicht im Original vorhanden (diese Feststellung wird in der Beschwerdeschrift nicht [mindestens nicht genügend substantiiert] gerügt). Der Beschwerdegegner habe zwar - so die Vorinstanz weiter - in der persönlichen Befragung bei der Erstinstanz anerkannt, dass sich sein Kürzel auf der Honorarrechnung vom 27. April 2003 befinde, entgegen der klägerischen (recte: beklaglichen resp. beschwerdeführerischen) Behauptung habe er jedoch nicht gesagt, dass er dieses unter diese

Vereinbarung gesetzt habe; er könne sich daran nicht erinnern. Damit – so die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid – könne allein auf Grund dieser vorliegenden Urkunde act. 11/4 nicht angenommen werden, dass der Beschwerdegegner das entsprechende – massgebliche – Original eigenhändig unterzeichnet bzw. visiert habe. Der Beschwerdegegner habe denn auch die Edition des Originals dieser Urkunde als Gegenbeweismittel beantragt. Der Beschwerdeführer habe jedoch den Gegenbeweis des Beschwerdegegners vereitelt und auch im Berufungsverfahren dieses Original nicht vorgelegt. Aus diesem Verhalten des Beschwerdeführers sei in freier Beweiswürdigung nach § 148 ZPO zu schliessen, dass kein Original zur Fotokopie von act. 11/4 bestehe. Mithin sei der Beweis nicht erbracht, dass der Beschwerdegegner eine in act. 11/4 enthaltene Aufstellung visiert, d.h. darunter sein Kürzel angebracht habe (KG act. 2 S. 8 f.).

aa) Dass die Vorinstanz zu Unrecht vom Fehlen eines beschwerdegegnerischen Zugeständnisses dahingehend, eigenhändig sein Kürzel unter die fragliche Honorarrechnung gesetzt zu haben, ausgegangen wäre, wird in der Beschwerdeschrift nicht genügend substantiiert gerügt. Auf diese Frage braucht daher nicht weiter eingegangen zu werden.

Der Beschwerdeführer vermöchte solches im Übrigen (selbst wenn von einer diesbezüglichen Rüge ausgegangen und diese mit freier Kognition geprüft würde) mit seinen Vorbringen in Rz 3 (S. 3) der Beschwerdeschrift jedoch auch gar nicht darzutun: Von einer anlässlich seiner Befragung vom 22. Juni 2006 angeblich „ohne jeden Vorbehalt“ erfolgten Anerkennung des Kürzels auf BG act. 11/4 durch den Beschwerdegegner kann nämlich (entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers; vgl. dazu KG act. 1 Rz 3 Abs. 1) nicht die Rede sein, zumal der Beschwerdegegner bereits anlässlich dieser Befragung zu Protokoll gab, er habe diese Abrechnung so jedoch nie gesehen und könne sich nicht erklären, warum die (Kopie der) Honorarrechnung vom 27. April 2003 sein Visum trage (BG Prot. S. 9). Dass die Vorinstanz eine explizite Erklärung des Beschwerdegegners mit dem eigentlichen Inhalt, das fragliche Kürzel selber unter die Honorarrechnung gesetzt zu haben, übergangen oder -sehen hätte (und dem angefochtenen Entscheid deshalb

eine Aktenwidrigkeit im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO zugrunde läge), wird in der Beschwerdeschrift sodann nicht geltend gemacht.

bb) Soweit der Beschwerdeführer die vorinstanzliche Beweiswürdigung zur Frage, ob die eingereichte Kopie der Honorarrechnung vom 27. April 2003 (BG act. 11/4) die beschwerdeführerische Behauptung einer beschwerdegegnerischen Anerkennung der fraglichen Leistungen zu stützen vermöge, als Ganzes für willkürlich hält (vgl. dazu KG act. 1 Rz 5 Abs. 1 und Rz 3), vermag er mangels Auseinandersetzung mit den (vorgenannten) vorinstanzlichen Erwägungen betreffend die beschwerdeführerische Beweisvereitelung von vorneherein nicht durchzudringen.

Im Übrigen könnte jedoch dem beschwerdeführerischen Vorbringen betreffend die angebliche Unglaubwürdigkeit des Beschwerdegegners resp. die angeblichen Widersprüche in dessen Angaben (wie sie der Beschwerdeführer zu erkennen scheint; KG act. 1 Rz 3) ohnehin nicht gefolgt werden: Wie bereits erwogen, kann von einer angeblich „ohne jeden Vorbehalt“ erfolgten Anerkennung des Kürzels auf BG act. 11/4 durch den Beschwerdegegner in der Befragung vom 22. Juni 2006 (entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers; vgl. dazu KG act. 1 Rz 3 Abs. 1) nicht die Rede sein. Als unglaubwürdig oder gar widersprüchlich können die Angaben des Beschwerdegegners schliesslich auch nicht deshalb bezeichnet werden, weil dieser einerseits anlässlich seiner Befragung vom 1. Februar 2007 auf die Frage, ob er geltend mache, dass das Visum gefälscht sei, unter Hinweis darauf, dass er niemandem etwas unterstellen wolle, angab, sich einfach nicht mehr an ein eigenhändiges Visieren erinnern zu können (BG Prot. S. 25), und andererseits im Rahmen der Berufungsreplik explizit bestritt, sein Visum unter die fragliche Rechnung gesetzt zu haben (OG act. 78 S. 5; KG act. 1 Rz 3 Abs. 3).

cc) Dass sich auch das beschwerdeführerische Vorbringen in den Rz 4 und 5 Abs. 2 der Beschwerdeschrift gegen die vorinstanzlichen Erwägungen betreffend die bei den Akten liegende Kopie der Honorarnote vom 27. April 2003 richtet, geht daraus nicht (mindestens nicht genügend substantiiert) hervor. Auf dieses Vorbringen ist daher in diesem Zusammenhang nicht einzutreten.

b) Die Vorinstanz erwog sodann (im Sinne einer Eventualbegründung), dass (und weshalb) selbst bei erwiesener Visierung der Honorarrechnung vom 27. April 2003 durch den Beschwerdegegner nicht zwingend auf eine beschwerdegegnerische Anerkennung der seitens des Beschwerdeführers geltend gemachten Leistungen zu schliessen wäre (KG act. 2 S. 9 Abs. 2). Auf diese Erwägungen nimmt der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift keinen (mindestens keinen genügend substantiierten) Bezug, weshalb darauf nicht weiter eingegangen zu werden braucht.

Gleiches gilt im Zusammenhang mit den vorinstanzlichen Erwägungen, dass (und weshalb) der Beschwerdegegner den behaupteten Arbeitsaufwand auch nicht etwa indirekt durch eine Aussage anerkannt habe, dieser sei angesichts der zweijährigen Befassung des Beschwerdeführers mit dem Projekt plausibel (KG act. 2 S. 10 oben).

3.3. a) Die Vorinstanz befasste sich im angefochtenen Entscheid sodann mit dem mit „Vereinbarung/Kaufvertrag“ überschriebenen Vertrag vom 7./8. Mai 2003 zwischen der A AG als Käuferin einerseits und den Prozessparteien als Verkäufer andererseits und insbesondere mit der in dieser Vereinbarung nachfolgend zitierten Passage:

*„... Die Gesamtleistungen von X belaufen sich per 30.04.2003 gemäss Honorarrechnung vom 27. April 2003 auf Fr. 233'292.30. Die Gesamtleistungen von Y belaufen sich per 30.04.2003 für Umgebungspläne auf Fr. 13'000.00. In diesen Leistungen sind Aufwendungen und Arbeiten von Dritten nicht enthalten. ...“* (BG act. 4/22 S. 1 Vertrags-Ziff. 1).

In Anwendung einer Auslegung der Willenserklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip hielt die Vorinstanz zunächst für massgebend, dass sich die fragliche Klausel in einem Vertrag zwischen den Prozessparteien gemeinsam (als Verkäufer) einerseits sowie einem Dritten (als Käuferin) andererseits befinde, es sich mithin – so die Vorinstanz – nicht um einen Vertrag unter den Prozessparteien selber handle. Die fragliche Passage, welche eine Feststellung der von den Verkäufern erbrachten „Gesamtleistungen“ beinhalte, richte sich somit an die ver-

tragliche Gegenpartei, die Käuferin, und erscheine damit als eine gemeinsame Erklärung der Prozessparteien gegenüber der Käuferin und nicht als eine gegenseitige Erklärung der Verkäufer untereinander. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb damit im Innenverhältnis der Verkäufer eine Bindungswirkung im Sinne einer gegenseitigen Anerkennung ihrer Leistungen hätte entstehen sollen. Solches ergebe sich jedenfalls weder aus dem Wortlaut der fraglichen Vertragsbestimmung, welche als eine rein deklaratorische Aussage erscheine, oder einem anderen Teil des Vertrages noch aufgrund anderer Umstände (KG act. 2 S. 10 ff. Erw. III.2).

b) Der Beschwerdeführer hält diese Erwägungen der Vorinstanz für „unhaltbar und unter Nichtberücksichtigung von wesentlichen Tatsachen, d.h. unter Verweigerung des rechtlichen Gehörs bzw. auf Grund willkürlicher tatsächlicher Annahmen zustandegekommen“ (KG act. 1 S. 5 Abs. 1 a.E.): Der Beschwerdegegner habe sich - so der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift - auf Druck des Beschwerdeführers hin bewusst entschlossen, dessen Anspruch anzuerkennen. Unbestritten sei, dass der Kaufvertrag Diskussionen hinsichtlich der Forderung des Beschwerdeführers von Fr. 233'292.30 ausgelöst und der Beschwerdeführer zur Bedingung gemacht habe, dass der Beschwerdegegner die Vereinbarung in Anerkennung der Forderung des Beschwerdeführers unterzeichne. Nach Abwägung aller Vor- und Nachteile habe sich der Beschwerdegegner dann entschieden, die Urkunde zu unterschreiben und den beschwerdeführerischen Anspruch anzuerkennen, was dem als Zeugen einvernommenen Vertragspartner D die zutreffende Aussage ermöglicht habe, der Beschwerdeführer habe die Aufnahme der zitierten Vertragsklausel verlangt resp. gewünscht. Ob der Betrag von Fr. 233'292.30 schriftlich und durch Unterschriften von Gläubiger und Schuldner verbindlich anerkannt oder aber „nur“ mündlich oder „konkludent“ genehmigt worden sei, ändere nichts am vorbehaltlosen Abschluss des Vertrages. Es sei erstellt, dass der Beschwerdegegner den Anspruch des Beschwerdeführers schriftlich, jedenfalls aber mündlich bzw. konkludent anerkannt habe (KG act. 1 S. 3 f. Rz 4 und S. 4 f. Rz 5).

c) aa) Die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht eine Auslegung der Willenserklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip vornahm, beschlägt materielles

Bundesrecht und ist daher nicht im vorliegenden Beschwerdeverfahren überprüfbar (BGE 131 III 467 E. 1.1; § 285 ZPO). Soweit (falls überhaupt) der Beschwerdeführer mit seinen Vorbringen in Rz 4 und Rz 5 der Beschwerdeschrift (u.a. mit Verweis auf Aussagen von Zeugen) geltend macht, die Vorinstanz habe zu Unrecht nicht auf den übereinstimmenden tatsächlichen Willen der Parteien (dahin gehend, dass der Beschwerdegegner gegenüber dem Beschwerdeführer die von diesem geltend gemachten Leistungen im Umfang von Fr. 233'292.30 mit Abschluss des Vertrages mit der A AG anerkannt habe) abgestellt, kann demnach darauf in diesem Verfahren nicht eingetreten werden. Gleiches gilt für die Frage, ob die Vorinstanz im Rahmen ihrer Auslegung der Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip gewisse Umstände (etwa im Zusammenhang mit dem Abschluss des Vertrages der Parteien mit der A AG) zu Unrecht nicht als wesentlich erachtete. Das Bundesgericht prüft schliesslich auch frei, ob die vorinstanzliche Auslegung der Willenserklärungen als solche der allgemeinen Lebenserfahrung standhält (BGE 131 III 467 E. 1.1; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Nr. 96). Auch eine Frage des materiellen Bundesrechts (und daher nicht im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu prüfen) ist im Weiteren, ob die Vorinstanz hinsichtlich der strittigen vertraglichen Anerkennung des Beschwerdegegners von beschwerdeführerischerseits behaupteten Leistungen Formvorschriften verkannte (KG act. 1 S. 5). Dass dem angefochtenen Entscheid im hier interessierenden Zusammenhang (KG act. 2 S. 10 ff. Erw. III.2/3) eine Aktenwidrigkeit im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO zugrunde läge, wird in der Beschwerdeschrift nicht (mindestens nicht genügend substantiiert) gerügt. Der Beschwerdeführer vermag daher auch mit seinen Vorbringen in Rz 4 und Rz 5 der Beschwerdeschrift keinen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO darzutun.

bb) Dem beschwerdeführerischen Vorbringen, es sei unbestritten, (1) dass der Beschwerdeführer zur Bedingung gemacht habe, der Beschwerdegegner habe die Vereinbarung (gemeint wohl den Vertrag der Parteien mit der A AG) in der Weise zu unterzeichnen, dass die Forderung des Beschwerdeführers von Fr. 233'292.30 vom Beschwerdegegner anerkannt sei (vgl. KG act. 1 S. 4), und (2) dass der Kaufvertrag Diskussionen hinsichtlich der vom Beschwerdegegner

anzuerkennenden Forderung des Beschwerdeführers ausgelöst habe (vgl. KG act. 1 S. 5), fehlte es im Übrigen auch an den notwendigen Verweisen auf die vorinstanzlichen Akten (mindestens am Hinweis, welchen Aktenstellen entsprechende Parteivorbringen entnommen werden könnten).

3.4. a) In Rz 6 der Beschwerdeschrift (S. 5 f.) rügt der Beschwerdeführer schliesslich eine Verletzung des Rechts auf Beweisführung (mithin eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör). Er habe vor Erstinstanz mit der Stellungnahme zum Beweisergebnis die Einvernahme sämtlicher als Zeugen in Frage kommender Personen verlangt, dazu auch die Einvernahme des Notars B vom Notariat \_\_\_\_\_ als auch die Einvernahme des ehemaligen Notars und Treuhänder C. Das Bezirksgericht \_\_\_\_\_ habe, weil es das Beweisergebnis für die Fällung des erstinstanzlichen Urteils als genügend erachtet habe, auf die Einvernahme dieser Personen als Zeugen verzichtet. Der Beschwerdeführer habe auch in der Berufungsantwort am Antrag auf Einvernahme der beiden Zeugen, welche in der Lage seien, wesentliche Aussagen zum Zustandekommen des Vertrages act. 4/22 zu machen und allenfalls bestehende Lücken in der Beweisführung zu schliessen, festgehalten (KG act. 1 S. 5 f. Rz 6).

b) Die Parteien haben grundsätzlich sämtliche Beweismittel (unter genauer Bezugnahme auf den Beweisaufgabebeschluss) in der Beweisantrittungsschrift zu bezeichnen (§ 137 ZPO). Gemäss § 138 ZPO ist die nachträgliche Bezeichnung und Beibringung von Beweismitteln nur unter den Voraussetzungen von § 115 ZPO zulässig. Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe die Einvernahme der beiden Zeugen erstinstanzlich im Rahmen seiner Stellungnahme zum Beweisergebnis beantragt. Dass er solches bereits in der Beweisantrittungsschrift getan hätte, wird in der Beschwerdeschrift weder behauptet noch aufgezeigt (KG act. 1 S. 5 Rz 6). Dass und weshalb der Beschwerdeführer einen Anspruch auf nachträgliche Bezeichnung dieser zwei Zeugen als Beweismittel hätte haben sollen, wird in der Beschwerdeschrift nicht dargelegt. Der Beschwerdeführer vermöchte daher bereits aus diesem Grunde mit dem hier interessierenden Vorbringen keine Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO darzutun.

c) Wer (wie bereits erwogen) im Kassationsverfahren vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat. Mit dem Vorbringen, die beiden offerierten, zu Unrecht nicht einvernommenen Zeugen seien in der Lage, wesentliche Aussagen zum Zustandekommen des Vertrages zu machen und allenfalls bestehende Lücken in der Beweisführung zu schliessen (KG act. 1 S. 6), zeigt der Beschwerdeführer nicht genügend substantiiert auf, welche konkreten Parteivorbringen seinerseits die fraglichen Zeugen zu stützen vermöchten. Mit seinem Vorbringen, die Nichteinvernahme der fraglichen Zeugen stelle einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO dar, vermöchte er demnach auch aus diesem Grunde nicht durchzudringen.

4. Nach dem Gesagten vermag der Beschwerdeführer mit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde keinen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO darzutun. Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.

### III.

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

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 7'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'842.-- (inkl. MWST) zu entrichten.
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 Fr. 74'830.55.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichtes vom 4. November 2008 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 Obergerichtes des Kantons Zürich und an die II. Abteilung des Bezirksgerichtes \_\_\_\_\_, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die jur. Sekretärin: