



Kass.-Nr. AA090103/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Matthias Brunner sowie die juristische Sekretärin Judith Lusser Treyer

Zirkulationsbeschluss vom 23. Oktober 2009

in Sachen

A,

Kläger, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

B, Dr. iur.,

Beklagter, Rekursgegner und Beschwerdegegner

betreffend

**Feststellung des Nichtbestehens einer Schuld (Art. 85a SchKG) /
unentgeltliche Prozessführung usw.**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. Mai 2009 (NK090011/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die X AG gewährte dem Beschwerdeführer im Jahre 2001 eine Hypothek zur Finanzierung verschiedener Stockwerkeinheiten in der Liegenschaft _____ in _____. Mit Schreiben vom 28. November 2002 kündigte die

X AG 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; ER act 2/1 S. 2). Am 6. Juli 2005 verkaufte die X AG ihre Forderungen gegen den Beschwerdeführer im Betrag von insgesamt Fr. 3'437'643.72 an den Beschwerdegegner zum Preis von Fr. 2'750'000.--. Der Beschwerdeführer erklärte sich mit diesem Forderungsverkauf und der entsprechenden Zession am 20. Juni 2005 schriftlich einverstanden. In der Folge wurden die Kreditforderungen an den Beschwerdegegner zediert (KG act. 2 S. 2; ER act 2/1). Am 12. November 2008 reichte der Beschwerdeführer beim Bezirksgericht _____ Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der Schuld im Sinne von Art. 85a SchKG ein (KG act. 2 S. 2, ER act. 1). Mit Verfügung vom 20. November 2008 setzte der Einzelrichter am Bezirksgericht _____ dem Beschwerdeführer Frist zur Leistung einer Prozesskaution an. Mit Eingabe vom 7. Dezember 2008 beantragte der Beschwerdeführer die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters. Nach am 20. Januar 2009 durchgeführter Verhandlung betreffend unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverbeiständung wies der Einzelrichter das Gesuch mit Verfügung vom 12. Februar 2009 ab und setzte dem Beschwerdeführer erneut Frist zur Leistung einer Prozesskaution in der Höhe von Fr. 89'680.-- an (KG act. 2 S. 2; ER act. 27). Dagegen reichte der Beschwerdeführer beim Obergericht des Kantons Zürich einen Rekurs ein (OG act. 1). Mit Beschluss vom 29. Mai 2009 wies das Obergericht (II. Zivilkammer) den Rekurs ab, bestätigte die einzelrichterliche Verfügung vom 12. Februar 2009 und setzte dem Beschwerdeführer eine neue Frist zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 89'680.-- an (KG act. 2).

2. Gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 29. Mai 2009 reichte der Beschwerdeführer rechtzeitig (OG act. 13/1, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragt er in erster Linie, der angefochtene obergerichtliche Beschluss vom 29. Mai 2009 sei aufzuheben, und es sei sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gutzuheissen (KG act. 1 S. 2). 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. 9). Mit seiner ebenfalls rechtzeitigen (KG act. 5, 6/2, 10)

Beschwerdeantwort beantragt der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann (KG act. 10 S. 2). Diese Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 18. September 2009 zugestellt (KG act. 11, 12/1). Weitere Eingaben erfolgten im vorliegenden Verfahren nicht.

II.

1. 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 diese 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.

2. 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 Abs. 1 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 ZPO; 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.). Erfüllt die Beschwerde oder einzelne der darin erhobenen Rügen diese Begründungsanforderungen nicht, hat dies zur Folge, dass auf die entsprechenden Vorbringen nicht eingetreten werden kann.

3. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird diesen Substantiierungsanforderungen nicht gerecht. Die (ohne Beilagenverzeichnis) insgesamt vier Seiten umfassende Beschwerde enthält nebst Ausführungen zur Fristwahrung und Vorbemerkungen lediglich auf eineinhalb Seiten materielle Ausführungen (S. 3 Mitte bis S. 4; KG act. 1). Darin führt der Beschwerdeführer „zu 1.“ (gemeint wohl Erwägung 1 im angefochtenen Beschluss, wobei diese Ziffer lediglich die Prozessgeschichte enthält) aus, er habe immer darauf hingewiesen, dass die heute abweichenden Aussagen des Beschwerdegegners zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung mit der X AG (Herrn Y) und dem Beschwerdegegner und dessen beiden Mitarbeitern (Herrn Z und Herrn P) mittels mündlicher Versprechungen und Nebenverträgen anders abgemacht worden seien. Damals seien die X und der Beschwerdegegner bereit gewesen, die Wohnungen des 2., 3. und 5. Obergeschosses sofort freihändig zu verkaufen und den Erlös auf seine Schuld anzurechnen. Für den Rest sei eine Umschuldung zur Q Bank vorgesehen gewesen, der Beschwerdegegner habe dann aber die Übergabe der Schuldbriefe verweigert und auch sonst die Abmachungen nicht eingehalten. Zur Bestätigung dieser mündlichen Nebenverträge sei eine Zeugeneinvernahme des Herrn R und des verantwortlichen X Mitarbei-

ters, Herrn Y, wichtig (KG act. 1 S. 3 f.). Dabei unterlässt es der Beschwerdeführer jedoch, die Aktenstellen (bspw. Protokollseiten) anzugeben, wo er solche Behauptungen aufgestellt habe. Er zeigt auch nicht auf, dass und *an welcher Stelle* er sich bereits in den Vorinstanzen auf die Zeugeneinvernahme von R, Y sowie allenfalls Z und P berufen hätte, was aber für ein Eintreten auf die Rüge Voraussetzung wäre (vgl. vorne Erw. 2). Ausserdem geht der Beschwerdeführer mit keinem Wort auf die vorinstanzliche Erwägung ein, wonach sich die Erfolgsaussichten für die Gewährung des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege nach den Verhältnissen zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches beurteile, der Entscheid ohne vollständig durchgeführtes Beweisverfahren zu fällen sei, keine Pflicht des Richters zur Beweiserhebung bzw. zur Vervollständigung derselben bestehe (unter Verweis auf den Beschluss des Kassationsgerichts vom 15. November 2004, Kass.-Nr. AA040101 Erw. 4c) und der Einzelrichter daher zu Recht für seinen Entscheid keine Zeugen einvernommen habe (KG act. 2 S. 3 Erw. 2.a).

„Zu 2.“ macht der Beschwerdeführer geltend, es bestehe nur noch ein Reststreitwert von ca. Fr. 1'011'499.60. Er verweist dazu auf eine Beilage 3 (Schreiben des Betreibungsamtes _____ vom 9. Januar 2009 mit vorläufiger Zusammenstellung Januar 2009, KG act. 3/2) und ist der Auffassung, daher sei sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gut zu heissen oder die Prozesskaution wesentlich zu reduzieren (KG act. 1 S. 4). Auch hier zeigt der Beschwerdeführer weder auf, wo er entsprechende Behauptungen bereits vor Vorinstanz aufgestellt hätte, noch wo er sich am Obergericht bereits auf das Schreiben des Betreibungsamtes _____ vom 9. Januar 2009 mit vorläufiger Zusammenstellung Januar 2009 berufen hätte, sodass auch auf diese Rüge bereits mangels Erfüllung der Anforderungen an eine Beschwerdebegründung (vgl. vorne Erw. 2) nicht einzutreten ist. Der Beschwerdeführer setzt sich aber auch nicht mit den vorinstanzlichen Ausführungen zu seinem diesbezüglichen Einwand auseinander, sodass auch deshalb nicht auf die Beschwerde eingetreten werden kann. Die Vorinstanz hat hinsichtlich der vom Beschwerdeführer geltend gemachten notwendigen Anrechnung von Liegenschaftseinnahmen im Betrag von Fr. 1'001'398.80 sowie die Verkaufssumme für einzelne Liegenschaften von Fr. 2'050'000.— auf

seine Schuld ausgeführt, dass die Fragen, ob die Anrechnung von Erlösen und Erträgen im Rahmen einer Zwangsverwaltung eine Tilgung der Schuld bewirke und in welchem Umfang, betriebsrechtlicher und nicht zivilrechtlicher Natur sei. Das Betreibungsamt habe über die aus der Verwaltung entstandenen Ausgaben und Einnahmen laufend eine spezifizierte Rechnung zu führen. Demgegenüber sei Hauptzweck der Klage nach Art. 85a SchKG, die Einstellung oder Aufhebung der Betreuung zu erreichen, weil verhindert werden solle, dass der Schuldner eine nicht geschuldete Zahlung leiste. Eine solche Konstellation liege aber im vorliegenden Fall nicht vor, denn die Forderung sei zu Recht im ursprünglichen Betrag gegen den Beschwerdeführer in Betreuung gesetzt worden. Die Tilgung der Schuld durch Anrechnung von Erträgen und Überschüssen aus Liegenschaftsverkäufen im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens sei nicht durch Klage festzustellen. Vielmehr stelle das Betreibungsamt von sich aus die Betreuung ein und nehme die Schlussverteilung vor, wenn der Reinerlös der Früchte und Erträge zur völligen Deckung aller beteiligten Forderungen der Grundpfand- und Pfändungsgläubiger ausreiche (Art. 22 Abs. 2 VZG). Auf die Vorbringen des Beschwerdeführers werde daher im Rahmen der Beurteilung der Klage nach Art. 85a SchKG nicht einzutreten sein (KG act. 2 S. 4 f. Erw. 2.d). Auch mit den weiteren vorinstanzlichen Begründungen für die Abweisung seines Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (KG act. 2 Erw. 2.b, 2.d, 2.e und 2.f) setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander.

4. 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 Auf-

wendungen 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 – vorliegend Fr. 89'680.-- – zu veranschlagen (vgl. Kass.-Nr. AA080027 vom 24.12.2008 Erw. III. mit Hinweisen).

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. 89'680.-- gemäss Verfügung des Einzelrichters im beschleunigten Verfahren des Bezirkes Zürich vom 12. Februar 2009 (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. 5'600.--.
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. 3'193'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 29. Mai 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.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und an den Einzelrichter im beschleunigten Verfahren des Bezirkes _____ (FB080034), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: