



Kass.-Nr. AA090119/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 6. Oktober 2009

in Sachen

A,

Kläger, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

B, Dr. iur.,

Beklagter, Rekursgegner und Beschwerdegegner

betreffend

Lastenbereinigung (in der Betreuung auf Grundpfandverwertung von A)

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. Juli 2009 (NK090027/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Am 23. Mai 2007 reichte der Beschwerdeführer beim Bezirksgericht Zürich eine "Klage zur Aberkennung eines Anspruchs im Lastschriftenverzeichnis gemäss Art. 39 VZG" ein (ER act. 1). Nachdem er kautioniert worden war (ER act. 4), stellte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 26. Juni 2007 ein Gesuch

um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (ER act. 8), welches der Einzelrichter nach durchgeführter Verhandlung (ER Prot. S. 5 ff.) mit Verfügung vom 4. Oktober 2007 abwies. Gleichzeitig setzte er dem Beschwerdeführer Frist zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 64'000.-- an (ER act. 21). Dagegen reichte der Beschwerdeführer beim Obergericht des Kantons Zürich einen Rekurs ein (KG act. 2 S. 2), welches diesen am 24. Dezember 2007 abwies (ER act. 26). Gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 24. Dezember 2007 reichte der Beschwerdeführer eine Nichtigkeitsbeschwerde ein, welche das Kassationsgericht mit Beschluss vom 24. Dezember 2008 abwies, soweit es darauf eintrat (ER act. 30). Auf die dagegen erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil vom 4. Mai 2009 nicht ein (ER act. 33). Hierauf nahm der Einzelrichter von der Forderungsreduktion des Beschwerdegegners Vormerk und trat im Übrigen mangels Leistung der Kautions auf die Klage nicht ein (KG act. 2 S. 2; KG act. 3/3). Dagegen reichte der Beschwerdeführer beim Obergericht des Kantons Zürich wiederum einen Rekurs ein (OG act. 1), welchen das Obergericht (II. Zivilkammer) mit Beschluss vom 24. Juli 2009 abwies, soweit es darauf eintrat (KG act. 2).

Gegen diesen obergerichtlichen Beschluss vom 24. Juli 2009 reichte der Beschwerdeführer rechtzeitig (OG act. 10/1, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragt er in erster Linie, der angefochtene obergerichtliche Beschluss vom 24. Juli 2009 sei aufzuheben (KG act. 1 Ziff. 1). Seinen Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (KG act. 1 Ziff. 3) wies der Präsident des Kassationsgerichts mit Verfügung vom 27. August 2009 ab (KG act. 5).

2. Da sich die Nichtigkeitsbeschwerde sofort als unzulässig erweist (nachfolgend Erw. 3 und 4), kann - nach bereits erfolgtem Beizug der vorinstanzlichen Akten - von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, der Vorinstanz Gelegenheit zur Vernehmlassung zu geben und vom Beschwerdegegner eine Beschwerdeantwort einzuholen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 2 zu § 289 ZPO).

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 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, a.a.O., 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.

4. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird diesen Substantiierungsanforderungen nicht gerecht. Die (ohne Beilagenverzeichnis) insgesamt fünf Seiten umfassende Beschwerde enthält nebst den Anträgen, Ausführungen zur Fristwahrung und Vorbemerkungen lediglich auf zwei Seiten materielle Ausführungen (KG act. 1 S. 4 bis S. 5). Darin führt der Beschwerdeführer „zu 1.“ (gemeint wohl Erwägung 1 im angefochtenen Beschluss, wobei diese Ziffer lediglich einen Teil der Prozessgeschichte, nämlich dass der Einzelrichter mit Verfügung vom 27. Mai 2009 nicht auf die Klage eintrat, enthält) aus, der Einzelrichter habe durch seine oberflächliche Betrachtung dem Beschwerdeführer sein Recht verweigert (KG act. 1 S. 4).

Mit diesen Ausführungen vermag der Beschwerdeführer jedoch von Vorneherein keinen Nichtigkeitsgrund, an dem der angefochtene Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. Juli 2009 leiden würde, aufzuzeigen, da Anfechtungsobjekt der Nichtigkeitsbeschwerde lediglich der Beschluss des Obergerichts ist und nicht die Verfügung des Einzelrichters (vgl. § 69a GVG).

„Zu 2.“ macht der Beschwerdeführer geltend, obwohl der Beschwerdegegner seine Forderungen habe reduzieren müssen und dadurch die Kautionskosten wesentlich niedriger ausfallen würden, habe die Vorinstanz dem Beschwerdeführer eine gerichtliche Verhandlung und eine Reduktion der Kautionsauflage vor Obergericht verweigert (KG act. 1 S. 4). Diese Ausführungen gehen an der Sache vorbei, da das Obergericht im Verfahren, das mit dem angefochtenen Entscheid abgeschlossen wurde, dem Beschwerdeführer gar keine Kautionsauflage auferlegt hat (vgl. KG act. 2 S. 2 Erw. 3).

„Zu 3., 4. und 5.“ wirft der Beschwerdeführer der Vorinstanz eine formelle Rechtsverweigerung „im Sinne der Bundesverfassung von Art. 4 BV und Art. 29 BV“ vor, weil diese entgegen der üblichen Gerichtspraxis auf die Erhebung einer Kautionsauflage für das Rekursverfahren sowie auf die Einholung einer Rekursantwort verzichtet habe. Eine Behörde begehe eine formelle Rechtsverweigerung, wenn sie sich mit einer blossen Willkürprüfung begnüge, obwohl ihr umfassende Kognition zukomme. Aus dem Verbot der Rechtsverweigerung lasse sich auch der Anspruch auf rechtliches Gehör, d.h. der Anspruch des Beschwerdeführers ableiten, in einem ihn betreffenden Verfahren mitzuwirken. Wichtige Teilgehalte dieses Anspruches seien das Recht auf vorgängige Orientierung und Äusserung, auf Akteneinsicht sowie auf Anhörung, Prüfung und Begründung. Deshalb seien die Zeugeneinvernahmen des verantwortlichen Z-Mitarbeiters X und Y nötig und die durch den Beschwerdegegner ausgestellten Verträge und Verrechnungen im Lastenverzeichnis zu annullieren (KG act. 1 S. 4 f.). Es ist nicht ersichtlich, was diese rechtlichen Ausführungen mit dem angefochtenen Entscheid zu tun haben sollen. So hat sich die Vorinstanz entgegen der offenbar beim Beschwerdeführer bestehenden Ansicht weder „mit einer Willkürprüfung begnügt, obwohl ihr umfassende Kognition zukommt“, noch kann von Rechtsverweigerung die Rede sein, weil die

Vorinstanz vor ihrem Entscheid dem Beschwerdeführer keine Kautionsauflegung bzw. – wie dies § 277 ZPO vorsieht - vom Beschwerde- und Rekursgegner keine Rekursantwort eingeholt hat. Der Beschwerdeführer unterlässt es auch, anhand konkreter Nennung von Aktenstellen (vgl. oben Erw. 2) aufzuzeigen, inwiefern die Vorinstanz sein rechtliches Gehör verletzt haben sollte. Soweit sich der Beschwerdeführer zur Begründung seiner Beschwerde auf eine Verletzung von Bundesrecht beruft (KG act. 1 S. 5), ist darauf in Anwendung von § 285 ZPO (wonach die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig ist gegen Entscheide, die dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegen und ein solcher Weiterzug an das Bundesgericht als gegeben gilt, wenn das Bundesgericht frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliege) nicht einzutreten, unterliegt doch der angefochtene Entscheid auch der Beschwerde ans Bundesgericht (vgl. auch die Rechtsmittelbelehrung in KG act. 2 Ziff. 6) und kann mit der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht im Sinne von Art. 72 ff. BGG die Verletzung von Bundesrecht inkl. Bundesverfassungsrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Ob eine solche Verletzung vorliegt, prüft das Bundesgericht auf entsprechende Rüge frei (vgl. z.B. Seiler/von Werdt/Güngerich, BGG, Bern 2007, N 10 zu Art. 95 BGG).

„Zu 6.“ macht der Beschwerdeführer schliesslich nebst Ausführungen zum ihm entstehenden Nachteil bei Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde resp. Ablehnung der aufschiebenden Wirkung geltend, dass die Vorinstanz und der Beschwerdegegner kosten- und ihm entschädigungspflichtig würden. Es bestehe nur noch ein Streitwert von CHF 1'011'449.00 und daher sei die Nichtigkeitsbeschwerde gutzuheissen (KG act. 1 S. 5). Da aus diesen Ausführungen nicht ersichtlich ist, inwiefern die Vorinstanz mit ihrem Entscheid einen Nichtigkeitsgrund gesetzt hätte, kann darauf nicht eingetreten werden (vgl. vorne Erw. 2).

Eine Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen, wonach über die Kautionshöhe sowie die Fragen der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung / Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters bereits rechtskräftig entschieden worden sei, es nunmehr nur noch darum gehe, ob die Erstinstanz wegen der Nichtleistung der Kautionsauflegung zu Recht auf die Klage nicht eingetre-

ten sei und der Rekurrent (Beschwerdeführer) diesbezüglich überhaupt nichts vorbringe (KG act. 2 Erw. 4), fehlt dagegen vollends. Auf die Beschwerde kann daher mangels genügender Begründung (vgl. oben Erw. 3) nicht eingetreten werden. Damit erübrigt es sich auch, auf die weitem verschiedenen Anträge zur Sache einzugehen (KG act. 1 S. 2 f.), da das Kassationsgericht lediglich im Falle einer Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde und Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides einen neuen Entscheid in der Sache selbst erlassen kann, wenn diese spruchreif ist, sonst aber den Prozess an die Vorinstanz zurückweist (§ 291 ZPO).

5. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO), wobei aufgrund des hohen Streitwertes sich vorliegend eine Reduktion unter einen Drittel der sich nach § 4 Abs. 1 der Gerichtsgebührenverordnung ergebenden Grundgebühr rechtfertigt (§ 4 Abs. 2 Gerichtsgebührenverordnung). Mangels Umtrieben ist von der Zurechnung einer Umtriebsentschädigung an den Beschwerdegegner abzusehen.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 5'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Dem Beschwerdegegner wird für das Kassationsverfahren keine Umtriebsentschädigung zugesprochen.
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. 2'285'105.79.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 24. Juli 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 den Einzelrichter im beschleunigten Verfahren des Bezirkes Zürich (FB070025), je gegen Empfangsschein, sowie an das Bundesgericht (ad 5A_606/2009).

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: