



---

Kass.-Nr. AA070082/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli, sowie der juristische Sekretär Lukas Künzli

## **Zirkulationsbeschluss vom 21. Mai 2008**

in Sachen

A.,

Beklagte, Appellatin und Beschwerdeführerin  
vertreten durch Rechtsanwalt [...]

gegen

B.,

Kläger, Appellant und Beschwerdegegner  
vertreten durch Fürsprecherin [...]

betreffend

**Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. April 2007 (LB060005/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Der Kläger forderte mit Eingabe vom 23. August 2004 von der Beklagten (seine Ehefrau) den Betrag von Fr. 700'000.– nebst Zins zu 5 % seit 2. Oktober 2003. Damit verlangte er den seiner Ehefrau in dieser Höhe angeblich schenkungsweise überlassenen Geldbetrag wieder zurück.

2. Die II. Abteilung des Bezirksgerichts Horgen wies die Klage mit Urteil vom 9. Dezember 2005 ab (vgl. OG act. 47).

3. Auf Berufung des Klägers hin hob die I. Zivilkammer des Obergerichts mit Beschluss vom 23. April 2007 das erstinstanzliche Urteil auf und wies die Sache an die Vorinstanz zurück mit dem Ersuchen, im Sinne der Erwägungen das Verfahren zu ergänzen und neu zu entscheiden (vgl. OG act. 75 = KG act. 2).

4. Gegen diesen Rückweisungsbeschluss legte die Beklagte (nachfolgend Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 29. Mai 2007 (KG act. 1) rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ein und verlangt die Aufhebung des obergerichtlichen Entscheids sowie die Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Horgen. In prozessualer Hinsicht stellt sie für das Kassationsverfahren den Antrag um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung (vgl. KG act. 1 S. 2). Mit Präsidialverfügung vom 30. Mai 2007 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (vgl. KG act. 5). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (vgl. KG act. 9). In seiner Beschwerdeantwort vom 2. Juli 2007 verlangt der Kläger (nachfolgend Beschwerdegegner) die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (vgl. KG act. 10 S. 2).

## II.

1. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vor, "materielles Bundesrecht (Bestimmungen des Schenkungsrechts)" verletzt sowie gegen "Art. 29 BV (über-spitzter Formalismus)" verstossen zu haben (vgl. KG act. 1 S. 5, Ziff. 6).

2. a) Mit Blick auf die Prüfungsbefugnis des Kassationsgerichts ist auf die in § 285 Abs. 1 ZPO statuierte Kompetenzausscheidung zwischen der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde und den bundesrechtlichen Rechtsmitteln hinzuweisen.

Nach § 285 Abs. 1 ZPO ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht zu-lässig, soweit der angefochtene Entscheid dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegt und dieses mit freier Kognition überprüfen kann, ob der geltend ge-machte Mangel vorliegt.

Die Kompetenzausscheidung von § 285 Abs. 1 ZPO galt nach der altrechtli-chen Rechtsprechung zum OG auch für Zwischenentscheide (z.B. eine Rückwei-sung des Obergerichts nach § 270 Satz 2 ZPO), sofern der Endentscheid der eid-genössischen Berufung (nach Art. 43ff. OG) unterlag (vgl. statt vieler: RB 1988 Nr. 63). Das bedeutete, dass das Kassationsgericht auch auf Rügen nicht eintrat, welche zwar nicht mittels eidgenössischer Berufung gegen den Zwischenent-scheid (oder prozessleitenden Entscheid) des Obergerichts beim Bundesgericht vorgebracht werden konnten, wohl aber mit der eidgenössischen Berufung gegen den Endentscheid der endgültigen Beurteilung durch das Bundesgericht unter-breitet werden konnten (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar ZPO ZH, Zürich 1997, N 12 und 12a zu § 285).

Nach Inkrafttreten des BGG besteht kein Anlass, von dieser altrechtlichen Rechtsprechung abzuweichen: Nach Art. 93 BGG sind Zwischenentscheide selbstständig mit Beschwerde anfechtbar, sofern die in Abs. 1 genannten Voraus-setzungen erfüllt sind. Ist die Beschwerde mangels Erfüllung dieser Vorausset-zungen nicht zulässig oder wurde von ihr keinen Gebrauch gemacht, so ist der betreffende Zwischenentscheid nach Abs. 3 von Art. 93 BGG mittels Beschwerde gegen den Endentscheid (mit-)anfechtbar, soweit er sich auf dessen Inhalt aus-

wirkt (vgl. VON WERDT, Bundesgerichtsgesetz [BGG], Bern 2007, N 18 zu Art. 93). Im vorliegenden Fall wird gegen ein (zukünftiges) obergerichtliches Urteil über die Forderungsklage mit einem Streitwert von Fr. 700'000.– die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht zulässig sein (vgl. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) und der interessierende Rückweisungsbeschluss des Obergerichts grundsätzlich (mit-)angefochten werden können. Verfahrenstechnisch gestaltet sich die Situation somit nicht anders als unter der Herrschaft des OG, weshalb die Kompetenzausscheidung nach § 285 Abs. 1 ZPO nach wie vor auch für Zwischenentscheide gilt.

Das Bundesgericht überprüft auf Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72ff. BGG) hin insbesondere eine behauptete Verletzung von Bundesrecht mit freier Kognition (vgl. Art. 95 lit. a BGG; vgl. SEILER, Bundesgerichtsgesetz [BGG], a.a.O., N 10 zu Art. 95). Unter den Begriff "Bundesrecht" im Sinne von Art. 95 lit. a BGG fällt neben dem Bundesgesetzesrecht auch das Bundesverfassungsrecht (vgl. 8C.76/2007 vom 6. Juli 2007 = BGE 133 I 201 ff.; 6B.613/2007 vom 11. Dezember 2007, E. 2.1). Für das vorliegende, gegen den Rückweisungsentscheid gerichtete Beschwerdeverfahren bedeutet das insbesondere, dass auf Rügen, mit welchen eine Verletzung des OR geltend gemacht wird, nicht eingetreten werden kann, und zwar auch nicht unter dem Titel der Verletzung klaren materiellen Rechts nach § 281 Ziff. 3 ZPO. Die Spezialbestimmung von § 285 ZPO geht § 281 ZPO vor (vgl. zuletzt: AA050141, Beschluss vom 18. Juli 2006, in Sachen T., E. II/2).

b) Weiter sind die allgemeinen Voraussetzungen für eine hinreichende Begründung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde darzulegen: Gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft, welche nach § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO in der Beschwerde nachgewiesen werden müssen (Rügeprinzip). Dies bedingt, dass sich die Beschwerde führende Partei konkret mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz auseinandersetzt und aufzeigt, dass bzw. aus welchen Gründen der behauptete Nichtigkeitsgrund vorliegt. Dabei sind auch die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Die Kassationsinstanz darf in den vorinstanzlichen Ak-

ten nicht nach den Grundlagen des geltend gemachten oder gar eines anderen Nichtigkeitsgrundes zu suchen (vgl. VON RECHENBERG, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 4f. zu § 288 ZPO mit Hinweisen).

3. a) Die Beschwerdevorbringen (KG act. 1 S. 5-17, Ziff. 7-23) erschöpfen sich weitgehend in einer behaupteten Verletzung von Bundesrecht, was eine Überprüfung derselben im vorliegenden Beschwerdeverfahren nach § 285 ZPO ausschliesst:

Die richtige Anwendung der Bestimmungen des Schenkungsrechts nach Art. 239 und 242 OR sowie der Bestimmung über die Vertragsauslegung nach Art. 18 Abs. 1 OR überprüft das Bundesgericht im Verfahren der Beschwerde in Zivilsachen mit freier Kognition. Soweit die Beschwerdeführerin diese bundesrechtlichen Bestimmungen als verletzt rügt (vgl. KG act. 1 S. 5, Ziff. 7; S. 7-8, Ziff. 10-11; S. 9-10, Ziff. 14; S. 10-11, Ziff. 15-16; S. 17, Ziff. 23 sowie KG act. 1 S. 16-17, Ziff. 22), kann auf die Vorbringen nicht eingetreten werden (§ 285 ZPO). Dabei spielt es wie gesagt keine Rolle, dass sich die Beschwerdeführerin auf § 281 Ziff. 3 ZPO (Verletzung klaren materiellen Rechts) beruft. Auch eine qualifiziert unrichtige Anwendung des OR stellt eine Verletzung desselben im Sinne von Art. 95 lit. a BGG dar.

Das Gleiche gilt, soweit die Beschwerdeführerin unter Anrufung von Art. 29 BV und § 285 Abs. 2 Satz 2 ZPO eine überspitzt formalistische Anwendung des OR geltend macht (vgl. KG act. 1 S. 9, Ziff. 13 a.E.; S. 12, Ziff. 17 a.E.). § 285 Abs. 2 Satz 2 ZPO erklärt zwar die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (u.a.) für stets zulässig, wenn eine Verletzung von Art. 29 BV geltend gemacht wird. Nach ständiger Praxis des Kassationsgerichts ist die Nichtigkeitsbeschwerde aber ungeachtet des (die ratio der Bestimmung nur unzureichend wiedergebenden) Wortlauts von § 285 Abs. 2 Satz 2 ZPO auch dann ausgeschlossen, wenn in der Beschwerde eine qualifiziert unrichtige Anwendung von Bundesrecht unter Anrufung von Art. 9 BV (Willkürverbot) geltend gemacht wird (vgl. ZR 105 Nr. 10, E. III/2b; ZR 106 Nr. 50 E. II/4g). Die hinsichtlich der Rüge der willkürlichen Anwendung von Bundesrecht entwickelte Rechtsprechung muss auch für Fälle der vor-

liegenden Art gelten, in welchen unter Anrufung von Art. 29 BV eine überspitzt formalistische Anwendung von Bundesrecht gerügt wird. Auch eine solchermaßen beanstandete Anwendung des Bundesrechts stellt eine Verletzung desselben (im Sinne von Art. 95 lit. a BGG) dar. Da dieser Mangel mit der zivilrechtlichen Beschwerde vor Bundesgericht geltend gemacht werden kann und dieses denselben mit freier Prüfungsbefugnis überprüft, entfällt auch diesfalls der Grund für eine Zulassung der Nichtigkeitsbeschwerde nach § 285 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Folglich kann auf diese Beschwerdepunkte ebenfalls nicht eingetreten werden.

Ob eine Tatsache im Rahmen der Rechtsanwendung rechtlich von Bedeutung, d.h. erheblich ist, bildet eine Rechtsfrage. Sie kann in Fällen, in welchen (wie vorliegend) bundesrechtliche Ansprüche zu prüfen sind, dem Bundesgericht im Verfahren der Beschwerde in Zivilsachen unterbreitet werden (Art. 72ff. BGG, § 285 ZPO). Sofern die Beschwerdeführerin die Auffassung des Obergerichts in solchen Fragen nicht teilen bzw. einen gegenteiligen Standpunkt vertreten sollte (vgl. insb. KG act. 1 S. 6, Ziff. 9; S. 9, Ziff. 13; S. 10-11, Ziff. 15; S. 11-12, Ziff. 17; S. 12, Ziff. 18, 1. Abschnitt; S. 17, Ziff. 23) kann daher auf die entsprechenden Beschwerdepunkte nicht eingetreten werden.

b) Unter dem Titel "Schenkungszeitpunkt" (vgl. KG act. 1 S. 11-16, Ziff. 17-21) nimmt die Beschwerdeführerin sodann Bezug auf die vorinstanzlichen Erwägungen auf S. 27-29 des angefochtenen Entscheids (vgl. KG act. 1 S. 4, Ziff. 5; S. 11-12, Ziff. 17) und wirft der Vorinstanz vor, sie verfalle dabei in willkürliche Beweiswürdigung, argumentiere überspitzt formalistisch und verletze klares materielles Recht (vgl. KG act. 1 S. 12, Ziff. 17 a.E.).

Die Vorinstanz stellte im interessierenden Zusammenhang zunächst fest, dass weder der Behauptung der Beschwerdeführerin noch den Ausführungen der Vorinstanz gefolgt werden könne, wenn diese erklären würden, die Schenkung in der Höhe von Fr. 700'000.– sei bereits 1996 im Zusammenhang mit dem Erwerb der ehelichen Liegenschaft erfolgt (vgl. KG act. 2 S. 27). Weiter gelangte sie zum Ergebnis, die Parteien seien sich bezüglich des Zwecks der Schenkungsurkunde nicht einig. Aufgrund der vorliegenden Akten könne diesbezüglich nicht abschliessend geurteilt werden. Vielmehr müsse hierzu der zuständige Notar-Stellvertreter

als Zeuge befragt werden, auf den sich denn auch beide Parteien berufen hätten. Insbesondere wäre auch zu klären gewesen, wer von den Parteien mit der Urkundsperson überhaupt Kontakt gehabt habe vor dem 6. August 2001, warum es zu den handschriftlichen Eintragungen im Vertragsentwurf des Beschwerdegegners gekommen sei, wie es zum Inhalt des Schreibens des Notars vom 31. Juli 2001 gekommen sei und welchen Zweck die Parteien überhaupt mit dieser Schenkungsurkunde verfolgt hätten (vgl. KG act. 2 S. 28/29).

Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt (vgl. KG act. 1 S. 11-16, Ziff. 17-21), ist aus verschiedenen Gründen nicht geeignet, um auf einen kantonalrechtlichen Nichtigkeitsgrund schliessen zu können. Die Beschwerdeführerin unterscheidet nicht zwischen Tat- und Rechtsfragen, sondern beruft sich in appellatorischer Weise im gleichen Kontext zugleich auf eine willkürliche Beweiswürdigung und eine Verletzung klaren materiellen Rechts (vgl. insb. KG act. 1 S. 11-12, Ziff. 17; S. 15, Ziff. 20, 3. Abschnitt). Somit bleibt unklar, was die Beschwerdeführerin genau rügen will und auf welche entscheidungswesentlichen Erwägungen des angefochtenen Entscheids sich ihre Rügen beziehen. Wie gesagt werden im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde nur hinreichend substantiierte Rügen geprüft und das Kassationsgericht darf nicht von sich aus nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes suchen. Die Frage, ob der Schenkungszeitpunkt hätte beweismässig abgeklärt werden müssen und damit als erheblich im Sinne von § 133 ZPO zu gelten habe (vgl. KG act. 1 S. 12, Ziff. 18), ist sodann bundesrechtlicher Natur und kann vorliegend nicht geprüft werden (vgl. § 285 ZPO). Das Gleiche gilt, soweit die Beschwerdeführerin die Durchführung eines Beweisverfahrens hinsichtlich des Zwecks der Schenkungsurkunde als überflüssig erachten sollte. Weiter rügt die Beschwerdeführerin (z.B.) nicht, eine Tatsachenbehauptung sei entgegen der vorinstanzlichen Auffassung nicht streitig geblieben bzw. die Durchführung eines Beweisverfahrens habe sich erübrigt, weil die Gegenpartei eine bestimmte Tatsachenbehauptung zugestanden habe. Indem die Beschwerdeführerin gestützt auf die bestehende Aktenlage statt dieser Rüge zu belegen versucht, dass der Beschwerdegegner den Betrag von Fr. 700'000.– für den Kauf der Liegenschaft in Schenkungsabsicht geleistet habe (vgl. KG act. 1 S. 5, Ziff. 8; vgl. auch S. 9-10, Ziff. 14; S. 12, Ziff. 18, 2.

Abschnitt; S. 11-16, Ziff. 17-21) und ihre diesbezügliche Auffassung den entscheidewesentlichen Erwägungen der Vorinstanz gegenüberstellt, vermag sie jedenfalls keinen Nichtigkeitsgrund darzutun.

Weitere Vorbringen, welche hinreichend konkret die Geltendmachung eines kantonalrechtlichen Nichtigkeitsgrundes erkennen lassen und/oder auf welche näher eingegangen werden muss, können der Beschwerde nicht entnommen werden.

4. Abschliessend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen vermochte. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann.

### III.

1. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin im vorliegenden Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (vgl. §§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO).

2. Der Beschwerdeführerin wurde in den vorinstanzlichen Verfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und in der Person von RA lic.iur. Thomas Blattmann ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt (vgl. OG act. 47 S. 30f., KG act. 2 S. 12).

Grundsätzlich gilt die im vorinstanzlichen Verfahren bewilligte unentgeltliche Prozessführung/Rechtsvertretung für das Rechtsmittelverfahren weiter. Die Rechtsmittelinstanz kann aber für ihr Verfahren einen selbstständigen Entscheid treffen (§ 90 Abs. 2 ZPO). Gemäss § 91 ZPO kann die erteilte Bewilligung auch zurückgezogen werden, falls die Voraussetzungen nach §§ 84/87 ZPO im Laufe des Prozesses dahinfallen. Erweist sich die Beschwerde als aussichtslos, ist es im Kassationsverfahren - anders als im Verfahren vor dem Sachrichter - zulässig, das Armenrecht rückwirkend, d.h. auch für die mit der Verfassung der Beschwerdeschrift verbundenen Aufwendungen, zu entziehen (ZR 97 Nr. 28).

Auf die Eingabe der Beschwerdeführerin konnte zu einem erheblichen Teil in Anwendung von § 285 ZPO nicht eingetreten werden. Daneben vermochte sie den Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde nach § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht zu genügen. Dies lässt die Nichtigkeitsbeschwerde an sich als von vornherein aussichtslos erscheinen. Da es im Bereich Tat- und Rechtsfragen um nicht einfache Abgrenzungsfragen geht und sich die prozessuale Situation - insbesondere hinsichtlich der Weiterzugsmöglichkeiten nach BGG - jedenfalls nicht einfach überblicken liess, erscheint im Beschwerdeverfahren ein rückwirkender Entzug der unentgeltlichen Prozessführung/Rechtsvertretung mangels genügender Erfolgsaussichten (noch) nicht als angezeigt. Da auch die übrigen Voraussetzungen (Mittellosigkeit [vgl. KG act. 1 S. 17-21, OG act. 47 S. 30f., KG act. 2 S. 12] und sachliche Notwendigkeit einer anwaltlichen Vertretung) zu bejahen sind, ist der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Prozessführung/Rechtsvertretung für das Kassationsverfahren zu gewähren bzw. nicht zu entziehen. Im Falle der Weitergeltung der unentgeltlichen Prozessführung/Rechtsvertretung bedarf es keines ausdrücklichen Entscheids.

Die Kosten des Kassationsverfahrens sind damit zufolge der der Beschwerdeführerin gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen (unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht nach § 92 ZPO) auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Beschwerdeführerin ist indessen zu verpflichten, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung zu bezahlen, da die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung von dieser Pflicht nicht entbindet.

Dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin ist aus der Gerichtskasse eine Entschädigung für seine Bemühungen und Auslagen im Kassationsverfahren zu entrichten (vgl. § 89 Abs. 2 ZPO).

3. 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. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf: Fr. 15'000.–.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt, jedoch zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 10'000.– zu entrichten.
5. Dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, RA Thomas Blattmann, wird für seine Bemühungen und Auslagen im Kassationsverfahren eine Entschädigung von Fr. 9'000.– (zuzüglich MWST) aus der Gerichtskasse ausbezahlt.
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. 700'000.–.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 23. April 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 und an die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: