



---

Kass.-Nr. AA040170/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Robert Karrer, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl und Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Daniela Brüscheiler

## Zirkulationsbeschluss vom 7. Februar 2005

in Sachen

X.,

Beklagter, Rekurrent und Beschwerdeführer

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

substituiert durch Anwaltssubstitut lic. iur. \_\_\_\_\_

gegen

Y.,

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. \_\_\_\_\_

betreffend **Eheschutz (unentgeltliche Prozessführung,  
unentgeltlicher Rechtsvertreter)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. Oktober 2004 (LP040124/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Mit Eingabe vom 6. Januar 2004 machte Y. ein Eheschutzbegehren betreffend Anordnung der Gütertrennung beim Bezirksgericht \_\_\_\_\_ anhängig (ER act. 1; vgl. zu einem früheren Eheschutzverfahren ER act. 4). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 30. März 2004 liess X. als Beklagter u.a. ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege stellen (ER act. 10). Nach Einreichung eines Vergleiches, mit welchem der Beklagte das klägerische Begehren um Anordnung der Gütertrennung anerkannte und seine übrigen Begehren mit Ausnahme des Gesuches um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zurückzog (ER act. 13), ordnete der Einzelrichter des Bezirksgerichtes \_\_\_\_\_ (Erstinstanz) mit Verfügung vom 17. August 2004 zwischen den Parteien per 30. Juni 2004 die Gütertrennung an und nahm davon Vormerk, dass die Parteien alle übrigen Anträge im Sinne der eingereichten Vereinbarung zurückgezogen hätten. Der Antrag des Beklagten auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wurde abgewiesen (ER act. 18 S. 7).

2. Der Beklagte liess gegen den Entscheid des Einzelrichters Rekurs erheben mit dem Antrag, Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung (Abweisung des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege) sei aufzuheben und es sei ihm für das erst- wie auch das zweitinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (OG act. 2 S. 2). Mit Beschluss vom 14. Oktober 2004 wies die I. Zivilkammer des Obergerichts (Vorinstanz) sowohl den Rekurs als auch das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung sowie um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters für das Rekursverfahren ab (OG act. 8 bzw. KG act. 2).

3. Gegen den Beschluss des Obergerichts liess X. (nachfolgend Beschwerdeführer) fristgerecht kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erheben mit dem Antrag, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben und es sei ihm sowohl für das erst-

und das zweitinstanzliche Verfahren wie auch für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen (KG act. 1 S. 2 f.).

Die Vorinstanz verzichtete ausdrücklich auf Vernehmlassung (KG act. 10). Y. (nachfolgend Beschwerdegegnerin) reichte keine Beschwerdeantwort ein.

## II.

1. a) Der Beschwerdeführer macht zusammengefasst geltend, die Vorinstanz habe im Zusammenhang mit der Beurteilung der Mittellosigkeit als Voraussetzung für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in verschiedener Hinsicht Nichtigkeitsgründe gesetzt.

b) Im Sinne einer Vorbemerkung ist auf die Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde hinzuweisen. 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 (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., 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. Aufl., Zürich 1986, S. 16 ff.).

c) Die Vorschriften über die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und der unentgeltlichen Rechtsverteidigung zählen ebenso zu den wesentlichen Verfahrensgrundsätzen wie der Grundsatz des Anspruches auf rechtliches Gehör und sind ein Ausfluss dieses letztgenannten Grundsatzes. Bezüglich der Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze prüft das Kassationsgericht im Rahmen der geltend gemachten Nichtigkeitsgründe (§ 290 ZPO) frei, ob im angefochtenen Entscheid von den zutreffenden Voraussetzungen ausgegangen worden ist (ZR 81 Nr. 12 E. 4 mit Hinweisen; RB 1987 Nr. 46).

2. a) Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, die Vorinstanz rechne ihm zu Unrecht keine Wohnkosten und keine damit zusammenhängenden Ausgaben an. Es sei nach Lehre und Rechtsprechung unzulässig, nur die freiwillig zu tief gehaltenen Wohnkosten zu berücksichtigen. Die von der Vorinstanz vertretene Auffassung hätte zudem zur Folge, ist der Beschwerdeführer der Meinung, dass er die für einen in Scheidung stehenden 27jährigen Mann grundsätzlich unzumutbare Wohnsituation – der Beschwerdeführer wohne bei den Eltern - nicht nur während der Dauer des Verfahrens, sondern auch noch danach beibehalten müsste (KG act. 1 S. 5 ff.).

b) Die Vorinstanz hielt fest, die Situation bei der Beurteilung der Mittellosigkeit sei eine andere als diejenige bei der Berechnung von Unterhaltsrenten. Bei der Berechnung von Unterhaltsrenten könne sich beispielsweise rechtfertigen, derjenigen Partei, welche ihre Wohnkosten durch Belegung einer an sich nicht angemessenen Wohnung und damit durch übermässige Einschränkung des Lebensstandards freiwillig tief halte, hierfür denjenigen Betrag zuzubilligen, den sie verbrauchen dürfte. Das Institut des Armenrechts sei demgegenüber Ausfluss von Art. 29 BV und solle verhindern, dass jemand aus finanziellen Gründen seine Rechte nicht wahrnehmen könne. Es stelle sich folglich nur die Frage, ob jemand über die nötigen Mittel verfüge, um für die Prozesskosten aufzukommen. Da diese regelmässig nur während einem befristeten Zeitraum anfallen würden, sei es einer Partei zuzumuten, vorübergehend auf den gewohnten Lebensstandard zu

verzichten. Wenn einer Partei aber schon zugemutet werden könne, ihre bisherigen Auslagen zwecks Finanzierung eines Prozesses einzuschränken, könne umso mehr von ihr verlangt werden, ihre bis anhin freiwillig tief gehaltenen Lebenshaltungskosten für die Dauer des Verfahrens beizubehalten. Dies insbesondere dann, wenn eine Partei ihre Auslagen über längere Zeit freiwillig auf tiefem Niveau gehalten habe. Der impliziten Ansicht von Frank/Sträuli/Messmer, wonach - unter Hinweis auf ZR 87 Nr. 114 - die Berücksichtigung eines hypothetischen Notbedarfs auch bei der Prüfung der Mittellosigkeit nach § 84 ZPO zulässig sei, könne daher nicht beigespflichtet werden (KG act. 2 S. 5 f.). Bei der konkreten Berechnung des monatlichen Grundbedarfs berücksichtigte die Vorinstanz sodann Fr. 1'000.-- (Grundbetrag) für in Haushaltsgemeinschaft mit erwachsenen Personen lebende Schuldner, im Übrigen jedoch keine Auslagen im Zusammenhang mit sonstigen Wohnkosten. Dazu erwog sie, der Beschwerdeführer wohne unbestritten seit Januar 2003 bei seinen Eltern. Die Argumentation des Rechtsvertreters, dass dieser Zustand nicht von Dauer sein könne und dem Beschwerdeführer deshalb ein hypothetischer Mietzins von Fr. 1'000.-- anzurechnen sei, stosse aus zweierlei Gründen ins Leere: Einerseits könne eine schon über anderthalb Jahre dauernde kontinuierliche Wohnsituation schwerlich als "vorübergehend" bezeichnet werden, andererseits sei es dem Beschwerdeführer zuzumuten, vorübergehend seine bis anhin freiwillig tief gehaltenen bzw. gänzlich wegfallenden Wohnkosten für die Dauer des Verfahrens beizubehalten, um für die während einem befristeten Zeitraum anfallenden Prozesskosten aufzukommen. Dem Beschwerdeführer seien deshalb keine Wohnkosten anzurechnen, zumal er nach eigenen Angaben seiner Mutter keinen Mietzins zahlen müsse. Dass dies heute anders wäre, mache er nicht geltend (KG act. 2 S. 8 f.).

c) Richtig ist, dass im Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung unter Hinweis auf ZR 87 Nr. 114 festgehalten wird, es sei zulässig, einer Partei bei der Berechnung ihres Notbedarfes nicht die tatsächlichen, freiwillig zu tief gehaltenen Wohnungskosten, sondern denjenigen Betrag anzurechnen, den sie an sich verbrauchen dürfte (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 84 ZPO). Un-erwähnt bleibt jedoch, dass sich diese Rechtsprechung sowohl in dem erwähnten Entscheid ZR 87 Nr. 114 als auch in den dort erwähnten früheren Entscheiden

des Kassationsgerichts (Kass.-Nr. 251/86, Entscheid vom 6. November 1986 i.S. Sch., Erw. 3b; Kass.-Nr. 209/83, Entscheid vom 3. Oktober 1983 i.S. B., Erw. 3 m.H. auf Kass.-Nr. 137/83, Entscheid vom 23. Juni 1983 i.S. Sch., Erw. 2) auf die Notbedarfsberechnung als Grundlage für die Festlegung von Unterhaltsbeiträgen bezog. Begründet wurde dies damit, dass ein hypothetischer Notbedarf gleichermaßen Berücksichtigung finden müsse wie ein aus selbst zu vertretenden Gründen nicht erzieltetes Einkommen. Dem erwähnten Entscheid vom 6. November 1986 lässt sich zudem entnehmen, dass diese Praxis zumindest bei guten Einkommensverhältnissen gerechtfertigt sei. Dass bei der Beurteilung der Mittellosigkeit als Voraussetzung für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bei freiwillig tief gehaltenen Wohnkosten zwingend von einem hypothetischen Betrag ausgegangen werden müsste, geht aus keinem der Entscheide hervor. Hinzu kommt, dass bei der Prüfung der Mittellosigkeit eine selbstverschuldete Mittellosigkeit (und damit Rechtsmissbrauch) nur anzunehmen ist, wenn der Gesuchsteller gerade im Hinblick auf den zu führenden Prozess auf einen Erwerb verzichtet hat (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14a zu § 84 ZPO mit Hinweis auf BGE 104 Ia 31). Ein hypothetisches Einkommen wird deshalb nur zurückhaltend anzurechnen sein, weshalb sich ein Ausgleich mittels Anrechnung hypothetischer Auslagen auch nicht aufdrängt.

Bei der Beurteilung der Mittellosigkeit ist sodann daran zu erinnern, dass davon ausgegangen wird, der Gesuchsteller habe sämtliche eigenen Hilfsmittel zur Finanzierung des Prozesses auszuschöpfen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 11 zu § 84 ZPO). Dazu gehört beispielsweise auch, dass von einem Grundeigentümer verlangt werden kann, einen Kredit auf sein Grundstück aufzunehmen, soweit dieses noch belastet werden kann (BGE 119 Ia 11). Bereits daraus erhellt, dass von einem Gesuchsteller durchaus eine besondere Anstrengung zur Finanzierung von Prozesskosten erwartet werden kann. Hinzu kommt, dass die Ermittlung des betriebsrechtlichen Existenzminimums auf Grund der effektiven Verhältnisse zu erfolgen hat. Es dürfen in der Regel nur effektiv zu zahlende und effektiv bezahlte Verpflichtungen aufgerechnet werden (Alfred Bühler, Die Prozessarmut, in Chr. Schöbi [Hrsg.], Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, SWR 3, Bern 2001, S. 162 ff.; BGE 121 III 22 f.;

112 III 19, insb. S. 22). Von diesem Grundsatz in Bezug auf die Frage der Mittellosigkeit abzuweichen, besteht kein Anlass. Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, fallen Prozesskosten regelmässig nur über einen befristeten Zeitraum an. Dies gilt insbesondere im vorliegenden Fall, wo es sich um ein summarisches Verfahren handelt und sich die Parteien in der Sache bereits vor dem Eheschutzrichter des Bezirksgerichtes geeinigt hatten.

Nicht ersichtlich ist im Weiteren, inwiefern sich die derzeitige Wohnsituation als unzumutbar erweisen würde. Es mag wohl zutreffen, dass ein 27jähriger Mann in der Regel nicht mehr bei den Eltern wohnen wird; eine Unzumutbarkeit liegt jedoch allein aufgrund des Alters des Beschwerdeführers nicht vor. Dass die Situation ungewöhnlich ist, bedeutet nicht per se, dass sie auch unzumutbar ist. Andere Umstände, welche eine Unzumutbarkeit begründen könnten (z.B. äusserst beengte Platzverhältnisse in der elterlichen Wohnung) werden in der Beschwerde nicht dargetan. Damit ist aber auch dem weiteren Einwand des Beschwerdeführers, er müsste zur Begleichung der Prozesskosten wohl noch mehr als ein Jahr in der bisherigen unzumutbaren Wohnsituation ausharren, der Boden entzogen.

Damit ergibt sich, dass die Vorinstanz keinen Nichtigkeitsgrund gesetzt hat, wenn sie bei der Berechnung des Notbedarfs des Beschwerdeführers entsprechend seiner tatsächlichen Situation keine Wohnkosten und keine damit zusammenhängenden Ausgaben berücksichtigte.

3. a) Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, grundsätzlich sei nach herrschender Lehre und Rechtsprechung der Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches massgebend für die Beurteilung der Mittellosigkeit. Die Vorinstanz habe zu Unrecht berücksichtigt, dass sich bezüglich der Leasingraten und der Lohnpfändung die tatsächlichen Verhältnisse während des laufenden Verfahrens verbessert hätten. Es bestehe keine Meinung dahingehend, dass dem Gesuchsteller allfälliges künftig erzielbares Einkommen angerechnet werden könne, und er Gerichts- und Anwaltskosten nach Abschluss des Prozesses privat beim Anwalt in Raten abzustottern habe. Komme der Gesuchsteller künftig zu Vermögen, so sei der Staat auf die Nachzahlungspflicht im Sinne von § 92 ZPO verwiesen. Zumindest im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Verfügung habe die Verpflichtung zur

Zahlung der Leasingraten wie auch die Lohnpfändung noch bestanden, was die Vorinstanz bei der Berechnung des Existenzminimums hätte beachten müssen (KG act. 7 f.).

b) Die Vorinstanz erwog mit Hinweis auf BGE 122 I 5 ff. und ZR 90 Nr. 57, grundsätzlich sei über das prozessuale Armenrechtsgesuch gestützt auf die gesamte finanzielle Situation des Gesuchstellers im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches zu entscheiden. Hiervon gebe es zwei Ausnahmen. Diese würden einerseits veränderte Verhältnisse in einem laufenden Verfahren beschlagen. So sei eine Verschlechterung der finanziellen Verhältnisse des Gesuchstellers im genannten Zeitraum insofern beachtlich, als sie zur Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung ab einem späteren Zeitpunkt als demjenigen der Gesuchstellung führen könne. Umgekehrt sei bei der Prüfung der Mittellosigkeit die finanzielle Situation des Gesuchstellers im Zeitpunkt des Entscheides massgebend, wenn nicht unmittelbar nach Eingang über das Armenrechtsgesuch einer Partei entschieden und sich die Verhältnisse während des laufenden Verfahrens verändert hätten. Ferner dürfe der zweitinstanzliche Richter auf verbesserte Verhältnisse, welche nach Abschluss des Hauptverfahrens eingetreten seien, abstellen. Dies erkläre sich aus dem Grundsatz, wonach das Gericht die Partei, welche nachträglich in günstige wirtschaftliche Verhältnisse komme, zur Nachzahlung verpflichten könne. Hingegen lasse sich eine Berücksichtigung von nach Abschluss des Hauptverfahrens eingetretenen negativen Veränderungen nicht rechtfertigen. Ein davon betroffener Gesuchsteller sei auf die Möglichkeit zu verweisen, bei der zuständigen Gerichtskasse um Zahlungsaufschub oder Zahlungserlass nachzusehen (KG act. 2 S. 4 f.).

Im Zusammenhang mit den konkret geltend gemachten Auslagen führt die Vorinstanz sodann aus, gemäss unbestrittenen Aussagen der Beschwerdegegnerin sei im August 2004 die letzte Leasingrate fällig gewesen, deren Höhe im Übrigen ausgewiesen sei. Der Beschwerdeführer lasse geltend machen, dass die Leasingraten in seinem Notbedarf zu berücksichtigen seien, da der Leasingvertrag zum Zeitpunkt der Stellung des Armenrechtsgesuchs noch gelaufen sei und er daraus nicht einfach habe aussteigen können. Dem sei zu entgegnen, dass

zum Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheids die letzte Leasingrate unbestritten bereits fällig gewesen sei. Damit sei beim Beschwerdeführer während des laufenden Verfahrens eine Verbesserung der finanziellen Verhältnisse eingetreten, weshalb bei der Prüfung der Mittellosigkeit die finanzielle Situation des Gesuchstellers im Zeitpunkt des Entscheides massgebend sei. Dies sei ein Ausfluss aus der Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO. Der Vorderrichter habe demnach zutreffend keinen Betrag für die während des Verfahrens angefallenen Leasingraten in den Notbedarf des Beschwerdeführers eingerechnet (KG act. 2 S. 10 f.). Dasselbe gelte auch, so die Vorinstanz weiter, für die einjährige Lohnpfändung, welche von August 2003 bis August 2004 gelaufen sei. Auch diese Verpflichtung habe zum Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheids für den Beschwerdeführer nicht mehr bestanden, weshalb dieser Betrag nicht in seinem Notbedarf zu berücksichtigen gewesen sei (KG act. 2 S. 11).

c) Über das Armenrechtsgesuch ist grundsätzlich aufgrund der Verhältnisse zu entscheiden, die im Zeitpunkt seiner Einreichung gegeben sind. Es ist also unzulässig, den Entscheid über das Armenrechtsgesuch für einen zunächst nicht aussichtslos erscheinenden Prozess bis zu den gerichtlichen Beweiserhebungen hinauszuschieben und bei nachträglich zu Tage tretender Aussichtslosigkeit das Armenrecht für das ganze Verfahren zu verweigern, denn es gehört zum Wesen eines Prozesses, dass sich die Erfolgsaussichten nach der Beweisabnahme klären (BGE 101 Ia 35 ff.).

Hinsichtlich der finanziellen Voraussetzungen besteht dagegen kein (verfassungsrechtlicher) Anspruch darauf, dass die Bedürftigkeit ausschliesslich nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zur Zeit der Einreichung des Gesuchs beurteilt wird (ZR 98 Nr. 35; BGE 122 I 7). Fallen die finanziellen Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung oder Vertretung nämlich im Laufe des Prozesses dahin, kann das Gericht gemäss § 91 ZPO die erteilte Bewilligung zurückziehen (vgl. auch BGE 101 Ia 37 f.). Um unnötigen Mehraufwand (zunächst Bewilligung, dann auf Grund verbesserter finanzieller Verhältnisse Entzug bzw. Rückforderung nach § 92 ZPO) zu vermeiden, kann das Gericht

daher auf den Zeitpunkt des Entscheides abstellen (ZR 98 Nr. 35; Kass.-Nr. 2000/052, Entscheid vom 29. November 2000 i.S. G., Erw. III.7).

Nach dem Gesagten ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz einen Nichtigkeitsgrund gesetzt hätte, wenn sie das Wegfallen von Zahlungsverpflichtungen des Beschwerdeführers bei der Berechnung des Notbedarfes berücksichtigte. Soweit der Beschwerdeführer darüber hinaus einwendet, die obergerichtliche Begründung sei widersprüchlich, weil einerseits bei den Wohnkosten eine nahe liegende, berechnete künftige Entwicklung nicht beachtet, bei der Lohnpfändung dagegen auf eine solche potentielle Entwicklung abgestellt werde, so ist auf diesen Einwand nicht einzutreten. Der Beschwerde kann nicht entnommen werden, dass und inwiefern der Beschwerdeführer konkret eine Änderung bezüglich seiner Wohnsituation plane oder aus welchen Aktenstellen sich solches ergeben hätte. Im Übrigen stellte die Vorinstanz bezüglich der Lohnpfändung nicht auf eine potenzielle Entwicklung, sondern auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Entscheides ab.

4. a) Schliesslich bringt der Beschwerdeführer vor, das Obergericht habe ohne jede Grundlage angenommen, er unterliege ab September 2004 keiner Lohnpfändung mehr. Der im Kassationsverfahren eingereichten Abrechnung der Arbeitslosenkasse für September 2004, welche der Beschwerdeführer am 31. August 2004 naturgemäss nicht habe einreichen können, sei zu entnehmen, dass er auch künftig einer Lohnpfändung unterliege. Die Lohnpfändung wäre deshalb jedenfalls zu berücksichtigen gewesen. Indem die Vorinstanz dies nicht getan habe, habe sie einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO verletzt. Überdies hätte die Vorinstanz darüber Beweis führen müssen bzw. hätte sie den Beschwerdeführer auffordern müssen, den Beleg der Arbeitslosenkasse für September 2004 einzufordern. Die Vorinstanz habe durch ihre Unterlassungen den Grundsatz, dass über erhebliche Tatsachen Beweis zu führen sei, und den Grundsatz des Anspruches auf rechtliches Gehör verletzt (KG act. 2 S. 8 f.)

b) Das Beschwerdeverfahren stellt, wie schon unter vorstehender Ziff. II.1.b erwähnt, keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen

ist, ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO leidet. Daher sind neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig (vgl. Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4a zu § 288 ZPO mit Hinweisen; Spühler/Vock, a.a.O., S. 56f., 75).

c) Soweit der Beschwerdeführer seine Rüge auf die mit der Beschwerde eingereichten Unterlagen (KG act. 4/4) stützt, kann auf diese Vorbringen nicht eingetreten werden, da erst im Kassationsverfahren eingereichten Unterlagen als Noven nicht zuzulassen sind.

Wenn der Beschwerdeführer zudem einwendet, die Vorinstanz hätte sich zu weiteren Abklärungen veranlasst sehen müssen, so erweist sich diese Rüge als unbegründet, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann. Der Beschwerdeführer legt nicht dar, aufgrund welcher Aktenstellen, insbesondere welcher Ausführungen in der Rekursbegründung, die Vorinstanz von einer weiteren Pfändung hätte ausgehen müssen. Allein aufgrund einer einmal eingereichten Pfändungsurkunde musste sich die Vorinstanz nicht veranlasst sehen, ohne entsprechende Ausführungen des Beschwerdeführers weitere Abklärungen zu tätigen.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO nachgewiesen hat. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann.

### III.

Der Beschwerdeführer beantragt, es sei ihm für das Kassationsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwalt \_\_\_\_\_ einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen (KG act. 2 S. 2).

1. Gemäss § 84 Abs. 1 ZPO und § 87 ZPO sowie Art. 29 Abs. 3 BV hat eine Partei, der die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Gerichtskosten aufzubringen, in einem für sie nicht aussichtslosen Zivilprozess Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung und auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters; letzteres allerdings nur, sofern sie zur gehörigen Führung des Prozesses eines solchen bedarf (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 ff. zu § 84 ZPO und N 1 f. zu § 87 ZPO; zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung vgl. statt vieler Kley-Struller, Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, AJP 2/95, S. 179 ff. mit weiteren Hinweisen.). Es gilt mit der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters zu verhindern, dass jemand aus finanziellen Gründen seine Rechte nicht wahrnehmen kann. Es stellt sich bei der Überprüfung der Mittellosigkeit somit die Frage, ob jemand über die nötigen Mittel verfügt, um für die Kosten des Prozesses aufzukommen. Da diese regelmässig nur während eines beschränkten Zeitraums anfallen, ist es einer Partei zuzumuten, vorübergehend auf den gewohnten Lebensstandard zu verzichten (ZR 96 Nr. 11). Eine Partei muss aber in der Lage sein, die Prozesskosten innert nützlicher Frist - gegebenenfalls in Raten - zu tilgen, ansonsten ihr die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen ist (Kass.-Nr. 99/009 = RB 1999 Nr. 77). Massgebender Zeitpunkt für die Frage der Bedürftigkeit ist - wie bereits erwähnt - derjenige der Entscheidung (ZR 98 Nr. 35; Kass.-Nr. 2000/052 Z, Entscheid vom 29. November 2000 i.S. G., Erw. III.7).

2. Die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers ist für das Beschwerdeverfahren - die mit der Beschwerde eingereichten Unterlagen (KG act. 4/4) sind hiezu zu berücksichtigen - zu bejahen. Nach der Praxis des Kassationsgerichtes kann sodann eine Nichtigkeitsbeschwerde, welche sich auf den aktuellen Standardkommentar zur Zivilprozessordnung berufen kann, nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Dies ist vorliegend in Bezug auf die Frage nach der Anrechnung hypothetischer Wohnkosten bei freiwillig tief gehaltenen Auslagen der Fall (vgl. vorstehend Ziff. II.2.c). Die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sind damit für das Kassationsverfahren erfüllt. Demzufolge ist dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

#### IV.

1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Rechtspflege indes einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Beschwerdegegnerin hat sich am Kassationsverfahren nicht beteiligt. Demzufolge ist ihr keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

2. Dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ist für seine Bemühungen und Auslagen im vorliegenden Kassationsverfahren eine nach den Vorschriften der AnwGebV zu bemessende Entschädigung aus der Gerichtskasse auszurichten (§ 89 Abs. 2 ZPO; § 15 Abs. 1 AnwGebV; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 9 zu § 89 ZPO).

3. Der Beschwerdeführer wird darauf hingewiesen, dass er zur Nachzahlung der ihm erlassenen Gerichtskosten und der aus der Gerichtskasse bezahlten Entschädigung an seinen unentgeltlichen Rechtsvertreter verpflichtet werden kann, wenn er in günstige wirtschaftliche Verhältnisse kommt (§ 92 ZPO).

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

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 300.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 329.-- Schreibgebühren,  
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung

einstweilen auf die Gerichtskasse genommen, unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO.

4. Prozessentschädigungen werden für das Kassationsverfahren keine zugesprochen.
5. Der unentgeltliche Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt \_\_\_\_\_, wird für seine Bemühungen und Aufwendungen im Kassationsverfahren mit Fr. 800.-- (inklusive Mehrwertsteuer und Barauslagen) aus der Gerichtskasse entschädigt. Auch diesbezüglich bleibt eine Nachzahlungspflicht des Beschwerdeführers gemäss § 92 ZPO vorbehalten.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie das Bezirksgericht \_\_\_\_\_ (. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: