



Kass.-Nr. AA070167/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Georg Naegeli sowie die juristische Sekretärin Michaela Bürger

Zirkulationsbeschluss vom 29. Juli 2008

in Sachen

X.,

...

Aberkennungskläger, Rekurrent und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Y.,

...

Aberkennungsbeklagter, Rekursgegner und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwältin

betreffend

unentgeltliche Prozessführung / Kautions

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. September 2007 (LN070041/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Entscheid vom 14. August 2006 erteilte der Präsident III des Amtsgerichts _____ dem Beschwerdegegner (Beklagter und Rekursgegner) in der gegen den Beschwerdeführer (Kläger und Rekurrent) geführten Betreibung Nr. 20513780 des Betreibungsamtes _____ für den Betrag von Fr. 1'000'000.– nebst 6% Zins seit 6. September 2005 sowie für Fr. 272'225.35 provisorische Rechtsöffnung (BG act. 3/1 S. 16). Ein gegen diesen Entscheid erhobener Rekurs des Beschwerdeführers wurde vom Obergericht des Kantons Luzern mit Entscheid vom 13. November 2006 unter Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheids abgewiesen (BG act. 3/2 S. 7).

2. a) In der Folge reichte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 6. Dezember 2006 beim Bezirksgericht _____ Klage ein, wonach die Forderung, für welche gemäss Entscheiden des Präsidenten III des Amtsgerichts _____ vom 14. August 2006 und des Obergerichts des Kantons Luzern vom 13. November 2006 Rechtsöffnung erteilt worden war, abzuerkennen sei (BG act. 1 S. 2).

b) Aufgrund gegen den Beschwerdeführer bestehender Verlustscheine verpflichtete die 8. Abteilung des Bezirksgerichts _____ diesen mit Beschluss vom 26. Februar 2007 gestützt auf § 73 Ziff. 3 ZPO zur Leistung einer streitwertabhängigen Prozesskaution in der Höhe von Fr. 70'000.–, ansonsten auf die Klage nicht eingetreten werde (BG act. 16 S. 2).

c) Mit Eingabe vom 14. März 2007 stellte der Beschwerdeführer den Antrag, es sei ihm gestützt auf § 84 Abs. 1 ZPO die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und er sei dementsprechend von der Leistung einer Prozesskaution zu befreien (BG act. 18 S. 1), worauf ihm die Erstinstanz mit Beschluss vom 19. März 2007 die mit Beschluss vom 26. Februar 2007 angesetzte Frist zur Leistung einer Prozesskaution einstweilen wieder abnahm (BG act. 20 S. 2).

d) Das Gesuch des Beschwerdeführer um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wurde in der Folge mit Beschluss der 8. Abteilung des Bezirksgerichts _____ vom 29. Mai 2007 mangels Glaubhaftmachung der Mittellosigkeit abgewiesen. Dementsprechend setzte die Erstinstanz die Frist zur Leistung der Prozesskaution in der Höhe von Fr. 70'000.– neu an, unter der Androhung, dass bei Säumnis auf die Klage nicht eingetreten werde (BG act. 28 = OG act. 3).

3. a) Gegen den Beschluss der Erstinstanz vom 29. Mai 2007 erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 12. Juni 2007 Rekurs. Er beantragte, es sei ihm in Aufhebung von Dispositivziffer 1 des angefochtenen Beschlusses die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und er sei in Aufhebung von Dispositivziffer 2 des angefochtenen Beschlusses von der Leistung einer Prozesskaution zu befreien, wobei ihm die entsprechende Zahlungsfrist abzunehmen sei (OG act. 2 S. 2).

b) Die Vorinstanz wies den Rekurs des Beschwerdeführers mit Beschluss vom 28. September 2007 vollumfänglich ab und bestätigte den Beschluss des Bezirksgerichts _____, 8. Abteilung, vom 29. Mai 2007. Es verpflichtete den Beschwerdeführer, die Kautions in der Höhe von Fr. 70'000.– in monatlichen Raten von mindestens Fr. 7'000.– zu bezahlen, zahlbar erstmals per 1. November 2007. Komme der Beschwerdeführer mit einer Ratenzahlung in Verzug, so werde auf die Klage betreffend Aberkennung nicht eingetreten (OG act. 10 S. 13).

4. a) Gegen den vorgenannten obergerichtlichen Beschluss der I. Zivilkammer vom 28. September 2007 - dessen Beschwerdefähigkeit (als Rekursentscheid, der zufolge Anfechtung eines prozessleitenden Entscheids der Erstinstanz ergangen ist) ausser Frage steht (vgl. § 281 ZPO) - richtet sich die vorliegende, vom 30. Oktober 2007 datierte, gleichentags zur Post gegebene und damit rechtzeitig (vgl. § 287 ZPO und §§ 191-193 GVG) erhobene Nichtigkeitsbeschwerde mit folgenden Anträgen (KG act. 1 S. 2 f.):

- "1. Der Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichtes Zürich vom 28. September 2007 sei vollumfänglich aufzuheben.

2. Es sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen.
3. Eventualiter sei der Beschwerdeführer von der Leistung einer Prozesskaution zu befreien, subeventualiter seien die Prozesskaution auf Fr. 20'000.– herabzusetzen, monatliche Ratenzahlungen von Fr. 2'000.– zu bewilligen und die Zahlungsfristen neu anzusetzen.
4. Im Falle einer Bestätigung der Prozesskaution von Fr. 70'000.– seien dem Beschwerdeführer monatliche Ratenzahlungen von Fr. 2'000.– zu bewilligen und die Zahlungsfristen neu anzusetzen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren.

Gestützt auf § 82 ZPO stelle ich sodann den prozessualen Antrag:

Es sei der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen und dementsprechend die Zahlungsfrist für die Leistung von monatlichen Raten von Fr. 7'000.– abzunehmen."

b) Mit Präsidialverfügung vom 1. November 2007 wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen und der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5). Eine Kautionsleistung war dem Beschwerdeführer nicht aufzuerlegen (vgl. § 75 Abs. 2 ZPO).

c) Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung zur Beschwerde ausdrücklich verzichtet (KG act. 9). Hingegen ist seitens des Beschwerdegegners innert hierfür angesetzter Frist eine Beschwerdeantwort eingegangen, mit welcher dieser die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde beantragt; eventualiter sei die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung auf die Gerichtskosten sowie die anteilmässige Kautionsleistung für die Gerichtskosten zu beschränken (KG act. 10 S. 2). Diese Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer zugestellt (KG act. 11). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten im vorliegenden Verfahren nicht.

II.

1. a) Die Vorinstanz verwies zunächst auf die von der Erstinstanz zutreffend wiedergegebenen rechtlichen Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung. Danach nahm sie Bezug auf die Feststellung der Erstinstanz, wonach auf Seite des Beschwerdeführers den privaten Schulden Vermögenswerte in der Höhe von mindestens Fr. 338'530.– gegenüberstehen würden. Dieser Beurteilung könne aus verschiedenen Gründen nicht gefolgt werden, weshalb die darauf basierende Argumentation der ersten Instanz in sich zusammenfalle und das daraus gefolgerte Fehlen der Mittellosigkeit des Beschwerdeführers unbegründet bleibe (KG act. 2 S. 3 - 5).

Zur Begründung ihres eigenen Entscheids erwog die Vorinstanz sodann, dass die Pflicht des Staates zur Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung der Unterhaltspflicht aus dem Familienrecht nachgehe. Die familienrechtliche Pflicht (Beistandspflicht; Art. 159 Abs. 3 ZGB), die Prozesskosten des anderen Ehegatten mitzufinanzieren, bedeute, dass der prozessuale Zwangsbedarf eines Beschwerdeführers, der mit seinem Ehegatten in einer Haushaltsgemeinschaft lebe, anhand einer Gesamtrechnung zu ermitteln sei. Die ein Gesuch [Anmerkung des Kassationsgerichts: um Gewährung des Armenrechts] stellende Partei solle mit dem ihr verbleibenden Überschuss in der Lage sein, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskostenvorschüsse innert absehbarer Zeit zu leisten. Dabei sollte es der monatliche Überschuss ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen innert einem Jahr, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen (KG act. 2 S. 5 - 6).

Alsdann stellte die Vorinstanz fest, dass beim Beschwerdeführer von einem jährlichen Einkommen von Fr. 25'000.– auszugehen sei. Auf Seiten der Ehefrau des Beschwerdeführers seien zum jährlichen Einkommen von Fr. 121'782.– der Liegenschaftenertrag aus Fremdvermietung im Umfang von Fr. 37'200.– sowie ein Wertschriftenertrag von rund Fr. 19'100.– hinzuzuzählen. Das Gesamteinkommen der Familie des Beschwerdeführers belaufe sich somit

auf Fr. 203'082.–, woraus sich ein monatliches Gesamteinkommen von gerundet Fr. 16'924.– ergebe (KG act. 2 S. 6 - 9).

Hinsichtlich der Bedarfseite hielt die Vorinstanz vorab fest, dass die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Schulden keine Berücksichtigung finden könnten. Der Beschwerdeführer habe weder im vorinstanzlichen noch im Rekursverfahren den Nachweis erbracht, dass er den geltend gemachten finanziellen Verpflichtungen auch tatsächlich und regelmässig nachkomme. Sodann hielt die Vorinstanz fest, dass über den Bedarf der Familie des Beschwerdeführers anhand der eingereichten Akten und den Behauptungen des Beschwerdeführer keine genauen Angaben gemacht werden könnten. Es sei jedoch auszuschliessen, dass vom monatlichen Gesamteinkommen von Fr. 16'924.– nach Abzug eines durchschnittlichen im Armenrechtsverfahren zu berücksichtigenden Gesamtbedarfs einer dreiköpfigen Familie, in welchem die Schulden der Eheleute gerade eben nicht berücksichtigt würden, zu wenig Geld für die Bezahlung der Gerichtskosten übrig bleibe (KG act. 2 S. 9 - 10).

Schliesslich stellte die Vorinstanz fest, dass dem Beschwerdeführer zum heutigen Zeitpunkt die finanziellen Mittel fehlen würden, um die gesamte - gestützt auf den Streitwert berechnete - Prozesskaution von Fr. 70'000.– zu leisten. Es bleibe dem Beschwerdeführer damit nichts anderes übrig, als die Prozesskaution aus seinem monatlichen Überschuss in Raten zu bezahlen. Dieser monatliche Überschuss des Beschwerdeführers könne lediglich geschätzt werden. In Anbetracht eines Gesamteinkommens von Fr. 16'924.– würden sich aber monatliche Raten im Betrag von Fr. 7'000.– als angemessen erweisen. Damit habe der Beschwerdeführer zehn Monate lang abzuwarten, bis die Aberkennungsklage weiter vorangetrieben werden könnte, was als zumutbar erscheine.

Aus all den genannten Gründen sei das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Hinblick auf die Gerichtskosten abzuweisen, ebenso sei das Gesuch des Beschwerdeführers um teilweise Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung bzw. Befreiung von der Prozesskaution abzuweisen (KG act. 2 S. 11 - 12).

b) Der Beschwerdeführer macht (zusammengefasst) geltend, die Vorinstanz habe seine Bedürftigkeit bzw. Mittellosigkeit in willkürlicher Weise verneint und damit sein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung zu Unrecht abgewiesen. Zu Unrecht sei die Vorinstanz von einer Beistandspflicht der Ehefrau des Beschwerdeführers im Aberkennungsprozess ausgegangen. Im Weiteren sei der Umstand missachtet worden, dass die Ehefrau weder zu entsprechenden Zahlungen bereit noch dazu in der Lage sei. Bei der Bestimmung des Einkommens der Familie des Beschwerdeführers habe die Vorinstanz sodann in willkürlicher Weise nicht erzielbare Liegenschafts- und Wertschriftenerträge aufgerechnet, ohne die tatsächliche Liquidität zu berücksichtigen. Mit diesem willkürlichen Vorgehen habe die Vorinstanz mehrere Nichtigkeitsgründe im Sinne von § 281 Ziff. 1 und 2 ZPO gesetzt (KG act. 1 S. 15).

c) Der Beschwerdegegner beantragt die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, eventualiter sei die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung auf die Gerichtskosten sowie die anteilmässige Kautions für die Gerichtskosten zu beschränken (KG act. 10 S. 2 ff.).

2. a) Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid aufgrund 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. Gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft. Diese sind nach § 288 Ziff. 3 ZPO in der Beschwerde nachzuweisen; die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen genügt daher nicht (vgl. Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 f. zu § 288 mit Hinweisen; Spüh-

ler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f. und S. 72 f.).

b) Vorauszuschicken ist weiter, dass es sich bei den Bestimmungen über die unentgeltliche Rechtspflege (§§ 84 ff. ZPO; Art. 29 Abs. 3 BV) nach gefestigter Lehre und Praxis um wesentliche Verfahrensgrundsätze im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO handelt (RB 1977 Nr. 29; Kass.-Nr. 96/263 Z, Entscheid vom 11. März 1997, i.S. W., Erw. IV.2.2; Kass.-Nr. 99/029 Z, Entscheid vom 12. Juni 2000 i.S. S., Erw. II.2.2; Kass.-Nr. 2002/057 Z, Entscheid vom 24. Dezember 2002 i.S. T., Erw. II.3; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 24 zu § 281 und N 28 zu § 84; von Rechenberg, a.a.O., S. 27). Das Kassationsgericht prüft - unabhängig von der allenfalls unzutreffenden Subsumtion - entsprechende Rügen deshalb sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht mit freier Kognition (vgl. RB 1987 Nr. 46; Kass.-Nr. 99/009 Z, Entscheid vom 20. Dezember 1999 i.S. B., Erw. II.2; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 zu § 281).

3. Monatlicher Überschuss auf Seiten des Beschwerdeführers

a) Der Beschwerdeführer führt aus, die Schlussfolgerung der Vorinstanz, der Beschwerdeführer könne die Prozesskaution aus seinem monatlichen Überschuss in Raten bezahlen, müsse als klar willkürlich qualifiziert werden. Der Beschwerdeführer verfüge schlechterdings über keinen monatlichen Überschuss und sei damit nicht in der Lage, Ratenzahlungen akonto einer Prozesskaution zu leisten. Die Vorinstanz selbst habe erwogen, dass beim Beschwerdeführer von einem jährlichen Einkommen von Fr. 25'000.- auszugehen sei. Über Vermögenswerte verfüge der Beschwerdeführer nicht, sondern lediglich über Schulden in beträchtlicher Höhe, was aktenkundig und unbestritten sei (KG act. 1 S. 8 - 9). Somit sei die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers selbst erstellt und auch von der Vorinstanz nicht in Abrede gestellt worden (KG act. 1 S. 10).

b) Bei seiner Argumentation - die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach der Beschwerdeführer die Prozesskaution aus seinem monatlichen Überschuss bezahlen könne, sei willkürlich, weil er gar nicht über einen monatlichen Überschuss verfüge - verkennt der Beschwerdeführer, dass die Vorinstanz kei-

nesfalls von einem Überschuss des Beschwerdeführers (Einkommen des Beschwerdeführers abzüglich Bedarf des Beschwerdeführers), sondern gestützt auf die Beistandspflicht von Art. 159 Abs. 3 ZGB (vgl. unten Ziffern 5 und 6) von einem Überschuss der Eheleute (Einkommen der Eheleute abzüglich Bedarf der Eheleute) ausgegangen war. Dies geht aus der Begründung des angefochtenen Entscheids klar hervor (vgl. z.B. KG act. 2 S. 9: "Dem Gesamteinkommen ist sodann der nach den allgemeinen Regeln berechnete gemeinsame Bedarf gegenüberzustellen"; ebenso sinngemäss KG act. 2 S. 10: "Es ist jedoch auszuschliessen, dass vom monatlichen Gesamteinkommen von Fr. 16'924.– nach Abzug eines durchschnittlichen im Armenrechtsverfahren zu berücksichtigenden Gesamtbedarfs einer dreiköpfigen Familie, in welchem die Schulden der Eheleute nicht mitberücksichtigt werden, zuwenig Geld für die Bezahlung der Gerichtskosten übrigbleibt"). Zu einer allfälligen Bedürftigkeit des Beschwerdeführers alleine betrachtet äusserte sich die Vorinstanz nicht. Folglich fehlt dem Einwand des Beschwerdeführers, er selbst verfüge über keinen monatlichen Überschuss, die Grundlage.

4. Nicht realisierbares Einkommen der Ehefrau des Beschwerdeführers

a) Sodann rügt der Beschwerdeführer, seiner Ehefrau seien in willkürlicher Weise Mietbeträge als Nettoeinkünfte angerechnet worden, obschon sie nie solche Mieteinnahmen erzielt habe und auch nicht erzielen könne. In gleicher Weise seien ihr bereits in den letzten Jahren nie tatsächlich erhältlich zu machende Wertschriftenerträge in willkürlicher Weise als tatsächliches Einkommen aufgerechnet worden (KG act. 1 S. 9).

Konkret sei die Vorinstanz davon ausgegangen, dass der Ehefrau als Liegenschaftenertrag aus Fremdvermietung jährlich Fr. 37'200.– zur Verfügung stünden. Richtig sei wohl, dass die B. AG Mieterin des Büroraumes in der Liegenschaft der Ehefrau des Beschwerdeführers sei. Angesichts der fehlenden Liquidität der B. AG seien für die Mieten in den Jahren 2005 und 2006 lediglich Gutschriften auf dem Kontokorrent von A. [Anmerkung des Kassationsgerichts: die Ehefrau des Beschwerdeführers] erfolgt. Ein Dauerauftrag für die Überweisung von Mietzinsen existiere jedoch nicht, Frau A. verfüge demnach aus dem Mietver-

hältnis mit der B. AG auch über keinerlei freie Mittel, um Drittzahlungen vorzunehmen. Überdies leiste auch die C. AG, welche lediglich Untermieterin der B. AG sei, keinerlei Mietzinszahlungen an die Ehefrau des Beschwerdeführers (KG act. 1 S. 13).

Weiter bezeichnet der Beschwerdeführer die Feststellung der Vorinstanz, der Ehefrau des Beschwerdeführers stehe ein jährlicher Wertschriftenertrag von gerundet Fr. 19'100.– zur Verfügung, als nicht den Tatsachen entsprechende und willkürliche Annahme. Aus den bei den Akten liegenden Jahresrechnungen der B. AG und der C. AG gehe hervor, dass beide Gesellschaften über absolut keine Liquiditätsreserven verfügten, welche grössere Zahlungen erlauben würden. Dementsprechend sei es für die Ehefrau bislang absolut unmöglich gewesen, ihre Guthaben gegenüber den Gesellschaften zu verflüssigen. Mit anderen Worten seien die B. AG und die C. AG so illiquid, dass die Ansprüche der Ehefrau des Beschwerdeführers ihnen gegenüber nicht durchsetzbar seien. Dies treffe insbesondere auch für den von der Vorinstanz in willkürlicher Weise aufgerechneten Wertschriftenertrag des Jahres 2006 zu. Der gesamte Ertrag des Jahres 2006 von Fr. 16'393.– habe lediglich in einem Forderungsanspruch gegenüber der C. AG bestanden, welcher zufolge fehlender Liquidität der Aktiengesellschaft von Frau A. nicht habe realisiert werden können. Sodann sei klarzustellen, dass die übrigen in der Steuererklärung ausgewiesenen Erträge das Kindesvermögen betreffen würden und der Ehefrau des Beschwerdeführers nicht zur Verfügung stünden (KG act. 1 S. 14).

b) Zum Nachweis seiner Behauptung, die Ehefrau des Beschwerdeführers habe in den letzten Jahren mangels Liquidität der B. AG und der C. AG weder Mieteinnahmen noch Wertschriftenerträge erzielt, verweist der Beschwerdeführer auf vor Erst- bzw. Vorinstanz eingereichte Akten, konkret auf Beilagen betreffend die B. AG wie die Steuerrechnungen 2005 und 2006, die Veranlagung 2004, die Aktienbewertung 2004, die Steuererklärung 2004 und die Jahresrechnungen 2004, 2005 und 2006 (BG act. 19/18-25; OG act. 5/4) sowie betreffend die C. AG auf die Steuerrechnungen 2005 und 2006, die Steuerklärungen 2004 und 2005, die Veranlagung 2003, die Aktienbewertung 2003 und die Jahresrech-

nungen 2004, 2005 und 2006 (BG act. 19/10-17; OG act. 5/3). Mit dem Verweis auf diese Akten weist der Beschwerdeführer indessen nicht nach, dass und wo er vor Vorinstanz bereits ausgeführt hat, dass die Ansprüche seiner Ehefrau aufgrund der Illiquidität der beiden Gesellschaften diesen gegenüber nicht durchsetzbar seien. Mit anderen Worten wird in der Beschwerdeschrift nicht mittels konkreter Hinweise auf bestimmte Aktenstellen rechtsgenügend dargetan, dass und wo der Beschwerdeführer bereits vor den Vorinstanzen vorgetragen habe, dass der Miet- bzw. Wertschriftenertrag für Frau A. mangels Liquidität der Gesellschaften unrealisierbar sei. Mit dem Hinweis auf umfangreiche Dokumente wie Steuererklärungen und Jahresrechnungen etc., welche zwar - jedoch nicht zwingend - zu diesem Schluss führen können, lässt sich der Nachweis, dass die Behauptung (jene der Nichteinbringlichkeit der Miet- und Wertschrifteneinnahmen) schon in einem früheren Verfahrensstadium aufgestellt worden ist, jedenfalls nicht erbringen. Demzufolge haben die betreffenden Behauptungen als den Prozessstoff erweiternde und als solche im Kassationsverfahren unzulässige neue Vorbringen zu gelten (vgl. oben Ziff. 2.a). Sie sind daher unbeachtlich und nicht geeignet, unter dem Gesichtspunkt unrealisierbarer Einkommensbestandteile zu einer von der vorinstanzlichen Auffassung abweichenden Beurteilung der Bedürftigkeit des Beschwerdeführers zu führen.

Selbst aber wenn der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift unter Angabe der entsprechenden Aktenstellen und somit genügend substantiiert auf seine konkreten Ausführungen vor Vorinstanz Bezug genommen hätte, erwiese sich die Rüge des nicht realisierbaren Miet- und Wertschrifteneinkommens in verschiedener Hinsicht als unbegründet. Was die (vom Beschwerdeführer behauptete) Illiquidität der B. AG betrifft, ist beispielsweise festzuhalten, dass die Gesellschaft sowohl im Jahr 2006 als auch im Vorjahr ein positives Betriebsergebnis bzw. einen positiven Betriebserfolg nach Steuern verzeichnete (OG act. 5/4 S. 2). Weiter fehlt dem Einwand des Beschwerdeführers, die C. AG sei lediglich Untermieterin der B. AG und leiste dementsprechend gegenüber der Ehefrau des Beschwerdeführers keine Mietzinszahlungen (KG act. 1 S. 13), jede Grundlage. Die Vorinstanz hat denn auch ausgeführt, dass lediglich die B. AG Mietzinsausgaben ausweise, die der Ehefrau des Beschwerdeführers als Liegenschaftenertrag anzu-

rechnen seien (KG act. 2 S. 8). Folglich wurden für die Bemessung des Gesamteinkommens nur die Mieteinnahmen von der B. AG, und nicht solche von der C. AG, berücksichtigt. Bezüglich des Wertschriftenertrags führte der Beschwerdeführer sodann aus, er wolle klarstellen, dass die übrigen (nebst dem Ertrag der B. AG in Höhe von Fr. 16'393.–) in der Steuererklärung 2006 ausgewiesenen Erträge das Kindesvermögen betreffen würden und der Ehefrau des Beschwerdeführers nicht für Zahlungen zur Verfügung stünden (KG act. 1 S. 14). Diese Kritik des Beschwerdeführers zielt ebenfalls ins Leere, verzichtete die Vorinstanz doch gerade darauf, Erträge des Kindesvermögens in die Berechnung miteinzubeziehen (vgl. KG act. 2 S. 8 f.).

Unter Berücksichtigung des Ausgeführten ist zusammenfassend festzuhalten, dass mit Bezug auf die in der Beschwerdeschrift geltend gemachte willkürliche Aufrechnung nicht erzielbarer Liegenschafts- und Wertschriftenerträge an das Einkommen von Frau A. kein Nichtigkeitsgrund ersichtlich ist.

5. Beistandspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB

a) Des Weiteren wirft der Beschwerdeführer der Vorinstanz vor, klares materielles Recht verletzt zu haben, indem sie aus Art. 159 Abs. 3 ZGB eine familienrechtliche Beistandspflicht abgeleitet habe (KG act. 1 S. 11). Die Vorinstanz sei zu Unrecht von einer Beistandspflicht der Ehefrau des Beschwerdeführers im Aberkennungsprozess ausgegangen (KG act. 1 S. 15). Die Beistandspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB dürfe keinesfalls dazu führen, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers ihre eigene Lebenshaltung in krasser Weise einschränken müsse und einen Prozess ihres Ehemannes, welcher nicht den gemeinsamen ehelichen Bereich betreffe, zu finanzieren habe. Unbestrittenermassen finde die Beistandspflicht ihre Grenzen in der Leistungsfähigkeit des Pflichtigen und in der Zumutbarkeit der Leistung. Zweifellos erscheine es für die Ehefrau des Beschwerdeführers, welche monatlich Fr. 10'000.– zur Verfügung habe, davon den Lebensunterhalt für sich, die Tochter und weitgehend auch für den Beschwerdeführer bestreiten müsse sowie Steuern zu bezahlen und die Liegenschaft zu finanzieren habe, gänzlich unzumutbar, noch Fr. 7'000.– monatlich an eine Prozesskaution zu bezahlen. Indem die Vorinstanz gleichwohl auf eine entsprechende familienrecht-

liche Beistandspflicht abgestellt habe, habe sie willkürliche tatsächliche Annahmen getroffen und letztlich auch klares materielles Recht verletzt, da sich eine solche Beistandspflicht nicht aus Art. 159 Abs. 3 ZGB herleiten lasse (KG act. 1 S. 11).

b) Die rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz zur Beistandspflicht (Art. 159 Abs. 3 ZGB) sind zutreffend, worauf zwecks Vermeidung von Wiederholungen zu verweisen ist (KG act. 2 S. 5 f. Ziff. II.4.c; § 161 GVG).

c) In einem älteren Entscheid führte das Bundesgericht aus, es liesse sich nicht rechtfertigen, die Allgemeinheit die Prozesskosten einer armen Partei tragen zu lassen, solange deren Ehegatte sie zu tragen vermöge, wenn auch nur vorläufig, unter Vorbehalt endgültiger Auseinandersetzung der Parteien. Es sei anerkannt, dass die eheliche Beitragspflicht nicht bloss den Lebensunterhalt des andern Gatten, sondern darüber hinaus auch andere Bedürfnisse, insbesondere den Rechtsschutz, umfasse. Die Pflicht des Ehegatten, das Wohl der Gemeinschaft zu wahren, treffe beide Ehegatten in gleicher Weise und solle bei der Anwendung aller Normen über die persönlichen Wirkungen der Ehe und das eheliche Güterrecht wegleitend sein. Auch der ungünstige Ausgang eines vermögensrechtlichen Prozesses könne die wirtschaftliche Existenz und damit das Wohl der Gemeinschaft berühren. Das werde in besonderem Masse der Fall sein, wenn der Ehemann im Prozess als Beklagter erscheine und der ihm gegenüber geltend gemachte Anspruch nicht unbedeutend sei, er also im Falle des Prozessverlustes allenfalls eine Lohnpfändung zu gewärtigen habe. In solchen Fällen könne, vorausgesetzt natürlich dass der Prozess nicht aussichtslos sei, auch der Ehefrau ein gewisses Opfer zugemutet werden (BGE 85 I 1 ff., Erw. 3).

In Bezug auf das Bestehen einer ehelichen Beistandspflicht im konkreten Fall ist somit der Auffassung der Vorinstanz zu folgen. Der mit seiner Ehefrau zusammenlebende Beschwerdeführer bestreitet denn auch nicht, verheiratet zu sein, womit grundsätzlich von einer den Rechtsschutz umfassenden Beistandspflicht der Ehefrau des Beschwerdeführers auszugehen ist. Es handelt sich vorliegend um einen vermögensrechtlichen Prozess mit Ansprüchen von über einer Million Franken (BG act. 1 S. 2). Ein ungünstiger Ausgang des Hauptverfah-

rens - kann der Beschwerdeführer den Bestand der Forderung vor den ordentlichen Gerichten nicht erfolgreich bestreiten und in diesem obsiegen - würde offensichtlich die wirtschaftliche Existenz und damit das Wohl der Gemeinschaft berühren. All dies führt dazu, dass gestützt auf Art. 159 Abs. 3 ZGB von einer Beistands- bzw. Unterhaltspflicht der Ehefrau des Beschwerdeführers ausgegangen werden muss, die der Pflicht des Staates zur Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung grundsätzlich vorgeht. Der prozessuale Zwangsbedarf des Beschwerdeführers ist somit, wie dies die Vorinstanz richtigerweise getan hat, anhand einer Gesamtrechnung zu ermitteln. Das heisst, es sind die Nettoeinkommen beider Ehegatten zusammenzuzählen, und diesen ist der nach den allgemeinen Regeln berechnete gemeinsame Bedarf gegenüberzustellen (Bühler, Die Prozessarmut, S. 144, in: Schöbi (Hrsg.), Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, Bern 2001, S. 143 f.).

Nachdem also im Grundsatz von einer ehelichen Beistandspflicht auszugehen ist, ist nicht von Belang, in welchem Verhältnis die dem Beschwerdeführer auferlegten monatlichen Prozesskautionsraten zum Einkommen seiner Ehefrau stehen. Folglich geht die Kritik des Beschwerdeführers, wonach Raten von Fr. 7'000.– seiner Ehefrau angesichts ihres Einkommens gänzlich unzumutbar seien (KG act. 1 S. 11), sowohl an der Rechtslage als auch an den konkreten obergerichtlichen Ausführungen vorbei. Der Beschwerdeführer kann damit nicht aufzeigen, inwiefern der Entscheid der Vorinstanz an einem Mangel leiden soll, weshalb er mit der die Beistandspflicht bzw. deren Umfang betreffenden Rüge nicht durchdringt.

6. Weigerung der Ehefrau des Beschwerdeführers, Beiträge an die Prozesskosten gestützt auf die Beistandspflicht zu bezahlen

a) Der Beschwerdeführer führt schliesslich aus, dass seine Ehefrau nicht nur nicht in der Lage, sondern auch nicht gewillt sei, die von der Vorinstanz festgesetzte Ratenzahlung an die Prozesskaution des Beschwerdeführers zu finanzieren. Dementsprechend sei der Beschwerdeführer nicht in der Lage, die festgesetzten Ratenleistungen ab 1. November 2007 überhaupt zu erbringen. Für die Durchsetzung einer familienrechtlichen Beistandspflicht wäre der Beschwer-

deführer auf den Rechtsweg angewiesen. Konkret bedeute dies, dass der Beschwerdeführer beim zuständigen Eheschutzrichter ein Rechtsbegehren gegen seine Ehefrau einbringen müsse, welches auf Ratenzahlungen für die Prozesskaution gerichtet sei. Dass ein entsprechendes Verfahren einen gewissen Zeitbedarf mit sich bringe und damit Ratenzahlungen ab dem 1. November 2007 zum vornherein nicht möglich seien, sei von der Vorinstanz in willkürlicher und Art. 29 Abs. 3 verletzender Weise übergangen worden (KG act. 1 S. 11 f.).

b) Wie bereits in Ziffer 2.a ausgeführt, 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. Vor Erst- wie auch vor Vorinstanz unterliess es der Beschwerdeführer auszuführen, dass seine Ehefrau nicht gewillt sei, Zahlungen zur Tilgung der Prozesskautionsforderung zu leisten. Ebenso wenig liess er verlauten, dass er für die Durchsetzung der familienrechtlichen Beistandspflicht gegenüber seiner Ehefrau auf den Rechtsweg angewiesen sei, was einen gewissen Zeitbedarf mit sich bringe. Der Beschwerdeführer beschränkte sich vor Vor- wie auch vor Erstinstanz auf die Behauptungen, es fehle der Ehefrau des Beschwerdeführers an der erforderlichen Leistungsfähigkeit bzw. sei sie zu Zahlungen nicht in der Lage (z.B. OG act. 2 S. 4 Ziff. 2; OG act. 2 S. 10 Ziff. 10; OG act. 2 S. 11 Abs. 2; OG act. 2 S. 12 ganz unten), oder dann aber führte er aus, es bestünde für das vorliegende Verfahren keine entsprechende Unterhalts- und Beistandspflicht der Ehefrau des Beschwerdeführers, selbst wenn sie über entsprechendes Vermögen verfügen würde (OG act. 2 S. 12 f. Ziff. 12).

Die neu vom Beschwerdeführer geltend gemachten Tatsachen im Zusammenhang mit der Durchsetzung der familienrechtlichen Beistandspflicht aufgrund der Verweigerung der Zahlungen durch die Ehefrau können folglich bei der Beurteilung der geltend gemachten Nichtigkeitsgründe nicht beachtet werden.

7. a) Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten, dass der Beschwerdeführer nicht darzutun vermag, dass die Vorinstanz ihn fälschlicherweise als nicht mittellos betrachtete, dass sie die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege unrichtigerweise bestätigte, dass sie den Beschwerdeführer zu Unrecht zur Zahlung

einer Prozesskaution von zehn monatlichen Raten à Fr. 7'000.– im Gesamtbetrag von Fr. 70'000.– verpflichtete und der vorinstanzliche angefochtene Beschluss vom 28. September 2007 (KG act. 2) insofern zu seinem Nachteil an einem Nichtigkeitsgrund im Sinn von § 281 Ziff. 1 - 3 leidet. Demzufolge ist die Beschwerde abzuweisen, soweit unter dem Gesichtspunkt von § 288 ZPO auf sie eingetreten werden kann.

b) Nachdem aufgrund der Abweisung der Beschwerde auch nicht ein (allfälliger) neuer Entscheid in der Sache getroffen werden muss, ist auf die vom Beschwerdeführer gestellten Eventualbegehren (vgl. oben Ziff. I.4.a, Ziffern 3 und 4) nicht einzutreten.

c) Mit der Abweisung entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung. Dem Beschwerdeführer ist die von der Vorinstanz angesetzte, durch den Suspensiveffekt jedoch in ihrem Lauf gehemmte Frist zur Bezahlung der Prozesskaution - woran der Beschwerdeführer nach seinen Ausführungen die erste Ratenzahlung bereits geleistet haben will (KG act. 1 S. 4) - für das erstinstanzliche Verfahren neu zu eröffnen (von Rechenberg, a.a.O., S. 22).

III.

1. a) Zu prüfen ist schliesslich das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Kassationsverfahren (KG act. 1 S. 2 Ziff. 2).

b) Im Lichte der vorstehenden Erwägungen erweist sich der Standpunkt des Beschwerdeführers im Kassationsverfahren als offensichtlich aussichtslos. Damit fehlt es mit Bezug auf das Kassationsverfahren an einer der beiden kumulativen Voraussetzungen für die Gewährung des prozessualen Armenrechts (Mittellosigkeit der gesuchstellenden Partei und genügende Erfolgsaussichten des ergriffenen Rechtsmittels, wobei unter ungenügenden Erfolgsaussichten verstanden wird, dass die Gewinnaussichten beträchtlich geringer als die Verlustgefahren sind, vgl. hierzu Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 21a zu § 84). Folglich kann dem Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgelt-

lichen Prozessführung - unabhängig von der finanziellen Situation des Beschwerdeführers, deren weitere Prüfung sich deshalb erübrigt - schon mangels hinreichender Erfolgsaussichten der Beschwerde nicht entsprochen werden.

2. a) Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens gemäss der auch im Rechtsmittelverfahren anwendbaren Vorschrift von § 64 Abs. 2 ZPO dem mit seinen (Rechtsmittel-)Anträgen unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen. Dabei richtet sich die Festsetzung der Gerichtskosten nach den Ansätzen der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen revidierten Verordnung über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (Art. 19 GebV).

b) Ferner ist der Beschwerdeführer zu verpflichten, den Beschwerdegegner für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO). Mangels eines entsprechenden Antrags ist zur Prozessentschädigung kein Mehrwertsteuerzusatz hinzuzuschlagen (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006).

IV.

Beim vorliegenden Beschluss (betreffend Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung/ Prozesskaution im Ausgangsverfahren) handelt es sich (in der Terminologie des BGG) um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Folglich ist er nur dann selbständig anfechtbar, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG), was die höchstrichterliche Praxis bei Zwischenentscheiden betreffend Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege zwar regelmässig bejaht (vgl. statt vieler BGer 5A_464/2007 vom 25. Oktober 2007, Erw. 1.1; BGer 5A_468/2007 vom 15. November 2007, Erw. 2), gegebenenfalls aber vom Bundesgericht selbst zu entscheiden wäre. Zudem handelt es sich um eine vermögensrechtliche Zivilsache, deren (Rechtsmittel-)Streitwert rund Fr. 1'272'000.– beträgt (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. c BGG) und damit weit über Fr. 30'000.– liegt. Deshalb (und weil der Rechtsweg gegen Zwischenentscheide dem in der Hauptsache zulässigen Rechtsmittel folgt; vgl. BGE 133 III 647 f., Erw. 2.2) steht gegen den kassationsgerichtlichen

Entscheid unter dem vorgenannten Vorbehalt die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht offen (vgl. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Ausserdem beginnt mit der Zustellung des vorliegenden Beschlusses grundsätzlich auch die dreissigtägige Frist zur Anfechtung des obergerichtlichen Beschlusses vom 28. September 2007 mittels Beschwerde ans Bundesgericht (neu) zu laufen (Art. 100 Abs. 6 BGG; siehe auch KG act. 2 S. 14), soweit eine solche im vorliegenden Fall unter dem Aspekt von Art. 75 Abs. 1 BGG überhaupt möglich ist (vgl. BGer 5A_708/2007 vom 7. Februar 2008, Erw. 1).

Das Gericht beschliesst:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung im Kassationsverfahren wird abgewiesen.
2. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
3. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, bei der Bezirksgerichtskasse _____ eine Prozesskaution von Fr. 70'000.– zu leisten. Diese Prozesskaution ist zahlbar in monatlichen Raten von mindestens Fr. 7'000.– auf den Ersten eines jeden Monats bis der Gesamtbetrag erreicht ist, nächstmals per 1. Oktober 2008.

Kommt der Beschwerdeführer mit einer Ratenzahlung (mindestens Fr. 7'000.–) in Verzug, so wird auf die Klage nicht eingetreten.

4. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'500.–.
5. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
6. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'500.– zu entrichten.

7. 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 rund Fr. 1'272'000.–.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichts vom 28. September 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.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie an das Bezirksgericht _____, 8. Abteilung (ad CG060235), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: