



Kass.-Nr. AA080160/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Vizepräsident, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 22. Oktober 2009

in Sachen

P,

....,

Beklagter, Rekurrent und Beschwerdeführer
vertreten durch Fürsprecher B

gegen

H,

....,

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt T.

betreffend

unentgeltliche Prozessführung / unentgeltliche Rechtsvertretung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. September 2008 (LN070031/U01)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Im Verfahren vor Bezirksgericht Zürich stehen sich die Klägerin (Beschwerdegegnerin) sowie die A Ltd. (Beklagte 1) und der Beklagte 2 (Beschwerdeführer) gegenüber. Die Klägerin und der Beklagte 2 heirateten am 13 Juli 1990 in Portugal und hatten am 9. Juli 1990 Gütertrennung vereinbart. Der Beklagte 2 verwaltete das Vermögen der Klägerin. Diese behauptet, der Beklagte 2 habe sie um Teile ihres Vermögens gebracht, indem er Vermögenswerte auf die Beklagte 1 übertragen und so ihrem Zugriff entzogen habe. Beide Ehegatten wohnen in Portugal.

Die Beklagte 1 wurde im Jahr 2000 auf den British Virgin Islands gegründet und registriert. Der Beklagte 2 ist gemäss der Beklagten 1 deren alleiniger Eigentümer, denn ihm gehören die Gesellschaftsanteile (BG act. 38 S. 3 Rz 154 und S. 10 Rz 173). Die Beklagte 1 verfügt über Vermögenswerte auf einem auf sie lautenden Konto bei der I Bank, Zweigniederlassung Zürich.

Am 1. Juli 2005 erliess der Einzelrichter im summarischen Verfahren (Audienzrichter) am Bezirksgericht Zürich einen Arrestbefehl, in welchem die Beklagte 1 als Schuldnerin und die Klägerin als Gläubigerin verzeichnet sind. Die Arrestforderung wurde mit Fr. 5'003'202.-- (entsprechend EUR 3'248'832.74) beziffert. Arrestgegenständen waren sämtliche Vermögenswerte der Beklagten 1 bei der I Bank, Zweigniederlassung Zürich (vgl. ER EQ050171 act. 2/1, 3. Blatt). Mit Verfügung vom 1. März 2006 hiess der Einzelrichter eine dagegen erhobene Einsprache gut und hob den Arrestbefehl auf (ER EQ050171 act. 43 = OG NN060044 act. 2). Dagegen führte die Klägerin Rekurs, welchen das Obergericht (II. Zivilkammer) mit Beschluss vom 7. September 2006 teilweise guthiess. Das Obergericht reduzierte die Arrestforderung auf Fr. 450'934.13 und liess den Arrest in diesem Umfang bestehen (OG NN060044).

2. Mit Eingabe vom 25. September 2006 erhob die Klägerin beim Bezirksgericht Zürich Klage mit dem Rechtsbegehren, die Beklagten seien solidarisch zu ver-

pflichten, der Klägerin verschiedene im Einzelnen angeführte Wertschriften herauszugeben, eventualiter den Verkehrswert derselben im Urteilszeitpunkt (mindestens aber EUR 5'368'107.04, abzüglich Fr. 3'641'023.55) zu bezahlen. Weiter seien die Beklagten solidarisch zu verpflichten, der Klägerin EUR 121'890.06, EUR 1'379.91 und AUD 265'956.94, je nebst Zins, sowie verschiedene Beträge für im Jahr 2005 fällig gewordene Dividenden und Coupons zu bezahlen. Sodann sei der in der Betreuung erfolgte Rechtsvorschlag aufzuheben (BG act. 1).

Der Beklagte 2 stellte mit Eingabe vom 28. Februar 2007 das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (BG act. 40). Das Bezirksgericht (3. Abteilung) wies dieses Gesuch mit Beschluss vom 20. April 2007 ab (BG act. 50 = OG act. 3). Das Obergericht (I. Zivilkammer) wies den vom Beklagten 2 dagegen geführten Rekurs mit Beschluss vom 16. September 2008 ab (OG act. 51 = KG act. 2).

3. Mit seiner rechtzeitig erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde beantragt der Beklagte 2, es sei der obergerichtliche Beschluss vom 17. September 2008 aufzuheben und es sei ihm für das Verfahren vor Bezirksgericht, das Rekursverfahren und das Kassationsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen (KG act. 1 S. 2). Die Klägerin und das Obergericht verzichteten auf eine Beschwerdeantwort bzw. Vernehmlassung zur Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 9 und 11).

Mit Verfügung vom 22. Oktober 2008 verlieh der Präsident des Kassationsgerichts der Nichtigkeitsbeschwerde aufschiebende Wirkung (KG act. 7). Das Bezirksgericht nahm in der Folge, mit Beschluss vom 28. Oktober 2008, dem Beklagten 2 die ihm laufende Frist zur Beantwortung der Klage einstweilen ab und sistierte das erstinstanzliche Verfahren (KG act. 10).

II.

1. 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 Nich-

tigkeitsgrund 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. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., 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.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

2. Eine Voraussetzung der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung ist, dass der Prozess nicht als aussichtslos erscheint (§ 84 Abs. 1 ZPO, § 87 ZPO). Eine weitere Voraussetzung der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters ist, dass die betreffende Partei für die gehörige Führung des Prozesses eines solchen bedarf (§ 87 ZPO). Das Obergericht erachtet beide genannten Voraussetzungen als gegeben (KG act. 2 S. 5 f. Erw. 3.1). Darauf ist im Kassationsverfahren nicht weiter einzugehen.

3. Der Beschwerdeführer rügt, obwohl das Obergericht feststelle, dass der Beschwerdeführer über kein nennenswertes Einkommen verfüge, werfe es in Erwägung 4.4. des angefochtenen Entscheides die Frage auf, warum ihn sein Arbeitgeber denn überhaupt beschäftige, wenn er als Immobilienhändler kaum etwas verkaufe. Hierzu sei zu bemerken, dass er einzig Provisionen für Vermittlungen erhalte. Seinem Arbeitgeber entstehe damit aus der Anstellung kein Aufwand. Für

den vor 20 Jahren ausgeübten Beruf als Fitnesstrainer sei der Beschwerdeführer heute nicht mehr geeignet und er habe keine Chance auf eine Anstellung (KG act. 1 S. 7 oben).

Das Obergericht hält fest, der Beschwerdeführer habe betreffend sein Einkommen im Jahr 2007 eine Deklaration der R Lda. vom 10. Juli 2007 eingereicht (OG act. 21/5a). Danach habe er in der ersten Hälfte des Jahres 2007 (bis zum 30. Juni 2007) nach Steuern und Abzügen EUR 4'198.44, also Fr. 1'049.60 pro abgerechneter Monat erzielt. Dieser Beleg könne entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin zur Glaubhaftmachung der Einkünfte des Beschwerdeführers genügen, während mittels der in den Akten liegenden Belege der Geschäfte der R Lda nicht direkt auf die Einkünfte des Beschwerdeführers geschlossen werden könne. Daran vermöge nichts zu ändern, dass angesichts des geringen Erfolgs der Tätigkeit des Beschwerdeführers fragwürdig erscheine, wieso die Firma nicht längst auf die Zusammenarbeit mit dem Beschwerdeführer verzichtet habe (KG act. 2 S. 9 untere Hälfte).

Das Obergericht erachtet also die vom Beschwerdeführer eingereichte Bestätigung der R Lda. als für die Glaubhaftmachung des geringen Einkommens des Beschwerdeführers tauglich. Die gerügte in einer Nebenbemerkung angebrachte Überlegung, es erscheine angesichts des geringen Erfolgs der Tätigkeit des Beschwerdeführers als fragwürdig, weshalb die Firma nicht längst auf die Zusammenarbeit mit dem Beschwerdeführer verzichtet habe, wirkt sich somit nicht zum Nachteil des Beschwerdeführers auf den angefochtenen Entscheid aus, weshalb darauf mangels Beschwer nicht weiter einzugehen ist.

4.a) Der Beschwerdeführer reichte dem Bezirksgericht über die Schweizerische Botschaft in Lissabon (vgl. BG act. 30) einen "Annexe à la demande d'assistance judiciaire" (Formular zur Übermittlung eines Antrags auf unentgeltliche Rechtspflege; Anhang zum Haager Übereinkommen über den internationalen Zugang zur Rechtspflege, datiert vom 26. Dezember 2006, BG act. 31) ein. Das Obergericht hält fest, der Beschwerdeführer habe darin lediglich Einkünfte in Höhe von EUR 4'387.20 im Jahr 2006 und Sozialhilfebezüge deklariert, ohne in der dafür vorgesehenen Spalte (Ziff. 21) seine Vermögenswerte anzugeben. Er habe viel-

mehr einen Strich gezogen, ohne seine Wohnung, sein Auto oder sein Eigentum an der Beklagten 1 zu deklarieren (KG act. 2 S. 9 oben).

Das Obergericht führt weiter aus, es sei davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer mit seiner Wohnung in Portugal einen erheblichen Vermögenswert besitze, woraus er - direkt oder indirekt - zur Deckung der Rechtspflegekosten gewisse Mittel beziehen könnte. Während er von einem Wert von lediglich EUR 10'000.-- ausgehe, reiche die Beschwerdegegnerin eine von ihr eingeholte Schätzung ein, welche vom 22. Oktober 2007 datiere und die vom Beschwerdeführer und seiner Mutter bewohnte Wohnung mit einem Marktwert von EUR 100'000.-- bewerte (OG act. 27/1). Gemäss heutigem Umrechnungskurs verfüge der Beschwerdeführer also bereits mit der Wohnung über ein Vermögen von eingestandenem rund Fr. 15'000.-- bis zu geschätztem rund Fr. 150'000.--. Daneben verfüge er über ein älteres Auto (BMW), dessen Wert in einem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege in Portugal vom 26. Dezember 2006 auf EUR 7'140.-- beziffert werde. Zudem gelte der Beschwerdeführer nach Angaben der Beklagten 1 als deren Eigentümer. Die Beklagte 1 verfüge ihrerseits über ein namhaftes Vermögen, welches allerdings Streitgegenstand im Hauptprozess sei, also allenfalls der Beschwerdegegnerin zurück übertragen werden müsse und zudem verarrestiert bzw. mit einer Verfügungsbeschränkung belegt worden sei. Noch immer könne darüber nur mit Einverständnis der Beschwerdegegnerin verfügt werden. Neben den gesperrten Werten in Zürich seien keine weiteren Vermögenswerte der Beklagten 1 bekannt. Da die Beschwerdegegnerin ihrerseits eine private Schätzung des Wertes der vom Beschwerdeführer bewohnten Wohnung einreiche und dem vom Beschwerdeführer beigebrachten Kaufvertrag vom 20. Februar 1992 ein Kaufpreis für die Wohnung von zwei Millionen Portugiesischen Escudos entnommen werden könne (OG act. 37/9), was am 20. Februar 1992 rund Fr. 21'000.-- entsprechen habe, könne der Beschwerdeführer einen tieferen Wert der Wohnung nicht einzig mit Verweisen auf Steuerangaben glaubhaft machen. Aus dem Kaufvertrag gehe sodann nicht einmal hervor, dass es sich bei der gekauften Wohnung einerseits und der geschätzten und vom Beschwerdeführer bewohnten Wohnung andererseits um identische Objekte handle, sei doch im Kaufvertrag von "Rua N" die Rede. Sein Verweis darauf, dass auch die Wohnung in Portugal verarrestiert worden sei

(OG act. 34 S. 2), sei unbelegt geblieben. Zwar sei von der Beschwerdegegnerin zugestanden worden, dass im Grundbuch angemerkt worden sei, die Liegenschaft bilde Gegenstand eines Rechtsstreits (OG act. 38 Ziff. 3). Der Beschwerdeführer habe dennoch nicht ausreichend dargetan, dass die Wohnung aus diesem Grund nicht belehnt oder verkauft werden könne. Damit gelte sie als verfügbarer Vermögenswert des Beschwerdeführers. Es gelinge ihm nicht, glaubhaft zu machen, die Wohnung könne ihm in zumutbarer Weise nicht zu liquiden Mitteln verhelfen (KG act. 2 S. 10 f.)

b) Der Beschwerdeführer bringt vor, er verfüge über ein Auto mit Jahrgang 1999, das einen Kilometerstand von 233'000 km aufweise. Er benötige dieses, um potentiellen Kunden Liegenschaften zu zeigen. Ein Vermögenswert liege nicht vor (KG act. 1 S. 7 Mitte).

Selbst wenn das Fahrzeug des Beschwerdeführers im Zeitpunkt, als er dem Bezirksgericht seinen "Annexe à la demande d'assistance judiciaire" vom 26. Dezember 2006 (BG act. 31) einreichte, bereits gut sieben Jahre alt war, war es nicht wertlos. Das Obergericht weist zu Recht auf ein im Rekursverfahren eingeleitetes Gesuch des Beschwerdeführers an die zuständige Sozialbehörde in Portugal hin (KG act. 2 S. 7 f.). Auf Seite 2 dieses Gesuchs wurden die Liegenschaft mit EUR 10'000.-- und das Auto mit EUR 7'140.-- eingesetzt (OG act. 5/3. letztes Blatt Mitte Ziff. 2). Dieses Dokument trägt den Vermerk "Dato do Requerimento: 2007/01/25" (S. 1 des Gesuchs, zweitletzte Seite von OG act. 5/3), stammt also ungefähr aus derselben Zeit wie der dem Bezirksgericht eingereichte "Annexe à la demande d'assistance judiciaire". Die Feststellung des Obergerichts, der Beschwerdeführer habe im "Annexe à la demande d'assistance judiciaire" seine Vermögenswerte nicht angegeben, ist mit Bezug auf das genannte Auto nicht zu beanstanden.

c/aa) Weiter führt der Beschwerdeführer aus, die von ihm und seiner Mutter bewohnte Zweizimmerwohnung laute auf seinen Namen. Vor der Trennung von seiner Frau sei die Wohnung allein von der Mutter bewohnt worden. Die Wohnung sei gemäss Kaufvertrag vom 20. Februar 1992 zu einem Preis verkauft worden, der gemäss Internetrecherche des Obergerichts Fr. 21'000.-- entsprochen habe.

Der portugiesische Anwalt des Beschwerdeführers habe einen Betrag von EUR 9'975.96 errechnet ("Fax T vom 28.4.2008, Rekursbeilage 8"), der Anwalt der Beschwerdegegnerin habe den Betrag von EUR 10'000.-- bestätigt (Schreiben vom 5. Mai 2008 an das Obergericht, OG act. 38). Der Beschwerdeführer habe den Verkehrswert dieser Wohnung gegenüber den Steuerbehörden mit EUR 10'000.-- angegeben. Er sei davon ausgegangen, dass diese Wohnung keinen Vermögenswert darstelle, der im vorliegenden Verfahren eine Rolle spielen könne.

Der Beschwerdeführer fährt fort, die Beschwerdegegnerin habe ein von ihr bestelltes Gutachten vorgelegt, wonach der Wert der Wohnung heute EUR 100'000 betragen soll. Dieses Gutachten sei aufgrund von mündlichen Angaben der Beschwerdegegnerin entstanden. Die Wohnung sei nicht besichtigt worden. Grundlage des Gutachtens seien denn auch einfach angebliche Werte oder Preise in ähnlicher Grösse und Lage. Dabei sei um was es sich bei diesen Objekten handle. Es sei auch nicht bekannt, ob es sich bei den genannten Beträgen um Angebote oder bezahlte Preise handle und aus welcher Zeit diese Angebote oder Preise stammten. Der Grundbucheintrag über die Wohnung sei mit einem Vermerk versehen, wonach sie Gegenstand eines Scheidungsprozesses sei und von der Beschwerdegegnerin beansprucht werde. Das Obergericht komme zum Schluss, der Beschwerdeführer habe nicht dargetan, dass die Wohnung nicht belehnt oder verkauft werden könne. Es äussere sich nicht zur Veräusserung. Lehre und Praxis verlangten gemäss Bundesgerichtsentscheid BGE 5A_294/2008 vom 18. August 2008, dass die Veräusserung auf Grund sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls dem Beschwerdeführer zumutbar sei. Die Unzumutbarkeit der Veräusserung ergebe sich im vorliegenden Fall, weil das Mieten eines anderen Objekts höhere Wohnkosten verursachen würde. Bezüglich der Belastung gehe das Obergericht davon aus, der Beschwerdeführer habe nicht hinreichend dargetan, dass die Wohnung nicht belastet werden könne. Diese Annahme sei offensichtlich unrichtig. Erstens sei die Annahme eines Verkehrswerts bis zu EUR 100'000.-- haltlos. Zweitens finde sich im Grundbuch der Vermerk, dass die Ehefrau das Grundstück im Scheidungsverfahren beanspruche. Drittens sei der heutige Eigentümer praktisch mittellos. Viertens werde das Objekt vom mittellosen Eigentümer und seiner Mutter bewohnt. Keine europäische Bank gewähre dem Eigentümer

unter diesen Umständen eine Hypothek. Es liege damit eine willkürliche tatsächliche Annahme vor (KG act. 1 S. 7 - 9).

bb) Eine Urkunde, auf welche die Bezeichnung "Fax X vom 28.4.2008, Rekursbeilage 8" zutreffen würde, findet sich nicht. Allenfalls gemeint ist eine Eingabe des portugiesischen Anwaltsbüros "Y", unterzeichnet von Rechtsanwältin M, an das Tribunal Judicial da Comarca de [Ort], welches gemäss Eingangsstempel des Gerichts vermutlich am 29. Dezember 2006 (Datum schlecht lesbar) bei diesem einging (OG act. 37/8). Der Beschwerdeführer reichte dieses Schriftstück dem Obergericht als Beilage zu seiner Eingabe vom 29. April 2008 ein, bezeichnete es als "Rekursbeilage 8" und verwies auf "Ausführungen der portugiesischen Anwälte von Frau H mit Angabe des Erwerbspreises der Wohnung in Ziff. 28 (9'976.96 Euro)" (OG act. 36).

Das Vorbringen des Beschwerdeführers, der Anwalt der Beschwerdegegnerin habe den Betrag von EUR 10'000.-- bestätigt, ist unvollständig und missverständlich. Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin hielt im vom Beschwerdeführer genannten Schreiben vom 5. Mai 2008 an das Obergericht fest, unzutreffend sei, dass der Marktwert der Wohnung des Beschwerdeführers lediglich EUR 10'000.-- betragen soll. Richtig sei, dass bei Ankauf der Wohnung durch den Beschwerdeführer der Kaufpreis lediglich mit EUR 10'000.-- in der notariellen Urkunde verzeichnet worden sei. Der heutige Marktwert dieser Liegenschaft sei aber viel höher, wie auch die dem Gericht bereits vorliegende Liegenschaftenschätzung belege (OG act. 38 S. 1 Ziff. 2).

Der Betrag von EUR 9'976.96 bzw. EUR 10'000.-- sowohl in der portugiesischen Rechtsschrift wie auch in der Eingabe des Rechtsvertreters der Beschwerdegegnerin an das Obergericht betrifft also den in der Kaufurkunde des Jahres 1992 angeführten Kaufpreis und nicht den heutigen Marktwert. Erfahrungsgemäss kann der Marktwert einer Liegenschaft sich über die Jahre aus verschiedenen Gründen stark ändern (Geldentwertung, Erhöhung der quartierüblichen Grundstückspreise, strukturelle, wirtschaftliche und soziale Veränderungen der Umgebung, Erschliessung des Quartiers usw.).

Der Beschwerdeführer zeigt in der Beschwerdeschrift nicht auf, dass er bereits vor Obergericht der diesbezüglichen Darstellung der Beschwerdegegnerin und dem von ihr eingereichten Privatgutachten zum *heutigen* Marktwert mit konkreten und substantziellen Ausführungen widersprochen habe. So nennt er insbesondere auch keine Stelle in den obergerichtlichen Akten, aus welcher hervorgehen würde, dass er geltend gemacht habe, das Gutachten betreffend Marktwert sei bloss aufgrund von mündlichen Angaben der Beschwerdegegnerin entstanden, die Wohnung sei nicht besichtigt worden und es sei nicht klar, auf Grund welcher Werte oder Preise von Objekten in ähnlicher Grösse und Lage der Gutachter zu seiner Schätzung gelange. In seiner Stellungnahme vom 28. Januar 2008 zum Gutachten hält er mit Bezug auf den Wert der Wohnung lediglich fest, dieses nehme keine Rücksicht darauf, dass es sich um eine Parterre-Wohnung mit geringem Wert handle, und ziehe auch den Renovationsbedarf nicht in Betracht (OG act. 30 S. 2).

Das Obergericht stellt nicht fest, die Wohnung des Beschwerdeführers habe einen Verkehrswert von EUR 100'000.--, sondern gibt die gesamte Spanne zwischen der Angabe des Beschwerdeführers (EUR 10'000.--) und derjenigen der Beschwerdegegnerin (bzw. des von ihr eingereichten Parteigutachtens, EUR 100'000.--) wieder und hält entsprechend fest, der Beschwerdeführer verfüge bereits mit der Wohnung über ein Vermögen von eingestandenem rund Fr. 15'000.-- bis zu geschätzten rund Fr. 150'000.-- (KG act. 2 S. 10). Es trifft damit keine willkürliche Annahme. Nachdem die Beschwerdegegnerin ein mit mehreren Seiten umfassender Begründung versehenes Parteigutachten einreichte und dieses den Verkehrswert auf EUR 100'000.-- bezifferte, findet die Annahme eines Verkehrswerts bis zu EUR 100'000.-- eine Stütze. Dass sich allenfalls über einzelne Berechnungsweisen, Vergleichszahlen usw. streiten lässt, ändert daran nichts. Die Rüge des Beschwerdeführers, diese Annahme sei "haltlos" ist pauschal und unbegründet.

Massgeblich dafür, ob eine Bank bereit sei, eine Hypothek auf einer Liegenschaft zu gewähren, dürften nicht in erster Linie die Einkommensverhältnisse des Eigentümers, sondern der Wert der Liegenschaft sein, da diese als Sicherheit für den

betreffenden Kredit dient. Diese Sicherheit wird durch den Umstand, dass die Liegenschaft im Scheidungsverfahren der Parteien von der Beschwerdegegnerin beansprucht wird, nicht grundsätzlich in Frage gestellt, da sich die Beschwerdegegnerin, sollte sie dereinst Eigentümerin der Liegenschaft werden, die Ansprüche des Hypothekargläubigers entgegenhalten lassen müsste. Dass der Beschwerdeführer als Eigentümer der Liegenschaft zusammen mit seiner Mutter in dieser wohnt, schliesst eine hypothekarische Belastung der Wohnung nicht aus. Somit mögen die diesbezüglichen Vorbringen die Feststellung des Obergerichts, der Beschwerdeführer habe nicht hinreichend dargetan, dass die Wohnung nicht belastet werden könne, nicht zu entkräften. Die entsprechende Willkürüge ist unbegründet.

5. Der Beschwerdeführer hält ohne weitere Ausführungen fest, das Obergericht gehe davon aus, er habe im Jahr 2004 auf einem Konto über einen Betrag von Fr. 11'707.30 verfügen können (KG act. 1 S. 9 Ziff. 2). Die Rüge des Vorliegen eines Nichtigkeitsgrunds ist damit nicht verbunden.

6. a) Das Obergericht hält fest, ein allenfalls glaubhaft gemachter Wert der Wohnung sowie möglicherweise bestehende liquide Vermögenswerte seien den für den Beschwerdeführer zu erwartenden Rechtspflegekosten gegenüber zu stellen. Die Beschwerdegegnerin habe im erstinstanzlichen Verfahren eine Kautions von Fr. 130'000.-- geleistet. Das Obergericht sei bei der Bemessung der Kautions von einem Streitwert von Fr. 8'740'431.-- ausgegangen. Eine Gerichtsgebühr von 100 % würde gemäss Gerichtsgebührenverordnung Fr. 108'150.-- betragen. Im Falle eines vollumfänglichen Unterliegens der beklagten Parteien würden wohl dem Beschwerdeführer nur rund 50 % der Gerichtskosten (Fr. 54'075.--) und die andere Hälfte der Beklagten 1 auferlegt. Die beiden Beklagten hätten sodann denselben Rechtsvertreter. Der Beschwerdeführer habe den Rechtsvertreter am 27. Februar 2007 bevollmächtigt. Die Klageantwort vom 28. Februar 2007 habe der Rechtsvertreter einzig für die Beklagte 1 erstattet. Der Beschwerdeführer werde also nur den in seinem Namen zu tätigen weiteren Aufwand des bereits in das Verfahren eingearbeiteten Rechtsvertreter tragen müssen. Dieser könne einstweilen mit rund Fr. 32'317.-- (1/3 von 100 %) geschätzt werden. Der Beschwerdefüh-

rer habe jedenfalls nicht behauptet, der benötigte Kostenvorschuss für seinen Rechtsvertreter falle höher aus. Insgesamt müsste also der Beschwerdeführer aktuell über ein Vermögen von rund Fr. 32'317.-- (Vertreterkosten) und sodann bei Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens über Vermögen von maximal weiteren rund Fr. 54'075.-- verfügen, bzw. dieses aus seinem Einkommen innert nützlicher Frist ansparen können. Diese Beträge würden bei einem Wohnungswert von bis zu rund Fr. 150'000.-- sowie dem Wert des Autos, dem Eigentum an der Beklagten 1 und allfälligen Vermögenswerten auf einem Bankkonto weit übertroffen. Damit könne der Beschwerdeführer derzeit nicht als bedürftig oder mittellos im vorausgesetzten Sinne gelten. Deswegen könne ihm die unentgeltliche Rechtspflege derzeit nicht gewährt werden (KG act. 2 S. 11 f. Erw. 4.6).

b) Der Beschwerdeführer rügt als willkürlich, dass das Obergericht die Anwaltskosten mit Fr. 32'317.-- veranschlage, weil es annehme, der Anwalt könne dem Beschwerdeführer nur einen Drittel der Anwaltskosten belasten, da er bereits in das Verfahren eingearbeitet sei. Gehe der Prozess gegen beide Beklagten verloren, müsse sich die Beklagte 1 nicht gefallen lassen, dass ihr Anwaltskosten auferlegt würden, die dem Beschwerdeführer anzulasten wären. Zutreffend sei, dass die Anwaltsgebühr sich gesamthaft nicht verdoppele, wenn der gleiche Anwalt zwei Parteien vertrete. Selbst wenn man annehme, dass die Grundgebühr nur ca. Fr. 100'000.-- ausmache, müsste davon ausgegangen werden, dass sich diese Gebühr um mindestens 50 % erhöhe, wenn zwei Parteien vertreten seien. Im Fall des Beschwerdeführers stellten sich ganz andere Rechtsfragen, weil sich die Klage auf andere rechtliche Grundlagen abstütze. Bezüglich der Anwaltsgebühr sei deshalb von Fr. 75'000.-- auszugehen, womit dem Vermögen des Beschwerdeführers mutmassliche Prozesskosten von Fr. 110'000.-- gegenüberzustellen seien.

Der Beschwerdeführer fährt fort, selbst wenn man von der Annahme des Obergerichts ausgehe, dass die Prozesskosten nur ca. Fr. 90'000.-- betragen, stelle der Schluss, dass keine Prozessarmut vorliege, eine Verletzung klaren Rechts dar. Das Obergericht führe aus, dieser Betrag würde vom "Wohnungswert von bis zu rund Fr. 150'000.--" sowie dem Wert des Autos, dem Eigentum an der Beklagten

1 und allfälligen Vermögenswerten auf einem Bankkonto weit übertroffen. Der Wohnungswert liege aber nach Annahme des Obergerichts zwischen Fr. 15'000.-- und Fr. 150'000.--, wobei es sich beim Betrag von Fr. 150'000.-- um eine durch nichts belegte Schätzung handle, die einzig auf den Angaben der Beschwerdegegnerin fusse. Das Auto sei heute wertlos, weil die jährlichen Unterhaltskosten den Restwert überstiegen. Zudem sei der Beschwerdeführer darauf angewiesen, um seinen Beruf auszuüben. Das Vermögen der Beklagten 1 sei Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Das Eigentum an der Beklagten 1 sei zudem Gegenstand des Scheidungsverfahrens in Portugal. Dieses Vermögen könne deshalb nicht berücksichtigt werden. Das Bankkonto habe im Jahr 2004 einen Saldo von Fr. 11'707.03 aufgewiesen (KG act. 1 S. 9 - 11 Ziff. 3).

c) Der gemeinsame Rechtsvertreter der Beklagten 1 und des Beschwerdeführers reichte dem Bezirksgericht mit Eingabe vom 28. Februar 2007 die Klageantwort nur für die Beklagte 1 ein (OG act. 38). Er stellte gleichentags mit gesonderter Eingabe namens des Beschwerdeführers ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (OG act. 40). Die Klageantwort des Beschwerdeführers ist noch ausstehend. Sollte der Rechtsvertreter diese für den Beschwerdeführer der einst erstatten, so wird er über weite Strecken auf seine Arbeit an der Beschwerdeantwort für die Beklagte zurückgreifen können und diese im Wesentlichen durch die den Beschwerdeführer und nicht die Beklagte 1 betreffenden individuellen Aspekte zu ergänzen haben. Daraus ist jedoch nicht zu schliessen, die dem Beschwerdeführer zu belastenden Bemühungen des Rechtsvertreters beschränkten sich bloss auf diejenigen, welche dem Rechtsvertreter nicht bereits durch die Vertretung der Beklagten 1 entstanden seien. Die beide Beklagten betreffenden Bemühungen, auch wenn sie vorderhand nur in die Klageantwort der Beklagten 1 eingeflossen und mit Bezug auf die ausstehende Klageantwort des Beschwerdeführers erst Vorarbeiten bilden, sind grundsätzlich beiden Beklagten zu gleichen Teilen anzurechnen. Im Übrigen beschränken sich die Bemühungen eines Beklagtenvertreters in einem Zivilprozess üblicherweise nicht auf die Ausarbeitung einer Klageantwort, sondern umfassen unter anderem auch die spätere Ausarbeitung einer Replik und die Vertretung der beklagten Partei in allfälligen Beweisverfahren, Referentenaudienzen und Vergleichsverhandlungen. Auch bezüglich sol-

cher derzeit in der Zukunft liegenden Bemühungen kann nicht ohne weiteres angenommen werden, diese seien mehrheitlich der Beklagten 1 und nicht dem Beschwerdeführer anzurechnen. Das Obergericht setzt die den Beschwerdeführer treffenden Anwaltskosten für das erstinstanzliche Verfahren mit Fr. 32'317.-- somit zu tief an.

Der Beschwerdeführer ist seiner Pflicht, an der Feststellung seiner finanziellen Verhältnisse mitzuwirken, nur ungenügend nachgekommen, indem er in seinem "Annexe à la demande d'assistance judiciaire" vom 26. Dezember 2006 (BG act. 31 = BG act. 41/4) und auch in seinem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vom 28. Februar 2007 (OG act. 40) seine Vermögenswerte nicht erwähnte. Immerhin sind sein Eigentum an der Wohnung in Portugal, am Auto und an der Beklagten 1 den Vorinstanzen bekannt und es wäre diesen freigestanden, im Sinne von § 84 Abs. 2 ZPO - auch was den Wert der bekannten Vermögensbestandteile angeht - vom Beschwerdeführer ergänzende Ausweise zu verlangen oder ihn über seine Verhältnisse einzuvernehmen oder auf dem Rechtshilfeweg einvernehmen zu lassen. Nachdem die Beschwerdegegnerin eine auf EUR 100'000.-- lautende Verkehrswertschätzung der Wohnung des Beschwerdeführers ins Recht legte und der Beschwerdeführer es unterliess, sich seinerseits konkret zum heutigen Verkehrswert zu äussern, muss er sich gefallen lassen, dass das Obergericht einen wesentlich höheren Verkehrswert als die vom Beschwerdeführer unter Bezugnahme auf den verkündeten Kaufpreis des Jahres 1992 angegebenen EUR 10'000.-- in Betracht zieht und die Frage aufwirft, ob sich nicht durch Verkauf oder Aufnahme einer Hypothek Mittel zur Finanzierung des Prozesses beschaffen liessen. Doch kann umgekehrt nicht ohne weiteres von einem Verkehrswert von EUR 100'000.-- ausgegangen werden, da die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Einwände gegen die Einschätzung des Gutachters, so pauschal und unbestimmt sie auch ausgefallen sind, nicht zum vornherein von der Hand zu weisen sind.

Das Vermögen der Beklagten 1 ist Gegenstand des erstinstanzlichen Prozesses. Infolge der von der Beschwerdegegnerin veranlassten Arrestlegung kann der Beschwerdeführer nicht über dieses verfügen und es auch nicht zur Deckung von

Gerichts- und Anwaltskosten nutzen. Der Wert des Autos ist gering und im Hinblick auf Mittelbeschaffung für den vorliegenden Prozess vernachlässigbar. Es bleibt das Bankkonto, welches im Jahr 2004 einen Saldo von Fr. 11'707.03 aufgewiesen habe und bezüglich des weiteren Verlaufs von dessen Kontostand und eine allfällig in der Zwischenzeit erfolgte Auflösung der Beschwerdeführer keine Nachweise erbrachte.

Wie ausgeführt, sind die Anwaltskosten des Beschwerdeführers für das erstinstanzliche Verfahren auf mehr als die vom Obergericht angenommenen Fr. 32'317.-- zu veranschlagen. Ausgehend von Anwaltskosten in Höhe von ca. Fr. 60'000.-- und mutmasslichen Gerichtskosten in Höhe von ca. Fr. 54'000.-- (entsprechend der Berechnung des Obergerichts) ergibt sich ein mutmasslicher Gesamtaufwand des Beschwerdeführers von ca. Fr. 114'000.--. Das vom Obergericht angeführte Einkommen des Beschwerdeführers von ca. Fr. 1'049.60 (KG act. 2 S. 9) erlaubt kaum, Rückstellungen für die Prozesskosten zu bilden. Der Wert der Wohnung des Beschwerdeführers bewegt sich entsprechend den Ausführungen der Parteien, welche das Obergericht übernommen hat, zwischen EUR 10'000.-- und EUR 100'000.-- bzw. Fr. 15'000.-- und Fr. 150'000.--. Es kann nicht ohne weiteres vom Höchstbetrag ausgegangen werden. Auch ist unsicher, in welchem Umfang es dem Beschwerdeführer möglich ist, eine Hypothek auf der Liegenschaft zu errichten. Auch unter Berücksichtigung des eher kleinen und vernachlässigbaren Werts des Autos und des Bankkontos, dürfte das allenfalls heranziehbare Vermögen des Beschwerdeführers kaum zur Deckung der zu erwartenden Prozesskosten (ca. Fr. 114'000.--) reichen. Entsprechend ist die Annahme des Obergerichts, der Beschwerdeführer sei nicht bedürftig und mittellos im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO nicht nachvollziehbar. Dies führt zur Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde und Rückweisung der Sache an das Obergericht zu neuem Entscheid. Es steht dem Obergericht frei, im Sinne von § 84 Abs. 2 ZPO vom Beschwerdeführer ergänzende Ausweise über seine finanziellen Verhältnisse zu verlangen oder ihn hierzu zu befragen oder befragen zu lassen und daraufhin allenfalls eine neue Beurteilung der Bedürftigkeit unter Würdigung der Kooperation des Beschwerdeführers bei der Feststellung seiner Verhältnisse vorzunehmen. Allenfalls wird es nun zu prüfen haben, ob die Voraussetzungen eines Prozesskosten-

vorschusses der Beschwerdegegnerin an den Beschwerdeführer aus ehelicher Unterstützungspflicht, welche der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vorangehen würde, gegeben seien.

III.

Die Beschwerdegegnerin beantragte im Rekursverfahren sinngemäss die Abweisung des Rekurses, indem sie in ihrer Rekursantwort den Ausführungen des Beschwerdeführers in der Rekursbegründung widerspricht und festhält, das Bezirksgericht habe zu Recht das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsvertretung abgelehnt (OG act. 11). Im Kassationsverfahren verzichtet die Beschwerdegegnerin zwar verbal auf eine Stellungnahme, identifiziert sich jedoch in den nachfolgenden Bemerkungen sinngemäss mit dem angefochtenen Entscheid (KG act. 11). Damit gilt sie beim vorliegenden Ausgang als im Kassationsverfahren unterliegend (RB 2000 Nr. 60), weshalb sie für dieses kosten- und entschädigungspflichtig wird (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung für das Kassationsverfahren wird gegenstandslos, da den Beschwerdeführer im Kassationsverfahren keine Gerichtskosten treffen. Jedoch ist ihm im Sinne von § 87 Abs. 1 ZPO für das vorliegende Kassationsverfahren sein Anwalt zum unentgeltlichen Rechtsvertreter zu bestellen: das Kassationsverfahren ist nicht aussichtslos und im Moment ist der Beschwerdeführer bedürftig.

Die Beschwerdegegnerin hat die ihr aufzuerlegende Prozessentschädigung dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers zu bezahlen (§ 89 Abs. 1 ZPO). Für den Fall der Uneinbringlichkeit ist dem Rechtsvertreter eine Entschädigung aus der Gerichtskasse zuzusprechen (§ 89 Abs. 2 ZPO).

Das Obergericht beziffert den Streitwert des Rekursverfahrens auf Fr. 86'392.-- entsprechend den Prozesskosten, welche den Beschwerdeführer im Falle des Unterliegens im bezirksgerichtlichen Verfahren voraussichtlich treffen würden (KG act. 2 S. 12 Erw. 4.6 und S. 13 Erw. 5.1). Wie in Erw. II/6c dargestellt, sind diese

Kosten jedoch auf ca. Fr. 114'000.-- zu beziffern, weshalb für das vorliegende Kassationsverfahren ein Streitwert in dieser Höhe anzunehmen ist.

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. Fürsprecher B wird für das Kassationsverfahren zum unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers bestellt.
2. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. September 2008 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 5'000.--.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
5. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Fürsprecher B, für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'000.-- zu entrichten.
6. Für den Fall der Nichteinbringlichkeit der Prozessentschädigung gemäss Ziffer 5 wird Fürsprecher B für seine Bemühungen und Barauslagen als unentgeltlicher Rechtsvertreter des Beschwerdeführers eine Entschädigung von Fr. 4'000.-- aus der Gerichtskasse zugesprochen.

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. Art. 78 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt rund Fr. 114'000.--.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Bezirksgericht Zürich (3. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: