



Kass.-Nr. AA080169/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 5. Februar 2009

in Sachen

K,

...,

Beklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin

gegen

H AG,

...,

Klägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

unentgeltliche Prozessführung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 26. September 2008 (LB080043/Z03)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

Mit Urteil vom 8. April 2008 verpflichtete das Bezirksgericht Zürich (4. Abteilung) die Beklagte, der Klägerin Fr. 53'674.70 nebst Zins zu bezahlen. Weiter wies es das Grundbuchamt Y an, ein gemäss Verfügung der Einzelrichterin des Audienzrichteramtes am Bezirksgericht Zürich vom 31. März 2005 zugunsten der Klägerin und zu Lasten der Liegenschaft M-strasse 128 in Y vorläufig eingetragenes Bauhandwerkerpfandrecht im Umfang von Fr. 53'674.70 nebst Zins definitiv einzutragen (BG act. 93 = OG act. 99). Gegen dieses Urteil erhob die Beklagte Berufung an das Obergericht (OG act. 100).

Da die Beklagte aus früheren Verfahren vor einem Zürcher Gericht Kosten schuldet, setzte das Obergericht (II. Zivilkammer) ihr mit Beschluss vom 22. Mai 2008 Frist zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 13'000.-- für das Berufungsverfahren an (OG act. 103). Nachdem die Beklagte ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung gestellt hatte (OG act. 107), nahm das Obergericht ihr mit Beschluss vom 3. Juli 2008 die Frist zur Leistung der Kautions ab und setzte ihr Frist an, um verschiedene im Beschluss einzeln angeführte Unterlagen zu ihrer finanziellen Lage einzureichen und zu verschiedenen Themen Auskunft zu erteilen (OG act. 112). Eine entsprechende Eingabe mit Beilagen datiert vom 18. April 2008 (Eingangsstempel: 22. August 2008) (OG act. 116, 117/1-6). Weitere Unterlagen reichte die Beklagte am 25. und am 27. August 2008 (Eingangsstempel) ein (OG act. 118, 119, 120/1-2).

Mit Beschluss vom 26. September 2008 wies das Obergericht das Begehren der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ab und setzte ihr erneut Frist zur Leistung der Prozesskaution an (OG act. 121 = KG act. 2).

2. Mit vorliegender Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Beklagte, es sei der obergerichtliche Beschluss vom 26. September 2008 aufzuheben. Weiter beantragt sie, es sei ihr unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung zu ge-

währen (KG act. 1 S. 2 Ziffer 3). Die Klägerin und das Obergericht verzichten auf eine Beantwortung der Nichtigkeitsbeschwerde bzw. auf Vernehmlassung zu dieser (KG act. 9 und 12).

Mit Verfügung vom 5. November 2008 verlieh der Präsident des Kassationsgerichts der Nichtigkeitsbeschwerde aufschiebende Wirkung (KG act. 7).

II.

1. Da die Kassationsinstanz nur zu prüfen hat, ob der angefochtene Entscheid nach der bei der Vorinstanz gegebenen Aktenlage an einem Nichtigkeitsgrund leidet, sind im Kassationsverfahren neue Behauptungen oder Beweismittel, welche eine Vervollständigung des vor der Vorinstanz vorzubringenden Prozessstoffs bezwecken, unzulässig (Diether von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 17).

Die Beschwerdeführerin reichte in Beilage zur Nichtigkeitsbeschwerde verschiedene Unterlagen betreffend ihre finanzielle Lage ein (KG act. 4/1-5). Soweit diese erstmals im Kassationsverfahren eingereicht wurden, sind sie aus dem genannten Grund für den Entscheid über die Nichtigkeitsbeschwerde unbeachtlich.

2. Mit Eingabe vom 12. November 2008 reichte die Beschwerdeführerin einen Auszug aus dem Buch von Rainer Schuhmacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht (3. Auflage. Zürich 2008), ein und hielt dafür, aus diesem Buch sei zu ersehen, dass ihre Erfolgsaussichten hervorragend seien (KG act. 10 und 11).

Soweit es sich bei dieser Eingabe um eine Ergänzung der Beschwerdebegründung handeln sollte, wäre diese verspätet, da nach Ablauf der Rechtsmittelfrist eingereicht. Im übrigen wendet das Gericht das Recht von Amtes wegen an (§ 57 ZPO). Auch nahm das Obergericht im angefochtenen Beschluss keine Prüfung der Prozessaussichten der Beschwerdeführerin im Berufungsverfahren vor, da sie das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung bereits wegen ungenügendem Nachweis ihrer Mittellosigkeit durch die Beschwerdeführerin abwies (KG act. 2 S. 7 f. Erw. 3.8). Die Frage nach den Erfolgsaussichten bildet demnach nicht Ge-

genstand des vorliegenden Kassationsverfahrens, weshalb der Hinweis auf Fachliteratur zum Bauhandwerkerpfandrecht fehlt geht.

3. a) Das Obergericht hält fest, die Beschwerdeführerin weise mittels Belegen nach, dass sie im Jahr 2006 eine AHV-Rente von Fr. 13'512.-- (entsprechend Fr. 1'126.-- monatlich) und im Jahr 2007 eine solche von Fr. 13'896.-- (entsprechend Fr. 1'158.-- monatlich) bezogen habe. Sie habe zudem einen Mietvertrag aus dem Jahr 1961 für eine 4-Zimmerwohnung an der Via G in L (TI) zu den Akten gereicht, aus welchem sich für die Jahre 1961 - 1963 ein Jahresmietzins von Fr. 4'500.-- (entsprechend Fr. 375.-- monatlich) ergebe. Aus einer Eigentümerauskunft aus dem Jahr 2006 gehe ferner hervor, dass sie Alleineigentümerin der Liegenschaft M-strasse 128 in Y sei. Aus einem Adhoc-Postenauszug für ein Kontokorrent-Konto bei der Credit Suisse resultiere per 2. Mai 2008 ein Kontostand von Fr. 5'028.56. Schliesslich habe die Beschwerdeführerin zwei unvollständige Steuererklärungen für den Kanton Zürich für die Jahre 2006 und 2007 zu den Akten gereicht. Allein gestützt auf diese Unterlagen lasse sich die finanzielle Situation der Beschwerdeführerin nicht nachvollziehen (KG act. 2 S. 4 Erw. 3.2). In den nachfolgenden Erwägungen 3.3 bis 3.7 führt das Obergericht im einzelnen auf, welche Unterlagen die Beschwerdeführerin entgegen der Aufforderung im Beschluss vom 3. Juli 2008 nicht oder nur unvollständig eingereicht habe und welche von ihr verlangten Auskünfte sie nicht gegeben habe (S. 4 - 7 Erw. 3.3 - 3.7). Abschliessend hält das Obergericht fest, die Beschwerdeführerin sei ihrer Obliegenheit zur vollständigen und schlüssigen Darstellung ihrer finanziellen Verhältnisse, insbesondere der Aufforderung zur Einreichung genau bezeichneter Unterlagen bzw. zur Auskunfterteilung, nur unvollständig nachgekommen. weshalb ihre finanzielle Situation vollständig unklar geblieben seien. Infolgedessen könne auch nicht beurteilt werden, ob die Beschwerdeführerin mittellos im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO bzw. Art. 29 Abs. 3 BV sei. Ihr Armenrechtsgesuch sei wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht abzuweisen (S. 7 f. Erw. 3.8).

Die Beschwerdeführerin bringt vor (KG act. 1 S. 3 - 5),

- ein Teil ihrer Tatsachenbehauptungen würden durch das in Beilage zur Nichtigkeitsbeschwerde eingereichte Urteil des Bundesgerichts vom 26. Oktober 2006 (KG act. 4/2) substantiiert,
- sie verfüge über keine anderen Konti, ausser dem Postcheckkonto, auf welches nur ihre AHV-Rente hereinkomme,
- die grossen Geldbeträge, die auf dem Kontokorrent bezogen worden seien, seien an vier namentlich aufgeführte Unternehmen (worunter die Beschwerdegegnerin) in Cash bezahlt und für diverse Hypothekenzahlungen verwendet worden,
- das Obergericht baue zu Unrecht auf Annahmen und treffe ohne Beweise Folgerungen wie zum Beispiel, dass die Beschwerdeführerin ihrem Ehemann Geld vergütet habe,
- weil sie keine Einkünfte in L habe, sei sie nicht verpflichtet, eine Steuererklärung einzureichen; dennoch habe sie eine solche ohne Einnahmen und ohne Ausgaben eingereicht; alle ihre Einnahmen und Ausgaben seien "im Steueramt in Zürich eingetragen",
- für das Jahr 2006 habe sie den Kontokorrentauszug nicht finden können und sich auf die Steuererklärung verlassen. Diese sei vom Steueramt nicht beanstandet worden,
- sie besitze keine Wertschriften und habe deswegen auch kein Hilfsblatt eingesandt; sie habe nichts mehr als sie angegeben habe,
- sie sei vor vielen Jahren bei einer ausländischen Krankenversicherung versichert gewesen, habe jedoch, seit sie finanzielle Probleme habe, darauf verzichten müssen,
- sie habe seit 1961 keinen neuen Mietvertrag für ihre Wohnung erhalten und zahle Fr. 2'840.-- per Quartal inklusive Nebenkosten; die Hälfte davon zahle ihr Sohn, der bei ihr wohne,
- ihr Ehemann sei amerikanischer Bürger und wohne in den USA,

- bis vor drei Jahren habe sie von den Einkünften ihrer Liegenschaft gelebt; dann habe sie das Haus sanieren müssen und es seien viele Wohnung leer gestanden; durch die Sanierungskosten und den "Betrug G/P" sei sie mittellos geworden,

- sie habe zum Vermögen ihres Ehemanns keinen Zugang; so seien die Auskünfte zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen ihres Ehemanns nicht erhältlich und nicht aktuell,

- sie könne nur soweit Beweise für ihre Vermögensverhältnisse erbringen, wie sie dies bereits getan habe; das Obergericht verlange Beweise für negative Tatsachen, und solange das Obergericht das Gegenteil nicht aufzeigen könne, sei ihre Version anzunehmen.

b) Mit ihren Tatsachenbehauptungen im Kassationsverfahren ergänzt die Beschwerdeführerin zum Teil diejenigen, die sie im Berufungsverfahren vor Obergericht vorgebracht hat oder hätte vorbringen sollen. Diese neuen Vorbringen sind unbeachtlich (vgl. oben Erw. II/1).

Mit dem Vorbringen, auf ihrem Postkonto gehe nur die AHV-Rente ein, bestätigt die Beschwerdeführerin indirekt die Feststellung des Obergerichts, es sei nicht anzunehmen, dass sie neben dem Konto bei der {Bank} kein weiteres Konto besitze (KG act. 2 S. 5 unten). Obwohl sie vom Obergericht mit Beschluss vom 3. Juli 2008 aufgefordert worden war, Auszüge betreffend sämtlicher Bank- und Postkonti einzureichen (OG act. 112 S. 5 Dispositiv Ziffer 3 lit. d), reichte sie jedenfalls für das Postkonto keinen solchen Auszug ein.

Die Beschwerdeführerin wohnt im Kanton Tessin. Selbst wenn ihre Haupteinkünfte und -aufwände aus dem Eigentum an der Liegenschaft in Zürich resultierten und sie diesbezüglich in Zürich Steuererklärungen einreichte, ändert dies nichts daran, dass ihr Hauptsteuerdomizil in L liegt. Nachdem die Beschwerdeführerin selbst ausführt, ihre AHV-Rente werde jeweils auf das Postkonto überwiesen, trifft die Behauptung nicht zu, sie beziehe im Kanton Tessin kein Einkommen. Selbst wenn dies der Fall wäre, würde dies sie nicht von der Erstellung einer Steuererklärung in L entbinden. Eine solche reichte die Beschwerdeführerin trotz

ausdrücklicher Aufforderung durch das Obergericht (OG act. 112 S. 5 Dispositiv Ziffer 3 lit. f) nicht ein.

Das Obergericht forderte die Beschwerdeführerin auf, darzutun, weshalb sie auf Unterstützung durch ihren Ehemann verzichte, unter welchem Güterstand sie lebe und wie sich die Einkommens- und Vermögensverhältnisse ihres Ehemanns gestalteten (OG act. 112 S. 6 Dispositiv Ziffer 5). Hierzu äusserte sich die Beschwerdeführerin in ihrer vom 18. April 2008 datierten (Poststempel: 20. August 2008) und auf den entsprechenden Beschluss des Obergerichts vom 3. Juli 2008 Bezug nehmenden Eingabe nicht (OG act. 116). Der Umstand allein, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin Amerikaner ist und in den USA lebt, schliesst nicht ohne weiteres aus, solche Auskünfte zu geben bzw. erhältlich zu machen. Jedenfalls hätte die Beschwerdeführerin diese Unmöglichkeit, soweit sie besteht, gegenüber dem Obergericht erläutern sollen.

Es trifft nicht zu, dass das Obergericht von der Beschwerdeführerin den Nachweis negativer Tatsachen fordert. Soweit die Beschwerdeführerin sich nicht in der Lage sah, die vom Obergericht einverlangten Unterlagen einzureichen und Auskünfte zu erteilen, hätte sie dies gegenüber dem Obergericht begründen sollen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin den Aufforderungen des Obergerichts in dessen Beschluss vom 3. Juli 2008 zur Einreichung von Unterlagen und zur Erteilung von Auskünften nur sehr unvollständig nachgekommen ist. Die Feststellung des Obergerichts, die finanzielle Situation der Beschwerdeführerin sei unklar geblieben und sie habe ihre Mitwirkungspflicht in diesem Zusammenhang verletzt, trifft zu. Die entsprechende Abweisung des Begehrens um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung erfolgte somit zu Recht. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist abzuweisen.

4. Mit der Abweisung der Beschwerde fällt die dieser verliehene aufschiebende Wirkung dahin. Die Frist zur Leistung der Prozesskaution für das Berufungsverfahren ist neu anzusetzen.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine Beantwortung der Nichtigkeitsbeschwerde. Ihr ist deshalb mangels erheblicher Umtriebe keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Die Nichtigkeitsbeschwerde war von vornherein aussichtslos. Daran hätte auch die Bestellung eines Rechtsvertreters nichts zu ändern vermocht. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung im Kassationsverfahren ist abzuweisen (§ 84 Abs. 1 ZPO und § 87 ZPO).

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. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters wird abgewiesen.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen.
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
3. Der Beklagten (Beschwerdeführerin) wird eine Frist von **10 Tagen** ab Zustellung dieses Beschlusses angesetzt, um für die Gerichtskosten und eine allfällige Prozessentschädigung an die Klägerin (Beschwerdegegnerin) für das Berufungsverfahren bei der Obergerichtskasse eine Prozesskaution von

Fr. 13'000.-- zu leisten. Es gelten die Modalitäten gemäss dem Beschluss des Obergerichts vom 22. Mai 2008.

4. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'000.--.
5. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
6. Der Beschwerdegegnerin wird für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigung 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. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 53'674.70.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 26. September 2008 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 und die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: