



Kass.-Nr. AA080176/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Vizepräsident, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 10. November 2009

in Sachen

X.,

...

...,

Kläger, Rekurrent und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt ...

...

gegen

Y.,

...

...,

Beklagter, Rekursgegner und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt ...

...

betreffend

**Aberkennung einer Forderung / Prozesskaution /
unentgeltliche Rechtspflege**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. November 2008 (NK080012/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Zur Vorgeschichte kann vorab auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden. Am 2. Oktober 2007 machte der Beschwerdeführer beim Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Affoltern eine Aberkennungsklage betreffend eine Forderung über Fr. 17'500.-- nebst Zins und Kosten anhängig; dabei geht es um die Rückzahlung eines Restbetrages aus zwei Darlehen vom Dezember 1992. Mit Verfügung vom 8. Oktober 2007 wurde dem Beschwerdeführer wegen ausstehender Gerichtskosten gestützt auf § 73 Ziff. 4 ZPO aufgegeben, eine Kautionsleistung in der Höhe von Fr. 7'100.-- zu leisten. Nachdem dem Beschwerdeführer die Frist zur Leistung der Kautionsleistung auf Gesuch hin abgenommen und in der Folge unter gleichzeitiger Erhöhung der Kautionsleistung auf Fr. 8'400.-- neu angesetzt worden war, stellte er am 15. Februar 2008 ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes. Der Einzelrichter trug darauf dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 17. März 2008 auf, seine finanziellen Verhältnisse anhand eines Fragenkatalogs zu verdeutlichen, worauf dieser innert Frist Auskunft erteilte und weitere Belege einreichte (ER act. 24, 25).

Mit Verfügung vom 17. April 2008 wies der Einzelrichter das Begehren des Beschwerdeführers wegen fehlender Mittellosigkeit (und in diesem Zusammenhang namentlich unter Hinweis darauf, dass der Beschwerdeführer seiner Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen sei) ab und setzte erneut Frist zur Leistung der Kautionsleistung.

2. Auf Rekurs des Beschwerdeführers hin bestätigte das Obergericht mit Beschluss vom 3. November 2008 den erstinstanzlichen Entscheid, unter Neuansetzung der Frist zur Kautionsleistung (KG act. 2).

3. Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende, rechtzeitig erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher der Beschwerdeführer beantragt, es sei der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Sache sei zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen; eventuell sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege für die Aberkennungsklage durch das Kassationsgericht zu gewähren.

Beschwerdegegner und Vorinstanz haben auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9 und 10).

4. Mit Eingabe vom 21. Juli 2009 (KG act. 11) reichte der Beschwerdeführer ein Schreiben des Sozialdienstes des Bezirks Affoltern (KG act. 12) zu den Akten. Darauf kann schon wegen des im Beschwerdeverfahren geltenden Novenverbots nicht abgestellt werden.

5. Der Beschwerde wurde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5 Ziff. 4).

II.

1. Dem erstinstanzlichen Entscheid folgend hat das Obergericht im Wesentlichen darauf abgestellt, dass der Beschwerdeführer trotz entsprechender richterlicher Aufforderung seiner Mitwirkungspflicht nicht bzw. nur teilweise nachgekommen sei. Dagegen richtet sich die Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher der Beschwerdeführer sämtliche drei Nichtigkeitsgründe von § 281 ZPO anruft.

2. Der Beschwerdeführer macht als erstes geltend (Beschwerde Ziff. II.1, S. 5 ff.), das Obergericht habe durch die Verneinung der Mittellosigkeit im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO den Nichtigkeitsgrund der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes erfüllt.

2.1 Das Obergericht hat erwogen (Beschluss S. 7/8), der Beschwerdeführer sei seiner Mitwirkungspflicht bei der Ermittlung seiner Einkommens- und Vermö-

gensverhältnisse nicht hinreichend nachgekommen. Dass der Beschwerdeführer entsprechenden Aufforderungen nicht nachgekommen sei, sei zu seinen Ungunsten zu werten. Die vom Beschwerdeführer angeführte höchstrichterliche Rechtsprechung und Literatur betreffend Ermittlung des Ertrages bei Fehlen einer Buchhaltung durch vergleichende Schätzung stehe im Zusammenhang mit der Lohnpfändung nach Art. 93 SchKG und verfange bei der hier in Frage stehenden unentgeltlichen Prozessführung nicht. Die erste Instanz sei auch zutreffend davon ausgegangen, dass das Gericht vor dem Hintergrund der Mitwirkungspflicht der gesuchstellenden Partei nicht gehalten sei, ein Gutachten betreffend die Einkommensverhältnisse einzuholen. Gleichermassen könne nicht einfach auf ein durchschnittliches Einkommen abgestellt werden.

Die fehlende Mitwirkung – so die Vorinstanz weiter – zeige sich auch in der ungenügenden Offenlegung der Vermögensverhältnisse, wo die Angabe eines im Eigentum des Beschwerdeführers stehenden unbelasteten Grundstücks unterblieben sei. Unrichtig seien auch die Angaben hinsichtlich einer (mittlerweile teilweise getilgten) Darlehensschuld über der Fr. 70'000.-- gewesen. Zwar bildeten die im Recht liegenden Betreibungs- und sonstigen Akten Indizien dafür, dass der Beschwerdeführer möglicherweise nicht über die Mittel zur Leistung der Prozesskaution verfüge; umgekehrt verblieben aber erhebliche Ungewissheiten hinsichtlich Einkommen und Vermögen. Deshalb sei auch nicht auszuschliessen, dass der Beschwerdeführer nach wie vor Gewinne mache und über Mittel verfüge. Klarheit darüber brächten nur vollständige nachprüfbare Auskünfte, die der Beschwerdeführer nicht erteilt habe.

2.2 Der Beschwerdeführer macht geltend (Beschwerde Ziff. 5 und 6), er habe mit seinem Gesuch vom 15. Februar 2008 umfassend über seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse Auskunft erteilt. Als Beweismittel habe er u.a. 23 Urkunden, die Erstellung eines Gutachtens sowie die Parteibefragung offeriert. Mit seiner weiteren Eingabe vom 31. März 2008 habe er die ihm mit Verfügung vom 17. März 2008 gestellten Fragen beantwortet und weitere Urkunden eingereicht und damit seine früheren Vorbringen präzisiert und vervollständigt.

Weder die erste noch die zweite Instanz hätten sich – so der Beschwerdeführer – die Mühe genommen, sich mit seinen Vorbringen auseinanderzusetzen oder ihn persönlich zu befragen. Unterblieben sei auch die Ermittlung des Einkommens mittels Schätzung oder Gutachten. Damit hätten beide Instanzen den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt.

2.3a) Dem Beschwerdeführer war mit einzelrichterlicher Verfügung vom 17. März 2008 (ER act. 18) aufgegeben worden, im Hinblick auf sein Armenrechtsgesuch Erläuterungen bzw. Unterlagen zu insgesamt 15 konkreten Fragen betreffend seine finanzielle Situation einzureichen. In seiner entsprechenden Eingabe vom 31. März 2008 (ER act. 24) nahm der Beschwerdeführer auf 15 Seiten Stellung und reichte 17 Belege ein (ER act. 25/1-17). Dabei ergibt sich folgendes Bild:

Konkret äusserte sich der Beschwerdeführer (unter Einreichung zahlreicher Belege) zum sog. Deckungsbeitrag als Grundlage für die Einkommensberechnung und zu dessen Berechnung (act. 24 S. 1 f., 5 f., zu den Fragen 1 und 4), zu seinen Einnahmen aus der Landwirtschaft (act. 24 S. 3 f., zu Frage 2), zu anderen Auszahlungen (act. 24 S. 5, zu Frage 3), zum Beitragsgesuch für Direktzahlungen (act. 24 S. 7, zu Frage 5), zu den Steuerrechnungen 2005 und 2006 (act. 24 S. 7, zu Frage 6), zum Grundstück in _____ (act. 24 S. 7 f., zu Frage 7), zur Erhöhung der Hypothek (act. 24 S. 8, zu Frage 8), zum Pachtvertrag bzw. Pachtzins (act. 24 S. 9, zu Frage 9 f.), zum Zahlungsnachweis für geleistete Pachtzinse (act. 24 S. 10 f., zu Frage 10), zu den effektiven Wohnkosten (act. 24 S. 11, zu Frage 11), zum Grundstück in _____ (act. 24 S. 11, zu Fragen 12 und 13), zur Verpflichtung der Unterstützung der Mutter (act. 24 S. 12, zu Fragen 14 und 15). Weitere Bemerkungen beziehen sich auf den Umfang der möglichen Bewirtschaftung des Pachtbetriebes und zur veränderten Situation des Grundstückes in _____. In diesem Zusammenhang enthält die Eingabe abschliessend eine Zusammenstellung der einzelnen Bedarfspositionen sowie der Aktiven und Passiven, verbunden mit dem Hinweis, dass sich der Beschwerdeführer aufgrund seiner prekären Situation im März 2008 gezwungen gesehen habe, um Sozialhilfe nachzusuchen (ER act. 24 S. 12 ff.).

b) Wenn die Vorinstanz dem Beschwerdeführer bei dieser Sachlage eine (zumindest teilweise) Verletzung seiner Mitwirkungsobliegenheit gemäss § 84 Abs. 2 ZPO vorwirft und schon gestützt darauf das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung abweist, erfüllt sie den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO.

Zunächst ergibt sich aus dem vorstehend Gesagten, dass der Beschwerdeführer zu sämtlichen der mit Verfügung vom 17. März 2008 aufgeworfenen Fragen Stellung genommen und Belege eingereicht hat. In diesem Zusammenhang geht es namentlich nicht an, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer vorhält, er habe in seinem Gesuch vom 15. Februar 2008 die Angabe des Grundstückes in _____ unterlassen. Zwar trifft letzteres zu, doch hat der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 31. März 2008 auf Aufforderung hin auch zu diesem Punkt Ausführungen gemacht; eine solche Aufforderung zur nachträglichen Substantiierung des Armenrechtsgesuchs wäre aber sinnlos, wenn in der Folge der Gesuchsteller gleichwohl dabei behaftet werden könnte, dass er sich nicht von Anfang dazu geäussert hatte. Nach den Vorbringen des Beschwerdeführers soll es sich um ein Grundstück mit einem Wert von zwischen Fr. 40'000.-- und 62'000.-- handeln, welches sich wegen des Nationalstrassenbaus in der Landumlegung befindet und einer Verfügungsbeschränkung unterliege (ER act. 24 S. 8). Wie es sich damit im Einzelnen verhält, kann hier einstweilen offen bleiben.

c) Der angefochtene Entscheid beruht im Weiteren auf einer grundsätzlichen Verkennung der Rechtslage. Der Beschwerdeführer hat unbestrittenermassen keine Buchhaltung geführt und beruft sich deshalb für die Ermittlung seiner Einkommensverhältnisse auf Schätzungen und Durchschnittszahlen, namentlich unter Berücksichtigung der sog. Deckungsbeiträge (vgl. ER act. 24 S. 2 unten). Das Obergericht lehnt in diesem Zusammenhang die Berufung des Beschwerdeführers auf die höchstrichterliche Rechtsprechung und Lehre zur Frage des Vorgehens bei Fehlen einer Buchhaltung ab und führt aus, diese Grundsätze kämen (nur) bei der Lohnpfändung nach Art. 93 SchKG zur Anwendung und verfangen bei der hier in Frage stehenden unentgeltlichen Prozessführung nicht. Dabei verwechselt das Obergericht die Frage des Vorgehens bei der Sachverhaltsermittlung mit derjenigen nach den massgeblichen rechtlichen Kriterien im Hinblick auf

die Annahme von Bedürftigkeit. Das Bundesgericht und auch die Lehre lehnen es zwar ab, Bedürftigkeit im Sinne des Armenrechts schematisch anhand des betriebsrechtlichen Existenzminimums zu berechnen (vgl. BGE 124 I 1 E. 2a m.H.; MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 29 Abs. 3 BV], Basel 2008, S. 75 m.w.H. in Fn 32; vgl. immerhin noch FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 84 N 12), gehen also von *unterschiedlichen Rechtsbegriffen* der Bedürftigkeit bzw. Mittellosigkeit aus. Hingegen ist es keineswegs unzulässig, sondern gegebenenfalls geboten, im Falle eines Selbständigerwerbenden mit unregelmässigem Erwerbseinkommen, der zudem keine Buchhaltung führt, im Hinblick auf die Frage der unentgeltlichen Prozessführung die tatsächlichen Einkommensverhältnisse anhand von Schätzungen und Vergleichs- bzw. Durchschnittszahlen zu ermitteln, wie dies auch im Lohnpfändungsverfahren nach Art. 93 SchKG der Fall ist (BGE 112 III 21; vgl. SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 93 N 16, 52; KREN KOSTKIEWICZ, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, Basel 2009, Art. 93 N 10). Dem steht die hier geltende Mitwirkungspflicht des Gesuchstellers nicht entgegen. Hat dieser, wie vorliegend, keine Buchhaltung geführt, darf dies nicht dazu führen, dass die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung von vornherein ausser Betracht fällt; vielmehr hat der Gesuchsteller die ihm vorliegenden Unterlagen oder Hinweise zu liefern, anhand welcher eine solche Schätzung vorgenommen werden kann. Dies hat der Beschwerdeführer namentlich mit seinen Ausführungen zu den Deckungsbeiträgen denn auch getan.

Zu berücksichtigen ist weiter, dass im Zweifelsfall die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen bzw. nur dann zu verweigern ist, wenn der Gesuchsteller seiner Mitwirkungspflicht nicht nachkommt (MEICHSSNER, a.a.O., S. 78). Die Vorinstanz räumt selbst ein, dass der Beschwerdeführer seiner Mitwirkungspflicht teilweise nachgekommen ist und dass durchaus Indizien dafür vorliegen, dass er mittellos ist (Beschluss S. 8/9). Ein Hinweis darauf, dass es der Beschwerdeführer heute zu vertreten habe, dass er wegen seinerzeitiger Nichtführung der Buchhaltung eine solche gar nicht einreichen *kann*, lässt sich dem von der Vorinstanz zitierten Urteil des Bundesgerichts vom 23. August 2006 (Beschluss S. 7) nicht entnehmen; vielmehr hält das Bundesgericht hier fest, Unterlagen seien "soweit mög-

lich" einzureichen (a.a.O., E. 3). Eine nicht existierende Buchhaltung kann aber nicht eingereicht werden. Damit geht es insoweit auch nicht an, dem Beschwerdeführer das Fehlen einer Buchhaltung anzulasten.

d) Unter den genannten Umständen kommt es einer Gehörsverweigerung gleich, dem Beschwerdeführer eine Verletzung seiner Mitwirkungsobliegenheit vorzuwerfen und sein Gesuch abzuweisen, ohne näher auf die einzelnen Vorbringen einzugehen. Die Rüge erweist sich als begründet im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO.

2.4 Das Obergericht führt im angefochtenen Entscheid weiter aus (Beschluss S. 8), der Beschwerdegegner weise in seiner Rekursantwort zurecht darauf hin, dass das Darlehen der Erbengemeinschaft Z. in der Höhe von Fr. 70'000.-- mit der Zwischenverteilung des Betreibungsamtes Affoltern vom 6. Dezember 2007 im Umfang von Fr. 50'699.50 getilgt worden sei; in der Eingabe des Beschwerdeführers vom 31. März 2008 habe dieses Darlehen demgegenüber immer noch in der ursprünglichen Höhe figuriert. Der Beschwerdeführer beanstandet in diesem Zusammenhang (Beschwerde Ziff. 7, S. 7), die Vorinstanz habe übersehen, dass er mit Beschwerde vom 29. Februar 2008 die Feststellung der Nichtigkeit verschiedener Pfändungsverfügungen (und damit auch der darauf beruhenden Zwischenverteilung) beantragte gehabt habe und dass er vor Einzelrichter auch beantragt habe, die Akten jenes Verfahrens beizuziehen. Ausgehend vom damaligen Stand der Dinge habe er das fragliche Darlehen korrekt ausgewiesen.

Der Beschwerdeführer hatte in seiner Eingabe vom 31. März 2008 unter den Schulden das Darlehen an die Erbengemeinschaft Z. in der Höhe von Fr. 70'000.-- erwähnt (ER act. 24 S. 14). In der gleichen Eingabe hatte er (an anderer Stelle) auch die Edition seiner Beschwerde vom 29. Februar 2008 beantragt (ER act. 24 S. 4). Man kann sich fragen, ob er in diesem Zusammenhang seiner Mitwirkungspflicht vollumfänglich nachgekommen ist oder nicht. Da die Beschwerde ohnehin aus einem anderen Grund gutzuheissen ist, braucht darüber nicht entschieden zu werden.

3. Auch auf die weiteren Rügen (Beschwerde Ziff. 8 ff.) – die sich inhaltlich mit der behandelten Rüge weitgehend decken – braucht nach dem Gesagten nicht eingegangen zu werden.

4. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als begründet und ist gutzuheissen. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5. Da der Beschwerdegegner auf Beantwortung der Beschwerde verzichtet hat, sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen. Eine Parteientschädigung ist in dieser Konstellation nicht zuzusprechen.

6. Beim vorliegenden (Rückweisungs-)Entscheid handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG (vgl. BGE 133 V 645 E. 1 m.H.). Ob dagegen im konkreten Fall die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG zulässig ist, entscheidet gegebenenfalls das Bundesgericht.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. November 2008 (Geschäfts.-Nr. NK080012/U) aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz.
3. 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. 17'500.--.

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

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie an die Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Affoltern (FO070038), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Generalsekretär: