

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PP110015-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. G. Pfister,
Oberrichterin Dr. M. Schaffitz sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.
M. Reuss Valentini

Urteil vom 5. Oktober 2011

in Sachen

A. _____

Aberkennungskläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____

Aberkennungsbeklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 13. Juli 2011
(FV110083)**

Erwägungen:

I.

1. Gegenstand des vorinstanzlichen Aberkennungsverfahrens bildet eine Darlehensrückzahlungsforderung von B._____ (Gläubiger, Aberkennungsbeklagter und Beschwerdegegner, fortan Aberkennungsbeklagter) über den fälligen (Teil-)Betrag von Fr. 20'000.– gegenüber der C._____ AG, für welche sich unter anderem A._____ (Schuldner, Aberkennungskläger und Beschwerdeführer, fortan Aberkennungskläger) solidarisch verbürgt haben soll (Urk. 5/1 S. 5 ff.).

2. Mit Rechtsschrift vom 4. April 2011 liess der Aberkennungskläger seine Klage, wonach festzustellen sei, dass die Forderung gemäss Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Z._____ vom 10. Februar 2010 über Fr. 20'000.– nebst Zins zu 5 % seit 1. November 2009 nicht bestehe, beim Einzelrichteramt am Bezirksgericht Zürich rechtshängig machen. Gleichzeitig stellte er ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 5/1, S. 1 ff., 12). Gemäss Eingabe vom 27. April 2011 verlangte der Aberkennungsbeklagte unter anderem, der Aberkennungskläger sei für die Gerichtskosten und Parteientschädigung zu kautionieren. Zudem sei ihm vorerst Frist anzusetzen, um sein Armenrechtsgesuch zu begründen. Des weiteren wurden diverse Editionsbegehren betreffend die angebliche Mittellosigkeit des Aberkennungsklägers gestellt (Urk. 5/11 S. 1, 3). Mit Verfügung vom 16. Mai 2011 wurde nebst Weiterem dem Aberkennungskläger Frist angesetzt, um detailliert über seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse und Aufwendungen Auskunft zu geben unter Beilegung sämtlicher massgebender Belege (Urk. 5/20). Fristgerecht liess der Aberkennungskläger der Vorinstanz mit Eingabe vom 27. Mai 2011 diverse Unterlagen zukommen (Urk. 5/22, 23). Gemäss Verfügung vom 8. Juni 2011 wurde dem Aberkennungsbeklagten gestützt auf Art. 119 Abs. 3 ZPO Frist zur Stellungnahme zum gegnerischen Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege angesetzt (Urk. 24 S. 2). In seiner Eingabe vom 17. Juni 2011 beantragte der Aberkennungsbeklagte unter Anderem die Abweisung des Gesuchs des Aberkennungsklägers um unentgeltliche

Rechtspflege (Urk. 5/26). Diese Eingabe samt Beilagen (Urk. 5/27/1-8) wurde dem Aberkennungskläger durch die Vorinstanz nicht mehr zugestellt. Mit Verfügung vom 13. Juli 2011 wies die Einzelrichterin der 10. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich das Armenrechtsgesuch des Aberkennungsklägers ab (Urk. 2, S. 5).

3. Gegen diese Verfügung liess der Aberkennungskläger rechtzeitig (Urk. 5/29/1) mit Eingabe vom 26. Juli 2011 Beschwerde erheben und folgende Anträge stellen (Urk. 1 S. 10):

- "1. Es sei Ziff. 1 der Verfügung vom 13.7. aufzuheben.
2. Dem Kläger sei im Verfahren FV110083 die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und der unterzeichnete Anwalt als Vertreter zu ernennen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Gemäss Eingabe vom 24. August 2011 liess der Aberkennungsbeklagte fristgerecht (Urk. 6) auf Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Aberkennungsklägers (zuzüglich Mehrwertsteuer) antragen (Urk. 7 S. 2). Die Beschwerdeantwort wurde dem Aberkennungskläger zur Kenntnis gebracht (Urk. 8).

II.

1. Für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren gelangt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung zur Anwendung, nachdem die Klage vor Vorinstanz am 5. April 2011 rechtshängig gemacht wurde (Urk. 5/1; Art. 404 Abs. 1 ZPO). Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

2. Die erste Instanz wies das Armenrechtsgesuch des Aberkennungsklägers ab, weil es ihm nicht gelungen sei, seine Prozessarmut glaubhaft zu machen. Die Prozessaussichten wurden nicht geprüft (Urk. 2 S. 5).

3. Die Gegenpartei ist im Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege zwar nicht förmlich Partei. Dennoch kann sie angehört werden, denn oft vermag sie zur Abklärung der Vermögens- und Einkommensverhältnisse sowie vor allem der Erfolgsaussichten beizutragen. Zwingend anzuhören ist sie, wenn die unentgeltliche Rechtspflege die Leistung der Sicherheit für die Parteientschädigung (Art. 99 ZPO) umfassen soll, was immer dann der Fall ist, wenn die klagende Partei ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellt (Lukas Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 119 N 23). Zu Recht wurde vorliegend daher gestützt auf Art. 119 Abs. 3 ZPO eine Stellungnahme des Aberkennungsbeklagten eingeholt (Urk. 5/24).

Der Aberkennungskläger macht in seiner Beschwerdeschrift vorweg geltend, er habe zu den Ausführungen der Gegenseite in deren Stellungnahme vom 17. Juni 2011 nicht Stellung nehmen können, ebenso wenig zu den eingereichten Unterlagen. Dies sei vorliegend nachzuholen. Es erweise sich, dass die Ausführungen des Aberkennungsbeklagten, die im angefochtenen Entscheid weitgehend unkritisch übernommen worden seien, einer näheren Überprüfung nicht standhielten (Urk. 1 S. 4).

Das rechtliche Gehör (Art. 53 ZPO) umfasst insbesondere auch das Recht, sich zu Vorbringen des Gegners zu äussern. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (und auch des Schweizerischen Bundesgerichts) ist jede Parteieingabe der Gegenpartei (vor dem Entscheid) zur Kenntnis zu bringen (Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 53 N 10 f., mit weiteren Hinweisen). Dies wurde vorliegend betreffend die Stellungnahme des Aberkennungsbeklagten vom 17. Juni 2011 (Urk. 5/26; Urk. 5/27/1-8) unterlassen. Damit wurde der Gehörsanspruch des Aberkennungsklägers verletzt. Bejaht die Beschwerdeinstanz eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 53 ZPO), muss dies aufgrund der formellen Natur dieses Anspruchs zur Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz führen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO), es sei denn, der Mangel könne ausnahmsweise im Rechtsmittelverfahren geheilt werden. Dies wird indessen im Beschwerdeverfahren angesichts des Fehlens eines Beweisverfahrens und seines Charakters als Aktenprozess eher selten der Fall sein (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-

Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 327 N 11). Eine Heilung der Gehörsverletzung im Rechtsmittelverfahren ist nur dann zulässig, wenn die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht gravierend ist und die Rechtsmittelinstanz die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat wie die Vorinstanz. Ausserdem muss der Betroffene über die gleichen Mitwirkungsrechte verfügen wie vor der Vorinstanz (Sutter-Somm/Chevalier, in Sutter/Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 53 N 26 und 27).

Das vorliegende Beschwerdeverfahren beschränkt sich im Wesentlichen auf eine blossе Rechtskontrolle des vorinstanzlichen Entscheides. Wie bereits erwähnt, sind gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO im Beschwerdeverfahren neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen. Das Novenverbot ist umfassend. Es erfasst insbesondere auch diejenigen Fälle, in denen die Untersuchungsmaxime gilt. Die gesetzlichen Ausnahmen gemäss Absatz 2 dieser Norm beziehen sich mithin nicht auf Fälle, in denen, wie vorliegend, der Untersuchungsgrundsatz herrscht (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 326 N 3-5). Die neuen Vorbringen des Aberkennungsklägers zur Stellungnahme der Gegenseite vom 17. Juni 2011 (Urk. 1 S. 4 ff.) können vorliegend daher nicht gehört werden, weshalb denn auch keine Heilung der Gehörsverletzung erfolgen kann.

Indem die erste Instanz dem Aberkennungskläger keine Gelegenheit einräumte, sich zur Stellungnahme des Aberkennungsbeklagten vom 17. Juni 2011 (Urk. 5/26) zu äussern, wobei darin insbesondere diverse neuen Tatsachenbehauptungen enthalten waren und neue Unterlagen beigebracht wurden (Urk. 5/27/1-8), auf welche die erste Instanz im angefochtenen Beschluss vom 13. Juli 2011 unter anderem denn auch abstellte (vgl. z.B. nicht unterzeichnete Lohnabrechnungen, keine Aufführung einer Lohnauszahlung als Eingang auf dem Kontoauszug des Aberkennungsklägers, keine Erfassung weiterer Zahlungseingänge; Urk. 1 S. 3; Urk. 5/26 S. 2; Urk. 2 S. 3, wo ausgeführt wurde, die Argumentation des Beklagten sei durchaus nachvollziehbar bzw. mangels genauerer Angaben durch den Kläger sei die Annahme des Beklagten nicht abwegig; betreffend das Vermögen: Urk. 2 S. 4, wo steht, aus den vom Beklagten eingereichten Akten ge-

he hervor...bzw. damit mache der Beklagte glaubhaft...), wurde das rechtliche Gehör des Aberkennungsklägers verletzt. Dass die fragliche Eingabe dem Aberkennungskläger durch den Aberkennungsbeklagten offenbar zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 5/26 S. 4 unten), ändert daran nichts, weil solchen Zustellungen einzig dann Rechtswirkungen zukommen, wenn sie durch das entscheidende Gericht erfolgen.

Zusammengefasst ist die Beschwerde des Aberkennungsklägers daher gutzuheissen, die Verfügung der Einzelrichterin der 10. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 13. Juli 2011 aufzuheben und die Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs des Aberkennungsklägers und neuen Entscheidung an die erste Instanz zurückzuweisen.

III.

1. Die erste Instanz behielt die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vor (Urk. 2 S. 5; Art. 104 Abs. 1 ZPO).

2. Bei Beurteilung eines Armenrechtsgesuchs ist auch das Beschwerdeverfahren kostenlos (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Nachdem sich der Aberkennungsbeklagte mit dem angefochtenen Entscheid identifizierte (Urk. 7 S. 2), ist er allerdings zu verpflichten, dem obsiegenden Aberkennungskläger für das Beschwerdeverfahren eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 20'000.– (Urk. 5/1 S. 12) ist diese auf Fr. 600.– festzulegen (§ 4 Abs. 1, § 9, § 13 Abs. 1 und 4 AnwGebV). Mangels eines entsprechenden Antrags (Urk. 1 S. 10), ist kein Mehrwertsteuerzuschlag geschuldet (ZR 104 Nr. 76).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung der Einzelrichterin der 10. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. Juli 2011 aufgehoben

und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Der Aberkennungsbeklagte wird verpflichtet, dem Aberkennungskläger für das Beschwerdeverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 600.– zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Beilage der erst- und zweitinstanzlichen Akten – an die Einzelrichterin der 10. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich, je gegen Empfangsschein.
5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG. im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 20'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Zürich, 5. Oktober 2011

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. R. Klopfer

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:
mc