

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PP120041-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter  
lic. iur. P. Hodel und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

## Urteil vom 29. November 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ (Schweiz) AG,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Aberkennung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich (10. Abteilung) vom 29. August 2012; Proz. FV110323**

### Erwägungen:

1.1 Mit Urteil des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichts Zürich vom 8. November 2011 wurde der Aberkennungsbeklagten und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beschwerdegegnerin) in der Betreuung Nr. ... für Fr. 6'552.40 provisorische Rechtsöffnung erteilt (act. 5/1/2). Dagegen erhob der Aberkennungskläger und Beschwerdeführer (nachfolgend Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 27. Dezember 2011 (Eingangsdatum) beim Bezirksgericht Zürich innert Frist Aberkennungsklage (act. 5/1/1). Das Einzelgericht legte ihr Verfahren versehentlich mit der falschen Parteibezeichnung für die Beschwerdegegnerin, nämlich "B.\_\_\_\_\_ ... (Schweiz) AG" anstelle von "B.\_\_\_\_\_ (Schweiz) AG" an. In der Folge schrieb es das Verfahren FV110321 mit Verfügung vom 29. August 2012 ab und legte es unter der Prozess Nr. FV110323 mit der korrekten Parteibezeichnung neu an (act. 5/1/15 u. 17). Gleichentags wies das Einzelgericht das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wegen Aussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens mit Verfügung ab und setzte unter Androhung von Säumnisfolgen eine nicht erstreckbare Nachfrist von fünf Tagen an zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 1'260.– (act. 5/3).

1.2 Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 2. Oktober 2012 (Datum Poststempel) beim Obergericht innert Frist Beschwerde und machte folgendes Rechtsbegehren anhängig (act. 2 S. 2):

- "1. - es sei auf die Beschwerde die Verfügung vom 29. August 2012 FV110323-L/Z01 aufzuheben und dem Beschwerdeführer unentgeltliche Prozessführung zu gewähren;
- eventualiter:  
es sei auf die Beschwerde die Verfügung vom 29. August 2012 FV110323-L/Z01 aufzuheben und nach Vorliegen eines neuen Verfahrens neu zu bescheiden;
- alles unter Gebühren- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Ferner stellte der Beschwerdeführer den prozessualen Antrag, es sei gemäss Art. 325 ZPO die Vollstreckung der Verfügung aufzuheben (act. 2 S. 2). Mit Verfügung der Kammer vom 12. Oktober 2012 wurde der Beschwerde die aufschie-

bende Wirkung zuerkannt (act. 6). Die erstinstanzlichen Akten (act. 5/1-4) sowie die Akten mit der Geschäfts-Nr. RT110206 (act. 10/12-17) wurden beigezogen. Eine Beschwerdeantwort wurde nicht eingeholt. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.1 Der Beschwerdeführer macht einleitend unter Hinweis auf die Abschreibungsverfügung der Vorinstanz vom 29. August 2012 (FV110321; act. 5/1/17) diverse formelle Gründe geltend, weshalb die angefochtene Verfügung von vornherein keinen Bestand haben könne (vgl. act. 2 S. 3). Dazu ist Folgendes festzuhalten: Der Beschwerdeführer führte gegen die besagte Abschreibungsverfügung beim Obergericht Beschwerde (Geschäfts-Nr. PP120039). Die II. Zivilkammer trat mit Beschluss vom 30. Oktober 2012 mangels Rechtsschutzinteresses auf die Beschwerde nicht ein. Sie erwog, die Verfügung vom 29. August 2012 enthalte zwar einen offenkundigen Schreibfehler. Dadurch erleide der Beschwerdeführer jedoch in keiner Weise einen Rechtsnachteil (vgl. PP120039; act. 9). Dasselbe gilt für die formellen Vorbringen im vorliegenden Beschwerdeverfahren. Dem Beschwerdeführer fehlt es am Rechtsschutzinteresse. Selbst wenn – wie der Beschwerdeführer geltend macht – die Abschreibungsverfügung noch nicht in Rechtskraft erwachsen war, konnte der Vorderrichter das Verfahren unter der Geschäfts-Nr. FV110323 weiterführen und einen Entscheid betreffend Armengesuch fällen. Auch der offenkundige Schreibfehler bezüglich Datum der Anhängigmachung der Aberkennungsklage (27. Dezember 2012 statt 27. Dezember 2011) stand dem nicht entgegen.

2.2 Der Beschwerdeführer rügt ferner, es sei vom Vorderrichter für die Leistung des Kostenvorschusses eine Nachfrist von nur fünf Tagen angesetzt worden (act. 2 S. 3 unten). Die gestützt auf Art. 101 Abs. 3 ZPO anzusetzende Nachfrist ist eine richterliche Frist. Die Fristlänge steht im Ermessen des Gerichts. Eine fünftägige Nachfrist liegt im Ermessensspielraum des Gerichts und ist daher nicht zu beanstanden.

3.1 Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat eine Person, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Kommt – wie im vorliegenden Fall – das Einzelgericht

zum Schluss, das Verfahren sei aussichtslos, erübrigt sich die zusätzliche Prüfung der Mittellosigkeit (vgl. act. 2 S. 4 Ziff. 7). Für die Beurteilung der Aussichtslosigkeit ist eine gewisse Prozessprognose vorzunehmen, wobei dafür auf den Aktenstand zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung abzustellen ist (vgl. DIKE-Komm-ZPO-Huber, Art. 117 N 57). In der Regel werden Armengesuche mit dem ersten Parteivortrag gestellt. Deshalb ist der Gesuchsteller gehalten, bereits mit seiner ersten Eingabe seine tatsächlichen Vorbringen so weit zu substantiieren, dass eine Prozessprognose vorgenommen werden kann. Tatsachen, welche nach der Gesuchseinreichung vorgebracht werden, sind für die Beurteilung der Aussichtslosigkeit nicht zu berücksichtigen.

3.2 Für die Begründung des Armengesuchs bzw. der fehlenden Aussichtslosigkeit verwies der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 27. Februar 2012 auf die Klageschrift vom 27. Dezember 2011 (act. 5/1/10). Darin brachte er vor, es liege eine unwirksame und eventualiter sogar nichtige Urkunde vor. Auf der Urkunde sei zwar sein Name vermerkt, aber das dazugehörige Geburtsdatum sei falsch. Die Beschwerdegegnerin leite daraus ab, dass er zum Solidarschuldner geworden sei. Das sei gröblich unrichtig. Er habe nie eine Solidarhaftung übernehmen wollen. An eine Solidarhaftung seien strenge Anforderungen zu stellen, die hier einfach nicht erfüllt seien. Ein Schuldbeitritt könne grundsätzlich nicht formlos erklärt werden. Der Haftende müsse genau bestimmt sein und die Haftsumme müsse in der vollen Höhe sofort erkennbar sein. Es reiche nicht aus, wenn der Betrag erst durch ein nicht erkennbares Rechenverfahren ermittelt werden müsse. Ferner fehle eine vollständige Datumsangabe (act. 5/1/1 S. 2 f.).

3.3 Der Beschwerdeführer macht sinngemäss mehrere Rechtsgrundlagen für eine Unwirksamkeit des Vertrags geltend. Einerseits beruft er sich auf eine fehlende übereinstimmende Willensäusserung beim Vertragsabschluss (Art. 1 ff. OR) und auf Irrtum (Art. 23 ff. OR). Andererseits will er Formmängel (Art. 11 ff. OR) erkennen.

3.4 Der Beschwerdeführer hält dafür, er habe nie eine Solidarhaftung übernehmen wollen (act. 5/1/1). Soweit der Beschwerdeführer damit meint, es liege keine Schuldübernahme vor sondern ein formbedürftiger Bürgschaftsvertrag, bezieht er

sich auf die Vertragsauslegung. Der Inhalt eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Wenn dieser unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärung der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen. Bei der Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens aufgrund des Vertrauensprinzips sind die Erklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (vgl. dazu BGE 136 III 186 E. 3.2.1). Diese objektivierte Auslegung von Willensäusserungen ist eine Rechtsfrage, wobei aber die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Parteien Tatfrage ist. Nach Art. 55 Abs. ZPO haben die Parteien dem Gericht Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und Beweismittel zu nennen. Mit Bezug auf die Abgrenzung zwischen Schuldübernahme und Bürgschaft fehlen – zumindest im jetzigen Zeitpunkt – entsprechende tatsächliche Darlegungen des Beschwerdeführers, die eine positive Prozessprognose zulassen würden. Die Argumente, wonach das Geburtsdatum falsch und die Vertragssumme unbestimmt seien, lassen den Vertrag jedenfalls nicht von vornherein unwirksam erscheinen. Ebenso wenig wie die pauschale Behauptung, er könne sich nicht daran erinnern, je einen Vertrag abgeschlossen zu haben.

3.5 Der Beschwerdeführer hält in seiner Beschwerde dafür, er habe vor Vorinstanz sehr wohl dargetan, dass er nie eine Schuldbeitrittserklärung habe abgeben wollen. Ob das seine Unterschrift sei, stehe schon alleine deswegen nicht fest, weil er sich absolut nicht an den Sachvorgang erinnern könne. Wenn er überhaupt unterschrieben habe, dann habe er den Charakter des Schriftstücks nicht erkennen können, zumal die Schrift auch optisch und inhaltlich nicht habe erkennen lassen, dass das Dokument wichtig sei (act. 2 S. 4 Ziff. 6).

Die Vorbringen bezüglich Schrift etc. sind neu und daher für die Beurteilung des Armengesuchs an sich nicht zu berücksichtigen (vgl. dazu Ziff. 3.1). Sinngemäss zielt der Beschwerdeführer mit dieser Behauptung wohl darauf ab, er habe sich bei Vertragsabschluss in einem Irrtum (Art. 23 ff. OR) befunden. Eine Anfechtungserklärung in Folge Irrtums müsste innert Jahresfrist erfolgen, anderenfalls

gilt der Vertrag als genehmigt (Art. 31 Abs. 1 OR). Die Frist beginnt mit Entdeckung des Irrtums (Art. 31 Abs. 2 OR). Gemäss Urteil und Verfügung der Rechtsöffnungsrichterin vom 8. November 2011 stützte die Beschwerdegegnerin ihr Begehren auf eine vom Beschwerdeführer am 13. Januar 2004 unterzeichnete Schuldbeitrittserklärung (act. 5/1/2; act. 5/1/3). Die Beschwerdegegnerin ging offensichtlich davon aus, die fehlende Jahreszahl beziehe sich auf das Jahr 2004. Wurde der Vertrag tatsächlich im Jahr 2004 abgeschlossen – was vom Beschwerdeführer bislang nicht konkret bestritten worden ist –, wäre die einjährige Verwirkungsfrist auf den ersten Blick längstens abgelaufen. Der Beschwerdeführer hätte daher darlegen müssen, aus welchen Gründen er vom Irrtum erst im Jahr vor Klageanhebung, also im Jahr 2011, Kenntnis erhalten haben soll. Aus der Aberkennungsklage vom 27. Dezember 2011 gehen dazu keine Behauptungen hervor (act. 5/1/1). Deshalb erscheint die Klage auch bezüglich einer Irrtumsanfechtung aussichtslos.

3.6 Ob ein Vertrag formbedürftig ist, hängt zunächst von dessen rechtlicher Qualifikation ab. Die umstrittene Vertragsurkunde ist mit "Schuldbeitritt" betitelt (act. 5/1/3). Der Vorderrichter hielt dazu in Übereinstimmung mit der Lehre (statt vieler BSK OR I-Tschäni, 5. Aufl., Art. 176 N 7) und der gefestigten Rechtsprechung (statt vieler BGE 129 III 702) richtigerweise fest, ein Schuldbeitritt könne grundsätzlich formlos erklärt werden (vgl. act. 4 S. 3). Der Beschwerdeführer irrt folglich mit der Behauptung, ein Schuldbeitritt könne nicht formlos erklärt werden.

4. Der Vorderrichter erwog, gegen den Rechtsöffnungsentscheid sei durch den Beschwerdeführer beim Obergericht Beschwerde erhoben worden, welche jedoch abgewiesen worden sei (act. 4 S. 4 Ziff. 9). Der Beschwerdeführer hält dem entgegen, es sei ihm nicht bekannt, dass bereits ein Beschwerdeentscheid vorliege. Die entsprechenden Rechtsöffnungsakten wurden beigezogen (act. 10/12-17). Offensichtlich liegt ein zweitinstanzlicher Erledigungsentscheid vor, der vom Beschwerdeführer am 24. Januar 2012 entgegengenommen worden ist (vgl. act. 10/17/1). Entgegen den Erwägungen der Vorinstanz handelt es sich beim Beschluss der I. Zivilkammer vom 13. Januar 2012 aber nicht um einen Abweisungs- sondern um einen Nichteintretensentscheid in Folge verspäteter Beschwerde-

schrift (act. 10/16 S. 5). Die materiellen Erwägungen zum Schuldbeitritt als gültiger Rechtsöffnungstitel wurden als obiter dictum (nebenbei Gesagtes) angeführt. Inwieweit der Vorderrichter darauf abstellen durfte bzw. konnte, kann für die zweitinstanzliche Beurteilung des Armengesuchs offen bleiben. So oder anders erweist sich die Aberkennungsklage im Sinne der obigen Erwägungen im jetzigen Zeitpunkt als aussichtslos.

Die Beschwerde ist abzuweisen. Die erneute Fristansetzung an den Beschwerdeführer zur Leistung des Kostenvorschusses ist Sache der Vorinstanz.

5. Im Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Das gilt nach Auffassung der Kammer auch für das Rechtsmittelverfahren (vgl. dazu *OGerZH* NQ110017 vom 8. Sept. 11).

Eine Parteientschädigung ist der Beschwerdegegnerin mangels erheblicher Umtriebe nicht zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Der Beschwerdegegnerin wird für das Beschwerdeverfahren keine Entschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2 (samt Beilagenverzeichnis), sowie an die Vorinstanz, 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.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 6'552.40.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Weibel

versandt am: