

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RA110006-O/U01.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin  
Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny.

## Urteil vom 7. Juni 2012

in Sachen

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

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **AG**,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **unentgeltliche Prozessführung / unentgeltliche Rechtsvertretung,  
Prozesskaution**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Meilen vom  
13. April 2011 (CG100046)**

## Erwägungen:

### I.

1. Mit Einreichung von Weisung und Klageschrift machte der Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) am 25. Juni 2010 bei der Vorinstanz eine Klage auf Zahlung von Fr. 72'115.30 nebst Zins zu 5% seit 13. Februar 2010 anhängig (Urk. Vi 1, 2). Nach Eingang der Klageantwort (Urk. 15), einer klägerischen Eingabe zur Substanziierung seiner Einkommens- und Vermögensverhältnisse (Urk. 17, 24) sowie der Durchführung einer Referentenaudienz (Prot. Vi S. 7 ff.) wies die Vorinstanz mit Beschluss vom 13. April 2011 das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mangels Mittellosigkeit ab. Gleichzeitig auferlegte sie ihm eine Prozesskaution von einstweilen Fr. 25'000.– (Urk. 2).

2. Gegen diesen Beschluss erhob der Kläger mit Eingabe vom 24. April 2011 rechtzeitig Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es seien die Ziffern 1 und 2 des Beschlusses der Vorinstanz vom 13. April 2011 aufzuheben, und es sei dem Beschwerdeführer für das erstinstanzliche Verfahren vor dem Bezirksgericht Meilen (Geschäfts-Nr. CG100046-G) die unentgeltliche Prozessführung mit Offizialanwalt in der Person des Unterzeichnenden zu bewilligen.
2. Eventualiter sei Ziffer 2 des Beschlusses der Vorinstanz aufzuheben, und es sei auf eine Prozesskaution zu verzichten bzw. subeventualiter sei die Prozesskaution einstweilen auf max. Fr. 16'000.– festzulegen, zahlbar innert 6 Monaten nach Rechtskraft des vorliegenden Beschwerdeverfahrens.
3. Es sei dieser Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
4. Unter den gesetzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen bzw. unter Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung mit Offizialanwalt in der Person des Unterzeichnenden für das vorliegende Beschwerdeverfahren."

Mit Verfügung vom 4. August 2011 wurde die Vollstreckung des angefochtenen Entscheides antragsgemäss aufgeschoben (Urk. 6). Mit Beschwerdeantwort vom 22. August 2011 beantragte die Beklagte und Beschwerdegegnerin (fortan

Beklagte) die Abweisung der Beschwerde (Urk. 9). Am 8. Mai 2012 erfolgte ein Referentenwechsel.

## II.

1. Das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen eidgenössischen Zivilprozessordnung (ZPO, Art. 405 Abs. 1 ZPO). Dieser unterstehen Kognition und Prüfung der Beschwerdegründe. Materiell sind indes die im angefochtenen Entscheid zugrunde gelegten kantonalzürcherischen Verfahrensvorschriften anwendbar (ZPO/ZH und GVG/ZH).

2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendungen und offensichtlich unrichtige Feststellungen des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Es gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, N 15 zu Art. 321 ZPO); was nicht gerügt wird, hat Bestand. Ferner herrscht ein umfassendes Novenverbot (vgl. Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 4 zu Art. 326 ZPO, Emmel, a.a.O., N 13 zu Art. 119 ZPO, BGE 5A\_405/2011, Erw. 4.5.3).

Für die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 S. 3 ff.).

## III.

1. Die Vorinstanz begründete die fehlende Mittellosigkeit des Klägers damit, dass ihm nach der Gegenüberstellung seines monatlichen durchschnittlichen Nettoeinkommens 2010 von Fr. 4'338.25 und seines monatlichen Bedarfs von Fr. 3'623.30 ein Einkommensüberschuss von Fr. 715.– verbleibe. Dieser erhöhe sich noch um den ihm anzurechnenden Vermögensertrag aus der Vermietung seiner Liegenschaft in C.\_\_\_\_\_ [Staat] von monatlich mindestens Fr. 1'300.– auf rund Fr. 2'000.–. Dadurch werde er in die Lage versetzt, nicht nur die laufenden Kosten seiner anwaltlichen Vertretung, sondern auch die bei Prozessende im Fal-

le eines Unterliegens anfallenden Gerichtskosten innert eines Jahres zu finanzieren (Urk. 2 S. 10 f.).

2.a) Der Kläger beanstandet, bei der Ermittlung seines Durchschnittseinkommens 2010 habe die Vorinstanz das vor der Kündigung erzielte Nettoeinkommen des Monats Januar von Fr. 5'177.80 mit einbezogen. Er will dagegen lediglich die Monateinkünfte ab Februar 2010 berücksichtigt und entsprechend ein durchschnittliches Monateinkommen von maximal Fr. 4'260.– angerechnet wissen (Urk. 1 S. 4). Weshalb die Berechnung der Vorinstanz nicht sachgerecht sei, wird von ihm indes nicht weiter ausgeführt und ist denn auch nicht nachvollziehbar, ist doch nach konstanter Praxis zur Ermittlung des Durchschnittseinkommens das gesamte Jahreseinkommen mit einzubeziehen. Zwingende Gründe, um davon abzuweichen, sind vorliegend nicht ersichtlich, zumal neben dem hohen Januar-salär 2010 auch der totale Erwerbsausfall im Februar 2010 berücksichtigt wurde. Im Übrigen erzielte der Kläger in der zweiten Hälfte 2010 unbestrittenermassen Einkünfte in annähernd gleicher Höhe wie vor der Kündigung (vgl. Monate August bis November 2010, Urk. 2 S. 5 f., 1 S. 4). Das von der Vorinstanz ermittelte Durchschnittseinkommen von monatlich Fr. 4'338.25 erweist sich somit jedenfalls nicht als zu hoch, weshalb für die Prüfung einer allfälligen Mittellosigkeit davon auszugehen ist. In diesem Punkt erweist sich die Beschwerde als unbegründet.

b) Bei der Berechnung des Existenzminimums hält der Kläger dafür, es seien ihm bei den Unterhaltszahlungen an seine Exfrau statt monatlich Fr. 1'091.80 Fr. 2'500.– anzurechnen. Zwar habe der Kläger im Jahre 2010 aufgrund seiner Zahlungsschwierigkeiten nach der fristlosen Kündigung unverschuldet nicht die gesamten geschuldeten Unterhaltsbeiträge leisten können, im Jahre 2009 jedoch seine Verpflichtungen vollumfänglich erfüllt (Urk. 1 S. 4 f.).

Im angefochtenen Entscheid wird nicht in Abrede gestellt, dass der Kläger grundsätzlich zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen an seine frühere Ehefrau von monatlich ... 4'500.– [Währung in C.\_\_\_\_\_] (entsprechend rund Fr. 2'500.–) verpflichtet ist. Es wird allerdings unter Hinweis auf den Effektivitätsgrundsatz festgestellt, der Kläger sei seiner Zahlungspflicht im Jahre 2010 lediglich mit monatlich maximal Fr. 1'091.80 nachgekommen (Urk. 2 S. 9). Diese für die Prüfung der Mittello-

sigkeit relevante Feststellung wurde vom Kläger nicht beanstandet. Massgebend sind denn auch die Verhältnisse im Zeitpunkt der Entscheidung über das Gesuch (vgl. Meichssner, Aktuelle Praxis der unentgeltlichen Rechtspflege, in: Jusletter 7. Dezember 2009, Ziff. 1.2 S. 4). Die Vorbringen des Klägers zu allfälligen geleisteten Zahlungen im Jahre 2009 sind daher unbehelflich und überdies insgesamt nicht hinreichend belegt, zumal er - wie aus dem Pfändungsvollzug des Betreibungs- und Konkursamts ... hervorgeht - über die einschlägigen Zahlungsbelege verfügt hätte (Urk. Vi 4/23 S. 2). Dass der Kläger aktuell höhere Unterhaltsbeiträge als im Jahre 2010 bezahle, hat er sodann anlässlich seiner persönlichen Befragung im Februar 2011 selbst nicht geltend gemacht (vgl. Prot. Vi S. 7 ff.).

Auch der klägerische Hinweis auf fehlendes Verschulden bei der mangelhaften Erfüllung seiner Unterhaltspflicht ist nicht zielführend, sind Schulden doch unabhängig einer subjektiven Komponente einzig dann im Bedarf des Gesuchstellers anzurechnen, wenn sie das verfügbare Einkommen und Vermögen tatsächlich und nachweislich schmälern (vgl. Meichssner, a.a.O., Ziff. 1.3 S. 5). Dies ist vorliegend im Fr. 1'091.80 übersteigenden Betrag nicht der Fall. Schliesslich versäumt es der Kläger, sich in der Beschwerde zur Feststellung der Vorinstanz zu äussern, wonach sein Nettoeinkommen die belegten bzw. glaubhaft gemachten Bedarfspositionen um rund Fr. 1'750.- pro Monat überstiegen und er dennoch lediglich Fr. 1'091.80 pro Monat nach C.\_\_\_\_\_ überwiesen habe (Urk. 2 S. 9 f.). Die Auffassung des Vorderrichters, es seien im monatlichen Bedarf des Klägers lediglich Unterhaltszahlungen von Fr. 1'091.80 zu berücksichtigen und entsprechend ein monatlicher Bedarf von insgesamt Fr. 3'623.30 anzurechnen, erweist sich somit als sachgerecht. Auch in diesem Punkt dringt die Beschwerde nicht durch.

c) Ferner rügt der Kläger, die Vorinstanz habe ihm die Mietzinseinnahmen aus der Liegenschaft in C.\_\_\_\_\_ zu Unrecht als regelmässige Einkünfte angerechnet. Der Mietertrag komme als Unterhalt vollumfänglich der Ex-Frau zu (Urk. 1 S. 5 ff.).

Auch diese Rüge erweist sich als unbegründet: Die zur Stützung seiner Darstellung neu vorgebrachten Behauptungen zum Scheidungsurteil aus dem Jahre 2005 (Urk. 1 S. 5 f., Urk. 4/3) sind vorliegend mit Hinweis auf das umfassende

Novenverbot nicht zu hören (vgl. vorstehend Ziff. II.2.). Es bleibt daher bei den Feststellungen der Vorinstanz, wonach es der Kläger trotz ausdrücklicher Aufforderung des Gerichts (Urk. 17) versäumt habe zu belegen, dass einerseits eine Alimentenverpflichtung in ... 4'500.– [Währung in C.\_\_\_\_\_] übersteigender Höhe geschuldet und andererseits die Mieterträge aus der Liegenschaft tatsächlich an die geschiedene Ehefrau des Klägers geflossen sind (Urk. 2 S. 11). Blosser Behauptungen reichen für die Glaubhaftmachung nicht aus (Urk. 1 S. 5 f., Prot. VI S. 7 f.). Nachdem der Kläger die verlangten Ausweise trotz entsprechender gerichtlicher Aufforderung nicht beibrachte, hat er die Folgen seiner Säumnis und der Verletzung seiner Mitwirkungspflicht zu tragen (ZR 90 Nr. 57, BGE 120 Ia 179 E. 3.a.). Diese wurden ihm denn auch seitens des Vorderrichters angezeigt (vgl. 17 S. 2). Entsprechend ist es sachgerecht, dem Kläger die Mietzinsenerträge in behaupteter Höhe von monatlich Fr. 1'300.– als regelmässige Einkünfte anzurechnen (Urk. 2 S. 11, Prot. VI S. 8) und in der Folge dessen Mittellosigkeit zu verneinen (Urk. 2 S. 12).

3.a) Schliesslich rügt der Kläger, es hätte auf die Kautonierung aufgrund seiner engen finanziellen Verhältnisse verzichtet werden müssen, um die Waffengleichheit mit der Beklagten sicherzustellen, welche sich die Vertretung durch eines der teureren Anwaltsbüro habe leisten können. Es sei ihm nicht möglich, zur Beschaffung des Kostenvorschusses auf die nur im Miteigentum stehende Liegenschaft in C.\_\_\_\_ einen Kredit aufzunehmen. Zumindest aber sei der Ansatz von 150% bei den mutmasslichen Gerichts- und Anwaltskosten der Gegenpartei unangemessen, zumal es sich vorliegend um ein gewöhnliches, nicht besonders aufwendiges arbeitsrechtliches Verfahren handle. Es sei daher eine Kauton von maximal Fr. 16'000.– festzulegen (Urk. 1 S. 7).

b) Sind die Voraussetzungen von § 73 Ziff. 3 ZPO/ZH erfüllt, besteht eine Kautionspflicht. Ziel ist die Sicherstellung allenfalls geschuldeter Gerichtskosten und Prozessentschädigung an die Gegenpartei, welche sich nach der Anwaltsgebührenverordnung berechnet. Das Argument der Waffengleichheit mit dem behaupteten "teuren Anwaltsbüro" der Gegenseite (Urk. 1 S. 7) geht somit an der Sache vorbei.

Insoweit sich der Kläger für die fehlende Pfändbarkeit der ... Liegenschaft [in C.\_\_\_\_\_] aufgrund von Miteigentum auf das neu eingereichte Scheidungsurteil stützt (Urk. 3/3), ist er mit Hinweis auf das Novenverbot nicht zu hören (vgl. vorstehend Ziff. 2.c). Darüber hinaus ist auf die überzeugenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen, wonach es der Kläger trotz ausdrücklicher Aufforderung des Gerichts versäumte, das behauptete Miteigentum an der fraglichen Liegenschaft mittels Urkunden zu belegen (vgl. Urk. 2 S. 11). Vielmehr reichte er ein Schriftstück ins Recht, wonach er gemäss eigenen Angaben alleiniger Eigentümer der Liegenschaft sei (Prot. Vi S. 8, Urk. 25/24). Der Vorderrichter durfte daher mit Fug den Sachverhalt dahingehend feststellen, wonach Alleineigentum des Klägers vorliege (Urk. 2 S. 11).

Es vermag sodann nicht zu überzeugen, dass dem Kläger ohne Wohnsitz in C.\_\_\_\_ kein Kredit gewährt werde (Urk. 1 S. 6), verfügt er doch über Grundeigentum, welches zwar bereits mit rund Fr. 35'000.– belastet sein soll (Prot. Vi S. 9, Urk. Vi 25/24, 25/25), dessen Wert vom Kläger selbst jedoch mit rund Fr. 300'000.– angegeben wird (Prot. Vi S. 9). Dass die Liegenschaft dadurch "blockiert" sei, wie der Kläger behauptet (Urk. 1 S. 6), ist angesichts der Belastung von lediglich rund 12% des Gesamtwertes nicht glaubhaft. Die klägerischen Behauptungen hierzu sind denn auch widersprüchlich, führte er in der persönlichen Befragung doch aus, er habe die Liegenschaft zur Sicherstellung von Anwaltskosten im Scheidungsverfahren verpfändet (Prot. Vi S. 8), während er in der Beschwerdeschrift behauptet, das Grundstück sei aufgrund eines laufenden Prozesses blockiert (Urk. 1 S. 6).

Die Feststellung der Vorinstanz ist demzufolge sachgerecht, wonach der Kläger aufgrund seines Grundeigentums mittelfristig seiner Kautionspflicht nachkommen könne.

c) Massgebend für die Höhe der Kautionspflicht ist der Streitwert und der Umfang des Prozesses. Die Festsetzung erfolgt nach Ermessen (vgl. § 79 Abs. 1 ZPO/ZH).

Im Zeitpunkt der Festsetzung der Kautionspflicht lag bei der Vorinstanz bereits der erste Schriftenwechsel im Recht und es war eine Referentenaudienz mit persönlicher

Befragung durchgeführt worden (Urk. 2, 15, Prot. VI S. 7 ff.). In den eher umfangreichen Rechtsschriften (Klageschrift: 12 Seiten, Klageantwort: 28 Seiten) war ein mehrjähriges Arbeitsverhältnis aufzuarbeiten. Der - erfahrungsgemäss umfangreichere - zweite Schriftenwechsel sowie ein mutmassliches Beweisverfahren mit Zeugenbefragung stehen noch bevor. Dass unter diesen Umständen von einem besonders aufwendigen Verfahren im Sinne von § 9 Ziff. 1 Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren (GerGebV, LS 211.11) ausgegangen und eine Erhöhung der vollen Gerichtsgebühr um 50% vorgenommen wurde, erscheint zumindest nicht als unangemessen. Die Festsetzung der mutmasslichen Gerichtsgebühr auf Fr. 11'000.- liegt somit zwar im oberen Rahmen, indes noch im pflichtgemässen Ermessen der Vorinstanz.

Hinsichtlich der mutmasslichen Anwaltskosten ist festzuhalten, dass die Grundgebühr gemäss Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (AnwGebV, LS 215.3) bereits mit Erstattung der Klageantwort verdient ist und hernach Zuschläge für jede weitere Verhandlung und Rechtsschrift erfolgen (§ 6 AnwGebV). Die Festsetzung der mutmasslichen Anwaltskosten mit Fr. 13'470.- (150%) ist daher zweifellos angemessen. Auch diesbezüglich dringt der Kläger mit seiner Beschwerde nicht durch.

4. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Entsprechend ist dem Kläger die Frist zur Leistung des vorinstanzlichen Kostenvorschusses neu anzusetzen. Dabei ist ihm hinreichend Zeit zur Vornahme der erforderlichen Schritte zur Verfügung zu stellen, weshalb ihm wiederum eine Frist von sechs Monaten ab Zustellung dieses Entscheides einzuräumen ist.

Der Kläger ersuchte auch für das Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, erweist es sich als aussichtslos. Dem Gesuch kann daher nicht entsprochen werden.

Im Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege werden grundsätzlich keine Kosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt dies allerdings nur für das Gesuchsverfahren, nicht jedoch für ein

Beschwerdeverfahren darüber (BGE 137 III 470). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 25'000.– für die vorliegende Streitsache ist die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr auf Fr. 1'200.– festzusetzen und dem Kläger aufzuerlegen (§ 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 und § 12 GebV OG). Der Kläger ist zudem antragsgemäss zur Bezahlung einer Parteientschädigung von gerundet Fr. 900.– zu verpflichten (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 9 und § 13 Abs. 4 AnwGebV).

**Es wird erkannt:**

1. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen.
3. Dem Kläger wird eine Frist von 6 Monaten ab Zustellung dieses Entscheids angesetzt, um für die ihn allenfalls treffenden vorinstanzlichen Gerichtskosten und Prozessentschädigung an die Gegenpartei eine Prozesskaution von einstweilen Fr. 25'000.– zu leisten, ansonsten auf die Klage nicht eingetreten wird.  
Die Kautionsleistung kann bei der Bezirksgerichtskasse Meilen in bar (...), durch Hinterlegung solider Wertschriften oder durch hinreichende Garantie einer im Kanton Zürich niedergelassenen Bank geleistet werden. Bei Überweisungen mit der schweizerischen Post ist die Frist gewahrt, wenn die Sendung am letzten Tag der Frist bei der Post aufgegeben, der Betrag bezahlt oder der Giroauftrag erteilt wird. In allen übrigen Fällen muss die Kautionsleistung am Tag des Fristablaufs im Besitz bzw. der Verfügung der Gerichtskasse sein.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
5. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
6. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 900.– zu bezahlen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Bezirksgericht Meilen und die Bezirksgerichtskasse Meilen, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

8. 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 arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 72'115.30.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 7. Juni 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. G. Ramer Jenny

versandt am:  
mc