

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB150025-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

Beschluss und Urteil vom 18. August 2015

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X2. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung (Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege / Sicherheit für die Parteientschädigung)**

Beschwerde gegen einen Beschluss der 2. Abteilung des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 16. Juni 2015; Proz. CG140004

Erwägungen:

1. Einleitung, Prozessgeschichte

1.1. Mit Eingabe vom 25. April 2014 reichte der Kläger und Beschwerdeführer (im Folgenden: Kläger) beim Bezirksgericht Pfäffikon eine Klage gegen den Beklagten und Beschwerdegegner (im Folgenden: Beklagter) ein. Er verlangt im Wesentlichen, der Beklagte sei zur Zahlung von rund CHF 400'000.00 zu verpflichten.

Der Kläger ist Ingenieur, Sprengmeister und Spezialist des Tiefbaues mit über 40 Jahren Berufserfahrung. Gemäss Darstellung in der Klageschrift (act. 5/1) sowie im Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 5/22) habe er im Jahr 1981 die C'._____ AG (C'._____ AG) gegründet, später sei die D'._____ AG (D'._____ AG) hinzugekommen. Am 18. September 2000 habe der Kläger einen Teil der Aktien der D'._____ AG entschädigungslos seinem Sohn, dem Beklagten, der ebenfalls diplomierter Sprengmeister sei, abgetreten. Am 30. Juli 2001 habe der Kläger sodann dem Beklagten die Liegenschaft E'._____ -Strasse ... in F'._____ zum Preis von CHF 810'000.00 verkauft. Es sei vereinbart worden, dass der Kaufpreis durch Zahlung von CHF 1'000.00 sowie durch Übernahme der Grundpfandschulden im Umfang von CHF 809'000.00 getilgt werde. Dem Kläger sei zunächst ein befristetes, später ein unbefristetes Nutzniessungsrecht an der Liegenschaft eingeräumt worden. Wegen eines Sprengunfalls im Jahr 2002 sei die D'._____ AG in Schwierigkeiten gekommen, ein Jahr später sei der Konkurs über die Gesellschaft eröffnet worden. Der Geschäftsbetrieb der D'._____ AG sei dann auf die C'._____ AG übertragen worden. Der Beklagte sei als einziges Mitglied des Verwaltungsrates im Handelsregister eingetragen worden. Der Kläger habe weiterhin für die C'._____ AG gearbeitet.

Im Jahr 2012 sei es zu Spannungen zwischen den Parteien gekommen. Das Verhältnis habe sich zunehmend verschlechtert und im Juni 2013 sei es zum Bruch gekommen. Der Beklagte habe im Namen der C'._____ AG die Zusammenarbeit mit dem Kläger fristlos gekündigt. Aufgrund der jahrelangen Tätigkeit für die C'._____ AG habe der Kläger Ansprüche gegen diese Gesellschaft, die er in einer

separaten Klage vor dem Bezirksgericht Pfäffikon (Geschäft Nr. CG140003) geltend gemacht habe.

Der Beklagte schulde dem Kläger aus zwei Gründen Geld. Der Kläger habe für die Liegenschaft in F._____ für den Hypothekarkredit des Beklagten Amortisationszahlungen von insgesamt CHF 96'000.00 geleistet. Dieser Betrag müsse ihm der Beklagte samt Zins zurückerstatten. Im Zeitraum September 2003 bis Februar 2008 habe der Kläger verschiedene Zahlungen an den Beklagten und die C'._____ AG geleistet. Der Gesamtbetrag belaufe sich auf CHF 296'658.90 sowie EUR 5'490.00. Die Zahlungen seien als Darlehen des Klägers an den Beklagten geleistet worden. Das Darlehen sei zurückzuzahlen.

1.2. Mit Beschluss vom 6. Mai 2014 setzte die Vorinstanz dem Kläger Frist zur Leistung eines Vorschusses für die Gerichtskosten von CHF 18'740.00 an und delegierte die Prozessleitung (act. 5/6). Mit Eingabe vom 16. Mai 2014 stellte der Beklagte den Antrag, der Kläger sei ausgehend von einem Streitwert von CHF 399'433.00 zu verpflichten, für eine allfällige Parteienschädigung eine Sicherheit von CHF 42'778.00 zu leisten. Zur Begründung führte der Beklagte im Wesentlichen aus, der Kläger erscheine aufgrund eines bestehenden Verlustscheines vom 28. Januar 2010 im Betrag von CHF 114'607.50 als zahlungsunfähig. Gläubigerin gemäss Verlustschein sei die frühere Ehefrau des Klägers, der mit Urteil vom 6. Februar 2014 für CHF 99'111.80 definitive Rechtsöffnung erteilt worden sei (act. 5/8). Mit Verfügung vom 23. Mai 2014 setzte das Bezirksgericht Pfäffikon dem Kläger Frist an, um sich zum Antrag des Beklagten zu äussern (act. 5/12).

1.3. Mit Eingabe vom 27. August 2014 stellte der Kläger (innert mehrfach erstreckter Frist) die folgenden Anträge:

- 1a. Es sei dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihm in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.
- 1b. Es sei dem Kläger die Frist zur Leistung des Gerichtskostenvorschusses von CHF 18'740 gemäss Beschluss vom 6. Mai 2014 abzunehmen.

2. Eventualiter sei dem Kläger
 - a) die Frist zur Leistung des Gerichtskostenvorschusses (letztmals) um 30 Tage d.h. bis zum 1. Oktober 2014, zu erstrecken; und
 - b) die Frist zur Stellungnahme zum Prozessantrag des Beklagten auf Sicherstellung seiner Parteientschädigung (letztmals) um 20 Tage, d.h. bis zum 17. September 2014, zu erstrecken.

Zur Begründung führte der Kläger zusammengefasst aus, seine Klage sei nicht aussichtslos und er sei auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Die prozessuale Mittellosigkeit sei aufgrund einer Gesamtrechnung von ihm und seiner Ehefrau vorzunehmen. Das Ehepaar lebe ausschliesslich von Renteneinkommen. Der Kläger arbeite zwar heute für die G._____ AG, deren einziger Verwaltungsrat er sei. Die Gesellschaft sei am 10. September 2013 in das Handelsregister eingetragen worden. Da das Unternehmen im Aufbau begriffen sei und höchstens einen bescheidenen Gewinn abwerfe, könne sich der Kläger keinen Lohn auszahlen lassen. Die Einkommenssituation des Ehepaares stelle sich wie folgt dar:

Rente Kläger SVA	2250.40
Rente Kläger ...	539.70
Rente Kläger Suva	5482.10
Rente H._____ SVA	296.00
Total	8568.20

Das Ehepaar habe folgende Ausgaben:

Grundbedarf	Grundbedarf	1955.00	1955.00
	Hypothekarzins	553.10	
	Heizkosten	240.35	
	Kosten Garten	320.00	
	Häuserbeitrag Miteigentümergeinschaft	33.35	
	Parkplatz	16.65	
	Cablecom, Billag	63.50	
Wohnkosten	Versicherung	84.20	1311.15
	Krankenkasse Kläger	894.95	
	Zusätzliche Gesundheitskosten Kläger	87.60	
	Nicht rezeptpflichtige Medikamente etc.	385.00	
	Unterhalt Schlafapnoe-Gerät und Medikamente	223.80	
	Brille, Hörgerät	100.00	
	Podologie	95.00	
	Rückstellung für Zahnbehandlung	1916.55	
	Krankenkasse H._____	787.05	
Gesundheitskosten	Zusätzliche Gesundheitskosten H._____	157.60	4647.55
Weitere Auslagen	Reiseversicherung	27.50	27.50
	Steuern	1423.00	
Schuldverpflichtungen	Amortisation Hypothek	666.70	2089.70

Zum Betrag von CHF 10'030.90 kämen die Unterhaltskosten für das Pferd von H._____ in der Höhe von CHF 1'321.55 pro Monat hinzu. Der unter dem Titel "Schuldverpflichtungen" aufgeführte Betrag von CHF 1'432.00 entspreche den Zahlungen, welche das Ehepaar zurzeit dem Steueramt F._____ für die Steuerrechnung 2011 bezahle.

Das Ehepaar verfüge über ein Vermögen von rund CHF 290'000.00. Dieses sei aber nicht liquid. Es setze sich – neben geringen Post- und Bankguthaben von CHF 6'822.00 – zusammen aus einer Darlehensforderung von H._____ gegenüber ihren Kindern im Umfang von EUR 170'000.00 bzw. CHF 212'500.00 sowie dem Wert der Nutzniessung der Liegenschaft E._____ -Strasse ... in F._____ von CHF 674'000.00, von dem die Hypothekarbelastung (Schulden gemäss Steuererklärung: CHF 602'178.00) abzuziehen sei (act. 5/22 S. 6 mit Hinweis auf act. 5/24/10-13). Bei der Nutzniessung handle es sich nicht um einen realisierbaren Vermögenswert. Auch das Darlehensguthaben sei nicht liquid, weil das Darlehen nicht vor 2018 kündbar sei.

Weder der Kläger noch seine Ehefrau verfügten also über die Mittel, um den Prozess finanzieren zu können. Der Kläger sei deshalb auf die unentgeltliche Rechtspflege angewiesen (act. 5/22).

1.4. Mit Verfügung vom 23. September 2014 nahm die Vorinstanz dem Kläger die Fristen zur Leistung des Gerichtskostenvorschusses sowie zur Stellungnahme zum Antrag des Beklagten zur Leistung einer Sicherheit für eine allfällige Parteientschädigung ab. Sie setzte dem Beklagten Frist an, um sich zum Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu äussern (act. 5/25). Mit Eingabe vom 23. Dezember 2014 stellte der Beklagte den Antrag, das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sei abzuweisen (act. 5/33). Mit Verfügung vom 14. Januar 2015 lud das Bezirksgericht Pfäffikon die Parteien zur Instruktionsverhandlung vom 30. März 2015 betreffend das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vor (act. 5/36). Die Verhandlung fand wie vorgesehen statt. Beide Parteien erschienen persönlich

in Begleitung ihrer Vertreter (act. 5/38). Dem Beklagten wurde am Schluss der Verhandlung eine Frist bis 10. April 2015 angesetzt, um sich zu den Ausführungen des Klägers zu äussern (Protokoll Vorinstanz, S. 11). Am 10. April 2015 reichte der Beklagte die Stellungnahme ein (act. 5/41). Mit Eingabe vom 24. April 2015 machte der Kläger Veränderungen in seinen finanziellen Verhältnissen seit der Verhandlung vom 30. März 2015 geltend (act. 5/44). Am 28. April 2015 reichte der Kläger weitere Unterlagen ein (act. 5/47, 5/49 und 5/50). Am 8. Mai 2015 nahm er sodann Stellung zur Eingabe des Beklagten vom 10. April 2015 (act. 5/51). Weitere Stellungnahmen des Beklagten wurden am 18. Mai 2015 sowie am 29. Mai 2015 erstattet und jeweils dem Kläger zugestellt (act. 5/54 und 5/56).

1.5. Mit Beschluss vom 16. Juni 2015 wies das Bezirksgericht Pfäffikon das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und setzte ihm Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von CHF 25'000.00 sowie einer Sicherheitsleistung für eine allfällige Parteientschädigung von CHF 42'778.00 an (act. 4 = act. 5/58). Mit Eingabe vom 22. Juni 2015 teilte der Kläger der Vorinstanz mit, dass das Bezirksgericht Pfäffikon mit Beschluss vom 9. Juni 2015 in einer laufenden Betreuung beim Kläger eine Lohnpfändung von CHF 1'855.00 und ab 1. Januar 2016 von CHF 2'136.00 verfügt habe. Dies sei zu Unrecht geschehen, der Entscheid vom 9. Juni 2015 sei deshalb angefochten worden (act. 5/59 und 5/61). Der Beschluss des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 16. Juni 2015 wurde dem Kläger am 24. Juni 2015 zugestellt (act. 5/62/1).

1.6. Mit Eingabe vom Montag, 6. Juli 2015 erhob der Kläger fristgerecht Beschwerde gegen den Beschluss vom 16. Juni 2015 und stellte folgende Anträge (act. 2):

1. Es sei der Beschluss aufzuheben.
- 2a. Es sei dem Kläger im Verfahren CG140004 die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren sowie in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.
- 2b. Eventualiter sei die Sache zur neuen Entscheidung an das Bezirksgericht Pfäffikon zurückzuweisen.

- 2c. Subeventualiter sei der Gerichtskostenvorschuss gemäss Dispositiv Ziffer 2 auf CF 18'740 festzusetzen und die Sicherheit für die Parteientschädigung des Beklagten gemäss Dispositiv Ziffer 3 auf CHF 21'389 festzusetzen.
3. Es sei dem Kläger für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren sowie in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

prozessualer Antrag:

Es sei der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen. Dem Antrag auf aufschiebende Wirkung sei superprovisorisch stattzugeben.

1.7. Gemäss Praxis der Kammer ist in der vorliegenden Konstellation die Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht nötig. Im Falle der Gutheissung des Gesuches um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird der vorinstanzliche Entscheid aufgehoben. Im Falle der Abweisung der Beschwerde wird die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses vom Obergericht für das erstinstanzliche Verfahren neu angesetzt (vgl. hinten Ziff. 4.3.4.). Gemäss Mitteilung des Klägers nahm die Vorinstanz die Frist zur Leistung der Vorschüsse ab (act. 6). Mit Eingabe vom 23. Juli 2015 teilte der Kläger mit, dass seine gegen den Beschluss des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 9. Juni 2015 bezüglich einer Pfändung erhobene Beschwerde mit Entscheid der Kammer vom 17. Juli 2015 abgewiesen worden sei (act. 8 und 9). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Begründung der Vorinstanz

2.1. Die Vorinstanz erwog, gemäss Art. 117 ZPO bestehe ein Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, wenn die Klage nicht aussichtslos und der Kläger nicht über die erforderlichen Mittel zur Prozessführung verfüge. Bei verheirateten Parteien seien Einkommen und Bedarf beider Ehegatten bei der Bedarfsrechnung zu berücksichtigen. Der Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sei gegenüber der ehelichen Beistandspflicht subsidiär, wobei es auf den ehelichen Güterstand nicht ankomme. Für das Verfahren gelte zwar der Untersuchungsgrundsatz, doch müsse der Gesuchsteller seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darlegen und soweit möglich

auch belegen. Er habe seine gesamte finanzielle Situation offen zu legen. Werde die nötige und zumutbare Mitwirkung verweigert, sei das Gesuch abzuweisen.

2.2. Die Klage ist nach Ansicht der Vorinstanz nicht aussichtslos. Sie prüfte deshalb, ob eine Mittellosigkeit im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO vorliegt.

2.3. Der Kläger mache geltend, das monatliche Haushaltseinkommen betrage CHF 8'568.20 und setze sich zusammen aus Rentenleistungen der SVA, der Suva und der ... für den Kläger von CHF 8'272.20 sowie Rentenleistungen für seine Ehefrau von CHF 296.00. Diesem Einkommen stehe gemäss Behauptung des Klägers ein anrechenbarer Aufwand von CHF 10'030.90 (CHF 1'955.00 Grundbetrag, CHF 1'311.15 Wohnkosten, CHF 4'647.55 Gesundheitskosten, CHF 2'089.70 Schuldverpflichtungen und CHF 27.50 weitere Auslagen) gegenüber. Aus der Differenz zwischen behauptetem Aufwand und anerkannten Einnahmen ergebe sich ein Indiz dafür, dass der Kläger über zusätzliche, nicht offen gelegte Einnahmen verfüge. Dieser Eindruck verstärke sich, wenn berücksichtigt werde, dass das Ehepaar zusätzlich zum Aufwand von CHF 10'030.90 monatliche Ausgaben für ein Pferd in der Höhe von über CHF 1'000.00 habe. Schliesslich sei bemerkenswert, dass der Kläger im Parallelverfahren gegen die C'._____ AG in der Lage gewesen sei, einen Kostenvorschuss von CHF 25'530.00 zu leisten.

Der Kläger habe schon vor Jahren das Pensionsalter erreicht. Am 10. September 2013 habe er die G._____ AG ins Handelsregister eintragen lassen. Einziger Verwaltungsrat der Gesellschaft sei der Kläger. Dieser räume ein, dass die Gesellschaft zurzeit 14 Mitarbeiter beschäftige und in der Lage sei, die Belegschaft auf 20 Personen aufzustocken. Dennoch behaupte der Kläger, die G._____ AG sei nicht in der Lage, ihm einen Lohn auszubezahlen, da sich das Unternehmen in der Aufbauphase befinde. Indessen habe die Gesellschaft ihren Umsatz in nur eineinhalb Jahren von null auf 3.4 Millionen Franken steigern können. Die Begründung des Klägers, er könne sich keinen Lohn auszahlen, weil das Geschäft mit Anfangsschwierigkeiten zu kämpfen habe, sei wenig glaubhaft. Vielmehr sei anzunehmen, dass sich der Kläger regelmässig oder unregelmässig Lohn auszahlen lasse. Es gehe nicht an, dass der Kläger den übrigen Mitarbeitern einen Lohn auszahle, der über dem Branchendurchschnitt liege, sich selber aber nichts

auszahle. Falls der Kläger tatsächlich nicht entschädigt werde, verschulde er seine Mittellosigkeit selber. Das Stellen eines Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege wäre rechtsmissbräuchlich.

Der Kläger habe bezüglich der Verwendung von Mitteln der G._____ AG für private Zwecke widersprüchliche Angaben gemacht. Bezüglich des Vorschusses, den der Kläger im Parallelverfahren CG140003 bezahlt habe, habe er zunächst behauptet, er habe dafür seine letzten verfügbaren Mittel zusammenziehen müssen. Später habe er eingeräumt, dass ihm die G._____ AG in diesem Umfang einen Kredit gewährt habe. Laut einer Bestätigung vom 12. September 2014 dürfe er das Geschäftsauto nur für den Arbeitsweg einsetzen. Im Prozess habe der Kläger zugegeben, dass er das Fahrzeug auch privat nutze.

Der Kläger sei mit der G._____ AG verbandelt. Er beherrsche die Gesellschaft und sei als selbständig erwerbend einzustufen. Die Gesellschaftsaktien habe der Kläger nur ungenügend offen gelegt. Aus der eingereichten Jahresrechnung 2014 seien unter dem Titel Personalaufwand CHF 832'435.81 und unter der Rubrik temporäre Mitarbeiter CHF 129'674.66 verbucht. Die Zusammensetzung der Löhne sei nicht ersichtlich. Um glaubhaft zu machen, dass keine privaten Auslagen über die Gesellschaft finanziert werden, hätte der Kläger detaillierte Belege etwa zu den Aufwandpositionen "Spesen und übriger Aufwand" (CHF 142'762.64) oder "Versicherungsaufwand" (CHF 11'704.70) vorlegen können.

Der Kläger habe die Unterlagen der G._____ AG nur ungenügend offen gelegt und nicht glaubhaft gemacht, dass er nicht namhafte Beträge von der Gesellschaft beziehe. Doch selbst wenn davon auszugehen wäre, dass der Kläger sich vom Unternehmen nichts auszahlen lasse, liesse sich daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Der Kläger habe angegeben, er verzichte auf Lohn, um die G._____ AG später mit Gewinn verkaufen zu können. Es gehe indes nicht an, dass der Kläger zurzeit auf Lohn verzichte, um in den Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege zu kommen, um später das Unternehmen mit Gewinn verkaufen zu können. Im Ergebnis könnte der Kläger so aus den gesparten Prozesskosten später Gewinn schlagen, was rechtsmissbräuchlich wäre. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sei abzuweisen.

Die Vorinstanz zog in Zweifel, ob der vom Kläger geltend gemachte Bedarf vollständig ausgewiesen wäre, liess die Frage aber offen, weil das Gesuch wegen ungenügender Offenlegung der finanziellen Verhältnisse ohnehin abzuweisen sei.

Auf die Einzelheiten der vorinstanzlichen Begründung – insbesondere auch auf die Begründung bezüglich der Höhe der Vorschüsse für Prozesskosten – ist soweit erforderlich im Rahmen der Würdigung einzugehen.

3. Argumente des Klägers

Der Kläger führte in der Beschwerdeschrift aus, das monatliche Einkommen des Klägers und seiner Ehefrau belaufe sich auf CHF 8'568.20 bzw. ab 1. Januar 2015 auf CHF 8'584.80. An den ursprünglich geltend gemachten Ausgaben von CHF 10'030.90 werde nicht mehr vollumfänglich festgehalten. Zwar hätten sich die Wohnkosten von CHF 1'311.15 um CHF 778.35 auf CHF 2'089.50 erhöht. Bei den Gesundheitskosten sei eine Reduktion von CHF 4'647.55 auf CHF 3'777.20 vorzunehmen. Darin enthalten seien Rückstellungen von CHF 700.00 für eine Zahnarztbehandlung sowie CHF 290.50 für nicht versicherte Gesundheitskosten im Zusammenhang mit einem Reitunfall der Ehefrau des Klägers. Unter dem Titel Schuldverpflichtungen würden neu CHF 666.70 statt CHF 2'089.70 geltend gemacht, da die Steuerschulden nicht mehr zu berücksichtigen seien. Mit dem Einkommen könne das Ehepaar gerade die Aufwendungen decken. Weitere Einkünfte hätten weder der Kläger noch seine Ehefrau. Der Kläger habe durch das Schreiben der G._____ AG vom 12. September 2014 belegt, dass er von dieser Gesellschaft weder ein regelmässiges noch ein unregelmässiges Einkommen beziehe. Auch das Bezirksgericht Pfäffikon habe im Verfahren betreffend die Pfändung festgestellt, dass sich das Einkommen des Klägers und seiner Ehefrau auf CHF 8'584.80 beschränke.

Zu Unrecht habe die Vorinstanz angenommen, der Kläger müsse aufgrund des ursprünglich geltend gemachten Bedarfes, der das verfügbare Einkommen überstiegen habe, über nicht offen gelegtes Einkommen verfügen. Die tatsächlichen Ausgaben entsprächen den Einnahmen, weshalb in der Bedarfsrechnung insbesondere die Steuerschulden nicht mehr zu berücksichtigen seien. Der Kläger sei

seit längerer Zeit nicht mehr in der Lage, regelmässige Steuerzahlungen zu leisten. Auch mit anderen Zahlungen sei der Kläger im Rückstand. So habe das Hypothekarkonto am 2. April 2015 einen Minussaldo von CHF 6'119.55 aufgewiesen und auch das Kreditkartenkonto weise einen negativen Saldo von CHF 2'853.65 auf.

Der Umstand, dass der Kläger im Parallelverfahren in der Lage gewesen sei, einen Kostenvorschuss von CHF 25'530.00 zu leisten, bedeute entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht, dass der Kläger diesen Betrag habe aus seinem Einkommen finanzieren können. Die G. _____ AG habe für den Kläger diesen Betrag in Form eines Kredites geleistet.

Zutreffend sei, dass der Kläger Gartenarbeit durch einen Mitarbeiter der G. _____ AG habe erledigen lassen. Dabei handle es sich aber nicht um einen Privatbezug zulasten der Gesellschaft, sondern um eine Personalausleihe. Die Kosten in der Höhe von CHF 4'205.50 seien als Ertrag des Unternehmens verbucht worden. Die Forderung der G. _____ AG sei durch Belastung des Kontokorrentkontos der Ehefrau des Klägers beglichen worden. Auch im Zusammenhang mit Telefon, Geschäftsessen und Geschäftsautos komme es nicht zu Privatbezügen zulasten des Unternehmens.

In formeller Hinsicht rügt der Kläger, die Vorinstanz habe die richterliche Fragepflicht nicht erfüllt. Auch eine anwaltlich vertretene Partei sei auf die Mitwirkungspflicht aufmerksam zu machen. Die Vorladung zu einer Instruktionsverhandlung genüge dieser Anforderung nicht. Die Vorinstanz habe anlässlich der Instruktionsverhandlung konkret die Einreichung zweier Dokumente verlangt. Diese seien vom Kläger eingereicht worden (act. 5/40/1 und 5/40/8). Bevor die Vorinstanz das Gesuch mit der Begründung der fehlenden Mitwirkungspflicht abweisen konnte, hätte sie dem Kläger Frist zur Nachreichung von Unterlagen ansetzen müssen. Indem sie dies unterliess, habe sie den Untersuchungsgrundsatz bzw. den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Deshalb sei es zulässig, im Beschwerdeverfahren neue Unterlagen einzureichen.

Auf die Einzelheiten sowie auf die Ausführungen des Klägers bezüglich der Höhe der allenfalls aufzuerlegenden Vorschüsse für die Gerichtskosten und die Parteientschädigung ist soweit erforderlich im Rahmen der Würdigung einzugehen.

4. Würdigung

4.1. Anspruch auf rechtliches Gehör

Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Dessen Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides. Selbst eine schwere Verletzung des rechtlichen Gehörs kann indes im Rechtsmittelverfahren geheilt werden, wenn die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde (BGE 137 I 195, OGer ZH, RB150017).

Zu Recht macht der Kläger mit Hinweis auf einen Entscheid der Kammer (OGer ZH, RU140052) geltend, dass ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erst abgewiesen werden kann, nachdem der Gesuchsteller vom Gericht darauf aufmerksam gemacht worden ist, welche Angaben er zu machen und welche Unterlagen er einzureichen hat. Die Frage, ob die Vorinstanz diesem Erfordernis insbesondere durch den generellen Hinweis anlässlich der Verhandlung vom 30. März 2015 sowie die anlässlich der persönlichen Befragung gestellten konkreten Fragen nicht genügend nachgekommen ist, kann offen gelassen werden. Geht man mit dem Kläger davon aus, dass die Vorinstanz das rechtliche Gehör verletzt hat, so führt dies dazu, dass die mit der Beschwerde neu eingereichten Unterlagen zu berücksichtigen sind. Damit ist eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs im Beschwerdeverfahren geheilt.

4.2. Finanzielle Bedürftigkeit des Klägers

4.2.1. Voraussetzungen und Rügen

Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege korrekt dargelegt. Insbesondere hat sie darauf hingewiesen, dass

es am Gesuchsteller ist, eine behauptete Mittellosigkeit durch Offenlegung der gesamten finanziellen Verhältnisse glaubhaft zu machen. Der Kläger bringt dazu keine Rügen vor. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, ist diesbezüglich auf die Begründung der Vorinstanz zu verweisen.

Der Kläger rügt hingegen, die Vorinstanz habe den Sachverhalt nicht richtig festgestellt bzw. zu strenge Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Mittellosigkeit gestellt und damit auch das Recht falsch angewendet. Dies ist von der Kammer zu prüfen. Sie ist dabei weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (BGE 138 III 374, 133 II 249 und 130 III 136; OGer, II. ZK, Entscheid vom 9. August 2011, ZR 110 Nr. 80)

4.2.2. Eintritt der Mittellosigkeit im Juni 2013, ergebnislose Pfändung und Verlustschein

Der Kläger ist ein Unternehmer, der auf eine Berufserfahrung von 50 Jahren zurückblicken kann (act. 5/38 S. 5). Er war offenbar erfolgreich, führte er doch aus, bis im Juni 2013 "sehr gut" gelebt zu haben. Dennoch deklarierte er per Ende 2012 ein Bankguthaben von weniger als CHF 7'000.00 (act. 5/40/16), Bargeld oder andere Vermögenswerte hatte der Kläger – vom Nutzniessungsrecht an der Liegenschaft E. _____-Strasse ... in F. _____ abgesehen – nicht. Im Übrigen verfügte die Ehefrau des Klägers über ein Darlehensguthaben gegenüber den Kindern von EUR 170'000.00 (act. 5/22 S. 6, 5/24/13, 5/40/16). Der Kläger schildert, im Juni 2013 sei es zum Zerwürfnis mit seinem Sohn gekommen. Dieser habe den Banksafe geplündert und sämtliche Unterlagen gestohlen. Er sei mittellos gewesen und ohne Altersvorsorge dagestanden. Deshalb habe er die G. _____ AG zum Zweck des Aufbaus einer neuen Altersvorsorge gegründet und aufgebaut (act. 5/38 S. 4 und S. 6).

Geht man mit dem Kläger davon aus, dass das Ereignis im Juni 2013 zum Wegbrechen seiner Altersvorsorge geführt hat, so ist danach zu fragen, was er denn zu diesem Zeitpunkt verloren bzw. was ihm gestohlen wurde. Mehr als das Bankguthaben von rund CHF 7'000.00 konnte er – folgt man seiner Darstellung – nicht eingebüsst haben, denn das Nutzniessungsrecht am Haus sowie die Darlehens-

forderung von H._____ gingen nicht verloren. Da mit dem Wegbrechen der Altersvorsorge nicht der Verlust von maximal CHF 7'000.00 gemeint sein kann, macht diese Behauptung nur Sinn, wenn der Kläger vor dem Ereignis vom Juni 2013 über erhebliche Vermögenswerte verfügt hat, die er aber nirgends deklariert hat. Ob diese dem Kläger tatsächlich abhanden kamen, ist fraglich, schweigt sich der Kläger doch darüber aus, welche Vorgänge ihn im Juni 2013 mittellos gemacht haben. Vor diesem Hintergrund genügt es zur Glaubhaftmachung der Mittellosigkeit entgegen der Ansicht des Klägers nicht, auf eine ergebnislose Pfändung hinzuweisen (act. 22 S. 4 f.). Dies schon deshalb nicht, weil die Pfändung im Wesentlichen auf den Aussagen des Schuldners basiert. Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass das zuständige Betreibungsamt Strafanzeige wegen Pfändungsbetruges erstattete (act. 5/35/3). Dies belegt zwar nicht, dass der Kläger dem Betreibungsamt gegenüber Vermögenswerte verschwiegen hat, ist aber ein Indiz dafür, da das Betreibungsamt die Umstände aus der Nähe kennt und eine Anzeige nur bei dringendem Tatverdacht erstattet.

Aus den gleichen Gründen vermag auch der gegen den Kläger ausgestellte Verlustschein (act. 5/11/2) die Mittellosigkeit nicht glaubhaft zu machen. Denn der Ausstellung des Verlustscheines ist ein Pfändungsverfahren vorausgegangen. Bei der Pfändung ist das Betreibungsamt im Wesentlichen auf die Angaben des Schuldners angewiesen. Und wenn dieser behauptet, er sei mittellos, so bleibt die Pfändung ergebnislos, was schliesslich zur Ausstellung des Verlustscheines führt.

4.2.3. Darlehensguthaben von H. _____ von EUR 170'000.00

Im Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gab der Kläger an, seine Frau habe gegenüber den Kindern eine Darlehensforderung von rund CHF 160'000.00. Als Beleg reichte er das Wertschriftenverzeichnis 2012 ein, in dem ein Guthaben von H. _____ gegenüber den Kindern von EUR 170'000.00 (entsprechend CHF 212'500.00) aufgeführt ist (act. 24/12). Der Kläger behauptete damals, das Guthaben sei nicht liquid, da es vor 2018 nicht kündbar sei. Dem anwaltlich vertretenen Kläger war bewusst, dass das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen werden müsste, wenn die Darlehensforderung liquid wäre, da der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege zur ehelichen Beistandspflicht subsidiär ist.

Die Behauptung, das Darlehen sei nicht liquid, war unzutreffend. Der Kläger behauptete dies mit Eingabe vom 27. August 2014 (act. 22), und keine der damals eingereichten Unterlagen deuteten darauf hin, dass die Angabe unzutreffend sein könnte. Erst nachdem der Beklagte Zweifel an der Mittellosigkeit des Klägers geäussert hatte (act. 33), sah sich der Kläger veranlasst, weitere Dokumente vorzulegen, so unter anderem auch die Steuererklärung 2013. Aus dieser ist ersichtlich, dass die Darlehensforderung per 31. Dezember 2013 nunmehr auf CHF 84'000.00 gesunken war (act. 5/40/1). Diese Tatsache widerspricht der ursprünglichen am 27. August 2014 aufgestellten Behauptung, das Darlehen sei nicht liquid. Anlässlich der Verhandlung vom 30. März 2015 räumte der Kläger ein, das Darlehen sei teilweise amortisiert worden, weshalb die früheren Aussagen "entsprechend zu korrigieren" seien (act. 5/39 S. 16). Mit Eingabe vom 8. Mai 2015 erklärte er, die Rückzahlung sei am 31. Dezember 2013 erfolgt (act. 51).

Aus dem Gesagten geht hervor, dass der Kläger bei Einreichung des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege verschwiegen hatte, dass dem Ehepaar AH. _____ per 31. Dezember 2013 Liquidität im Umfang von mehreren zehntausend Franken (Differenz zwischen EUR 170'000.00 und CHF 84'000.00) zugeflossen war. Dass tatsächlich ein Mittelzufluss stattfand und das Darlehen nicht etwa durch Schulderrlass oder auf andere Weise gemindert wurde, geht aus der

Eingabe vom 8. Mai 2015 hervor, wo ausdrücklich von "Amortisationszahlungen" die Rede ist (act. 5/51 S. 4). Es ist nicht anzunehmen, dass der Kläger, der vorgibt, seine Altersvorsorge verloren zu haben und mittellos zu sein, einen Zahlungseingang von dieser Höhe vergessen hatte. Vielmehr scheint er dies bewusst verschwiegen zu haben, so wie er das entsprechende Vermögen auch nicht in der Steuererklärung 2013 deklariert hatte. Da der Kläger nicht behauptet, die Amortisationszahlungen – die per 31. Dezember 2013 geleistet wurden – seien bis Ende 2013 (also am gleichen Tag) wieder ausgegeben worden, hätte in der Steuererklärung 2013 ein entsprechendes Bar- oder Bankguthaben deklariert werden müssen. Dies geschah indes nicht (act. 5/40/1).

Der Umstand, dass der Kläger im ursprünglichen Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in einem wesentlichen Punkt unzutreffende Angaben gemacht hat, spricht nicht für die Glaubhaftmachung der Behauptung, mittellos zu sein.

Aufgrund der Darstellung des Klägers ist davon auszugehen, dass H._____ am 31. Dezember 2013 ein Betrag im Umfang der Differenz von EUR 170'000.00 minus CHF 84'000.00, also rund CHF 100'000.00 (Kurs CHF/EUR am 31. Dezember 2014: 1.23 (www.oanda.com)) zufloss. Dieser Betrag wurde nirgends deklariert. Wer im Besitz eines Vermögens war und geltend macht, er sei nunmehr mittellos, hat den Vermögensverzehr substantiiert dazulegen und glaubhaft zu machen. Hat der Gesuchsteller den Vermögensverzehr nicht glaubhaft gemacht, ist davon auszugehen, dass er nicht mittellos ist (OGer ZH, PC130061). Der Kläger schweigt sich über die Verwendung der zugeflossenen Mittel aus; er erklärt nur, sie seien nicht mehr vorhanden (act. 5/51 S. 4). Insbesondere macht er nicht geltend, diese seien zur Liberierung des Aktienkapitals der G._____ AG verwendet worden. Vielmehr stellte er sich zunächst auf den Standpunkt, es sei unerheblich, wie das Aktienkapital aufgebracht worden sei (act. 39 S. 14). Später behauptete er unsubstantiiert, dass das Kapital von H._____ einbezahlt worden sei (act. 51 S. 5). Da es bereits an einer substantiierten Behauptung zur Mittelverwendung fehlt, ist nicht glaubhaft gemacht, dass H._____ nicht mehr im Besitz der Summe von rund CHF 100'000.00 ist.

4.2.4. Vergleich von Einnahmen und Ausgaben

Der Kläger behauptete im Gesuch vom 27. August 2014, er und seine Ehefrau hätten monatliche Aufwendungen von CHF 10'030.90 plus CHF 1'321.55 für das Pferd. Dieser Aufwand lässt sich mit den deklarierten Einkünften von monatlich CHF 8'568.20 nicht decken. Da der Kläger behauptet, weder er noch seine Ehefrau verfügten über nennenswerte liquide Vermögenswerte, Barreserven oder Bankguthaben, muss er über weitere Einkünfte oder Vermögenswerte verfügen, um die Ausgaben zu decken. Zu dieser Erkenntnis kam auch die Vorinstanz (act. 4 S. 14).

Diesem Ergebnis passt sich der Kläger an und behauptet in der Beschwerdeschrift neu, die Ausgaben betrügen lediglich CHF 8'515.60. Er bringt somit die Ausgaben mit den Einnahmen von CHF 8'568.20 in Einklang. Glaubhaft ist dies indes nicht. Denn selbst wenn man dem Kläger entgegen der früheren Behauptung glauben würde, er stelle für die Zahnarztbehandlung nur CHF 700.00 und nicht CHF 1'916.55 zurück, so blieben die widersprüchlichen Behauptungen zur Tilgung von Steuerschulden. In der Eingabe vom 27. August 2014 behauptete der Kläger, das Ehepaar zahle zurzeit monatliche Raten von CHF 1'423.00 (act. 5/22 S. 10). In der Beschwerdeschrift vom 6. Juli 2015 behauptet der Kläger neu, er sei seit längerer Zeit nicht mehr imstande regelmässige Steuerzahlungen zu leisten (act. 2 S. 13). Zwischen den behaupteten Ausgaben und Einnahmen bleibt also eine Finanzierungslücke, die nur dadurch erklärt werden kann, dass das Ehepaar über zusätzliche Einnahmen oder nicht deklariertes Vermögen verfügt. An dieser Einschätzung würde sich übrigens auch dann nichts ändern, wenn man mit dem Kläger davon ausginge, die Ausgaben von CHF 8'515.60 gemäss Aufstellung in der Beschwerdeschrift (act. 2 S. 40) entsprächen der Wirklichkeit. Denn diesfalls könnte das Ehepaar diese Ausgaben mit den Renteneinnahmen von CHF 8'568.20 gerade finanzieren. Die Kosten für das Pferd wären damit aber noch nicht gedeckt. Ursprünglich behauptete der Kläger, für das Pferd werde monatlich CHF 1'321.55 aufgewendet (act. 5/22 S. 10). Anlässlich der Befragung vom 30. März 2015 erklärte der Kläger dann, das Pferd sei nun in Deutschland untergebracht. Die monatlichen Kosten von EUR 1'050.00 zahle er jeweils bar

aus dem Renteneinkommen (act. 5/38 S. 14). Da die übrigen Ausgaben von CHF 8'515.60 aber mit dem Einkommen von CHF 8'568.20 nur knapp gedeckt werden können, ist die zusätzliche Zahlung von über tausend Euro pro Monat ohne zusätzliche Einnahmen oder zusätzliches liquides Vermögen nicht möglich.

Dagegen wendet der Kläger ein, es müsse berücksichtigt werden, dass er mit diversen Zahlungen im Rückstand sei. Er macht damit sinngemäss geltend, die geltend gemachten Ausgaben von CHF 8'515.60 seien die anrechenbaren Ausgaben zur Ermittlung des Existenzminimums, die tatsächlichen Ausgaben seien kleiner. Wäre dem so, so würde sich tatsächlich die Finanzierungslücke im Differenzbetrag zwischen anrechenbaren Ausgaben und tatsächlichen Ausgaben reduzieren. Der Kläger müsste, um mit diesem Argument durchzudringen, konkret darlegen, wie hoch die tatsächlichen Ausgaben im Vergleich zu den anrechenbaren Ausgaben sind. Der blosser Hinweis, er sei mit diversen Zahlungen im Rückstand, genügt nicht. Aus dem Hinweis, das Hypothekarkonto sei per 2. April 2015 mit CHF 6'119.55 im Minus gewesen (act. 5/46/1), lässt sich ebenfalls nichts zu Gunsten des Klägers ableiten. Denn zum einen handelt es sich beim genannten Konto nicht um ein Konto, das lediglich der Abwicklung der Hypothek dienen würde, sondern um das Privatkonto des Klägers, das auch anderen Zwecken dient. Wenn der Anfangssaldo am 21. Januar 2015 minus CHF 4'003.35 betrug, lässt sich daraus nicht ableiten, wie dieser Saldo entstanden ist und ob der Kläger in der Vergangenheit die Hypothekarzinsen und die Amortisationsraten bezahlt hatte. Während der Periode, über den der Auszug Auskunft gibt (21. Januar 2015 bis 2. April 2015), ist hinsichtlich der Hypothek ersichtlich, dass eine Hypothekarzinsrate von CHF 1'653.45 belastet, eine Rate in ebendieser Höhe aber auch bezahlt wurde. Weiter wurde am 2. April 2015 (also am letzten Tag des offen gelegten Zeitfensters) eine Amortisationsrate von CHF 2'000.00 belastet, die an diesem Tag noch nicht bezahlt wurde. Dies ist indes nicht ungewöhnlich, da die meisten offenen Beträge nicht am Tag des Eintritts der Fälligkeit beglichen werden. Rückschlüsse darauf, dass der Kläger mit der Zahlung von Hypothekarzinsen oder Amortisationsraten im Rückstand wäre, die tatsächlichen Ausgaben also kleiner als die anrechenbaren Ausgaben wären, ergeben sich daraus nicht. Ebenfalls nicht stichhaltig ist der Hinweis des Klägers, das Kreditkartenkonto habe am

31. Dezember 2014 einen negativen Saldo von CHF 2'853.65 aufgewiesen (act. 5/53/3). Im Gegenteil kann dies ein Indiz dafür sein, dass der Kläger für den Grundbedarf mehr als den geltend gemachten Betrag von CHF 1'955.00 ausgab. Diesfalls würde sich die Finanzierungslücke sogar noch vergrössern.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Gegenüberstellung der Einnahmen und Ausgaben des Klägers und dessen Ehefrau dafür spricht, dass sie über nicht offengelegte Einnahmen oder liquide Vermögenswerte verfügen.

4.2.5. Gründung der G. _____ AG, Liberierung des Aktienkapitals

Dieser Eindruck verstärkt sich, wenn die Gründung der G. _____ AG näher betrachtet wird. Der Kläger und seine Ehefrau deklarierten in der Steuererklärung per 31. Dezember 2012 ein liquides Vermögen von weniger als CHF 7'000.00 (act. 5/24/12). Am 6. September 2013 gründete der Kläger als Gesellschafter die G. _____ AG mit einem zu 50% liberierten Aktienkapital von CHF 100'000.00. Gemäss Bescheinigung der UBS AG vom 4. September 2013 wurde der Betrag von CHF 50'000.00 zu Gunsten der Gesellschaft einbezahlt (act. 5/40/19). Obwohl der Kläger die Obliegenheit hat, seine finanzielle Situation offen zu legen, weigerte er sich zunächst ganz, bekanntzugeben, wie er das Aktienkapital aufbringen konnte (act. 39 S. 14). Später behauptete er unsubstanziert, das Gründungskapital sei von H. _____ aufgebracht worden (act. 51).

Würden die vom Kläger eingereichten Unterlagen die finanziellen Verhältnisse des Klägers und seiner Ehefrau korrekt abbilden, so wären weder er noch sie in der Lage gewesen, das Gründungskapital aufzubringen: Am 31. Dezember 2012 verfügten sie über ein Bank- und Postguthaben von weniger als CHF 7'000.00. Die übrigen Vermögenswerte bestanden aus dem nicht liquiden Nutzniessungswert der Liegenschaft in F. _____, sowie aus der Darlehensforderung von H. _____ gegenüber ihren Kindern im Betrag von EUR 170'000.00 (act. 5/24/12 und 5/24/13). Um die CHF 50'000.00 bis im September 2013 aufbringen zu können, hätte das Ehepaar im Zeitraum vom 31. Dezember 2012 bis 4. September 2013 entweder entsprechende Einnahmen generieren oder Vermögenswerte liquidieren müssen. Beides ist gemäss ihren Angaben im Prozess und den vorliegenden Ak-

ten nicht der Fall. Im Jahr 2013 erzielte das Ehepaar lediglich Renteneinkünfte von monatlich rund CHF 8'400.00 (act. 5/40/1), also die Einkünfte, die (wenn überhaupt) zur Deckung des Lebensbedarfs reichen, nicht aber die Bildung eines tatsächlich einbezahlten Aktienkapitals von CHF 50'000.00 (act. 5/40/19, letzte Seite) erlauben. Das Darlehen gegenüber den Kindern wurde zwar gemäss Darstellung des Klägers (freiwillig und vor Fälligkeit) bis auf einen Betrag von CHF 84'000.00 zurückbezahlt (act. 39 S. 16), dies jedoch erst am 31. Dezember 2013 und damit nach der Liberierung des Aktienkapitals (act. 51 S. 4). Auch das aus dem Darlehen zurückgeflossene Geld stand somit nicht zur Einzahlung des Aktienkapitals zur Verfügung. Dasselbe gilt auch für eine Kapitaleistung von CHF 53'113.00, welche am 8. August 2012 ausbezahlt worden war (act. 5/24/13). Denn diese Summe wurde gemäss Darstellung des Klägers nicht für die Einzahlung des Aktienkapitals verwendet (act. 39 S. 14).

Aus dem Gesagten erhellt, dass der Kläger oder seine Ehefrau über Einkommens- oder Vermögenswerte verfügen, die sie in diesem Verfahren nicht offengelegt haben.

4.2.6. Einkünfte des Klägers aus der G. _____ AG

Der Kläger arbeitet für die G. _____ AG, deren einziger Verwaltungsrat er ist. Er behauptet, von der Gesellschaft nichts zu beziehen, weder in Form von Lohn, noch in anderer Weise. Angesichts der Tatsache, dass der Kläger 70-jährig ist, an gesundheitlichen Problemen leidet und behauptet, die G. _____ AG diene als Ersatz für die Altersvorsorge, welche ihm der Beklagte gestohlen habe (act. 5/38 S. 4 f.), erscheint diese Behauptung als lebensfremd. Der Kläger behauptet, er verzichte zurzeit auf Lohn, um die Gesellschaft später mit Gewinn verkaufen zu können (act. 5/38 S. 6). Dies ist nur schon deshalb nicht möglich, weil der Kläger nicht Aktionär der G. _____ AG (act. 5/40/11) ist, das Unternehmen also gar nicht verkaufen kann. Zur Glaubhaftmachung seiner Behauptung verweist der Kläger auf eine Bescheinigung vom 12. September 2014 (act. 5/35/1.2.; die Bescheinigung wurde zwar vom Beklagten eingereicht, der Kläger stützt sich aber ebenfalls darauf (act. 2 S. 10)). Die von I. _____ und H. _____ unterzeichnete Bescheinigung genügt zur Glaubhaftmachung nicht, weil sie von nicht zeichnungsberechtig-

ten Personen unterzeichnet ist (zeichnungsberechtigt ist lediglich der Kläger). Die Auffassung des Klägers, wonach H._____ als Alleinaktionärin in bestimmten Fällenzeichnungsberechtigt wäre, ist unzutreffend; die vom Kläger behauptete nicht im Handelsregister eingetragene Vollmacht betrifft nur die Berechtigung für das Bankkonto (act. 5/38 S. 6). Hinzu kommt, dass die Unterzeichner der Bescheinigung vom 12. September 2014 nichts mit der Buchhaltung der Gesellschaft zu tun haben. Diese wird von J._____ geführt, der Jahresabschluss wird von ihr und vom Kläger erstellt (act. 5/38 S. 7). Erwiesenermassen unrichtig ist die Bescheinigung vom 12. September 2014 in Bezug auf die Prämien der Lebensversicherung des Klägers. Dabei handelt es sich um private Auslagen des Klägers und nicht um Unkosten der G._____ AG. Dennoch wurde die Prämie, die sich der Kläger früher von der K._____ AG finanzieren liess, von der G._____ AG bezahlt (act. 5/38 S. 10). Es handelt sich also um einen Bezug des Klägers zulasten der Gesellschaft.

Der Kläger stützt sich weiter auf die eingereichten Buchhaltungsunterlagen, insbesondere auf diejenigen, die mit der Beschwerde neu eingereicht wurden (act. 3/4-42). Die einzige bisher vorliegende Bilanz der Gesellschaft per 31. Dezember 2014 weist sowohl in der provisorischen als auch in der definitiven Fassung kein Konto "Kasse" auf (act. 5/40/8 und act. 3/4). Dies obwohl der Kläger einräumte, dass die Gesellschaft "viel Barzahlungen" tätigt (act. 5/38 S. 7). Dies entspricht offenbar ganz den Gepflogenheiten des Klägers, der sich auch für fünf- und sechsstelligen Beträge (vgl. die Behauptungen in der Klageschrift, act. 5/1 S. 10 ff.) des Bargeldes bedient, das bekanntlich keinen Paper-trail hinterlässt und entsprechend missbrauchsanfällig ist. Der Kläger begründet dies damit, dass die G._____ AG als junge Firma nicht immer Kredit erhalte (act. 5/38 S. 7). Dies ist keine überzeugende Begründung für die Verwendung von Bargeld. Wenn ein Unternehmen keinen Kredit erhält, so ist es gezwungen, Lieferantenrechnungen und andere Verbindlichkeiten umgehend zu begleichen. Dies kann aber durch eine Banküberweisung ebenso gut und schnell erfolgen wie mittels Bargeld. Die Tatsache, dass die G._____ AG Bargeschäfte abwickelt, jedoch über kein Kassa-Konto verfügt, bedeutet, dass der entsprechende Teil des Geschäftsverkehrs in der Buchhaltung nicht abgebildet wird. Wie hoch der Anteil ist, kann nicht beurteilt werden, der Anteil muss angesichts der Formulierung "viel Barzahlungen" zu täti-

gen aber erheblich sein. Wie schon im Zusammenhang mit den behaupteten Ausgaben aufgezeigt, passte der Kläger auch hier seine Behauptungen an, nachdem er offenbar gemerkt hatte, dass das Fehlen eines Kassakontos trotz erheblichen Barverkehrs bzw. "viel Barzahlungen" die Aussagekraft der Buchhaltung stark einschränkt. Die in der Eingabe vom 8. Mai 2015 nachgeschobene Behauptung, die Kasse der G._____ AG werde über das Kontokorrentkonto H._____ geführt (act. 51 S. 3), findet im eingereichten Beleg keine Stütze. Denn ausser einer einzigen Buchung sind sämtliche Einträge geschwärzt (act. 5/53/2). Damit ist nicht glaubhaft gemacht, dass der erhebliche Barverkehr der Gesellschaft ordnungsgemäss verbucht wird. Aus diesem Grund sind die ganze Bilanz und Erfolgsrechnung nicht aussagekräftig und nicht überprüfbar. Unabhängig davon, ob der Kläger die Bareinnahmen für Zwecke der Gesellschaft verwendet oder privat bezieht, finden die entsprechenden Geschäftsvorgänge keinen Niederschlag in der Buchhaltung. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist, dass der Kläger zwar durch seine Anwältin unter Hinweis auf die nicht vom zeichnungsberechtigten Kläger verfasste Bescheinigung der G._____ AG vom 12. September 2014 behaupten liess, er beziehe von der Gesellschaft nichts. In der persönlichen Befragung vom 30. März 2015 wich er diesbezüglich aber aus. Er bestätigte, dass er private Auslagen über das Unternehmen verbuchen könnte, er wüsste aber nicht welche. Fast alles sei geschäftlich (act. 5/38 S. 6). In Erinnerung zu rufen ist in diesem Zusammenhang, dass die Ehefrau des Klägers eine Vollmacht für das Bankkonto der G._____ AG hat (act. 5/38 S. 6), obwohl sie in der Gesellschaft keine Funktion ausübt. Aufgrund des Gesagten ist nicht glaubhaft gemacht, dass der Kläger oder seine Ehefrau von der G._____ AG nichts beziehen und dass die Gesellschaft tatsächlich einen Verlust von CHF 21'483.39 gemacht hat und nicht in der Lage ist, dem Kläger einen Lohn zu bezahlen.

Im Parallelverfahren gegen die C._____ AG liess der Kläger den ihm auferlegten gerichtlichen Kostenvorschuss von CHF 25'530.00 durch die G._____ AG bezahlen. Er führte dazu aus, der habe den Betrag zu Lasten des Kontokorrent-Kontos "persönlich aus der Firma" bezahlt, weil die Gesellschaft auch ein Interesse am Ausgang des Prozesses habe (act. 5/38 S. 7). Unabhängig davon, ob der Kläger den Betrag von CHF 25'530.00 als Darlehen bei der G._____ AG aufgenommen

hat oder diese Summe einen Bezug zu seinen Gunsten darstellt, erhellt aus diesem Vorgang, dass der Kläger über die von ihm beherrschte Gesellschaft über eine erhebliche Liquidität verfügt.

4.2.7. Fazit

Wie dargelegt, hat der Kläger widersprüchliche und teilweise widerlegbare Angaben zu seinen finanziellen Verhältnissen gemacht. Seine Behauptung, er sei mittellos, findet in den eingereichten Unterlagen keine Stütze. Im Gegenteil bestehen objektive Anhaltspunkte dafür, dass er oder seine Ehefrau über erhebliche liquide Mittel verfügen. Die Beschwerde ist hinsichtlich der Verweigerung der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen.

4.3. Kostenvorschuss

4.3.1. Die Vorinstanz legte den Vorschuss für die Gerichtskosten auf CHF 25'000.00 und die Sicherheit für eine allfällige Parteientschädigung auf CHF 42'778.00 fest. Sie ging dabei von einem Streitwert von CHF 399'433.00 aus. Die Vorinstanz führte aus, die Vorschüsse seien aufgrund der mutmasslich entstehenden Gerichtskosten bzw. Parteientschädigung festzusetzen. Das Gericht habe nach Klageeingang den Vorschuss zunächst auf CHF 18'740.00 festgesetzt, was der Grundgebühr gemäss Streitwert entspreche. Aufgrund des bisherigen Prozessverlaufs sei von einem aufwendigen Verfahren auszugehen, weshalb zu erwarten sei, dass eine in Anwendung von § 4 Abs. 2 GebV OG um einen Drittel erhöhte Gerichtsgebühr anfallen werde. Besonders schwierig sei der vorliegende Streit indessen nicht, weshalb auf eine weitere Erhöhung zu verzichten sei.

Wegen eines gegen den Kläger vorliegenden Verlustscheines sei der Kautionsgrund von Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO erfüllt. Da von einem aufwendigen Verfahren auszugehen sei und eine allfällige Parteientschädigung auch den Aufwand für das umfangreiche Verfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abdecken müsse, sei von einer auf das Doppelte erhöhten Gebühr auszugehen.

4.3.2. Das Gericht hat bei der Bemessung des Kostenvorschusses gemäss Art. 98 ZPO ein erhebliches Ermessen. Der Vorschuss ist für die schliesslich zu bemessende Gebühr nicht präjudiziell (BGer 4A_226/2014 E. 2.1.). Der Kläger bringt weder Rügen hinsichtlich des Streitwertes noch der Bemessung der Grundgebühr an. Er macht indes geltend, dass vor Erstattung der Klageantwort noch nicht von einem aufwendigen Verfahren auszugehen sei, zumal noch nicht feststehe, dass ein umfangreiches Beweisverfahren zu erwarten sei. Damit zeigt der Kläger nicht auf, dass die Vorinstanz ihr Ermessen falsch ausgeübt hätte. Dass sie ein aufwendiges Verfahren erwartet, ist bei der vom Kläger dargelegten Streitkonstellation nachvollziehbar. Die Rüge des Klägers ist nicht stichhaltig.

4.3.3. Bezüglich der Sicherheitsleistung für eine allfällige Parteientschädigung rügt der Kläger die vorinstanzliche Feststellung, aufgrund eines Verlustscheines sei ein Kautionsgrund gegeben, nicht. Er hält eine Sicherheitsleistung in der Höhe der doppelten Grundgebühr für unangemessen. Wie bei der Bemessung des Vorschusses für die Gerichtsgebühr hat die Vorinstanz bei der Festlegung der Höhe der Sicherheitsleistung ein grosses Ermessen. Die Vorinstanz legte ausführlich und nachvollziehbar dar, weshalb die Sicherheitsleistung auf CHF 42'778.00 festzulegen ist. Eine falsche Ausübung des Ermessens ist nicht erkennbar. Soweit der Kläger geltend macht, die Sicherheitsleistung sei mit Rücksicht auf seine finanziellen Verhältnisse auf CHF 21'389.00 festzusetzen, ist ihm entgegenzuhalten, dass er weder glaubhaft gemacht hat, dass er mittellos ist, noch dass seine finanzielle Leistungsfähigkeit eingeschränkt wäre. Auch der Eventualantrag des Klägers ist abzuweisen.

4.3.4. Dem Kläger ist praxisgemäss eine Nachfrist zur Leistung des Gerichtskostenvorschusses sowie der Sicherheitsleistung anzusetzen, die Frist ist auf 10 Tage zu bemessen. Lässt der Kläger diese Frist ungenutzt verstreichen, so setzt ihm die Vorinstanz eine Zweitfrist mit Säumnisandrohung im Sinne von Art. 101 Abs. 3 ZPO an (ZR 111 Nr. 103, OGer ZH PP130009 E. 3.).

5. Prozesskosten

Im Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege werden auch im Rechtsmittelverfahren keine Gerichtskosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO, OGer ZH PC11052-O/Z01 vom 23. November 2011). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren ist soweit es die Befreiung von Gerichtskosten betrifft, gegenstandslos und abzuschreiben.

Aus vorstehender Begründung ergibt sich, dass der Kläger die Mittellosigkeit nicht nur nicht glaubhaft gemacht hat, sondern dass umgekehrt mehrere Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Kläger über erhebliche Mittel verfügt. Die Beschwerde erweist sich als aussichtslos, weshalb das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hinsichtlich der Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin abzuweisen ist.

Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen. Dem Kläger nicht wegen Unterliegens, dem Beklagten nicht mangels erheblicher Umtriebe in diesem Verfahren.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird bezüglich der Befreiung von Gerichtskosten abgeschrieben.
2. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird bezüglich der Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin abgewiesen.
3. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Dem Kläger wird eine Frist von 10 Tagen ab Zustellung des vorliegenden Entscheides angesetzt, um den mit Verfügung des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 16. Juni 2015 auferlegten Kostenvorschuss für die Gerichtskosten von CHF 25'000.00 zu leisten.
3. Dem Kläger wird eine Frist von 10 Tagen ab Zustellung des vorliegenden Entscheides angesetzt, um die mit Verfügung des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 16. Juni 2015 auferlegte Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung von CHF 42'778.00 zu leisten.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
5. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie – unter Rücksendung der vorinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Pfäffikon, je gegen Empfangsschein.
7. 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. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt CHF 30'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hinden

versandt am: