



Kass.-Nr. AA040150/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Alfred Keller, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der Sekretär Roland Götte

Zirkulationsbeschluss vom 29. April 2005

in Sachen

A.

Aberkennungsklägerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. V.

gegen

B.-AG,

Aberkennungsbeklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. W.

betreffend

unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung, Prozesskaution

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. August 2003 (LN040029/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Nachdem A. (Beschwerdeführerin) im Rahmen einer von der B.-AG (Beschwerdegegnerin) gegen ihren Ehegatten eingeleiteten Betreuung auf Verwertung eines Grundpfandes (betreffend die Familienwohnung) Rechtsvorschlag erhoben hatte, leitete die Beschwerdegegnerin das Rechtsöffnungsverfahren ein. In der Folge wurde mit Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes Horgen vom 8. Januar 2003 provisorische Rechtsöffnung erteilt (BG act. 4/24).

2. Mit Eingabe vom 25. Februar 2003 erhob die Beschwerdeführerin die Aberkennungsklage beim Bezirksgericht Horgen und stellte dabei unter anderem den Antrag, es sei ihr die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren bzw. ein unentgeltlicher Prozessbeistand zu bestellen (BG act. 1 S. 2). Mit Beschluss des Bezirksgerichts Horgen vom 19. März 2004 wurde dieser Antrag abgewiesen, und es wurde der Beschwerdeführerin unter Androhung des Nichteintretens im Säumnisfall eine einmalige Frist von 20 Tagen zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 51'000.-- angesetzt (BG act. 13).

3. Gegen die Abweisung des Armenrechtsgesuches bzw. gegen die Fristansetzung zur Leistung einer Kautions erhob die Beschwerdeführerin Rekurs. In ihrer Rekurschrift vom 19. April 2004 stellte sie sodann den Antrag, es sei ihr auch für das Rekursverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen bzw. ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (OG act. 2 S. 2). In seinem Beschluss vom 27. August 2004 wies das Obergericht den Rekurs der Beschwerdeführerin ab und setzte ihr erneut eine Frist von 20 Tagen zur Leistung der erstinstanzlich auferlegten Kautions. Sodann wies es auch das für das Rekursverfahren gestellte Armenrechtsgesuch ab (OG act. 13 = KG act. 2; künftig: KG act. 2).

4. In ihrer persönlich überbrachten Eingabe ans Kassationsgericht vom 27. November 2004 verlangte die Beschwerdeführerin die Aufhebung des Re-

kursentscheides (KG act. 1a S. 2; siehe auch das inhaltlich identische, am 28. November 2004 per Post eingegangene Exemplar [KG act. 1b]), wobei sich die Beschwerdeführerin vorerst auf eine "summarische und einstweilige" Begründung, mit welcher lediglich die Grundlage für das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung geschaffen werden sollte, beschränkte (vgl. KG act. 1a S. 3). Nachdem der Beschwerde mit Präsidialverfügung vom 27. September 2004 antragsgemäss aufschiebende Wirkung gewährt worden war (KG act. 13), liess die Beschwerdeführerin dem hiesigen Gericht mit Eingabe vom 6. Oktober 2004 schliesslich die umfassende Begründung der Beschwerde zukommen (KG act. 13).

Während die Vorinstanz auf Vernehmlassung verzichtete (KG act. 17), beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde (KG act. 20 S. 2).

II.

Die Beschwerdeführerin stellt den Antrag, es sei ihr für das vorliegende Nichtigkeitsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren sowie ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person von Rechtsanwalt V. zu bestellen (KG act. 1a S. 2).

Hinsichtlich der Voraussetzungen für die Gewährung des Armenrechts kann in Anwendung von § 161 GVG auf die zutreffenden Ausführungen des Obergerichtes verwiesen werden (KG act. 2 S. 3/4 Ziff. II.2). Da sich die Beschwerde - wie zu zeigen ist - als aussichtslos erweist, ist das Gesuch der Beschwerdeführerin abzuweisen.

III.

1.1 Die Beschwerdeführerin bringt zunächst vor, das Obergericht habe ihr im angefochtenen Entscheid auf S. 6 vorgeworfen, weder in der Klagebegründung noch in der Rekursbegründung konkrete Behauptungen aufgestellt zu haben, welche durch die Befragung des Zeugen C. bewiesen werden könnten, und dass es nicht genüge, zur Begründung des Armenrechtsgesuchs auf detailliertere Darlegungen und weitere Beweisanträge im zweiten Parteivortrag zu verweisen (KG act. 1 S. 3/4 Ziff. 2/b). Mit diesem Vorgehen habe das Obergericht verschiedene wesentliche Verfahrensgrundsätze i.S.v. § 281 Ziff. 1 ZPO verletzt:

a) So gehe das Obergericht davon aus, die Gegenpartei werde alles und jedes rechtsgenügend bestreiten, was sie - die Beschwerdeführerin - vortrage. Es übernehme die Position der Gegenpartei, und trage selber alle möglichen Einwendungen zusammen, welche ihren Prozessstandpunkt möglichst erschweren sollen, womit es gegen die Verhandlungs- und Dispositionsmaxime gemäss § 54 ZPO verstosse (KG act. 13 S. 4 Ziff. 2/c/aa).

b) Zudem dürfe hinsichtlich des Armenrechtsgesuches nur eine summarische Begründung verlangt werden. Dieser Verpflichtung sei sie - die Beschwerdeführerin - in ihrer Aberkennungsklageschrift vom 23. Februar 2003 nachgekommen, zumal sie darauf habe vertrauen dürfen, die Klagebasis im Rahmen der Replik ergänzen und präzisieren zu können. Indem das Verfahren ohne Ergänzung der Behauptungen und ohne Durchführung des Beweisverfahrens "abgewürgt" worden sei bzw. indem das Obergericht einzig auf die Klagebegründung und einen von ihrem Ehemann geführten Prozess abgestellt habe, sei das rechtliche Gehör gemäss § 56 ZPO bzw. Art. 29 Abs. 2 BV verletzt worden (KG act. 13 S. 3 Ziff. 2/a und b sowie S. 9 Ziff. 4/c).

c) Weil das Obergericht - so die Beschwerdeführerin sinngemäss - vor der Feststellung der Aussichtslosigkeit der Klage zumindest Frist zur Einreichung einer Ergänzungseingabe hätte ansetzen müssen, habe es die richterliche Frage-

pflicht gemäss § 55 ZPO und die in Bezug auf das Armenrechtsgesuch in § 84 Abs. 2 ZPO konkretisierte Abklärungspflicht verletzt (KG act. 1 S. 4 Ziff. 2/c/bb).

1.2 a) Soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Verhandlungs- bzw. Dispositionsmaxime rügt, geht der Vorwurf insofern am angefochtenen Entscheid vorbei, als das Obergericht an der zitierten Stelle keineswegs "alle möglichen Einwendungen zusammengetragen" hat. Insbesondere wurden auch keine Behauptungen stellvertretend für die Gegenpartei bestritten, sondern es wurde vielmehr festgehalten, dass die Beschwerdeführerin *gar keine* Behauptungen aufgestellt habe, welche durch die beantragte Befragung von C. als Zeuge bestätigt werden könnten (vgl. KG act. 2 S. 6). Mit ihrem Vorbringen vermag die Beschwerdeführerin jedenfalls keine Verletzung von § 54 ZPO darzutun.

b) Sodann ist festzuhalten, dass nicht geltend gemacht wird, dass das Obergericht in Korrektur des bezirksgerichtlichen Entscheides bereits aufgrund der Ausführungen in der Klageschrift vom 25. Februar 2003 auf ausreichende Erfolgchancen i.S.v. § 84 Abs. 1 ZPO hätte schliessen müssen. Die Beschwerdeführerin bringt lediglich vor, sie habe sich für die Begründung des Armenrechtsgesuchs in einem ersten Schritt auf eine summarische Begründung der Klage beschränken dürfen, und insbesondere darauf vertrauen dürfen, die Anspruchsgrundlage im Rahmen der Replik ergänzen zu können. Diese Ansicht ist jedoch insofern nicht zu teilen, als der Entscheid über das Armenrechtsgesuch grundsätzlich sofort, d.h. ohne Weiterführung des Prozesses, zu treffen ist (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 2 zu § 90 ZPO). Mit der sofortigen Behandlung des Gesuchs kann nicht nur vermieden werden, dass die gesuchstellende Partei vor Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes weitere Prozesshandlungen vornehmen muss, bei denen sie auf einen solchen angewiesen wäre (vgl. dazu ZR 83 Nr. 30 S. 91; Kass.-Nr. 93/389 i.S. F., Entscheid vom 07.03.1994, Erw. II.2; Kass.-Nr. 96/458 i.S. K., Entscheid vom 07.04.1997, Erw. II.3), sondern es kann auch verhindert werden, dass die beklagte Partei im Falle einer aussichtslosen Klage, welche von einer offenbar bedürftigen Partei eingeleitet wurde, Aufwand betreiben muss (z.B. Verfassen einer Klageantwortschrift), ohne dass Aussicht bestünde,

dafür jemals entschädigt zu werden. Indem das Obergericht das Vorgehen des Bezirksgerichtes Horgen, das Armenrechtsgesuch ohne Fortsetzung bzw. vollständige Durchführung des Schriftenwechsels und ohne Durchführung des Beweisverfahrens zu behandeln, (stillschweigend) geschützt hat, hat es folglich keineswegs gegen wesentliche Verfahrensvorschriften verstossen.

c) Aus der verfahrensrechtlichen Natur des Anspruchs auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung/Prozessverbeiständung folgt, dass das Gericht dessen gesetzliche Voraussetzungen grundsätzlich von Amtes wegen zu prüfen hat. Diese Abklärungspflicht wird einerseits durch das in § 84 Abs. 1 ZPO statuierte Antragsprinzip und insbesondere die Mitwirkungspflicht gemäss § 84 Abs. 2 ZPO eingeschränkt (man spricht von einer sog. beschränkten *Offizialmaxime*; vgl. zum Ganzen ZR 90 Nr. 57; ZR 85 Nr. 79; Kass.-Nr. AA040108 i.S. Z., Entscheid vom 07.10.2004, Erw. III.3; BGE 120 Ia 179 E. 3.a), andererseits gilt sie nach dem Wortlaut von § 84 Abs. 2 ZPO nur hinsichtlich der finanziellen Verhältnisse der gesuchstellenden Partei, und nicht etwa hinsichtlich der Frage der Prozessaussichten. Es ginge denn auch nicht an, dass das Gericht in einem von der Verhandlungsmaxime beherrschten Prozess aufgrund eines Armenrechtsgesuches von Amtes wegen nach Anspruchsgrundlagen suchen müsste - dies muss Sache der klagenden Partei bleiben. Soweit die Beschwerdeführerin dem Obergericht vorwirft, keine Ergänzungseingabe verlangt zu haben, vermag sie aus § 84 Abs. 2 ZPO nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

Sodann ist festzuhalten, dass die richterliche Fragepflicht gemäss § 55 ZPO nur dann zum Tragen kommt, wenn ein Sachverhalt wenigstens in rudimentärer Form behauptet wird und lediglich in gewissen Richtungen der Vervollständigung bedarf (RB 1980 Nr. 13; Kass.-Nr. 98/493 i.S. R., Entscheid vom 01.08.1999, Erw. II.2/b). Nachdem die Beschwerdeführerin in der Rekurschrift *überhaupt keine* konkreten Behauptungen aufgestellt hat, welche C. als Zeuge hätte bestätigen sollen (KG act. 2 S. 6), erweist sich die Rüge auch unter dem Aspekt von § 55 ZPO als unbegründet. Hinzu kommt, dass die Fragepflicht nach dem Prinzip von Treu und Glauben (§ 50 Abs. 1 ZPO) gemildert sein bzw. gänzlich entfallen kann, wenn sich eine Partei schon aufgrund des vorangehenden

Prozessverlaufs über ihre prozessualen Obliegenheiten hinreichend im Klaren gewesen sein muss (Kass.-Nr. 98/348Z i.S. S., Entscheid vom 26.01.2000, Erw. II.2.2.a, mit Verweis auf Lieber, Zur richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 ZPO der zürcherischen Zivilprozessordnung, in: FS von Castelberg, Zürich 1997, S. 168 und 171, m.w.H.). Die Beschwerdeführerin war im bezirksgerichtlichen Entscheid vom 19. März 2004 darauf hingewiesen worden, dass sie - soweit sie der Schuldbriefforderung der Beschwerdegegnerin Einwendungen aus den Grundverhältnissen entgegenhalten wolle - hierfür die Beweislast trage und insbesondere zu beweisen habe, dass der Darlehensbetrag nicht ausbezahlt worden sei bzw. keine Novation stattgefunden habe, und dass sie bislang einzig unbelegte Bestreitungen erhoben habe (BG act. 13. S. 11). Nur schon vor diesem Hintergrund musste es der Beschwerdeführerin klar sein, dass es im Rekursverfahren nicht genügen konnte, die novierende Wirkung des Schuldbriefes pauschal zu bestreiten und lediglich Zeugen anzurufen, ohne entsprechende tatsächliche Behauptungen aufzustellen (vgl. KG act. 2 S. 5/6). Auch unter diesem Gesichtspunkt durfte die Vorinstanz somit auf das Ansetzen einer Frist zur Einreichung einer Ergänzungseingabe verzichten.

2.1 In der Beschwerdeschrift wird sodann vorgebracht, die Vorinstanz habe auf S. 9 des angefochtenen Entscheides ausgeführt, es stehe bereits aufgrund des vom Schuldner geführten Prozesses fest, dass sich die Rechtsvorgängerin der Beschwerdegegnerin vereinbarungskonform verhalten habe, so dass für Gegenforderungen/Schadenersatzforderungen kein Raum mehr bestehe (KG act. 13 S. 6 Ziff. 3/a).

Dieses Vorgehen - so die Beschwerdeführerin - sei insofern willkürlich, als sie die Gegenforderungen mit einer anderen Argumentation begründet habe als ihr Ehemann (KG act. 13 S. 5 Ziff. 2/b/cc und S. 6 Ziff. 3/b). Zudem hätte das vereinbarungswidrige Verhalten der Bank im zweiten Parteivortrag näher dargelegt und mittels Kontoauszügen bzw. der Befragung des Zeugen C. nachgewiesen werden können. Weil ohne Durchführung eines Beweisverfahrens und Abschluss des Behauptungsverfahren nicht ohne Willkür Aussichtslosigkeit des Prozesses angenommen werden könne, wenn es grundsätzlich denkbar sei, dass

sich der Sachverhalt so abgespielt habe, wie er der Klage zugrundegelegt worden sei, habe die Vorinstanz mit ihrem Vorgehen Art. 29 Abs. 3 BV verletzt (KG act. 1 S. 6/7 Ziff. 3/b).

2.2 Es ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die von der Beschwerdeführerin angefochtene Feststellung an der genannten Stelle gar nicht getroffen hat; es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern sich eine solche Feststellung aus den dortigen Erwägungen ableiten liesse (vgl. KG act. 2 S. 9). Auf die in diesem Zusammenhang gemachten Ausführungen der Beschwerdeführerin ist damit von vornherein nicht einzutreten.

3.1 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Vorinstanz nehme auf S. 8 des Rekursentscheides in willkürlicher und aktenwidriger Weise an, der Schuldner (gemeint ist der Ehemann der Beschwerdeführerin) habe seinerzeit anerkannt, dass ihm Fr. 1'115'000.-- zugeflossen seien (KG act. 1 S. 8 Ziff. 4/a).

Soweit dies die Vorinstanz aus einem von der Rechtsvorgängerin der Beschwerdegegnerin erstellten Kontoauszug ableiten wolle und dem Schuldner bzw. der Beschwerdeführerin für die Bestreitung dieser Feststellung die Durchführung eines Beweisverfahrens verweigere, sei dieses Vorgehen haltlos. Ebenso sei es verfehlt, dem Schuldner mit der Begründung, er habe gegen den als Replikbeilage in seinem Prozess verurkundeten Kontoauszug erst im Rahmen der Replik remonstriert, die Anerkennung einer entsprechenden "Bezugsmeldung" zu unterstellen (KG act. 1 S. 8/9 Ziff. 4/b).

3.2 Es trifft nicht zu, dass das Obergericht an der zitierten Stelle ausgeführt hat, der Ehemann der Beschwerdeführerin habe anerkannt, dass ihm Fr. 1'115'000.-- *zugeflossen* seien; es hielt lediglich fest, dass dieser anerkannt habe, dem jeweiligen Inhaber des der Rechtsvorgängerin der Beklagten übergebenen Schuldbriefes die darin verbriefte Summe von Fr. 1'115'000.-- zu *schulden*. Weil die Vorinstanz die von der Beschwerdeführerin angefochtene Feststellung gar nicht getroffen hat, ist auch auf diese Rüge nicht einzutreten.

4.1 Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich ein willkürliches Vorgehen im Zusammenhang mit der Anrechnung von Mietzinseinnahmen (KG act. 13 S. 10 Ziff. 4.d).

4.2 Aufgrund der besonderen Natur des Beschwerdeverfahrens, welches keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, ist nur zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO leidet. Sodann werden gemäss § 290 ZPO lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft, welche nach § 288 Ziff. 3 ZPO in der Beschwerde selbst nachzuweisen sind. Dabei hat der Nichtigkeitskläger insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids genau zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist mithin nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten (oder gar eines anderen) Nichtigkeitsgrundes zu suchen (einlässlich zum Ganzen von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen, 2. A., Zürich 1986, S. 16 ff.; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, S. 56 f., 72 f.).

Nachdem in der Beschwerdeschrift hinsichtlich dieser letzten Rüge keinerlei Bezug zum angefochtenen Entscheid hergestellt wird, und ein solcher auch nicht ersichtlich ist, ist auf diese nach dem Gesagten nicht einzutreten.

5. Zusammengefasst ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und es ist der Beschwerdeführerin erneut eine Frist von 20 Tagen anzusetzen, um die vom Bezirksgericht Horgen auferlegte Prozesskaution von Fr. 51'000.-- zu leisten.

IV.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des vorliegenden Nichtigkeitsverfahrens vollumfänglich der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Zu-

dem ist sie zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin betreffend Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung bzw. Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Kassationsverfahren wird abgewiesen.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
3. Der Beschwerdeführerin wird eine neue Frist von **20 Tagen** ab Zustellung dieses Beschlusses angesetzt, um die ihr vom Bezirksgericht Horgen mit Beschluss vom 19. März 2004 auferlegte Prozesskaution in der Höhe von Fr. 51'000.-- unter den dort genannten Bedingungen und Auflagen zu leisten.
4. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'200.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 305.-- Schreibgebühren,
Fr. 228.-- Zustellgebühren und Porti.
5. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
6. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'600.-- (inkl. MwSt) zu entrichten.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Bezirksgericht Horgen (II. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: