



---

Kass.-Nr. AA050071/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, Karl Spühler und Rudolf Ottomann sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

## Zirkulationsbeschluss vom 21. April 2006

in Sachen

**A. B.**,

geboren ..., von ..., Beruf ..., whft. ..., **Zustelladresse:** c/o RA C.D.,  
Beklagter, Appellant und Beschwerdeführer  
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. C. D.

gegen

**E. SA**,

in ...,  
Klägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. F. G.

betreffend

**Herausgabe / Forderung (unentgeltliche Prozessführung)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. April 2005 (LB040078/Z04)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Im Rahmen eines Prozesses betreffend Herausgabe und Forderung stellte der Beschwerdeführer bei der II. Zivilkammer des Obergerichtes auf Aufforderung zur Leistung einer Prozesskaution von CHF 89'000.-- hin ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung. Er stellte ferner ein analoges Gesuch in einem Parallelprozess bei der I. Zivilkammer des Obergerichtes.

2. Die I. Zivilkammer des Obergerichtes lud den Beklagten mit Beschluss vom 11. November 2004 zu einer Befragung vor und gab ihm auf, zahlreiche spezifizierte Unterlagen mitzubringen (KG act. 2 S. 2/3). Am 3. Dezember 2004 wurde der Beschwerdeführer vom Präsidenten der I. Zivilkammer zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen befragt, dabei reichte er einige Unterlagen ein, wobei es sich um knapp die Hälfte der angeforderten Beweismittel handelte.

3. Die II. Zivilkammer erwog, es sei nicht sinnvoll, das von der I. Zivilkammer durchgeführte Prozedere im Zusammenhang mit der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung zu wiederholen. Sie zog deshalb die entsprechenden Unterlagen von der anderen Kammer bei. Gleichzeitig wurde dem Beschwerdeführer Frist angesetzt, um im Sinne des Beschlusses der I. Zivilkammer vom 11. November 2004 seine Ausführungen zu ergänzen. Der Beschwerdeführer liess die ihm angesetzte Frist zur Ergänzung der Unterlagen jedoch ungenutzt verstreichen.

4. Die II. Zivilkammer des Obergerichtes wies mit Beschluss vom 20. April 2005 das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung ab. Vorher hatte sie die vom Beschwerdeführer in dem bei der I. Zivilkammer hängigen Prozess gestützt auf den Beschluss vom 11. November 2004 eingereichten Urkunden beigezogen. Zur Begründung führte die II. Zivilkammer aus, einem Gesuchsteller, welcher die verlangten Auskünfte nicht oder nicht vollständig beibringe, könne das Armenrecht wegen Verletzung der Mitwir-

kungspflicht verweigert werden. Die vorliegenden Betreuungsurkunden bildeten ein Indiz, aber keinen Beweis dafür, dass der Beschwerdeführer über keine Mittel verfüge. Sie seien auch ein Indiz für eine erhebliche Überschuldung des Beschwerdeführers. Das Obergericht erwog ferner, der Umstand, dass der Beklagte während des letzten Jahres von Verwandten finanziell unterstützt worden sei, könne ebenfalls ein Indiz dafür sein, dass er tatsächlich keine eigenen Mittel zur Verfügung gehabt habe. Umgekehrt ist nach dem Obergericht aber davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer einem potentiell einträglichen Geschäft nachgegangen ist. Aus den Unterlagen der I. Zivilkammer des Obergerichts sei nämlich zu schliessen, dass der Beschwerdeführer mit sehr teuren Uhren gehandelt habe. Ob er diese auf eigene Rechnung verkauft oder für Dritte gehandelt habe, spiele in diesem Zusammenhang keine Rolle. Die Möglichkeit erheblicher Gewinne und auch die Möglichkeit, dass der Beschwerdeführer trotz der Betreibungen über Mittel verfügte, müsse deshalb in Betracht gezogen werden. In diesem Zusammenhang sei davon auszugehen, dass bei derartig undurchsichtigen Geschäftsverhältnissen an die Mitwirkungspflicht eines Gesuchstellers hohe Anforderungen zu stellen seien. Der Beschwerdeführer habe aber nun seine Mitwirkungspflicht nicht erfüllt. Der Verdacht, der Beschwerdeführer könnte über nicht deklarierte Mittel verfügen, sei auch anlässlich der Befragung durch die I. Zivilkammer des Obergerichtes zum Ausdruck gekommen. Ebenso sei zu gewichten, dass der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren die Herkunft der ihm angeblich 2004 zugeflossenen Unterstützungsleistungen nicht offen gelegt habe. Die unentgeltliche Prozessführung wurde ihm deshalb vom Obergericht verweigert. Dies, obschon das Obergericht davon ausging, es möge sein, dass der Beschwerdeführer überschuldet sei; wegen ungenügender Auskunftserteilung lasse sich indessen nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ausschliessen, dass er dennoch in der Lage sei, die ihm auferlegte Kautionsleistung oder wenigstens einen Teil davon zu leisten (KG act. 2, S. 5ff.).

5. Hiegegen erhob der Beschwerdeführer Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons Zürich. Er beantragt, es sei sein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung in Aufhebung des anders lautenden

Beschlusses des Obergerichtes zu bewilligen. Ferner beantragte er, seiner Nichtigkeitsbeschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen (KG act. 1, S. 2).

6. Der Präsident des Kassationsgerichtes hat am 26. Mai 2005 der Nichtigkeitsbeschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5).

Die Beschwerdegegnerin hat mit Beschwerdeantwort vom 13. Juni 2005 die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde beantragt (KG act. 10). Diese Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 27. Februar 2006 zugestellt (KG act. 11).

## II.

1. Der Beschwerdeführer macht eine Verletzung der §§ 84 und 85 ZPO sowie eine willkürliche Tatsachenfeststellung gemäss § 281 Ziff. 2 ZPO geltend.

2. Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO leidet. Daher sind neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig. Gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft. Diese sind nach § 288 Ziff. 3 ZPO in der Beschwerde nachzuweisen. Die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen genügt daher nicht (vgl. GULDENER, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; SPÜHLER/VOCK, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kantons Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56f., S. 72f.). Insofern der Beschwerdeführer diesen Voraussetzungen nicht nachkommt, ist auf seine Beschwerde nicht einzutreten.

3. Eine erste hinreichend substantiierte Rüge des Beschwerdeführers geht dahin, es sei willkürlich anzunehmen, die Betreuungsurkunden bildeten zwar ein Indiz, aber keinen Beweis dafür, dass er über keine Mittel verfüge (Beschwerde-

schrift S. 7 Ziff. 11). Willkür liegt bei der Beweiswürdigung nur vor, wenn diese offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwider läuft (vgl. SPÜHLER, Die Praxis der staatsrechtlichen Beschwerde, S. 150/151). Es ist nun aber keineswegs schlechthin unhaltbar anzunehmen, die Betreuungsurkunden (insbesondere Zahlungsbefehle, Pfändungsankündigungen, usw.) bildeten keinen hinreichenden Beweis dafür, der Beschwerdeführer verfüge über keine Mittel. Ohne Willkür durfte das Obergericht davon ausgehen, dieser Schluss dürfe allein aufgrund der Betreuungsurkunden nicht gezogen werden. Wenn der Beschwerdeführer behauptet (vgl. Beschwerdeschrift S. 8), das Obergericht habe angenommen, es seien gegenüber dem Pfändungsbeamten trotz Strafandrohung falsche Auskünfte erteilt worden, so finden sich für eine derartige Unterstellung keinerlei Anhaltspunkte.

4. Der Beschwerdeführer rügt ferner als willkürlich, die Vorinstanz sei davon ausgegangen, dass er potentiell einträglichen Geschäften nachgehe, was jedenfalls vor Hängigkeit des Prozesses der Fall gewesen sei. Im Zeitpunkt des Gesuches um unentgeltliche Prozessführung sei er objektiv und subjektiv vollständig blockiert gewesen, überhaupt irgendeiner Einkommenstätigkeit nachzugehen. Dies deshalb, weil der im Pfändungsbetrugsverfahren handelnde Untersuchungsbeamte während Monaten Jagd auf ihn gemacht habe und ihn mit allen Mitteln in Untersuchungshaft habe nehmen wollen. Es ist aber keineswegs unhaltbar, den Schluss zu ziehen, der Beschwerdeführer habe damals Einkommen erzielt, ist er doch gar nicht in Untersuchungshaft gesetzt worden. Der Umstand, dass Untersuchungshaft droht, hindert jedenfalls eine Geschäftstätigkeit nicht. Dies anzunehmen ist nicht willkürlich.

5. Der Beschwerdeführer rügt sodann als willkürlich, dass die Vorinstanz angenommen habe, er könnte über nicht deklarierte Mittel verfügen. Trotz genauestens geführter Untersuchung seien derartige Mittel nämlich nicht aufgetaucht. Auch dieses Vorbringen ist nicht begründet. Auf Seite 10, Erwägung 5, des angefochtenen Beschlusses hat das Obergericht sorgfältig dargelegt, weshalb es von der Annahme ausging, der Beklagte könnte über nicht deklarierte

Mittel verfügen. Es ist durchaus nachvollziehbar, wenn das Obergericht ausführt, dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer habe bei der Befragung durch die I. Zivilkammer bewusst sein müssen, dass die von ihm erteilten Auskünfte kaum genügten. Trotzdem hat er die Möglichkeit, seine Ausführungen zu ergänzen, nicht genutzt und hat somit seine Mitwirkungspflicht im Sinne des Beschlusses der I. Zivilkammer vom 11. November 2004 verletzt.

6. Alle übrigen Vorbringen des Beschwerdeführers stellen lediglich appellarische Kritik dar. Sie sind nicht zu hören.

Aus allen diesen Gründen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

### III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Dem Beschwerdeführer wird eine neue Frist von **15 Tagen** ab Zustellung dieses Entscheides angesetzt, um für die Gerichtskosten und eine allfällige Prozessentschädigung an die Gegenpartei (Mehrwertsteuer inbegriffen) bei der Obergerichtskasse, Thurgauerstrasse 56, 8050 Zürich, Briefadresse: Postfach, 8023 Zürich (Post-Kto 80-10210-7) eine Prozesskaution von CHF 89'000.-- zu leisten.

Bei Säumnis würde auf die Berufung nicht eingetreten.

Die Kautionsleistung kann in bar, durch Hinterlegung solider Wertschriften oder durch hinreichende Garantie einer im Kanton Zürich niedergelassenen Bank geleistet werden.

3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 2'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 203.-- Schreibgebühren,  
Fr. 190.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
5. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'500.-- zu entrichten.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, die 6. Abteilung des Bezirksgerichtes G. und die Kasse des Obergerichts, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: