



---

Kass.-Nr. AA060130/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Markus Nietlispach

## **Zirkulationsbeschluss vom 12. Dezember 2006**

in Sachen

**X.**,

Aberkennungskläger, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

**Y. AG,**

Aberkennungsbeklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend

**unentgeltliche Prozessführung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Juli 2006 (LN060025/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

1.a) Mit Verfügung vom 3. November 2005 erteilte der Einzelrichter im summarischen Verfahren (Audienzrichteramt) am Bezirksgericht Zürich der (Aberkennungs-)Beklagten, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beschwerdegegnerin) in der Betreuung Nr. 134981 des Betreibungsamtes Zürich 11 (Zahlungsbefehl vom 29. August 2005) provisorische Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 203'242.20 und weitere Kosten (BG act. 2). Daraufhin reichte der (Aberkennungs-)Kläger, Rekurrent und Beschwerdeführer (im Folgenden Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 6. Dezember 2005 beim Bezirksgericht Zürich Aberkennungsklage bezüglich der in Betreuung gesetzten Forderung ein (BG act. 1). Anlässlich ihrer Klageantwort stellte die Beschwerdegegnerin den Antrag auf Kautionsierung des Beschwerdeführers (vgl. BG act. 5 S. 2), worauf die 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich (Erstinstanz) dem Beschwerdeführer mit Beschluss vom 4. Januar 2006 gestützt auf § 73 Ziff. 3 ZPO eine zehntägige Frist zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 10'500.-- ansetzte; dies unter der Androhung, dass im Säumnisfall auf die Klage nicht eingetreten würde (BG act. 8 = BG act. 15/1). Auf den vom Beschwerdeführer hiegegen eingereichten Rekurs trat die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich am 9. Februar 2006 unter Neuansetzung der Kautionsfrist nicht ein (BG act. 10 = BG act. 15/2).

b) In der Folge stellte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 14. März 2006 und damit innert laufender Kautionsfrist vor Erstinstanz ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung (BG act. 14), das mit bezirksgerichtlichem Beschluss vom 5. April 2006 unter erneuter Ansetzung der Frist zur Leistung der eingeforderten Prozesskaution wegen Aussichtslosigkeit der Aberkennungsklage abgewiesen wurde (BG act. 16 = OG act. 3). Dagegen erhob der Beschwerdeführer unter dem 20. April 2006 fristgerecht Rekurs (OG act. 2), den die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) ohne Weiterungen im Sinne von § 277 ZPO mit Beschluss vom 21. Juli 2006 in Bestätigung des erstinstanzlichen Zwischenentscheids sowie unter Kostenfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers abwies, soweit darauf eingetreten werden konnte; zugleich wies sie auch das prozessuale Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung

der unentgeltlichen Prozessführung für das Rekursverfahren ab, und sie setzte dem Beschwerdeführer die Frist zur Kautionsleistung neu an (OG act. 7 = KG act. 2).

c) Gegen diesen den Parteien am 25. Juli 2006 zugestellten (OG act. 8/1-2) obergerichtlichen Erledigungsbeschluss, dessen Beschwerdefähigkeit (als Rekursentscheid, der zufolge Anfechtung eines prozessleitenden Entscheids der Erstinstanz ergangen ist) ausser Frage steht (vgl. § 281 ZPO und Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 10 zu § 281 ZPO; s.a. Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 62; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 5), richtet sich die vorliegende, vom 24. August 2006 datierte, am 27. August 2006 zur Post gegebene und damit rechtzeitig (vgl. § 287 ZPO und § 140 Abs. 1 GVG) eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1), von deren Eingang den Parteien und den Vorinstanzen mit Schreiben vom 28. August 2006 Kenntnis gegeben wurde (KG act. 5). Damit verlangt der Beschwerdeführer sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz (KG act. 1 S. 1), letztlich wohl zur Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung im von ihm angehobenen Aberkennungsprozess.

d) Wie die nachstehenden Erwägungen (insbes. Erw. 5) zeigen, erweist sich die Beschwerde sofort als unbegründet, soweit sie den formellen Anforderungen an die Begründung einer solchen überhaupt genügt und nicht mit unzulässigen neuen Vorbringen begründet wird. Deshalb kann – nach bereits erfolgtem Beizug der vorinstanzlichen Akten (vgl. KG act. 4 und 7) – von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, sie der Beschwerdegegnerin zur freigestellten Beantwortung und der Vorinstanz zur Vernehmlassung zuzustellen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 289 ZPO). Auch ist dem Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren keine Kautionsleistung aufzuerlegen (§ 75 Abs. 2 ZPO).

2. Aus denselben, sogleich im Einzelnen darzulegenden Gründen muss die vorliegende Beschwerde als von Anfang an aussichtslos im Sinne von § 84 Abs. 1

ZPO und Art. 29 Abs. 3 BV (bzw. der aus Art. 4 aBV abgeleiteten Grundsätze) betrachtet werden (vgl. dazu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 21a zu § 84 ZPO; BGE 129 I 135 f.; 128 I 236; 125 II 275 m.w.Hinw.; Pra 2006 Nr. 102, Erw. 2.1; ZR 101 Nr. 14, Erw. 3; 69 Nr. 29; s.a. RB 1997 Nr. 76; ZR 98 Nr. 12; Urteil des Bundesgerichts 1P.345/2004 vom 1.10.2004, Erw. 4.3). Damit fehlt es mit Bezug auf das Kassationsverfahren an einer der beiden (kumulativen) Grundvoraussetzungen für die Gewährung des prozessualen Armenrechts (Mittellosigkeit der Gesuchstellenden Partei und genügende Erfolgsaussichten des ergriffenen Rechtsmittels). Soweit sich das vom Beschwerdeführer vor Erstinstanz gestellte prozessuale Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung auch auf das vorliegende Beschwerdeverfahren beziehen sollte (wovon unter den gegebenen Umständen trotz Fehlens eines ausdrücklichen dahingehenden Antrags in der Beschwerdeschrift auszugehen ist; s.a. KG act. 2 S. 5, Erw. 12), kann ihm deshalb – unabhängig von der finanziellen Situation des Beschwerdeführers – nicht entsprochen werden.

3. Zur Vermeidung von Missverständnissen ist vorweg klarzustellen, dass die Vorinstanz mit ihrem Entscheid (noch) nicht die Aberkennungsklage materiell beurteilt, sondern lediglich die Prämissen der unentgeltlichen Prozessführung (und unter ihnen insbesondere die Erfolgsaussichten der Klage) geprüft hat. Dabei verwies sie zunächst in Anwendung von § 161 GVG auf die ihrer Ansicht nach zutreffenden erstinstanzlichen Erwägungen zu den Voraussetzungen des prozessualen Armenrechts – nämlich Mittellosigkeit des Gesuchstellers sowie genügende Erfolgsaussichten (bzw. fehlende Aussichtslosigkeit) seines Prozessstandpunkts im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs – und zu dem der geltend gemachten Forderung zugrunde liegenden Sachverhalt, wie er sich aus den bisherigen Vorbringen der Parteien und den Akten ergebe (KG act. 2 S. 2 f., Erw. 5-6). Die Erstinstanz ihrerseits hatte dazu erwogen, dass sich den eingereichten Dokumenten entnehmen lasse, dass der Aberkennungsforderung eine Forderung aus einem Werkvertrag vom 5. April 1991 in der Höhe von Fr. 180'000.-- zugrunde liege. A. habe als vom Beschwerdeführer Bevollmächtigter am 21. August 1992 den Betrag von Fr. 180'000.-- als Bauforderung anerkannt und die Einwilligung zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf der Liegenschaft C.

erteilt, deren Eigentümer der Beschwerdeführer gewesen sei. Da bei der späteren Versteigerung dieser Liegenschaft (am 16. Juni 1994) kein Erlös habe erzielt werden können, sei gegen den Beschwerdeführer am 9. Februar 1995 ein Pfandausfallschein in der Höhe von Fr. 203'221.20 ausgestellt worden. Der Beschwerdeführer habe weder in seiner Klagebegründung noch in seinem Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung bestritten, dass die Aberkennungsforderung sich auf diesen Pfandausfallschein stütze. Unbestritten sei weiter, dass die Grundforderung von Fr. 180'000.-- im Jahre 1992 anerkannt worden sei und dass die Aberkennungsforderung der Grundforderung samt Zinsen gemäss Pfandausfallschein entspreche. Gestützt auf diese unbestritten gebliebene Anerkennung der von der Beschwerdegegnerin nunmehr geltend gemachten Forderung seien die Prozesschancen des Beschwerdeführers im heutigen Prozessstadium als äusserst gering einzustufen, zumal seine dazu vorgetragenen Einwendungen in der Klagebegründung wenig schlüssig seien. Denn die Forderung stütze sich wie gesehen auf einen Werkvertrag vom 5. April 1991, und inwiefern die Firma Z. AG gegenüber dem Beschwerdeführer eine in der Folge nicht eingehaltene Kaufverpflichtung eingegangen sein sollte, sei nicht ersichtlich und werde in der Klagebegründung auch nicht dargelegt. Auch der Einwand des Beschwerdeführers in seiner Kurzbegründung zum Armenrechtsgesuch, wonach die Beschwerdegegnerin sich ihren Auftrag bei ihm erschlichen habe und der von ihr eingegangenen Verpflichtung zum Kauf einer Eigentumswohnung nicht nachgekommen sei, helfe nicht weiter; dies umso weniger, als es sich bei der Beschwerdegegnerin nicht um den Vertragspartner des Werkvertrags handle. Es sei kein Rechtsgrund ersichtlich, mit welchem sich der Beschwerdeführer gegen die grundpfandrechtlich gesicherte und nunmehr gestützt auf den Pfandausfallschein einverlangte Forderung zur Wehr setzen könnte, zumal er keinerlei konkrete Gegenforderungen geltend mache. Hinzu komme, dass allfällige Gegenforderungen aus dem der Betreibungsforderung zugrunde liegenden, aus dem Jahre 1991 stammenden (Werk-)Vertragsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und der Z. AG inzwischen verjährt sein dürften. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sei daher zufolge Aussichtslosig-

keit seines Prozessstandpunktes abzuweisen (BG act. 16 S. 2 ff., Erw. 2.2-2.3 m.Hinw. auf BG act. 7/1-3 und 7/5).

Ergänzend dazu fügte die Vorinstanz an, dass der Beschwerdeführer auch im Rekursverfahren nicht bestreite, dass sein damaliger Bevollmächtigter, A., die Forderung der Z. AG anerkannt habe. Indessen mache er geltend, dass diese Anerkennung gegen seinen Willen erfolgt sei. Ob die Anerkennung mit (ausdrücklicher) Zustimmung des Beschwerdeführers erfolgt sei oder nicht, sei für das vorliegende Verfahren jedoch nicht von Belang. A. habe in diesem Prozess keine Parteistellung und die Frage, ob er im Rahmen der Stellvertretung weisungswidrig gehandelt habe oder nicht, müsse zwischen dem Beschwerdeführer und A. geklärt werden. Dieses (neue) Vorbringen des Beschwerdeführers ändere daher nichts an der Beurteilung seiner Gewinnaussichten im vorliegenden Aberkennungsprozess (KG act. 2 S. 3, Erw. 7).

Im Übrigen – so die Vorinstanz weiter – wiederhole der Beschwerdeführer im Rekursverfahren seine Verrechnungseinrede. Der Pfandausfallschein stelle gemäss Art. 158 SchKG einen provisorischen Rechtsöffnungstitel dar. Die Einrede der Verrechnung sei daher grundsätzlich zulässig. Entgegen erstinstanzlicher Ansicht könne nach Art. 120 Abs. 3 OR auch eine verjährte Forderung zur Verrechnung gebracht werden, wenn sie zur Zeit, als sie mit der anderen Forderung habe verrechnet werden können, noch nicht verjährt gewesen sei. Dennoch sei mit der Erstinstanz festzuhalten, dass der Beschwerdeführer den Bestand seiner Verrechnungsforderung überhaupt nicht glaubhaft mache. Für die Bewilligung des prozessualen Armenrechts reiche jedoch die (blosse) Behauptung, es bestehe eine Verrechnungsforderung, keineswegs aus. Vielmehr hätte der Gesuchsteller im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht, welche sich nicht nur auf seine finanziellen Verhältnisse, sondern auch auf die Prozessaussichten erstreckte, darzulegen gehabt, wie er seine Klage zu begründen und allenfalls zu beweisen gedenke. Das sei jedoch auch im Rekursverfahren nicht in rechtsgenügender Weise erfolgt. Insbesondere vermöchten weder der vor Vorinstanz eingereichte Baukreditvertrag zwischen ihm und der B.-Bank noch die ebenfalls beigebrachte Fotografie der Zentrumsüberbauung C. aus dem November 1991 ein beabsichtigtes oder gar

vereinbartes Kaufgeschäft mit der Z. AG glaubhaft zu machen. Zwar bringe der Beschwerdeführer vor, dass der Baukreditvertrag vor allem aufgrund der vorgelegten Kaufverpflichtungen der verschiedenen Handwerker abgeschlossen und aufgrund der nicht eingelösten Kaufverpflichtungen in der Bauendphase gesperrt bzw. gekündigt worden sei. Aus dem Baukreditvertrag ergebe sich indessen weder der Abschluss der Kaufverpflichtungen durch die einzelnen Handwerker im Allgemeinen noch derjenigen der Z. AG im Besonderen. Auch aus der blossen, erstmals im Rekursverfahren erfolgten Anrufung von vier Zeugen könne der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten, obwohl zumindest drei dieser Zeugen in irgendeiner Weise in die seinerzeitigen Geschäfte des Beschwerdeführers involviert gewesen seien und sich somit wohl aus eigener Wahrnehmung zu den damaligen Umständen sollten äussern können. Entscheidend falle nämlich ins Gewicht, dass der Beschwerdeführer nicht eine einzige der angeblich verschiedenen Kaufverpflichtungen verschiedener Handwerker einreiche, welche Grundlage des zwischen ihm und der B.-Bank abgeschlossenen Baukreditvertrags gebildet hätten, obwohl diese anscheinend öffentlich beurkundet worden seien und beim Abschluss des Baukreditvertrags vorgelegen hätten. Die Vorlage eines solchen Dokuments wäre aber unbedingt vonnöten gewesen, um die vom Beschwerdeführer behauptete Anspruchsgrundlage zumindest einigermaßen glaubhaft zu machen – oder dann Ausführungen darüber, weshalb eine Einreichung der von ihm behaupteten Verträge nicht möglich sein solle. Zur Zeit seien daher keinerlei Anhaltspunkte vorhanden, welche den Bestand einer Verrechnungsforderung des Beschwerdeführers als glaubhaft erscheinen liessen. Der Beschwerdeführer werde daher – aus heutigem Blickwinkel – mit seiner Verrechnungseinrede kaum durchdringen. Dementsprechend seien die Erfolgsaussichten der Aberkennungsklage als äusserst gering einzuschätzen, womit die Voraussetzungen für eine Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung nicht gegeben seien und der Rekurs daher abzuweisen sei (KG act. 2 S. 3 ff., Erw. 8-9).

Schliesslich wies die Vorinstanz darauf hin, dass im vorliegenden (Rekurs-) Verfahren nur die Abweisung des Gesuchs um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung überprüft werden könne, nachdem nur diese Teil des erstinstanzlichen Dispositivs bilde. Soweit der Beschwerdeführer in seiner Rekurschrift die

Aufhebung des Zahlungsbefehls und die Gutheissung der Aberkennungsklage verlange, worüber die Erstinstanz im Rahmen ihres Endentscheids zur Sache zu befinden haben werde, sei daher auf den Rekurs nicht einzutreten (KG act. 2 S. 5, Erw. 10).

Da die Vorinstanz auch den Rekurs als aussichtslos betrachtete, verweigerte sie dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung auch für das zweitinstanzliche Verfahren (KG act. 2 S. 5, Erw. 11).

4. Angesichts der Ausgestaltung seiner dagegen gerichteten Beschwerde ist der Beschwerdeführer auf die besondere Natur des Beschwerdeverfahrens hinzuweisen. Dieses stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter (mit umfassender Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht der Rechtsmittelinstanz bezüglich des gesamten Prozessstoffes sowohl in rechtlicher wie auch tatsächlicher Hinsicht) dar. Zu prüfen ist vielmehr (allein), ob der angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem besonderen Mangel, nämlich einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO leidet, d.h. zum Nachteil des Nichtigkeitsklägers auf der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme oder auf einer Verletzung klaren materiellen Rechts beruht. Dabei muss der Nichtigkeitskläger den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO); gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft (sog. Rügeprinzip). Um diesen ihm obliegenden Nachweis zu erbringen, hat er sich konkret mit dem angefochtenen (hier: Rekurs-)Entscheid und den darin enthaltenen, den Entscheid tragenden Erwägungen auseinander zu setzen und hierbei darzulegen, inwiefern diese mit einem Mangel im Sinne von § 281 ZPO behaftet seien. Die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen hierfür nicht. Ebenso wenig lässt sich ein Nichtigkeitsgrund rechtsgenügend dartun, indem bloss die Richtigkeit der vorinstanzlichen Auffassung in Abrede gestellt (und dieser allenfalls die eigene, abweichende Ansicht entgegengestellt) wird. Vielmehr sind in der Beschwerdebegründung insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids genau zu bezeichnen und diejenigen

Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. So muss beispielsweise, wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich (im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO) rügt, in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. In gleicher Weise hat, wer den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO anruft, näher darzutun, inwiefern die Vorinstanz welche wesentlichen Verfahrensgrundsätze verletzt habe. Es ist mithin nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten (oder gar eines anderen möglichen) Nichtigkeitsgrundes zu suchen (einlässlich zum Ganzen von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.; Spühler/Vock, a.a.O., S. 56 f., 72 f.; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO).

Aus dem Wesen der Nichtigkeitsbeschwerde folgt, dass 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 sind; das gilt selbst dann, wenn die Voraussetzungen von § 115 ZPO erfüllt wären (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4a zu § 288 ZPO [und N 7b zu § 115 ZPO]; Spühler/Vock, a.a.O., S. 75; Walder-Richli, Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 1996, § 39 Rz 65; ZR 76 Nr. 26; RB 1996 Nr. 121).

5.a) Das eben erwähnte Novenverbot hat zur Folge, dass im Kassationsverfahren diejenigen Vorbringen und Beweismittel von vornherein unberücksichtigt bleiben müssen, welche der Beschwerdeführer erstmals vor Kassationsgericht vorträgt bzw. nachreicht. Das gilt namentlich für den nunmehr (neu) beigebrachten öffentlich beurkundeten Vorvertrag zu einem Grundstückskaufvertrag zwischen dem Beschwerdeführer und der Z. AG (KG act. 3), dessen Nichteinreichung die Vorinstanz dem Beschwerdeführer ausdrücklich vorgehalten hat und dessen Nachreichung im Beschwerdeverfahren auf eine unzulässige Ergänzung bzw. Vervollständigung des von der Vorinstanz zu würdigenden Prozessstoffes

abzielt. Soweit der Beschwerdeführer seine Beschwerde auf dieses neu eingereichte und als unzulässiges Novum unbehelfliche Beweismittel stützt und ergänzende Ausführungen zur behaupteten Kaufverpflichtung macht (KG act. 1 S. 1, 3. Absatz der Begründung), kann auf die Beschwerde somit nicht eingetreten werden.

b) Von vornherein nicht durchzudringen vermögen im Weiteren auch die (im Übrigen nicht mit Aktenhinweisen dokumentierten) beschwerdeführerischen Einwände, wonach die Erstinstanz ("im Gerichtsbeschluss vom 5. April 06") den in der Klageschrift dargelegten und unbestrittenen gebliebenen "kausalen Zusammenhang" zwischen dem Werkvertrag und der Kaufverpflichtung der Beschwerdegegnerin (bzw. der Z. AG), welcher den Werkvertrag als Zug-um-Zug-Geschäft erscheinen lasse, nicht erkannt und überdies zu Unrecht angenommen habe, dass die im Raume stehende Gegenforderung verjährt sein dürfte (KG act. 1 S. 1/2), muss der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund doch von derjenigen Instanz gesetzt worden sein, die den angefochtenen Entscheid gefällt hat (d.h. – hier – vom Obergericht); nur dann, wenn die Rechtsmittelinstanz einen Fehler der ersten Instanz nicht korrigiert hat, ist auch ihr Entscheid mit diesem Mangel behaftet und daraufhin zu prüfen, ob ein Nichtigkeitsgrund vorliegt (vgl. von Rechenberg, a.a.O., S. 25).

Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz einerseits ausdrücklich darauf hingewiesen, dass entgegen erstinstanzlicher Ansicht unter Umständen auch eine verjäherte Forderung zur Verrechnung gebracht werden könne (KG act. 2 S. 3, Erw. 8). Damit hat sie die in der Beschwerde als fehlerhaft gerügte erstinstanzliche Ansicht korrigiert und den erstinstanzlichen Fehler im Rekursverfahren geheilt. Andererseits hat (auch) die Vorinstanz die Behauptung betreffend den Bestand einer verrechenbaren Gegenforderung durchaus zur Kenntnis genommen und den vom Beschwerdeführer hervorgehobenen Zusammenhang zwischen Werkvertrag und Kaufverpflichtung der Beschwerdegegnerin (bzw. der Z. AG) damit allemal erkannt, aufgrund der (zumindest einstweilen) unzureichenden Glaubhaftmachung des Bestands der aus dem Kaufgeschäft abgeleiteten (Gegen-)Forderung das Durchdringen der Verrechnungseinrede jedoch für wenig

wahrscheinlich gehalten (wogegen der Beschwerdeführer nichts Konkretes vorbringt). Insofern zielt die Beschwerde an der Sache vorbei.

c) aa) Sodann wirft der Beschwerdeführer der Vorinstanz vor, die von ihm bezeichneten Zeugen zu Unrecht nicht befragt bzw. die anbotenen Zeugenbeweise nicht abgenommen und "wichtige Akten" nicht einverlangt zu haben (wobei er es allerdings unterlässt, diejenigen Aktenstellen genauer zu bezeichnen, an welchen er die betreffenden Beweismittel anbot und an welcher die Vorinstanz deren Abnahme abgelehnt hat) (KG act. 1 S. 2).

bb) Die Frage, ob die für eine Gewährung des prozessualen Armenrechts (neben der Mittellosigkeit der Gesuch stellenden Partei) erforderlichen genügenden Erfolgsaussichten der Klage (vgl. § 84 Abs. 1 ZPO und Art. 29 Abs. 3 BV) zu bejahen sind, beurteilt sich (ex ante) nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs (RB 1997 Nr. 76; BGE 129 I 136; 128 I 236; 125 II 275; 124 I 307; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 21b zu § 84 ZPO). Da über einen entsprechenden prozessualen Antrag in der Regel sofort (und nicht erst aufgrund einer ex post-Betrachtung im Rahmen des Endentscheids) zu befinden ist (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 84 ZPO [und N 4 zu § 87 ZPO]), hat der Entscheid über die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung mitunter in einem sehr frühen Verfahrensstadium zu ergehen. Dieser Umstand bringt notwendigerweise mit sich, dass die Frage der Aussichtslosigkeit anhand des bis dahin dargelegten Sachverhalts und damit auf allenfalls noch rudimentärer Grundlage entschieden werden muss. Wenngleich der Richter bei dieser (bloss vorläufigen) Vorabbeurteilung der Rechtslage die Argumente und Gegenargumente aufgrund der bei Gesuchstellung bestehenden Verhältnisse bzw. anhand des dann zumal verfügbaren Aktenmaterials (RB 1997 Nr. 76; vgl. immerhin auch § 84 Abs. 2 ZPO) mit Sorgfalt gegeneinander abzuwägen und die vorhandenen Akten gewissenhaft zu prüfen hat, kann es keinesfalls darum gehen, bereits bei der Prüfung der Erfolgsaussichten nach § 84 Abs. 1 ZPO (bzw. Art. 29 Abs. 3 BV) den Prozessstoff umfassend zu würdigen, die materielle Begründetheit der Klage praktisch definitiv zu beurteilen und das Erkenntnisverfahren so gleichsam vorwegzunehmen. In diesem Sinne unterscheiden sich die Fragestellungen hinsichtlich der

materiellen Berechtigung des eingeklagten bzw. zur gerichtlichen Prüfung stehenden Anspruchs in den beiden Verfahrensstadien (Beurteilung des Armenrechtsgesuchs/Endentscheid in der Sache selbst) grundlegend.

Aus dem Wesen der dem Richter nach § 84 ZPO (bzw. Art. 29 Abs. 3 BV) obliegenden (Vorab-)Beurteilung der Prozesschancen resp. dem Umstand, dass Letztere im Voraus abzuschätzen sind, folgt, dass der (unpräjudizielle) Entscheid bezüglich der Erfolgsaussichten ohne vorgängiges Beweisverfahren zu treffen ist. Ersichtlich würde die Aussichtslosigkeitsprüfung ihres Sinns und Zwecks nämlich weitgehend entleert, wollte man bereits in diesem Verfahrensstadium eine Pflicht zur Beweiserhebung annehmen (in diesem Sinne auch BGE 101 Ia 37 f.). Ein Recht auf Beweis besteht – unter den entsprechenden Voraussetzungen – vielmehr erst im Hauptverfahren (zur Sache selbst), welches andernfalls weitgehend vorweggenommen würde (Kass.-Nr. 2002/279 vom 6.5.2003 i.S. P. und P. c. B., Erw. II/3/c; 99/029 vom 12.6.2000 i.S. S. c. S. und L., Erw. II/5.2; 98/383 vom 21.6.1999 i.S. B. c. K., Erw. III/5; 98/303 vom 29.3.1999 i.S. B. c. B., Erw. II/3/b; 96/124 vom 20.3.1997 i.S. P. c. R., Erw. II/5.1/a). Damit erweist sich die Rüge, es sei zu Unrecht kein Beweisverfahren durchgeführt bzw. es seien die anbotenen Zeugen zu Unrecht nicht befragt und keine weiteren Beweise erhoben worden, als unbegründet.

d) In ihrem übrigen Gehalt vermag die vorliegende Beschwerde den vorstehend (Erw. 4) skizzierten, zumindest in ihren wesentlichen Grundzügen auch von einer rechtsunkundigen Partei zu beachtenden gesetzlichen Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde nicht zu genügen. Abgesehen davon, dass darin konkrete Hinweise auf bestimmte Stellen im angefochtenen Entscheid oder andere Aktenstellen vollends fehlen, lassen die betreffenden Ausführungen des Beschwerdeführers auch in inhaltlicher Hinsicht eine rechtsgenügende Bezugnahme auf die entscheiderelevanten Erwägungen der Vorinstanz vermissen; von einer eigentlichen argumentativen Auseinandersetzung mit der von der Vorinstanz für die Abweisung des Rekurses bzw. des klägerischen Armenrechtsgesuchs (sowie für die getroffene Nebenfolgenregelung) gegebenen Begründung kann erst recht keine Rede sein. Ebenso wenig wird damit hinreichend präzis auf-

gezeigt, inwiefern der angefochtene Rekursentscheid an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO leiden sollte. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Beschwerdeführer der Vorinstanz (zu pauschal) "willkürliches und aktenwidriges Verhalten" (KG act. 1 S. 1, 4. Absatz der Begründung) und eine "willkürliche und aktenwidrige Feststellung" (KG act. 1 S. 2, 2. Absatz) vorwirft sowie geltend macht, "rechtswidrig behandelt" worden zu sein (KG act. 1 S. 1, 4. Absatz der Begründung), unterlässt er es doch, diese Vorwürfe rechtsgenügend zu spezifizieren und zur Untermauerung derselben auf konkrete Aktenstellen hinzuweisen. Selbst wenn man – was nahe liegt – davon ausgeht, der Beschwerdeführer rüge sinngemäss, die Vorinstanz habe ihm zu Unrecht die unentgeltliche Prozessführung verweigert, geht aus seinen Vorbringen nicht hinreichend schlüssig hervor, worauf sich diese Rüge stützt bzw. welche vorinstanzlichen Erwägungen inwiefern zu seinem Nachteil am geltend gemachten Mangel leiden sollten.

Das gilt namentlich bezüglich der Einwände, die Vorinstanz habe übersehen, dass die Beschwerdegegnerin mit erstinstanzlicher Präsidialverfügung vom 14. Dezember 2005 (BG act. 3) aufgefordert worden sei, sich im Einzelnen zu den Behauptungen des Beschwerdeführers zu äussern, was diese in der Klageantwortschrift jedoch unterlassen habe, dass der Beschwerdeführer bewusst nur bestimmte Unterlagen ins Recht gereicht und dass die Beschwerdegegnerin die Beantwortung verschiedener Fragen zur Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien bzw. dem Beschwerdeführer und der Z. AG bewusst verschwiegen habe (KG act. 1 S. 1, 1.-3. Absatz der Begründung). Denn nachdem die Erfolgsaussichten des klägerischen Prozessstandpunkts resp. der Klage aufgrund der im Zeitpunkt der Einreichung (bzw. Beurteilung) des Armenrechtsgeuchs tatsächlich bestehenden (und einstweilen noch unvollständigen) Aktenlage (Behauptungen, Bestreitungen und Beweismittel) abzuschätzen waren (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 21b § 84 ZPO, sowie vorne, Erw. 5/c/bb) und von der Vorinstanz auch auf dieser Grundlage abgeschätzt wurden, ist nicht ersichtlich, inwiefern die behaupteten Unterlassungen, deren Gegenstand damit gerade nicht in die Prozessakten eingeführt wurde und daher auch nicht mitberücksichtigt werden konnte (und bei der aufgrund des einstweiligen Aktenstandes vorzunehmenden vorläufigen Vorabbeurteilung auch nicht berücksichtigt werden

musste), einen Einfluss auf die Beurteilung der Erfolgsaussichten der Klage haben oder dazu geführt haben könnten, dass dem Klagebegehren zu Unrecht fehlende (ernsthafte) Erfolgsaussichten attestiert wurden.

Unbehelflich ist ferner auch die (zu pauschal gehaltene) Rüge, die Vorinstanz habe übersehen, dass "die Beweislast in diesem Verfahren der Aberkennungsklage" bei der Gläubigerin (Beschwerdegegnerin) liege (KG act. 1 S. 1, 3. Absatz der Begründung), nachdem der Beschwerdeführer nicht näher präzisiert, hinsichtlich welcher zu seinen Ungunsten gewürdigten Tatsachenbehauptungen von einer falschen Beweislastverteilung ausgegangen worden sei. Gleiches gilt für den ebenfalls nicht näher substantiierten Vorwurf, die Vorinstanz habe sich durch die Beschwerdegegnerin "blenden lassen" und sei deren "Forderungen willkürlich gefolgt" (KG act. 1 S. 1, 4. Absatz der Begründung).

Damit und auch mit dem (zu unsubstantiierten) Einwand, der Beschwerdeführer sei "durch das willkürliche und aktenwidrige Verhalten des Gerichts und [das] betrügerische Verhalten des Beklagten [Beschwerdegegnerin] (Verschweigen von relevanten Tatsachen) rechtswidrig behandelt und obendrauf durch dieselbe Instanz voreilig kautioniert [worden], anstelle die Rechtsöffnung rückgängig zu machen und festzustellen, dass die Forderung zu Unrecht bestehe" bzw. eingefordert werde (KG act. 1 S. 1, 4. Absatz der Begründung), übt der Beschwerdeführer der Sache nach rein appellatorische und als solche nicht zu hörende Kritik am Ausgang des Rekursverfahrens resp. an der Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung und der daraus folgenden Bestätigung der Kautionspflicht, von welcher der Beschwerdeführer unter den gegebenen Umständen – es liegt unbestrittermassen der Kautionsgrund von § 73 Ziff. 3 ZPO vor – lediglich im Falle der Bewilligung des prozessualen Armenrechts befreit wäre (vgl. § 85 ZPO). Zudem scheint der Beschwerdeführer zu übersehen, dass bis anhin noch gar nicht materiell über die Begründetheit der Aberkennungsklage (und damit über den Bestand der beklagischen Forderung) entschieden wurde, sondern bloss im Sinne einer vorläufigen (summarischen) Vorabbeurteilung der (einstweilen noch unvollständigen) Aktenlage gemäss § 84 Abs. 1 ZPO die Erfolgsaussichten der Klage geprüft (und als äusserst gering eingeschätzt) wurden. Somit zielt der (sinng-

mässe) Vorwurf, die Vorinstanz habe den Bestand der in Betreuung gesetzten Forderung fälschlicherweise bejaht und die Aberkennungsklage zu Unrecht nicht geschützt, von vornherein an der Sache vorbei.

In diesen Punkten kann mangels rechtsgenügender Begründung bzw. Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen nicht auf die Beschwerde eingetreten werden (§ 288 ZPO).

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdeführer nicht rechtsgenügend dartut, dass der vorinstanzliche Beschluss vom 21. Juli 2006 (KG act. 2) mit einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO behaftet ist. Insbesondere ist aufgrund der Ausführungen in der Beschwerde nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz zu Unrecht angenommen haben sollte, die Erfolgsaussichten der (Aberkennungs-)Klage seien im Lichte der (vor Rekursinstanz bestehenden) Aktenlage äusserst gering und die Klage daher als aussichtslos im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO bzw. Art. 29 Abs. 3 BV zu betrachten. Dementsprechend ist die Beschwerde abzuweisen, soweit unter dem Aspekt von § 288 ZPO überhaupt auf sie eingetreten werden kann. Zugleich ist dem Beschwerdeführer – der gefestigten Praxis folgend – die von der Vorinstanz angesetzte Frist zur Leistung der Prozesskaution neu zu eröffnen (vgl. von Castelberg, Zur aufschiebenden Wirkung bei der Zürcher Kassationsbeschwerde, in: Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, S. 295/296; von Rechenberg, a.a.O., S. 22; Spühler/Vock, a.a.O., S. 78; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2a zu § 291 ZPO).

7. Bloss nebenbei sei angemerkt, dass sich die von der Vorinstanz vorgenommene (und mit der vorliegenden Beschwerde bemängelte) Beurteilung der Prozessaussichten auf die einstweilen bestehende (unvollständige) Aktenlage stützt(e) und daher vorläufigen Charakter hat. Sie braucht indessen nicht zwangsläufig endgültig zu sein, sondern kann sich im weiteren Prozessverlauf unter Umständen durchaus ändern. Sollten dereinst weitere zu den Akten produzierte Unterlagen (insbesondere zur behaupteten Verrechnungsforderung des Beschwerdeführers) die Erfolgsaussichten der Klage entscheidend verbessern und insoweit veränderte Verhältnisse vorliegen, stünde es dem Beschwerdeführer

frei, beim Sachrichter erneut um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung nachzusuchen.

8. Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens in Anwendung der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) dem mit seinem (Rechtsmittel-)Antrag (auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids) unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen. Da der Beschwerdegegnerin vor Kassationsgericht keine entschädigungspflichtigen Kosten und Umtriebe (im Sinne von § 68 Abs. 1 ZPO) entstanden sind, fällt die Zurechnung einer Prozessentschädigung ausser Betracht.

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

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung im Kassationsverfahren wird abgewiesen.
2. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten werden kann.
3. Dem Beschwerdeführer wird eine letztmalige, nicht erstreckbare Frist von **10 Tagen** ab Zustellung dieses Beschlusses angesetzt, um beim Bezirksgericht Zürich eine Prozesskaution von Fr. 10'500.-- zu leisten. Im Einzelnen gelten die in Dispositiv-Ziffer 2 des Beschlusses des Bezirksgerichts Zürich (4. Abteilung) vom 5. April 2006 aufgeführten Bedingungen und Androhungen.

4. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 1'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 374.-- Schreibgebühren,  
Fr. 76.-- Zustellgebühren und Porti.
5. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
6. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und die 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich (ad CG050250), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: