



Kass.-Nr. AA080065/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Sitzungsbeschluss vom 6. Juli 2009

in Sachen

X.

Kläger, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

Z.

Beklagter, Rekursgegner und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Kautio / unentgeltliche Prozessführung / unentgeltliche Rechtsvertretung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. März 2008 (LN070034/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Beschwerdeführer war bis September 1993 bei der A. AG angestellt. Der Beschwerdegegner war der damalige Geschäftsführer der A. AG. Am 30. November 2002 machte der Beschwerdeführer ein Ehrverletzungsverfahren gegen den Beschwerdegegner anhängig. In diesem Verfahren befragte der Einzelrichter den Beschwerdegegner am 27. Mai 2005 unter dem Titel "Abnahme des Gutgläubensbeweises" (BG act. 5/II/36 S. 36 - 39). Dabei erklärte der Beschwerdegegner, er sei wegen des Beschwerdeführers fünf Mal an Sühnverhandlungen gewesen. Auf die Frage des Einzelrichters, wie diese Sühnverhandlungen jeweils vor sich gegangen seien, antwortete der Beschwerdegegner u.a., der Beschwerdeführer habe die Verhandlung jedes Mal mit der Drohung verlassen, dass der Beschwerdegegner jetzt dran komme und vom Beschwerdeführer hören werde. Der Beschwerdeführer habe auch gesagt, dass er ihn "plagen" werde, damit die Klage nicht verjähre (BG act. 5/II/36 S. 37). Auf die einzelrichterliche Frage, ob er damals der Ansicht gewesen sei, dass der Beschwerdeführer "ein bisschen spinnen würde", antwortete der Beschwerdegegner, der Chef des Beschwerdeführers sei Herr B. gewesen. Er, der Beschwerdegegner, wisse aber, dass sie ("wir") einmal eine Episode gehabt hätten, bei der sie bedroht worden seien, erschossen zu werden. Sie hätten dann ein Protokoll angefertigt und die Polizei avisiert (BG act. 5/II/36 S. 38). Auf die wiederholte einzelrichterliche Frage, was der Gegenstand der fünf Sühnverhandlungen gewesen sei, antwortete der Beschwerdegegner u.a., der Beschwerdeführer habe eine Forderung gestellt. Er habe dann seinen Bruder, der Anwalt sei, beigezogen. Dann habe er gegen jeden ausgeholt. Er habe einen Arbeitsprozess gegen Herrn B. angestrengt, weil seine Überzeit nicht bezahlt worden sei. Im Plädoyer von Rechtsanwalt C. sei gesagt worden, dass der Beschwerdeführer alle Prozesse gewonnen habe. Er habe jedoch bisher noch nie einen Prozess gewonnen. Er streite in allen Punkten (BG act. 5/II/36 S. 37). Auf die einzelrichterliche Frage, in welchem Tonfall der Beschwerdeführer seine Klagen jeweils vor dem Friedensrichter begründet habe,

antwortete der Beschwerdegegner, der Beschwerdeführer sei ein ganz gescheiter Informatiker, der genau wisse, wie man Menschen systematisch fertig mache. Der Einzelrichter solle seine Texte lesen. Das sei hohe Schule. Der Beschwerdegegner verweise in diesem Zusammenhang auf die letzte Sitzung, an der der Beschwerdeführer selbst den Einzelrichter wegen Strassburg verunsichert habe (BG act. 5/II/36 S. 38). Auf die einzelrichterliche Frage, ob er die Klagen, die der Beschwerdeführer jeweils gegen ihn eingereicht habe, für begründet oder teilweise begründet halte, antwortete der Beschwerdegegner, er halte sie für völlig unbegründet. Auf die einzelrichterliche Anschlussfrage, ob er das in einige Worte fassen könne, antwortete der Beschwerdegegner, am Tag, bevor der Beschwerdeführer die Firma zum dritten Mal verlassen habe, habe er ihn am Flughafen abgefangen. Aufgrund des dortigen Gesprächs wolle er jetzt Fr. 100'000.-- von ihm (BG act. 5/II/38 S. 39) (vgl. KG act. 2 S. 2 mit Verweisung auf OG act. 3 S. 5).

2. Wegen der in der vorstehenden Ziffer zitierten Aussagen des Beschwerdegegners in der Befragung vom 27. Mai 2005 reichte der Beschwerdeführer am 26. Oktober 2006 beim Bezirksgericht Zürich eine Klage wegen Persönlichkeitsverletzung ein (BG act. 2). Damit stellte er auch ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (BG act. 2 S. 2 f.). Mit Beschluss vom 23. April 2007 wies das Bezirksgericht das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und setzte dem Beschwerdeführer eine Frist zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 18'000.-- an unter der Androhung, dass bei Säumnis auf die Klage nicht eingetreten werde (BG act. 17). Gegen diesen Beschluss reichte der Beschwerdeführer beim Obergericht des Kantons Zürich einen Rekurs ein. Dieses (dessen I. Zivilkammer) wies den Rekurs mit Beschluss vom 3. März 2008 ab und setzte dem Beschwerdeführer unter Verweisung auf die Säumnisandrohung im bezirksgerichtlichen Beschluss vom 23. April 2007 eine neue Frist zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 18'000.-- an (KG act. 2).

3. Gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 23. April 2007 reichte der Beschwerdeführer datiert mit 14. April 2008, mit Poststempel vom 15. April 2008, beim Kassationsgericht eine Nichtigkeitsbeschwerde ein (KG act. 1). Damit beantragt er im Wesentlichen die Aufhebung des angefochtenen vorinstanzlichen Beschlusses und die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren (KG act. 1 S. 2 - 4). Nach Abklärungen und einem Verfahren mit Zeugeneinvernahmen zur Frage der Rechtzeitigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 9 - 40) verzichteten gemäss Mitteilungen vom 2. April 2009 die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung zur Nichtigkeitsbeschwerde und der Beschwerdegegner auf eine Beschwerdeantwort (KG act. 43 und 44).

4. Mit Zwischenbeschluss vom 3. Juni 2008 war das Gesuch des Beschwerdeführers, es sei ihm ein unentgeltlicher Rechtsbeistand für die Verbesserung und Ergänzung der Beschwerdebegründung sowie für eine Verhandlung im Sinne von § 292 ZPO zu bestellen, abgewiesen worden. Mit dem gleichen Beschluss war auch der Antrag, der Nichtigkeitsbeschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu verleihen, abgewiesen worden (KG act. 14). Mit Zwischenbeschluss vom 22. August 2008 war das Gesuch des Beschwerdeführers um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes auch bezüglich der Abklärungen zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde abgewiesen worden (KG act. 21). Gegen diesen Zwischenbeschluss hatte der Beschwerdeführer eine Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht eingereicht (KG act. 23/1). Mit Urteil vom 16. Oktober 2008 war das Bundesgericht darauf nicht eingetreten (KG act. 23/2).

II.

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist innert 30 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des Entscheids (der damit angefochten werden soll) zu erheben (§ 287 ZPO). Der angefochtene obergerichtliche Beschluss vom 3. März 2008 ist dem Beschwerdeführer bzw. dessen Vertreter am 14. März 2008 zugestellt worden (OG act. 14/1). Die dreissigtägige Beschwerdefrist lief demnach am Montag, 14. April 2008, ab. Die Beschwerde ist auch mit diesem Datum datiert,

trägt aber den Poststempel vom 15. April 2008. Auf der letzten Seite der Beschwerde ist ein handschriftlicher Vermerk angebracht, wonach die Postaufgabe am 14. April 2008 um ca. 23.20 Uhr erfolgt sei und dies von D. bestätigt werde (KG act. 1 S. 84). D. bestätigte auf entsprechende Anfrage (KG act. 9), dass sie am 14. April 2008 diesen Vermerk unterschrieben habe (KG act. 10). Der Beschwerdegegner bestritt die Rechtzeitigkeit der Beschwerde und machte geltend, der handschriftliche Vermerk von D. sei vor der Postaufgabe erfolgt. D. habe somit etwas bestätigt, was sich im Zeitpunkt ihrer Bestätigung noch gar nicht zugetragen haben könne (KG act. 13). In der Folge wurden D. und E. als Zeugen befragt (KG Prot. S. 6 ff.). D. erklärte im Wesentlichen, E. verkehre als täglicher Stammgast in ihrem Restaurant in F. (KG Prot. S. 6). Eines Abends - das Datum wisse sie nicht mehr - habe er sie (wie bereits früher schon verschiedentlich) gefragt, ob sie beobachten könne, wie er eine Sendung vor 24.00 Uhr in den Briefkasten werfe, und dies bestätige (KG Prot. S. 7). (Auf Vorhalt von KG act. 1 S. 84:) Sie habe den handschriftlichen Text auf der letzten Seite der Beschwerde gelesen, er sei richtig gewesen, und sie habe unterschrieben (KG Prot. S. 7 f.). Sie habe nicht gesehen, was E. in der Folge in das Couvert gesteckt habe. Sie habe beobachtet, wie er mit einem Couvert zum Briefkasten der gegenüberliegenden Post gegangen sei und dort etwas hineingeworfen habe (KG Prot. S. 8). E. erklärte als Zeuge im Wesentlichen, er sei am Abend des 14. April 2008 mit der Beschwerde ins Restaurant _____ in F. gegangen, habe wahrscheinlich den handschriftlichen Text aufgesetzt, ihn D., die er als Wirtin kenne, gezeigt und ihr gesagt, dass er dies jetzt dann auf die Post bringe, sie möchte zuschauen und ihm das bestätigen (KG Prot. S. 10). D. habe gelesen und unterzeichnet. Darauf sei er zur Post gegangen und habe es - auf jeden Fall vor 24.00 Uhr - hineingeworfen. Er mache jeweils in solchen Fällen beim Postomaten einen Bargeldbezug und konsumiere etwas im Restaurant _____ (KG Prot. S. 10 f.). Dazu reichte er Kopien von Quittungen über eine Konsumation im Restaurant _____ am 14.4.2008, 23.29 Uhr, und über einen Postomatbezug am 14.4.08, 23.26 Uhr, ein (KG act. 29/3). Der Beschwerdeführer reichte eine Auskunft der schweizerischen Post ein, wonach Sendungen, welche nach der letzten Leerung in einen Briefkasten eingeworfen werden, den Stempel des Folgetages tragen. In

F. wiesen diese Sendungen meistens eine Zeitangabe zwischen 12 und 18 Uhr auf (KG act. 38).

2. Die Aussagen von E. sind mit Vorsicht zu würdigen, weil er ein eigenes Interesse am Nachweis der Rechtzeitigkeit der von ihm verfassten und zur Post gegebenen Beschwerde hat. Bei seinen konkreten Aussagen sind indes keine Anzeichen von Unrichtigkeiten festzustellen. Im Gegenteil. Er legte Unsicherheiten über das Datum, über den Grund der späten Aufgabe und über den genauen Ablauf am 14. April 2008 offen (KG Prot. S. 10 f.). Seine Aussagen werden durch die Zeugenaussagen von D. bestätigt. Diese Aussagen überzeugen. Zwar wäre es demnach theoretisch möglich, dass E. die von D. unterzeichnete Seite von ihr unbemerkt entfernte, etwas ganz anderes in den Briefkasten steckte und die Beschwerde erst am anderen Morgen unter Hinzufügung der von D. unterzeichneten Seite in den Briefkasten warf. Diese theoretische Möglichkeit erscheint indes als derart unwahrscheinlich, dass sie die aus den Zeugenaussagen von D. und E. und den Unterlagen (KG act. 1 S. 84, act. 29/3, act. 38) gewonnene Überzeugung, dass die Beschwerde KG act. 1 am 14. April 2008 vor 24.00 Uhr in den Briefkasten der dem Restaurant _____ gegenüberliegenden Poststelle F. geworfen wurde, nicht beeinträchtigt. Demnach ist festzustellen, dass die Beschwerde rechtzeitig eingereicht wurde, und es ist unter diesem Aspekt darauf einzutreten.

III.

1. Mit dem angefochtenen Beschluss wurde das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen, und es wurde ihm unter der Androhung, dass bei Säumnis auf seine Klage nicht eingetreten werde, Frist zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 18'000.-- angesetzt (KG act. 2 S. 15 i.V. mit OG act. 3 S. 10 f.). Dabei handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid. Ein solcher ist nur unter den Voraussetzungen von § 282 Abs. 1 ZPO selbständig anfechtbar. Diese Voraussetzungen sind bei einer Kautionsauflage wie auch bei einer Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung regelmässig erfüllt (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 5b zu § 282; Kass.-Nr. AA080058

vom 16.2.2009 mit weiteren Hinweisen). Auch unter diesem Aspekt ist auf die Nichtigkeitsbeschwerde einzutreten.

2. Die Erstinstanz hatte das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege deshalb abgewiesen, weil ihr der Prozess bzw. die Klage des Beschwerdeführers als solche als aussichtslos im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO erschien (OG act. 3 S. 9 Erw. 4). Dagegen reichte der Beschwerdeführer einen Rekurs ein. Die Vorinstanz hielt fest, dass der Beschwerdeführer auch für das Rekursverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes) beantragt hatte (KG act. 2 S. 3). Sie wies diesen Antrag mit der Begründung ab, dass sich der Rekurs, wie zu zeigen sein werde, als aussichtslos erweise (KG act. 2 S. 8). In der Folge bezeichnete die Vorinstanz den Rekurs unter Verweisung auf die erstinstanzlichen Erwägungen deshalb als aussichtslos, weil "das Verfahren des Klägers", gemeint seine Klage als solche, als aussichtslos zu betrachten sei (KG act. 2 S. 12 Erw. 3.3).

2.1. Der Beschwerdeführer macht u.a. geltend, die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege im Rekursverfahren sei unzulässig gewesen, da der erstinstanzliche Entscheid nur schon "wegen der nicht heilbaren Gehörverletzung" hätte aufgehoben werden müssen (KG act. 1 S. 12 Ziff. 6.5). Vor Vorinstanz habe er in Bezug auf die Frage der Aussichtslosigkeit des Rekurses geltend gemacht, dass die Erstinstanz seinen Gehörsanspruch verletzt habe, indem sie ihm eine Stellungnahme des Beschwerdegegners (vom 4. Dezember 2006; KG act. 1 S. 34 Ziff. 9) nicht zugestellt und ihm keine Gelegenheit zur Stellungnahme dazu gegeben habe (KG act. 1 S. 38, S. 67). Sei die Rüge der Verletzung von Verfahrensrecht durch die (gemeint:) Erstinstanz berechtigt, könne nicht von einer Aussichtslosigkeit des Rekurses gesprochen werden (KG act. 1 S. 50, S. 63 Ziff. 5.1).

2.2. Die Rüge ist begründet. Im Rechtsmittelverfahren ist die unentgeltliche Prozessführung (unter dem Aspekt der Frage der Aussichtslosigkeit) zu bewilligen, wenn das vorinstanzliche Verfahren oder der angefochtene Entscheid mit einem Mangel behaftet ist, auch wenn die Rechtsmittelinstanz aus anderen

Gründen dazu gelangt, einen mit dem angefochtenen materiell übereinstimmenden Entscheid zu fällen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 24 zu § 84 mit Verweisung auf ZR 40 [1941] Nr. 132 lit. b). Die Aussichtslosigkeit eines Rechtsmittels ist zu verneinen, wenn der angefochtene Entscheid mit verfahrensrechtlichen Mängeln behaftet ist (auch wenn die Rechtsmittelinstanz aus anderen Gründen zum selben materiellen Ergebnis wie die Vorinstanz gelangen würde [Kass.-Nr. 98/303 vom 29. März 1999 Erw. II.4.b. In Erw. II.4.d dieses Entscheides hielt das Kassationsgericht fest, dass zu prüfen sei, ob der erstinstanzliche Entscheid unter Verletzung der Grundsätze der richterlichen Fragepflicht und des rechtlichen Gehörs zustandegekommen sei, was zur Folge hätte - so das Kassationsgericht in diesem Entscheid -, dass die Berufung dagegen nicht als aussichtslos im Sinne der §§ 84 und 87 ZPO beurteilt werden dürfte]).

2.3. Die Vorinstanz stellte fest, dass der Einwand des Beschwerdeführers im Rekursverfahren grundsätzlich berechtigt sei, die Erstinstanz habe seinen Gehörsanspruch verletzt, indem er die Stellungnahme des Beschwerdegegners erst mit dem (vor Vorinstanz) angefochtenen (erstinstanzlichen) Beschluss erhalten habe. Indem aber der Beschwerdeführer die Möglichkeit gehabt habe, auf die Stellungnahme des Beschwerdegegners im Rahmen des Rekursverfahrens einzugehen, sei eine allfällige Verletzung des Gehörsanspruchs geheilt (KG act. 2 S. 11).

2.4. Damit stellte die Vorinstanz fest, dass der im Rekursverfahren angefochtene erstinstanzliche Beschluss mit einem verfahrensrechtlichen Mangel (Verletzung des Gehörsanspruchs) behaftet war. Auch wenn dieser Mangel grundsätzlich im Gegensatz zur Auffassung des Beschwerdeführers (die entsprechende Rüge geht fehl) im Rekursverfahren geheilt werden kann (vgl. ZR 106 [2007] Nr. 67 Erw. II.1), so hat er nach dem Ausgeführten (vorstehend Erw. 2.2) zur Folge, dass der Rekurs als solcher nicht als aussichtslos bezeichnet werden darf (auch wenn die Klage des Beschwerdeführers als solche in materieller Hinsicht aussichtslos wäre). Hat sich eine Partei die Wahrung ihres Gehörsanspruchs in einem Rekursverfahren zu erkämpfen (weil dieser Anspruch eben erstinstanzlich verletzt worden ist), kann dieser Rekurs nicht als aussichtslos bezeichnet

werden. Zu Unrecht verweigerte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer allein deswegen, weil seine Klage als aussichtslos zu betrachten sei, die unentgeltliche Rechtspflege im Rekursverfahren. Indem sie das tat, verletzte sie einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz (§ 84 Abs. 1 ZPO) zum Nachteil des Beschwerdeführers. Der angefochtene Beschluss muss deshalb in Gutheissung der Beschwerde aufgehoben werden. Die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie vorab die übrigen Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege (Mittellosigkeit im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO, Bedarf des Beschwerdeführers nach einem Rechtsvertreter im Rekursverfahren im Sinne von § 87 ZPO) prüft und neu über diesen Antrag im Rekursverfahren entscheidet.

3. Damit sind die weiteren Rügen und Anträge des Beschwerdeführers obsolet und müssen nicht mehr geprüft werden. Insbesondere stellt sich dann, wenn die genannten weiteren Voraussetzungen erfüllt sind und dem Beschwerdeführer für das Rekursverfahren ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen ist, auch die Frage neu, ob dem Beschwerdeführer als Rekurrenten die beantragte (vgl. KG act. 2 S. 7) Fristerstreckung im Sinne von § 276 Abs. 3 ZPO zur Ergänzung der Rekursbegründung zu gewähren ist.

IV.

1. Der Beschwerdeführer obsiegt im Beschwerdeverfahren. Deshalb sind ihm für dieses Verfahren keine Kosten aufzuerlegen. Damit ist sein Antrag um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Beschwerdeverfahren obsolet und als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

2. Der Beschwerdegegner stellte keine Anträge zur Beschwerde und verzichtete auf eine Beschwerdeantwort (KG act. 43). Insbesondere beantragte er nicht die Abweisung der Beschwerde und äusserte sich nicht zu dem Grund, der zur Gutheissung der Beschwerde führt. Auch der Beschwerdegegner ist deshalb im Beschwerdeverfahren nicht unterliegende Partei, und auch ihm sind deshalb keine Kosten aufzuerlegen. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind vielmehr auf die Gerichtskasse zu nehmen. Mangels Kostenaufgabe (zufolge unterlassener

Anträge und Beschwerdeantwort) ist der Beschwerdegegner auch nicht zu einer Prozess- bzw. Umtriebsentschädigung an den Beschwerdeführer zu verpflichten (§ 68 Abs. 1 ZPO). Für eine Prozess- bzw. Umtriebsentschädigung an den Beschwerdeführer aus der Gerichts- bzw. Staatskasse, wie er beantragt (KG act. 1 S. 2 Anträge Ziff. 1), besteht keine gesetzliche Grundlage.

V.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. März 2008 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Der Antrag des Beschwerdeführers auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Prozess- bzw. Umtriebsentschädigungen zugesprochen.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG

an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit.

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie an das Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung (ad CG060196), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: