



---

Kass.-Nr. AA100135-P/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## Zirkulationsbeschluss vom 17. Februar 2011

in Sachen

1. W,

...,

2. ...

Kläger, Appellant und Beschwerdeführer

1 vertreten durch Rechtsanwalt...

gegen

1. E,

...,

2. E-I,

...,

Beklagte, Appellaten und Beschwerdegegner

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

**Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Oktober 2010 (LB100047/Z03)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

1. Der Beschwerdeführer und die B AG erhoben beim Bezirksgericht C Klage gegen die beiden Beschwerdegegner auf Bezahlung von Fr. 231'000.-- und Fr. 41'571.50, je zuzüglich Verzugszins, aus Darlehen und aus damit zusammenhängendem Schadenersatz. Das Bezirksgericht wies die Klage mit Urteil vom 27. Mai 2010 ab. Mit Bezug auf den Beschwerdeführer (Kläger 1) verneinte das Bezirksgericht die Aktivlegitimation (OG act. 65 S. 5 Erw. III/1). Gegen dieses Urteil erhoben beide Kläger Berufung (OG act. 66).

Das Bezirksgericht bewilligte dem Beschwerdeführer mit Beschluss vom 11. August 2009 die unentgeltliche Prozessführung und bestellte den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers zu dessen unentgeltlichem Rechtsbeistand (KG act. 3/2). Der Präsident der I. Zivilkammer des Obergerichts hielt mit Verfügung vom 14. Juli 2010 dafür, es sei eine Überprüfung der Voraussetzungen des Armenrechts des Beschwerdeführers angezeigt und setzte ihm Frist an, um schriftlich allfällige Berufungsnoven bekanntzugeben (OG act. 69 S. 3 f. Erw. 5 und Dispositiv Ziff. 1). Der Beschwerdeführer teilte dem Obergericht mit Eingabe vom 10. August 2010 mit, er habe vor Bezirksgericht alle massgeblichen Tatsachenbehauptungen und Beweisurkunden vorgelegt, welche geeignet gewesen wären, seine Legitimation darzutun. Weitere neue Behauptungen und / oder entsprechende Aktenstücke könne er nicht vortragen bzw. beibringen. Somit könnten keine Berufungsnoven vorgetragen werden (OG act. 71 S. 2 Ziff. 2).

Das Obergericht entzog dem Beschwerdeführer mit Beschluss vom 27. August 2010 die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung für das Berufungsverfahren. Weiter setzte es ihm Frist zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 25'600.-- an, da er aus früheren Verfahren Kosten schuldet (OG act. 72). Mit Eingabe vom 21. September 2010 teilte der Beschwerdeführer dem Obergericht mit, er sei nicht in der Lage, die ihm auferlegte Prozesskaution zu leisten und scheidet als Partei aus dem Prozess aus, stehe allenfalls als Zeuge zur Verfügung (OG act. 73). Mit Beschluss vom 13. Oktober 2010 trat das Ober-

gericht auf die Berufung des Beschwerdeführers nicht ein (OG act. 74 = KG act. 2).

Gegen diesen Beschluss richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1). Das Kassationsgericht holte keine Beschwerdeantwort der Beschwerdegegner und keine Vernehmlassung des Obergerichts ein.

2. Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Für Verfahren, die bei deren Inkrafttreten bereits rechtshängig sind, gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz weiter. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 281 ZPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010).

3. Der Beschwerdeführer stellt im Kassationsverfahren folgendes Rechtsbegehren: "Es sei Ziff. 2 des angefochtenen Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Oktober 2010 (G.-Nr. LB100047) aufzuheben bzw. es sei das Obergericht dazu anzuweisen." (KG act. 1 S. 1). In Dispositiv Ziffer 2 des angefochtenen Beschlusses setzt das Obergericht die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren des Beschwerdeführers auf Fr. 4'000.-- fest (KG act. 2 S. 3 oben).

Die Festsetzung der Gerichtsgebühren ist eine Verwaltungssache und unterliegt nicht der Kassationsbeschwerde, sondern der Kostenbeschwerde gemäss § 206 GVG (Diether von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 28 unten). Auf die Nichtigkeitsbeschwerde kann deshalb zumindest im Sinn des Wortlautes des Rechtsbegehrens nicht eingetreten werden.

4. Aus der Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde ergibt sich, dass der Beschwerdeführer sich letztlich gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Kostenaufgabe im Berufungsverfahren wehrt. Ausdrücklich erklärt er, er habe sich mittlerweile mit der ihm abgesprochenen Aktivlegitimation abgefunden (KG act. 1 S. 3 unten).

Zwar focht der Beschwerdeführer den Beschluss des Obergerichts vom 27. August 2010, mit welchem ihm die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren entzogen und eine Prozesskaution auferlegt wurde (OG act. 72) nicht selbständig an, doch schliesst dies die Anfechtung des darauf beruhenden Endentscheids nicht aus (§ 282 Abs. 2 ZPO). Es ist deshalb im vorliegenden Kassationsverfahren grundsätzlich möglich, soweit entsprechende Rügen in rechtsgenügender Weise erhoben werden, zu prüfen, ob der Zwischenbeschluss vom 27. August 2010 unter einem Nichtigkeitsgrund leide und ob die Kosten des Erledigungsentscheids infolge bewilligter unentgeltlicher Prozessführung auf die Gerichtskasse zu nehmen seien.

Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO ZH). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss 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. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288 ZPO ZH; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.).

5. a) Der Beschwerdeführer rügt, das Obergericht habe ihm bezüglich unentgeltlicher Prozessführung das rechtliche Gehör nicht eingeräumt und faktisch mit dem angefochtenen Beschluss ohne ein Wort der Begründung schlicht verweigert (KG act. 1 S. 3 Ziff. 2.1). Der angefochtene Beschluss sei allein im Nachgang zur Berufungserklärung ergangen. Diese stelle eine reine Erklärung dar, d.h. die Berufungsbegründung sei noch ausstanden. Das Obergericht habe noch nicht einmal die Frist zur Berufungsbegründung eröffnet. Entgegen der vom Obergericht vertretenen Auffassung seien die eingeklagten Rechtsbegehren, welche durch Verträge (Kaufvertrag und Darlehensvertrag bis hin zum das Darlehen absichernden Schuldbrief), Abrechnungen sowie Korrespondenzen unterlegt seien, nicht etwa aussichtslos. Dies gelte auch für die Frage der Aktivlegitimation (S. 3 f. Ziff. 2.2). Der Beschwerdeführer rügt in diesem Zusammenhang, das Obergericht habe mit seinem Vorgehen ihm in Missachtung der in Art. 29a BV verankerten Rechtsweggarantie den Rechtsweg verbaut (S. 4 Ziff. 2.4). Weiter postuliere Art. 9 BV das Gebot von Treu und Glauben, gegen welches der angefochtene Entscheid insofern verstosse, als es nicht angehen könne, dass ein Rechtssuchender, dem von der ersten Instanz korrekt die unentgeltliche Prozessführung gewährt worden sei, allein wegen seiner blossen Berufungserklärung vor der Oberinstanz substantiell kostenpflichtig werden könne (S. 4 Ziff. 2.5).

b) Die Rechtsmittelinstanz kann für ihr Verfahren einen selbständigen Entscheid über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege treffen (§ 90 Abs. 2 ZPO

ZH). Mit der Möglichkeit des Entzugs der erstinstanzlich gewährten unentgeltlichen Rechtspflege und mit dem damit verbundenen Kostenrisiko muss ein Rechtsmittelkläger also rechnen. Es widerspricht nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben, wenn die Rechtsmittelinstanz von der ihr gesetzlich eingeräumten Möglichkeit, einen selbständigen Entscheid zu fällen, Gebrauch macht.

Der Präsident der I. Zivilkammer des Obergerichts leitete mit Verfügung vom 14. Juli 2010 das Verfahren zur Überprüfung der Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege für den Beschwerdeführer ein. Er begründete dies zwar kurz, jedoch in ausreichend umfassender Weise, dass der Beschwerdeführer erkennen konnte, weshalb Zweifel bestehen, dass diese Voraussetzungen gegeben sind (vgl. OG act. 69 S. 3 Erw. 4). Zwar forderte der Präsident der I. Zivilkammer den Beschwerdeführer nur ausdrücklich auf, allfällige Berufungsnoven bekanntzugeben (Dispositiv Ziff. 1), doch wäre es dem Beschwerdeführer offen gestanden, nachdem er aus der genannten Verfügung entnehmen konnte, dass die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Berufungsverfahren fraglich war, sich hierzu zu äussern, also zu begründen, weshalb die unentgeltliche Rechtspflege weiter zu gewähren sei. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor.

Voraussetzung der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist neben der vorliegend nicht in Frage gestellten Bedürftigkeit der betreffenden Partei, dass der Prozess nicht als aussichtslos erscheint (§ 84 Abs. 1 ZPO ZH). Diese Voraussetzung wird auch in Art. 29 Abs. 2 BV genannt. Die Rechtswegsgarantie von Art. 29a BV eröffnet keinen weitergehenden Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung und Befreiung von kantonrechtlichen Kautionspflichten.

Das Obergericht begründete in seinem Beschluss vom 27. August 2010, weshalb es die Klage des Beschwerdeführers als aussichtslos und damit die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege als nicht erfüllt erachtet (OG act. 72 S. 3 f. Erw. II/1). Die blosser Behauptung des Beschwerdeführers, die eingeklagten Rechtsbegehren, welche durch Verträge, Abrechnungen sowie Korrespondenzen unterlegt seien, seien nicht etwa aussichtslos, was auch für die Frage der Aktivlegitimation gelte, stellt keine genügende Auseinandersetzung mit diesen Erwägungen dar. Der Beschwerdeführer befasst sich nicht mit den einzel-

nen Argumenten des Obergerichts und nennt keine Aktenstellen, aus denen sich die Mangelhaftigkeit dieser Argumente ergeben soll. Somit weist der Beschwerdeführer nicht nach, dass der erfolgte Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet sei.

Die Kautionsauflage mit Beschluss des Obergerichts vom 27. August 2010 ist gesetzliche Folge davon, dass der Beschwerdeführer aus erledigten und nicht mehr weiterziehbaren Verfahren vor Zürcher Gerichten Kosten schuldet (OG act. 68, § 73 Ziff. 4 ZPO ZH). Der Nichteintretensentscheid vom 13. Oktober 2010 ist wiederum Folge davon, dass der Beschwerdeführer die ihm auferlegte Kautionsleistung nicht leistete (§ 80 Abs. 1 ZPO ZH). Im übrigen erklärte der Beschwerdeführer selbst mit Eingabe vom 21. September 2010, dass er aus dem Prozess ausscheide (OG act. 73).

Ist auf die Berufung des Beschwerdeführers nicht einzutreten, so unterliegt er im Berufungsverfahren. Die Kostenaufgabe entspricht der gesetzlichen Regel von § 64 Abs. 2 ZPO ZH und ist nicht zu beanstanden.

Somit erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet, soweit auf sie eingetreten werden kann.

6. Wie sich aus den obigen Erwägungen ergibt, ist das Kassationsverfahren offensichtlich aussichtslos. Damit sind die Voraussetzungen zur Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung gemäss § 84 Abs. 1 ZPO ZH und § 87 ZPO ZH) auf für das Kassationsverfahren nicht gegeben und es ist das entsprechende Begehren abzuweisen.

7. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO ZH). Bei der Bemessung der Gerichtsgeldgebühr ist von einem Streitwert in Höhe der dem Beschwerdeführer für das Berufungsverfahren auferlegten Kosten von Fr. 4'000.-- auszugehen. Mangels erheblicher Umtriebe sind den Beschwerdegegnern keine Prozessentschädigungen zuzusprechen.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
  2. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters für das Kassationsverfahren wird abgewiesen.
  3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 700.--.
  4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
  5. Den Beschwerdegegnern werden für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
  6. 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 subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) allenfalls die ordentliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig. Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Der Streitwert beträgt 4'000.--.
- Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Bezirksgericht C, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär:

