

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB170046-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie
Gerichtsschreiberin MLaw J. Nagel

Urteil vom 11. Januar 2018

in Sachen

A._____, lic. iur.,

Aberkennungskläger und Beschwerdeführer

gegen

B._____ ag,

Aberkennungsbeklagte

betreffend **Aberkennung (unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss der 10. Abteilung des Bezirksgerichtes
Zürich vom 13. November 2017; Proz. CG170058**

Erwägungen:

1. Der heutige (Aberkennungs-)Kläger war einziger Verwaltungsrat der C._____ AG (im Folgenden nur C'._____). Diese Gesellschaft ist nach Widerruf einer provisorische Nachlassstundung seit dem 9. Juni 2016 im Konkurs. Offenbar hatte es vertragliche Beziehungen der Gesellschaft und einer D._____ GmbH gegeben, welche zu Diskussionen führten. Am 16. März 2016 unterzeichnete der Kläger als Verwaltungsratspräsident des C'._____ und als Solidarschuldner eine Vereinbarung mit der heutigen Beklagten: der C'._____ anerkannte darin im Wesentlichen, der Beklagten Fr. 52'400.15 zu schulden und daran einen Teilbetrag von Fr. 12'000.-- gleichentags zu zahlen. Die Beklagte sollte den Konkursantrag zurückziehen und der betriebene C'._____ die daraus anfallenden Kosten zahlen. Eine zweite Rate von Fr. 28'000.-- wurde per 31. März 2016 versprochen, und für den Fall fristgerechter Zahlung erklärte die Beklagte Verzicht auf den Rest. Der Kläger erklärte, solidarisch für die ganze Forderung zu haften (act. 4/9 im Dossier EB170471, in diesem Verfahren als act. 5/4 registriert). Offenbar wurde die erste Zahlung geleistet, nicht aber die zweite. Auf Betreibung hin erhob der heutige Kläger Rechtsvorschlag. Mit Urteil vom 26. Mai 2017 wurde der Beklagten provisorische Rechtsöffnung erteilt (act. 5/2/1).

Der Kläger klagte am 20. Juni 2017 auf Aberkennung der in Betreibung gesetzten Forderung (act. 5/1). Mit Beschluss vom 17. August 2017 auferlegte das Gericht dem Kläger einen Kostenvorschuss von Fr. 4'782.-- (act. 5/6). Als Reaktion darauf ersuchte der Kläger um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege, was er mit fehlenden Mitteln und mit intakten Aussichten seiner Klage begründete (act. 5/8). Das Gericht gab der Beklagten Gelegenheit zur Stellungnahme mit dem Hinweis, andernfalls werde "über den Antrag aufgrund der Akten entschieden" (act. 5/10). Mit Eingabe vom 19. September 2017 stellte die Beklagte den Antrag, die unentgeltliche Rechtspflege nicht zu bewilligen, was sie eingehend begründete (act. 5/14). Unter Bezugnahme auf diese Eingabe wies das Bezirksgericht das Gesuch des Klägers ab und setzte ihm eine Nachfrist zum Zahlen des Kostenvorschusses an (act. 4). Der Entscheid ging dem Kläger am 15. November 2017 zu (act. 5/16/1).

2. Gegen den Entscheid vom 13. November 2017 führt der Kläger Beschwerde mit den Anträgen, es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und zum Prüfen der Erfolgsaussichten der Klage zurückzuweisen, und es sei die unentgeltliche Rechtspflege sowohl für das Verfahren der ersten Instanz als auch des Obergerichts zu bewilligen (act. 2).

Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen.

Der Kläger reichte unaufgefordert zwei Eingaben nach (act. 8 und 10). Der Kläger führt aus, dass er den Kostenvorschuss geleistet habe (act. 10), was aber offenkundig nicht zutrifft. Act. 8 bringt für die zu beurteilende Frage keine weiteren Argumente.

Eine Beschwerdeantwort war nicht einzuholen. Die Sache ist spruchreif.

3.1 Der Kläger bemängelt, dass ihm das Bezirksgericht keine Nachfrist zum Darstellen seiner finanziellen Bedürftigkeit ansetzte (act. 2 S. 2). So allgemein ist die Rüge nicht begründet. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist ohne weitere gerichtliche Fristansetzung zu begründen und zu belegen (Art. 119 Abs. 2 ZPO). Bei Laien kann es geboten sein, durch Ausüben der gerichtlichen Fragepflicht Mängel zu beheben. Gegenüber einem patentierten Rechtsanwalt ist das nicht der Fall. Wenn seine Darstellung ungenügend war, hat er das selber zu vertreten.

3.2 Anders ist es mit der Rüge, dass sich der Kläger zur letzten sein Gesuch betreffenden Eingabe der Beklagten nicht mehr äussern konnte. So eine Eingabe einzuholen war nicht notwendig, denn zur unentgeltlichen Rechtspflege im Hinblick auf einen zu zahlenden Kostenvorschuss hat die Gegenpartei (anders als wenn es um die Sicherstellung der Parteientschädigung geht) kein Äusserungsrecht. Selbstredend ist die bisweilen nicht unerhebliche Hürde des Kostenvorschusses für die beklagte Partei faktisch vorteilhaft, aber darauf hat sie kein rechtlich geschütztes Interesse - so kann sie etwa nicht mit Erfolg dagegen Beschwerde führen, dass das Gericht ermessensweise auf das Einholen eines Kostenvorschusses verzichtet. Wenn aber eine Stellungnahme eingeholt wurde (wel-

che zudem entgegen dem knapp gehaltenen Gesuch des Klägers deutlich detaillierter ausfiel: act. 5/8 und act. 5/14), verlangte der allgemeine Grundsatz des rechtlichen Gehörs, dass sich der Kläger dazu äussern konnte, bevor zu seinen Ungunsten entschieden wurde.

Von der Aufhebung des mangelhaft zustande gekommenen Entscheides kann ausnahmsweise abgesehen werden, wenn die Gehörsverletzung nicht besonders schwer wiegt, der in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör Verletzte sich nachträglich umfassend äussern konnte und die Rechtsmittelinstanz diese Vorbringen mit freier Kognition prüfen kann. So ist es hier: die Verletzung des rechtlichen Gehörs ist zwar immer ein gravierender Fehler, doch hatte der Kläger hier sein Gesuch begründen können und ging es nur (wenn auch immerhin) um die Wahrung des Rechts auf das letzte Wort. Der Kläger hatte beim Verfassen der Beschwerde Kenntnis von der Eingabe, auf welche der angefochtene Beschluss ausdrücklich verweist. Das Obergericht kann die Fragen, auf welche es im Folgenden ankommen wird, mit freier Kognition prüfen (es wird sich zeigen, dass die Einschränkung bei umstrittenen tatsächlichen Elementen, Art. 320 lit. b ZPO, keine Rolle spielt).

Unter diesen Umständen käme die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und Rückweisung der Sache wegen der unterlassenen Zustellung der Eingabe der Beklagten an den Kläger vor Entscheidung einem reinen Leerlauf gleich, und es ist davon abzusehen.

3.3 Die erste Voraussetzung für die unentgeltliche Rechtspflege ist die Mittellosigkeit des Gesuchstellers. Das Bezirksgericht hält dem Kläger vor, er habe das nicht ausreichend begründet. Die eingereichte Pfändungsurkunde vom 29. Juni 2017 beruhe einzig auf Angaben des Klägers selbst und sei daher nicht aussagekräftig (angefochtener Entscheid Erw. 2.2). Der Kläger glaubt, das Bezirksgericht missverstehe die Tragweite einer Einkommenspfändung, und er beruft sich zudem auf neu mit der Beschwerde eingereichte Unterlagen, wonach er in Nachachtung der verfügten Einkommenspfändung tatsächlich Zahlungen an das Betreibungsamt leiste (act. 2 und 3/2 ff.).

Neue Behauptungen und Beweismittel sind in der Beschwerde nicht zulässig (Art. 326 ZPO), es wäre denn, die Vorinstanz hätte sie veranlasst und beachten müssen, wie bei einer zu Unrecht nicht eingeholten Stellungnahme. Hier hat der Kläger zum Beleg seiner Mittellosigkeit einzig die erwähnte Pfändungsurkunde vorgelegt. Ob er die neu eingereichten Unterlagen schon dem Bezirksgericht vorgelegt hätte, wenn ihm diese Gelegenheit gegeben hätte, die Eingabe der Beklagten zu kommentieren, lässt sich hinterher nicht feststellen, es ist aber zu Gunsten des Klägers anzunehmen. Einen Aktenschluss wie im Verfahren der Sache gibt es bei prozessleitenden Entscheiden nicht. Wohl muss der Gesuchsteller die Unterlagen für die verlangte unentgeltliche Rechtspflege von sich aus vorlegen, aber wenn er etwas Zusätzliches einreicht, bevor das Gericht über sein Gesuch entschieden hat, muss das berücksichtigt werden. In diesem Sinn sind die neuen Unterlagen des Klägers beachtlich.

Konkret belegt der Kläger nun, dass er dem Betreibungsamt für die Monate September und Oktober 2017 Fr. 1'350.-- resp. Fr. 1'500.-- ablieferte (act. 3/3 und 3/4). Nach wie vor bleibt es dabei, dass das einzig auf seinen eigenen Angaben beruht. Über die unentgeltliche Rechtspflege ist in einem summarischen Verfahren zu entscheiden (Art. 119 Abs. 3 ZPO), und ein strikter Beweis kann insbesondere wegen der im Wesentlichen negativen Umstände nicht verlangt werden. Dabei sind die Anforderungen höher anzusetzen, je komplexer die Verhältnisse sind. Auf den ersten Blick ist seltsam, dass das Betreibungsamt den Notbedarf des Klägers nur gerade auf Fr. 1'200.-- ansetzte. Offenbar gab er keine weiteren Bedarfspositionen an oder belegte solche nicht. Warum das eine bessere Leistungsfähigkeit des Klägers bedeute, wie das Bezirksgericht anzunehmen scheint, leuchtet allerdings nicht recht ein. Der Kläger weist richtig darauf hin, dass er alles abliefern muss, was seinen Notbedarf übersteigt, und wenn dieser niedrig ist, resultiert eine umso höhere Ablieferung. Offenbar folgte das Betreibungsamt nach der Einvernahme des Schuldners dessen Angaben, er habe keine anderen pfändbaren Werte als das laufende Einkommen (zu den einzelnen anderen Positionen vgl. die Pfändungsurkunde act. 5/9/1). Was die Beteiligungspapiere am konkursiten C'._____ AG angeht, leuchtet die Wertlosigkeit zwar ein. Dass die Darlehensforderung von Fr. 450'000.-- gegen den C'._____ völlig wertlos wäre, ist

allerdings weniger klar – eine Schätzung der Konkursdividende liegt soweit ersichtlich nicht vor, und der Kläger macht dazu keine Angaben. Auch wenn die angegebenen weiteren (Darlehens-)Forderungen von Fr. 350'000.-- respektive Fr. 100'000.-- gegen zwei andere Gesellschaften bestritten sein sollten, bedürfte es für eine einigermaßen seriöse Bewertung näherer Kenntnisse über die Argumente beider Seiten. Endlich ist auch nicht weiter belegt, dass die Anteile der E. _____ GmbH (völlig) wertlos seien. Die Beklagte wies zutreffend darauf hin, dass zum Beispiel eine aktuelle Steuererklärung des Klägers gewisse Anhaltspunkte hätte geben können (wobei offen bleiben mag, ob das genügt hätte). Auch unter Berücksichtigung der neu vorgelegten Unterlagen bleibt es jedenfalls dabei, dass der Kläger seine finanzielle Situation nicht ausreichend klar darstellte, und dass der angefochtene Entscheid mit Recht annimmt, eine Mittellosigkeit im Sinne von Art. 117 ZPO sei nicht glaubhaft gemacht.

Die unentgeltliche Rechtspflege kann aber auch aus einem anderen Grund nicht gewährt werden:

3.4 Wie der Kläger richtig erkennt, darf sein Standpunkt auch nicht aussichtslos sein in dem Sinn, als die Verlustgefahren des Prozesses nicht erheblich grösser sein dürfen als die Erfolgs-Chancen (Art. 117 lit. b ZPO). Dazu hat sich das Bezirksgericht nicht geäußert, und der Kläger verlangt darum, die Sache sei zurückzuweisen zum Prüfen der Erfolgsaussichten seiner Klage. Das Obergericht kann das in der Beschwerde aber nachholen; einen Anspruch auf Wahrung des ganzen Instanzenzuges für alle einzelnen wesentlichen Elemente gibt es nicht (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO; BK ZPO-Sterchi, N. 12 ff. zu Art. 327 ZPO, ZK-ZPO-Freiburghaus/Afheldt, N. 10 ff. zu Art. 327 ZPO).

Im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege fasste sich der Kläger zu den Aussichten seiner Klage sehr kurz (act. 5/8 Ziff. 3). Dass er hoffe, mit der Beklagten eine Einigung per Saldo zu finden, dass er (nach eigener Darstellung) die erste Rate aus der streitigen Vereinbarung aus eigener Tasche zahlte, dass er auf Transfereinnahmen von Fr. 350'000.-- verzichtete, dass er für den C'. _____ (offenbar selber) Fr. 215'000.-- zahlte, und dass er auf eine Sanierung des C'. _____s hoffe, hat so weit erkennbar mit dem Prozessthema wenig oder nichts

zu tun. Allerdings verweist der Kläger auch auf die schriftliche Begründung der Aberkennungsklage, und das ist ebenfalls zu würdigen.

Der Kläger bestreitet der Beklagten in seiner Klage das Recht, ihn zu belangen. Die Forderung stamme nämlich aus einem Mandatsvertrag zwischen einer D._____ GmbH und dem C'._____ und habe nicht abgetreten werden können, weil Gläubigerin "die Gesellschaft des Sportchef des C'._____s" und der Anspruch persönlicher Natur war. Zudem liege keine gültige Zession vor, und eine solche wäre zudem nur inkassohalber erfolgt und daher illegitim. Die streitige Vereinbarung sei endlich für den C'._____ nicht rechtsgültig unterzeichnet, was auch er (der Kläger) selber geltend machen könne (act. 5/1).

Dass die ursprünglichen Forderungen (offenbar ging es um deren drei, dazu nachstehend) nicht abtretbar gewesen wären, legt der Kläger nicht plausibel dar. Jedenfalls ist nicht erkennbar, wie "Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses" (Art. 164 OR) dem entgegen standen. Ebenso wenig wird erläutert, warum eine Abtretung nicht gültig erfolgt sei – dass es sich allenfalls um eine Abtretung zum Inkasso handelte, macht die Abtretung nicht ungültig. Vor allem kommt es auf die Abtretung aber gar nicht an, weil sich der Kläger direkt gegenüber der heutigen (Aberkennungs-)Beklagten verpflichtete und also nicht die Konstellation vorliegt, dass er im Sinne von Art. 169 OR Einreden gegen den ursprünglichen Gläubiger auch dem neuen gegenüber geltend machen könnte. Die Schuldanerkennung in der Vereinbarung, welche zur Erledigung offener Streitigkeiten, also im Sinne eines Vergleichs, abgefasst ist, gab der Kläger sowohl für sich selber als auch für den C'._____ ab (Dossier EB170471 act. 4/9). Für den letzteren hatte er laut dem Handelsregister damals nur eine kollektive Zeichnungsberechtigung. Und auf dem Papier war denn auch die Unterschrift eines weiteren Organs vorgesehen. Insofern ist der Hinweis zutreffend, dass der C'._____ durch die Vereinbarung nicht gültig verpflichtet wurde. Das macht die Verpflichtung des Klägers aber nicht ungültig. Er gab seine Unterschrift ohne Vorbehalt ab. Zudem behauptet er nicht, es sei die Meinung beider Seiten gewesen, dass er nur hafte, wenn die Vereinbarung auch für den C'._____ zustande komme. Eine subsidiäre Haftung wie im Sinne einer Bürgschaft oder einer Garantie

ergibt sich aus dem Text nicht. Vor allem aber sagt die Vereinbarung im Ingress, es gebe eine Streitigkeit im Zusammenhang mit drei Forderungen aus dem Auftragsverhältnis zwischen der D._____ GmbH und dem C'._____ bzw. A._____ (Dossier EB170471 act. 4/9, Hervorhebung beigefügt). So macht der Kläger ja auch geltend, er habe die erste Rate von Fr. 12'000.-- selber bezahlt (act. 5/8 Ziff. 3). Was seine persönliche Verwicklung in die Sache war, geht aus dem Vergleich nicht hervor, aber es scheint aufgrund des Engagements des Klägers klar, dass es eine solche Involvierung gab. Damit ist sein sinngemässer Standpunkt wenig plausibel, seine ausdrücklich erklärte persönliche und solidarische Haftung sei für die Gegenpartei erkennbar davon abhängig gewesen, dass auch der C'._____ sich entsprechend verpflichtete.

Wie das Verfahren am Ende ausgeht, kann heute nicht sicher antizipiert werden. Es ist denkbar, dass der Kläger noch weitere Behauptungen oder rechtliche Einreden in den Prozess einbringt, welche eine neue Beurteilung erlauben und verlangen. Alles in allem sind die Verlustgefahren für die Aberkennungsklage aber bei einer vorläufigen Prüfung so deutlich grösser als die Erfolgsaussichten, dass die Klage als aussichtslos im Sinne des Rechts der unentgeltlichen Rechtspflege beurteilt werden muss. Damit hat das Bezirksgericht das entsprechende Gesuch im Ergebnis zu Recht abgewiesen, und die Beurteilung durch das Obergericht führt zum selben Resultat.

3.5 Damit ist die Beschwerde abzuweisen. Die Frist zum Leisten des Kostenvorschusses ist dem Kläger neu anzusetzen. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, was das Bezirksgericht beim Ansetzen der Nachfrist im angefochtenen Entscheid übersehen hat, dass der Kläger innert der ihm für den Vorschuss angesetzten Frist von zehn Tagen das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellte (act. 5/6, 5/7/2 und 5/8). Damit war er mit dem Vorschuss nicht säumig. Wenn das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen wurde resp. wird, hat der Kläger Anspruch auf eine erneute Fristansetzung im Sinne einer Erstreckung der ersten Frist. Erst wenn er diese versäumt, kommt es zur Nachfrist im Sinne von Art. 101 Abs. 3 ZPO.

4. Entsprechend der Praxis zu Art. 119 Abs. 6 ZPO würde der Kläger für das Beschwerdeverfahren grundsätzlich kostenpflichtig (*OGerZH* RU160002 vom 14. März 2016). Angesichts der besonderen Umstände im erstinstanzlichen Verfahren rechtfertigt es sich allerdings, auf Kosten zu verzichten. Damit wird das Gesuch des Klägers um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos.

Eine Parteienschädigung ist nicht zuzusprechen: dem Kläger nicht, weil er unterliegt, der Beklagten nicht, weil sie mit der Beschwerde keine Aufwendungen hatte.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die dem Kläger mit dem angefochtenen Beschluss vom 13. November 2017 in Ziff. 2 angesetzte Frist zum Zahlen des Kostenvorschusses wird ihm im Sinne einer Erstreckung der erstmaligen Frist neu angesetzt auf 10 Tage ab Zustellung des heutigen Entscheides.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
4. Das Gesuch des Klägers um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
5. Es wird keine Parteienschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage von Doppeln der act. 2, 8 und 10, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten und dem Beleg über Zustellung des heutigen Entscheides an den Kläger – an das Bezirksgericht Zürich 10. Abteilung, je gegen Empfangsschein.
7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Be-

schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 40'000.--.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw J. Nagel

versandt am: