

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PP170053-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Beschluss und Urteil vom 5. Januar 2018

in Sachen

A._____, lic. iur.,
Kläger und Beschwerdeführer

gegen

B.____ AG,
Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X._____

betreffend **Aberkennung (unentgeltliche Rechtspflege und Sicherstellung
Parteientschädigung)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (10. Abteilung) des
Bezirksgerichtes Zürich vom 13. November 2017; Proz. FV170093**

Erwägungen:

1. Der Kläger ist einziger, offenbar treuhänderischer, Verwaltungsrat der C._____ AG, welche das Anbieten von Limousinen-Diensten und insbesondere die Unterstützung eines "... " bezweckt. Die Gesellschaft soll nach seinen Angaben für ihren Aktionär D._____ über die E._____ Leasing AG ein Auto "Land Rover" geleast haben. Da der Leasingnehmer die Leasingraten nicht zahlte, habe die Leasingfirma die Rückgabe des Fahrzeuges verlangt. Ein Herr E._____, der mit dem Vater des Klägers bekannt gewesen war und dem der Kläger daher vertraute, habe unter falschen Angaben erreicht, dass seine (des Klägers) damalige Ehefrau F._____ in den Leasingvertrag eintrat und der Kläger selbst sich für offene Leasingraten verpflichtete. Daraufhin habe die E._____ Leasing AG nicht etwa selbst die Erfüllung der Verpflichtung eingefordert, sondern das habe die heutige Beklagte getan, welcher zudem eine gültige Zession fehle (im Einzelnen act. 5/1).

Die Beklagte betrieb den Kläger mit Zahlungsbefehl vom 16. Dezember 2016 für Fr. 21'395.-- nebst Zinsen und Kosten. Auf Rechtsvorschlag hin verlangte und erhielt sie provisorische Rechtsöffnung (act. 5/12/3; der Kläger hatte sich im Verfahren nicht vernehmen lassen). In der Folge erhob der Kläger Aberkennungsklage (act. 5/1).

Der zuständige Einzelrichter setzte dem Kläger Frist zum Zahlen eines Vorschusses von Fr. 3'262.-- (act. 5/4). Der Kläger blieb säumig, worauf ihm die gesetzliche Nachfrist angesetzt wurde (act. 5/6); innert dieser Frist wurden der geforderte Betrag bezahlt (act. 5/6-8). Auf Fristansetzung zur Klageantwort hin ersuchte die Beklagte darum, vom Kläger eine Sicherheit für die allfällige Parteientschädigung zu verlangen, weil eine jüngste Pfändungsurkunde im Sinne von Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO die Gefährdung der Parteientschädigung nahe lege (act. 5/11). Das Gericht nahm die Frist zur Klageantwort ab und gab dem Kläger Gelegenheit zur Stellungnahme. Der Kläger beantragte Abweisung des Gesuchs um Sicherheit, weil er nicht zahlungsunfähig sei, und ersuchte gleichzeitig um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, weil er selber mittellos und seine Sache nicht aussichtslos sei (act. 5/16). Zum Antrag auf unentgeltliche Rechts-

pflege konnte sich wiederum die Beklagte äussern; sie hielt unter Hinweis auf zwei betriebsamtliche Einvernahmen von Mai und Juni 2017 daran fest, die Bonität des Klägers sei zweifelhaft, und sie erachtete dessen Standpunkt im Prozess als aussichtslos im Sinne des Gesetzes (act. 5/21).

Mit Verfügung vom 13. November 2017 wies der Einzelrichter das Gesuch des Klägers um unentgeltliche Rechtspflege ab. Der Kläger sei nicht mittellos und schulde überdies der Beklagten die Parteientschädigung aus dem Rechtsöffnungsverfahren. Er setzte dem Kläger daher Frist zum Sicherstellen der Parteientschädigung in seinem Verfahren (act. 5/23). Dieser Entscheid ging dem Kläger am 15. November 2017 zu (act. 5/24/2).

2. Am Montag 27. November 2017, und damit innert Frist, führt der Kläger Beschwerde gegen den Entscheid vom 13. November 2017 (act. 2).

Die Akten des Einzelrichters wurden beigezogen. Ein Kostenvorschuss wurde wegen der zu behandelnden Thematik nicht verlangt. Zum Antrag des Klägers betreffend aufschiebende Wirkung wurde klar gestellt, dass seine Beschwerde gemäss ständiger Praxis der Kammer (auch) als Gesuch um Erstreckung der in der angefochtenen Verfügung angesetzten Frist gilt und diese Frist daher einstweilen nicht säumniswirksam ablaufen kann (act. 6).

Der Kläger reichte zwei zusätzliche Schriftsätze ein (act. 8 und 10).

Die Sache ist spruchreif.

3.1 Der Kläger beanstandet, dass ihm der Einzelrichter keine Frist zum Darstellen seiner Bedürftigkeit angesetzt resp. ihm keine Gelegenheit gegeben habe, die Ausführungen zu verdeutlichen und zu verbessern; das verletze sein rechtliches Gehör (act. 2 S. 2). Dabei verkennt er, dass ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne weitere gerichtliche Fristansetzung zu begründen ist (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. Der Kläger hatte sich zu den wesentlichen Elementen der Prozessarmut und den Aussichten seiner Klage geäussert

(act. 5/16 Ziff. 4 S. 2 f.), und wenn das ungenügend war, hat er dies selber zu vertreten. Die Rüge ist unberechtigt.

Der Einzelrichter hat einen Fehler gemacht, welchen der Kläger freilich nicht rügt: er nahm die Eingabe der Beklagten zur Frage der unentgeltlichen Rechtspflege entgegen und entschied zum Nachteil des Klägers, ohne diesem Gelegenheit zur Äusserung zu geben (act. 21 und 23). Das verletzte Art. 53 Abs. 1 ZPO — auch wenn in diesem Fall die Besonderheit besteht, dass der Einzelrichter die neuen Unterlagen der Beklagten zu Gunsten des Klägers berücksichtigte: erst aus ihnen ergab sich die vom Kläger ungenügend dargestellte konkrete Berechnung des Existenzminimums (angefochtener Entscheid Erw. 2.2 und 2.3). Unter dem Aspekt des Gehörs kommt es darauf allerdings nicht entscheidend an, denn dieses ist so genannt "formeller Natur", und es spielt daher keine Rolle, wie weit der Einzelrichter die letzte Eingabe der Beklagten verwertet hat. Die Verletzung des Rechts auf das letzte Wort ist in diesem Fall allerdings nicht besonders gravierend; der Kläger konnte sich im Beschwerdeverfahren äussern (und hat das getan, insbesondere die von der Beklagten dem Einzelrichter eingereichten Pfändungsprotokolle kommentiert: act. 2 S. 2), und das Obergericht kann die Frage mit der nämlichen Kognition wie der Einzelrichter beurteilen. Weiterungen unter diesem Titel sind damit entbehrlich.

3.2 In erster Linie rügt der Kläger, dass der Einzelrichter die Voraussetzungen für eine Sicherstellung als gegeben annahm. Konkret hat der Einzelrichter ausgeführt, der Kläger schulde der Beklagten aus einem früheren Verfahren Kosten von Fr. 2'299.30, welche er bisher nicht bezahlt habe (angefochtene Verfügung Erw. 3.1.2). Dem hält der Kläger entgegen, er habe gar nicht zahlen können, weil gegen ihn eine provisorische Pfändung bestehe, welche ihn zwingt, ein sein Existenzminimum übersteigendes Einkommen dem Betreibungsamt abzuliefern, und die fragliche Kostenschuld gehöre nicht zum Existenzminimum (act. 2 S. 2 unten und S. 3 oben). Damit räumt er allerdings gerade ein, dass die Erwägung des Einzelrichters richtig ist — auch wenn er erklärt, er sei der Beklagten gegenüber nicht *zahlungsunfähig*, sondern *zahlungsunwillig*, weil er sich übervorteilt fühle (act. 2 S. 1 unten). Das Gesetz macht nicht zur Bedingung, dass Prozess-

kosten böswillig oder auch nur schuldhaft nicht bezahlt werden, sondern stellt auf den objektiven Tatbestand ab (Art. 99 Abs. 1 lit. c ZPO). Die Voraussetzungen für das Sicherstellen sind also erfüllt. Abgesehen davon wäre die Tatsache der provisorischen Pfändung mit dem Einzelrichter auch als "anderer Grund" im Sinne des Gesetzes zu beurteilen – ganz abgesehen davon, dass sich der Kläger nun in der Beschwerde (wenn auch im Zusammenhang mit der verlangten unentgeltlichen Rechtspflege) als "offensichtlich mittellos" bezeichnet (act. 2 Ziff. 3, ferner act. 8 und act. 10), was ohne Weiteres die Gefährdung einer allfälligen Parteientschädigung bedeutet. Die Sicherstellung wurde zu Recht angeordnet.

Für diesen Fall verlangt der Kläger die unentgeltliche Rechtspflege, was er wie bereits erwähnt mit fehlenden Mitteln und intakten Aussichten seiner Klage begründete (act. 5/16). Das ist grundsätzlich aufgrund der Vorbringen in erster Instanz zu überprüfen; Noven sind in der Beschwerde nicht zugelassen (Art. 326 ZPO), mit Ausnahme solcher, welche dem Kläger durch den Einzelrichter dadurch abgeschnitten wurden, als keine Gelegenheit zur abschliessenden Stellungnahme bestand (vgl. vorstehend Erw. 3.1, zweiter Absatz). Der Einzelrichter hat erwogen, der Kläger habe seine Mittellosigkeit nicht ausreichend dargestellt, indem er nämlich nicht belegte, dass er dem Betreibungsamt die gepfändeten Quoten tatsächlich abliefere (angefochtene Verfügung Erw. 2.3). Dem hält der Kläger in der Beschwerde nichts Stichhaltiges entgegen – ob die Beklagte ihm gegenüber einen provisorischen Verlustschein besitzt (was er bestreitet), ist unerheblich. Entscheidend ist, dass er seiner Mitwirkungs-Obliegenheit beim Feststellen seiner finanziellen Verhältnisse nur ungenügend nachkam und der Einzelrichter darum mit Recht angenommen hat, die "Prozessarmut" sei ungenügend glaubhaft gemacht. Im Lauf des Beschwerdeverfahrens reichte der Kläger neu einen Beleg ein, wonach er dem Betreibungsamt im November die gepfändete Quote in der Höhe von Fr. 2'394.-- abliefern musste (act. 8 und 9). Anders als in der Berufung sind in der Beschwerde aber auch echte Noven nicht zulässig, und der Beleg, der nicht unter den vorhin angebrachten Vorbehalt fällt, ist daher nicht zu berücksichtigen. Das Nämliche gilt für die weitere Eingabe, welche die Abrechnung der Pfändungsquoten für mehrere Monate belegen soll (act. 10 und 11).

Ein Weiteres kommt hinzu: richtigerweise hat sich der Kläger im Gesuch um die unentgeltliche Rechtspflege zu den Aussichten seiner (Aberkennungs-)Klage geäußert. Er führte dort aus, der Leasing-Gegenstand sei überhöht bewertet worden, und dementsprechend sei der Restwert, für welchen er sich verpflichtet habe, absolut nicht gerechtfertigt, zumal seine frühere Ehefrau den Leasingvertrag mit einem Wert von mehr als Fr. 100'000.-- übernommen habe, die einzelnen Leasingzahlungen nicht einzeln aufgeführt worden seien, und er (der Kläger) im Vertrauen auf Herrn E._____ und als Geschenk zugunsten D._____ die Restdifferenz in Unkenntnis der Zahlen anerkannt habe (act. 5/16 S. 3 oben). Der Einzelrichter hat sich damit nicht auseinandergesetzt, weil es nach seiner Beurteilung nicht notwendig war. Das Obergericht kann das in der Beschwerde im Sinne einer Eventualerwägung nachholen; einen Anspruch auf Wahrung des ganzen Instanzenzuges für alle einzelnen wesentlichen Elemente gibt es nicht (insbesondere auch dann nicht, wenn eine Beschwerde aufgrund der geltend gemachten Rügen begründet ist: Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO; BK ZPO-Sterchi, N. 12 ff. zu Art. 327 ZPO, ZK-ZPO-Freiburg-haus/Afheldt, N. 10 ff. zu Art. 327 ZPO). Basis der Forderung der (Aberkennungs-)Beklagten ist die Schuldanerkennung des (Aberkennungs-)Klägers vom 18. August 2016 (act. 5/2/5). Darin erklärt der Kläger ausdrücklich, er anerkenne eine "aus Zession E._____ Leasing AG" herrührende Schuld. Damit ist sein Einwand wenig erfolgversprechend, die Zession sei ungültig (act. 5/1 Ziff. 5), weil gar nicht die anerkannte Forderung abgetreten wurde. Abgesehen davon ist es entgegen der Auffassung des Klägers nicht missbräuchlich, wenn ein Inkasso-Zessionar für die erworbene Forderung mindestens fürs Erste keine Zahlung leistet. Weil der Kläger die bereits abgetretene Forderung anerkannt hat, wird er sich im Prozess kaum auf Einreden berufen können, welche ihm gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger allenfalls zustanden (so seine Argumentation in der Aberkennungsklage, act. 5/1 Ziff. 5 am Ende), denn Art. 169 OR kommt in dieser Situation gar nicht zur Anwendung. Aber selbst wenn es auf die Absichten und das Verhalten der E._____ Leasing AG ankäme, hülfe das dem Kläger wenig: er beruft sich auf Übervorteilung (durch die E._____ Leasing AG), weil der Wert des Fahrzeuges zu hoch angesetzt worden sei. Einen "gerechten" Preis gibt es im schweizerischen Schuldrecht freilich nicht, sodass es einer quali-

fizierten Unrichtigkeit bedürfte. In diesem Sinn macht der Kläger geltend, er sei von der E. _____ Leasing AG getäuscht und übervorteilt worden, er sei zudem einem Grundlagenirrtum unterlegen und die E. _____ Leasing AG verhalte sich wider Treu und Glauben (act. 5/1 Ziff. 5 ff.). Diesen ganzen Strauss von Gründen untermauert er allerdings nur sehr knapp. Es ist dazu Folgendes zu erwägen: Übervorteilung setzt voraus, dass der eine Vertragspartner das offenbare Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des anderen herbeigeführt hat (Art. 21 OR). Worin seine Notlage bestanden haben könnte, macht der Kläger nicht geltend. Unklar ist auch, wie er sich als Anwalt und einziger Verwaltungsrat einer im Auto-geschäft tätigen Aktiengesellschaft erfolgreich auf Unerfahrenheit oder Leichtsinns sollte berufen können, auch wenn er selber kein Auto hat, wie er ausführt (act. 5/1 Ziff. 7). Ähnlich ist es mit der absichtlichen Täuschung (Art. 28 OR) – wie erwähnt gibt es keinen "gerechten" Wert für ein Leasingfahrzeug, und der Kläger mit seinem beruflichen Hintergrund wird nur schwer mit Erfolg geltend machen können, er habe die Angemessenheit der anerkannten Schuld nicht abzuschätzen vermocht. Es kommt hinzu, dass – so weit die Ausführungen dazu verständlich sind – der Kläger den Restwert des Fahrzeuges nach gefahrenen immerhin 93'000 km (act. 5/1 Ziff. 4) mit dem ursprünglichen Vertragswert zu vermengen scheint (act. 5/1 Ziff. 7 und 4, ferner Ziff. 8). Auf den Restwert bei Übernahme des Leasings durch die frühere Ehefrau des Klägers kommt es hier kaum an, da der Kläger offenbar im Wesentlichen die von D. _____ nicht bezahlten Leasingraten zu zahlen versprach, und diese haben mit einer späteren Bewertung nichts zu tun. Die Elemente eines Grundlagenirrtums im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR (auch hier: massgeblich wäre nicht der ursprüngliche Leasingvertrag, sondern der Zeitpunkt der Schuldanerkennung des Klägers) sind einstweilen nicht zu sehen. Und endlich zum allgemeinen Vorwurf des Handelns wider Treu und Glauben: es bedürfte eines "offenbaren Missbrauchs" des Rechts (Art. 2 Abs. 2 ZGB), und dafür fehlen die Grundlagen. Nach Darstellung des Klägers hat er als Organ der C. _____ AG einen Leasingvertrag abgeschlossen, wobei das Objekt nicht der Gesellschaft, sondern deren Aktionär persönlich zur Verfügung stehen sollte – und der so Begünstigte blieb die Leasingraten schuldig. In dieser Situation musste der Kläger

ernstlich befürchten, aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit haftbar zu werden (Art. 754 OR); wenn er es persönlich übernahm, die offenen Schulden zu zahlen, war das also durchaus auch in seinem Interesse, und dass Honorierung dieses Versprechens verlangt wird, erscheint nicht als missbräuchlich.

Was die ehemalige Ehefrau des Klägers ihrer Verpflichtung allenfalls entgegen halten kann, ist nicht Thema des heutigen Verfahrens.

Wie das Verfahren am Ende ausgeht, kann heute nicht sicher antizipiert werden. Es ist denkbar, dass der Kläger noch neue Behauptungen oder neue 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 der Einzelrichter das entsprechende Gesuch zu Recht abgewiesen, und die Beurteilung durch das Obergericht führt zum selben Resultat.

3.3 Die (erste) Frist zum Leisten der Sicherheit ist dem Kläger neu anzusetzen.

4. Die Kammer hat sich (wenn auch mit gewissen Bedenken) der Auffassung angeschlossen, welche das Rechtsmittelverfahren zur unentgeltlichen Rechtspflege nicht als kostenfrei ansieht (OGerZH RU160002 vom 14. März 2016). Der unterliegende Kläger wird damit kostenpflichtig. Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren ist wegen Aussichtslosigkeit abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO). Basis für die Gebühr ist der Streitwert der Hauptsache von rund Fr. 22'000.-- im Rahmen von § 9 Abs. 1 GebV OG. Eine Parteientschädigung ist aber nicht zuzusprechen, da die Beklagte im Rechtsmittelverfahren nicht begrüsst werden musste.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Klägers um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Mitteilung mit dem nachfolgenden Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die (erste) Frist zum Leisten der Sicherheit von Fr. 4'525.40 gemäss der angefochtenen Verfügung wird dem Kläger neu angesetzt auf 10 Tage nach Zustellung dieses Urteils.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.-- festgesetzt und dem Kläger auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren wird keine Parteienschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage von Doppeln der act. 2, 8 und 10 sowie an das Bezirksgericht Zürich (mit den Akten und hinsichtlich Dispositiv Ziff. 2 vorstehend mit dem Beleg über die Zustellung dieses Entscheides an den Kläger), je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
6. 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 Beschwerde 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. 22'000.--.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: