



Kass.-Nr. AA060113/U/br

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 22. August 2006

in Sachen

X.,

...,

Beklagter, Appellant und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

Y. AG,

...,

Klägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. ,

betreffend

Forderung/Arrestprosequierung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Juni 2006 (NG050022/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Z. schloss als Vermieterin am 23. März 1992 einen Mietvertrag samt Zusatzvereinbarung mit der "X. Consults AG" als Mieterin, für welche der Beklagte X. unterzeichnete, über Büroräume und ein Archiv sowie zwei Parkplätze an der _____strasse .. in Zürich (MG act. 29/1 und 29/2). Am 14. April 1997 wurde von der Vermieterin über diese Mieträumlichkeiten ein weiterer Mietvertrag geschlossen; diesmal wurde das bolivianische Generalkonsulat als Mieterin bezeichnet, für welches ebenfalls der Beklagte X. unterzeichnete (MG act. 17/2 und 17/3). Dieser Mietvertrag sollte gemäss "Besondere Vereinbarungen" alle früheren Vereinbarung ersetzen. Mit schriftlicher Erklärung vom 14. April 1997 verpflichtete sich der Beklagte gegenüber der Vermieterin (= Klägerin), für die richtige Erfüllung der vom bolivianischen Generalkonsulat übernommenen vertraglichen Verpflichtung gemäss Mietvertrag samt Zusatzvereinbarung vom 14. April 1997 betreffend Mietsache an der _____strasse .. in Zürich, zu garantieren (MG act. 17/4). Gemäss Nachtrag zum Mietvertrag vom 6. Juli 2001 wurde der Mietzins angepasst und gleichzeitig der Mietvertrag bis zum 30. Juni 2006 verlängert (MG act. 17/6), unterzeichnet wurde der Nachtrag seitens der Mieterin (bolivianisches Generalkonsulat) wiederum vom Beklagten. Am Schluss des Nachtrags wurde sodann – unterzeichnet ebenfalls vom Beklagten – festgehalten, X. Consultants AG hafte einzeln und damit solidarisch gegenüber der Vermieterin für alle aus dem Mietvertrag sich ergebenden Verbindlichkeiten des Mieters (MG act. 17/6).

Ein vom Beklagten am 3. Oktober 2001 ausgestellter Check über Fr. 32'062.50 zugunsten der Klägerin konnte nicht eingelöst werden (MG act. 17/7). Nach Fristansetzung zur Bezahlung der ausstehenden Mietzinse und Kündigungsandrohung kündigte die Klägerin das Mietverhältnis nach unbenutztem Fristablauf auf den 30. April 2002 (MG act. 17/8, S. 4). Mit Verfügung vom 13. August 2002 befahl der Audienzrichter am Bezirksgericht Zürich der Mieterin,

die Büroräume, den Archivraum und die Parkplätze zu räumen und der Klägerin unverzüglich zu übergeben (MG act. 17/8).

Die Klägerin liess nachfolgend verschiedene, sich im Eigentum des Beklagten befindende Grundstücke in Zürich, Dübendorf und Opfikon mit Arrest belegen (MG act. 17/9 - 14). Gegen die Arrestbefehle in Zürich und Dübendorf erhob der Beklagte Einsprache, welche jeweils vom Einzelrichter abgewiesen wurde (MG act. 17/15 und 17/16). Gegen die von der Klägerin am jeweiligen Arrestort eingeleiteten Betreibungen erhob der Beklagte Rechtsvorschlag (MG act. 17/17 - 19). Die Klägerin machte bei den Schlichtungsbehörden Zürich und Uster je ein Arrestprosequierungsverfahren anhängig, wobei das Verfahren von Uster an die Schlichtungsbehörde von Zürich überwiesen wurde (MG act. 5/1, 6/2/1 und 6/1). Nach Feststellung der Nichteinigung am 10. Juni 2004 (MG act. 3/1 und 3/2) reichte die Klägerin beim Mietgericht Zürich Klage ein mit dem Begehren, der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 128'250.-- samt 5% Zins (abgestuft), sowie Zahlungsbefehls- und Rechtshilfekosten, Spruchgebühren und Arrestkosten zu bezahlen, zudem seien die entsprechenden Rechtsvorschläge aufzuheben (MG act. 1). Das Mietgericht Zürich hiess die Klage mit Urteil vom 24. Oktober 2005 gut und verpflichtete den Beklagten zur Bezahlung von Fr. 128'250.-- zuzüglich 5% Zins (zeitlich abgestuft), der Zahlungsbefehls- und Rechtshilfekosten, Spruchgebühren und Arrestkosten und hob die entsprechenden Rechtsvorschläge auf (MG act. 50 = OG act. 59).

2. Gegen dieses Urteil des Mietgerichtes Zürich erhob der Beklagte Berufung an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (MG act. 53). Das Obergericht stellte nach Eingang der Berufung fest, aus dem Handelsregister gehe hervor, dass eine Absorptionsfusion im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a FusG zwischen der "Z." und der "Y. AG" stattgefunden habe. Mit Verfügung vom 11. November 2005 merkte die II. Zivilkammer des Obergerichts daher vor, dass die "Y. AG" anstelle der "Z." als Klägerin in den Prozess eingetreten sei, und änderte das Rubrum entsprechend (OG act. 63). Mit Schreiben vom 14. Dezember 2005 machte daraufhin der Rechtsvertreter der Klägerin geltend, zwar habe tatsächlich eine Fusion stattgefunden, jedoch sei die hier in Frage stehende Forderung zuvor

mit Zession vom 9. August 2005 an A., Zürich, übergegangen, weshalb künftig dieser ins Rubrum aufzunehmen sei (OG act. 69); gleichzeitig legte der Rechtsvertreter eine Vollmacht von A. vor (OG act. 70/2). Der Beklagte bestritt die Aktivlegitimation von A. (OG act. 72). Mit Stellungnahme vom 17. Februar 2006 reichte der Rechtsvertreter der klägerischen Partei die Zessionsurkunde vom 28. Juni 2005 ein (OG act. 82/1). Mit Beschluss vom 22. März 2006 auferlegte das Obergericht der klägerischen Partei den Hauptbeweis dafür, dass die Gegenstand der Klage bildende Forderung am 28. Juni 2005 von der Rechtsvorgängerin der Y. AG (d.h. von der Z.) dem A. abgetreten worden sei, beschloss gleichzeitig die Abnahme diverser Beweismittel und forderte weitere Urkunden ein (OG act. 88). Mit Eingabe vom 26. April 2006 reichte der klägerische Rechtsvertreter eine Zession von A. an die Y. AG vom 26. April 2006 ein, mit welcher die Forderung im Betrag von Fr. 128'250.-- zuzüglich 5% Zins (zeitlich abgestuft), Zahlungsbefehls- und Rechtshilfekosten, Spruchgebühren und Arrestkosten sowie die Prozessentschädigung gemäss Urteil des Mietgerichts vom 24. Oktober 2005 gegenüber dem Beklagten und gegenüber X. Consultants AG bzw. Bolivianisches Generalkonsulat, zurück übertragen wurde, wenn und soweit diese Forderung mit Urkunde vom 28. Juni 2005 von der Z., zwischenzeitlich fusioniert, an A. abgetreten worden sei (OG act. 99/1); gleichzeitig reichte der Rechtsvertreter eine auf ihn lautende Vollmacht der Y. AG ein. Der Beklagte verlangte weiterhin die Abweisung der Klage mangels Aktivlegitimation der Klägerin (OG act. 104). Mit Beschluss vom 12. Juni 2006 hiess die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich die Klage dahingehend gut, als der Beklagte verpflichtet wurde, der Klägerin (Rechtsnachfolgerin der Z.) den Betrag von Fr. 128'250.-- zuzüglich 5% Zins (zeitlich abgestuft) zu bezahlen, und als je in diesem Umfang die Rechtsvorschläge aufgehoben wurden (OG act. 107 = KG act. 2).

3. Gegen diesen Beschluss erhob der Beklagte und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses sowie die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung (KG act. 1). Zudem beantragte der Beschwerdeführer die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes

für das Beschwerdeverfahren (KG act. 1, S. 2). Den Parteien und der Vorinstanz wurde mit Schreiben des Kassationsgerichts vom 24. Juli 2006 der Eingang der Beschwerde angezeigt (KG act. 7). Weitere prozessleitende Anordnungen sind nicht ergangen, da sich die Beschwerde sofort als offensichtlich unbegründet erweist (§ 289 ZPO). Eine Kautionspflicht besteht gemäss § 78 Ziff. 2 ZPO i.V.m. § 53 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO im vorliegenden einfachen und raschen Verfahren nicht.

II.

1. a) Der Beschwerdeführer stellt im Beschwerdeverfahren das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters. Er macht hierzu geltend, er habe Pfändungen über sich ergehen lassen müssen und verfüge über keine Vermögensaktiva; mangels Einkommen lebe er von der AHV und sei daher ausser Stande, die Kosten für das Beschwerdeverfahren aufzubringen (KG act. 1, S. 2 und 6).

b) Gemäss § 84 ZPO kann Parteien, welchen die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Gerichtskosten aufzubringen, auf Gesuch die unentgeltliche Prozessführung gewährt werden, wenn der Prozess nicht aussichtslos erscheint. Unter denselben Bedingungen kann einer Partei auch ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt werden, wenn sie für die gehörige Führung des Prozesses eines solchen bedarf (§ 87 ZPO). Allerdings erscheint das vorliegende Beschwerdeverfahren – wie bereits erwähnt – als zum Vornherein aussichtslos. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus der nachfolgenden Begründung (Erw. II.2 - 4.). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters für das Beschwerdeverfahren ist daher abzuweisen.

2. Der Beschwerdeführer macht mit seiner kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde einzig geltend, die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf das rechtliche Gehör und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO verletzt, indem sie in keiner Weise auf seine Argumentation in der Eingabe vom 26. Mai 2006 eingegangen sei, wonach sich die Rückzession vom 26. April

2006 ausdrücklich auf die Zession vom 28. Juni 2005 beziehe, welche ihrerseits einzig "die X. Consultants AG bzw. das Bolivianische Generalkonsulat als Solidarschuldner betraf, nicht aber den Appellanten persönlich", weshalb "diese neue Zession keinerlei Aktivlegitimation für Ansprüche gegen den Appellanten zu begründen" vermöge. Da nämlich A. gemäss Zession vom 28. Juni 2005 nur Forderungen gegen X. Consultants AG und das Bolivianische Generalkonsulat zediert erhalten habe, könne er auch nicht eine Forderung gegen X. (den Beklagten) persönlich an die Y. AG abtreten, zumal er selber ausdrücklich darauf hingewiesen habe, dass er nur insoweit eine Forderung abtreten könne, als ihm eine solche auf Grund der Zession vom 28. Juni 2005 zugekommen sei. Indem die Vorinstanz auf dieses Argument des Beschwerdeführers überhaupt nicht eingegangen sei, habe sie dessen Anspruch auf das rechtliche Gehör verletzt (KG act. 1, S. 5 f.).

3. a) Die Vorinstanz schickte in ihrem Entscheid vorerst voraus, dass die Republik Bolivien in der Schweiz kein Generalkonsulat unterhalte, sondern vielmehr das Generalkonsulat in Berlin zuständig sei für die Schweiz. Der Beklagte bekleide in der Schweiz auf eigene Rechnung die Funktion eines Honorarkonsuls (KG act. 2, S. 4).

b) Betreffend Aktivlegitimation führte die Vorinstanz aus, bereits mit Beschluss vom 11. November 2005 sei festgehalten worden, dass die ursprüngliche Klägerin "Z." per 28. September 2005 im Handelsregister gelöscht und infolge Absorptionsfusion gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a FusG aufgelöst worden sei, unter Übergang sämtlicher Aktiven und Passiven auf die übernehmende Gesellschaft, die Y. AG. Dies führe von Gesetzes wegen zum Parteiwechsel (§ 49 Abs. 2 ZPO). Bezüglich der Zession und Rückzession führte die Vorinstanz aus, entscheidend sei einzig, dass die vorgelegte förmliche Zession vom 28. Juni 2005 (OG act. 82/1) kongruent sei mit der schliesslich vorgelegten Rückzession vom 26. April 2006 (OG act. 99/1). Eine Gefahr für den Beschwerdeführer bezüglich Doppelzahlung bestehe nicht, da er sich gemäss Art. 167 OR durch Zahlung an die frühere Gläubigerin bzw. deren Rechtsnachfolgerin gültig befreien könne, solange ihm gegenüber weder von der Klägerin noch von A. eine Anzeige der Abtretung erfolgt sei. Mit der Rückzession habe A. mit aller erwünschten Deutlichkeit erklärt,

dass er die im Prozess liegende Forderung an die Beschwerdegegnerin abtrete, und zwar ungeachtet darum, ob sie sich gegen den Beschwerdeführer persönlich, die "X. Consultants AG" bzw. das "Bolivianische Generalkonsulat" richte (KG act. 2, S. 8 f.). Nachfolgend prüfte die Vorinstanz die Forderung aus Mietvertrag unter Hinweis auf die zuvor von der ersten Instanz getroffenen Erwägungen (OG act. 59, S. 13 - 19) und kam zum Schluss, die erste Instanz habe sich zu Recht auf den Standpunkt gestellt, dass hier nicht eine Haftung des Beschwerdeführers als Bürge in Frage stehe, sondern von einer (bürgschaftsähnlichen) Garantieverpflichtung des Beschwerdeführers im Sinne von Art. 111 OR auszugehen sei (KG act. 2, S. 9 f., unter Hinweis auf OG act. 59, S. 16). Zudem sei auch deshalb von einem Interesse des Beschwerdeführers am Gesamtgeschäft auszugehen, weil er in den gemieteten Geschäftsräumlichkeiten nach der unbestritten gebliebenen Sachdarstellung der Beschwerdegegnerin die Geschäfte des bolivianischen Honorarkonsulats (nicht: "Generalkonsulat") auf eigene Rechnung betrieben habe (KG act. 2, S. 10). Schliesslich wurde auch der Verrechnungsanspruch des Beschwerdeführers unter Hinweis auf die erstinstanzliche Begründung und die erst vor Obergericht und damit verspätet erfolgte Beweismittelbezeichnung verworfen (KG act. 2, S. 10 f.).

4. Ob die Sachlegitimation (Aktiv- und Passivlegitimation) gegeben ist, entscheidet sich nach Bundesrecht, weil sie zur materiellen Begründetheit des Klagebegehrens gehört (Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, § 16, Rz 75 und weitere Hinweise in Fn 20). Die in diesem Zusammenhang vom Beschwerdeführer erhobene Rüge, die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf das rechtliche Gehör verletzt, indem sie eine von ihm vorgebrachte (rechtliche) Argumentation bezüglich der Aktivlegitimation der Beschwerdegegnerin nicht beachtet habe, könnte der Beschwerdeführer im vorliegenden berufungsfähigen Fall mit eidgenössischer Berufung beim Bundesgericht vorbringen. Nach Bundesrecht beurteilte sich sodann auch die Frage, ob das vom Beschwerdeführer vorgebrachte und gemäss seiner Beanstandung von der Vorinstanz nicht beachtete Argument im Zusammenhang mit der Aktivlegitimation und mit der Beurteilung der verschiedenen Zessionen und Rückzessionen überhaupt erheblich gewesen wäre. (Der Beschwerdeführer ficht die weitere Begründung der

Vorinstanz nicht an, wonach die ursprüngliche Klägerin [Z.] durch Absorptionsfusion aufgelöst und deren Aktiven und Passiven von Gesetzes wegen auf die übernehmende Gesellschaft [die Beschwerdegegnerin Y. AG] übergegangen seien, was damit auch für allfällige gegenüber dem Beschwerdeführer persönlich bestehende Forderungen der früheren Klägerin, welche allenfalls mit der Zession vom 28. Juni 2005 nicht an A. übertragen worden wären, gelten müsste. Zudem ficht der Beschwerdeführer die weiteren Erwägungen der Vorinstanz betreffend persönlicher Verpflichtung des Beschwerdeführers [KG act. 2, S. 9 f.] nicht an.). Auch die allenfalls enthaltene Rüge der Verletzung der Begründungspflicht könnte in diesem Zusammenhang vor Bundesgericht vorgebracht werden, welches diese Beanstandung mit freier Kognition prüfen könnte (Messmer/Imboden, a.a.O., § 20, Rz 101, Fn 14 f.). Auf die Rüge des Beschwerdeführers kann daher im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden (§ 285 ZPO).

III.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO). Mangels erheblicher Umtriebe im Beschwerdeverfahren ist der Beschwerdegegnerin keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'200.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 207.-- Schreibgebühren,
Fr. 95.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
5. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Mietgericht Zürich (ad MD040048) sowie das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: