

ZH_KASSATIONSGERICHT AA100055 vom 21. Juli 2011

Zh Kassationsgericht, 2011-07-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA100055

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA100055 du 21 juillet 2011

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA100055 del 21 luglio 2011

Erwägungen

E. 1

Gemäss einem Scheidungsurteil vom 4. Mai 2006 ist der Beschwerdeführer verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für die drei Kinder A., geb. 1991, B., geb. 1994, und C., geb. 1995, monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.-- je Kind (indexiert, Stand November 2005) zu bezahlen (BG act. 3 S. 3 f. Ziff. 5 und 6). Mit Eingabe vom 25. Juni 2009 an das Bezirksgericht Zürich stellte er ein diesbezügliches Abänderungsbegehren. Mit diesem beantragte er zugleich, es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (unentgeltliche Prozessführung, unentgeltlicher Rechtsbeistand) (BG act. 1). Mit Verfügung vom 18. Dezember 2009 wies der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (OG act. 3). Dagegen rekurrierte der Beschwerdeführer an das Obergericht des Kantons Zürich (OG act. 2). Mit Beschluss vom 1. April 2010 wies dieses (dessen I. Zivilkammer) den Rekurs ab, bestätigte die angefochtene einzelrichterliche Verfügung vom 18. Dezember 2009 und wies auch das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Rekursverfahren ab (KG act. 2).

E. 2

Gegen den ihm am 12. April 2010 zugestellten (OG act. 14/2) obergerichtlichen Beschluss vom 1. April 2010 reichte der Beschwerdeführer beim Kassationsgericht am 6. Mai 2010 und damit rechtzeitig eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragt er in erster Linie die Aufhebung des angefochtenen obergerichtlichen Beschlusses und die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für alle drei Instanzen (erstinstanzliches Abänderungsverfahren, obergerichtliches Rekursverfahren und kassationsgerichtliches Beschwerdeverfahren) (KG act. 1). Antragsgemäss (KG act. 1 S. 2 Ziff. 4) wurde der Nichtigkeitsbeschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5 Ziff. 4). Die Beschwerdegegnerin verzichtete mit Eingabe vom 12. Mai 2010 "im Hinblick auf eine beförderliche Erledigung des Kassationsverfahrens" explizit auf eine Beschwerdeantwort (KG act. 9),

- 3 - die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung (KG act. 12). Die Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 12. Mai 2010 wurde dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 10). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten im vorliegenden Verfahren nicht. II. 1. 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

E. 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). 2. Beim vorliegend angefochtenen Beschluss handelt es sich um einen Rekursentscheid, der zufolge Anfechtung eines prozessleitenden Entscheids der Erstinstanz ergangen ist (vgl. § 271 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO ZH). Als solcher fällt er unter die in § 281 ZPO ZH erwähnten "Rekursentscheide", womit seine Beschwerdefähigkeit ohne weiteres zu bejahen ist. Insbesondere braucht nicht geprüft zu werden, ob eine der in § 282 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZPO ZH statuierten, für die selbständige Anfechtbarkeit prozessleitender Entscheide notwendigen

- 4 - zusätzlichen Voraussetzungen erfüllt ist (vgl. Kass.-Nr. AA090167 vom 7.12.2010 Erw. III.1. mit Hinweisen auf Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 10 zu § 281; auf von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 5; und auf Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 62). III. 1. Vor den Vorinstanzen hatte der Beschwerdeführer geltend gemacht, es fehlten ihm im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO ZH die Mittel, um neben dem Lebensunterhalt für sich Gerichts- und Anwaltskosten bezahlen zu können. Neben zahlreichen Unterlagen zu seiner finanziellen Situation (BG act. 13/1-24, act. 15/25-30, act. 27/1-7, OG act. 5/2-11) reichte er vor Vorinstanz eine Anzeige des Betreibungsamtes Zürich 7 vom 22. Januar 2010 betreffend Lohnpfändung ein, wonach von seinem monatlichen Nettoeinkommen seine das monatliche Existenzminimum von Fr. 3'561.80 übersteigenden Einkünfte gepfändet würden (OG act. 11). 2. Die Vorinstanz erwoh im Wesentlichen, der Beschwerdeführer sei das einzige Mitglied des Verwaltungsrates der D. AG. Daneben besitze er seit 1994 ein eigenes Beratungsbüro "für

_____". Dabei handle es sich um die Einzelfirma X. & Partner. Diese Einzelfirma stelle nach den Darlegungen des Beschwerdeführers Honorarrechnungen an die D. AG. Sodann besitze der Beschwerdeführer nach eigenen Angaben nur eine Kreditkarte, welche er sowohl für geschäftliche wie auch private Ausgaben verwende. Seinen Darlegungen zufolge habe er für die Einzelunternehmung keine ordnungsgemässe Buchhaltung geführt und keine ordnungsgemässen Geschäftsabschlüsse erstellt, zumindest in Bezug auf das Konto "Kasse". Bereits aufgrund der Verflechtungen der D. AG, der Firma X. & Partner sowie der privaten Ausgaben des Beschwerdeführers erschienen seine finanziellen Gegebenheiten als komplex. Deswegen seien erhöhte Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Mittellosigkeit zu stellen (KG act. 2 S. 5 Erw. 3.4).

- 5 - Aufgrund der vom Beschwerdeführer eingereichten Pfändungsankündigung für eine Forderung von Fr. 73'488.-- und Anzeige betreffend Lohnpfändung sei davon auszugehen, dass ihm derzeit über die Deckung seines Existenzminimums hinaus "keine offenkundigen

nennenswerten Einkünfte" verblieben, um die Rechtspflegekosten des erstinstanzlichen Verfahrens aufzubringen (KG act. 2 S. 6 Erw. 3.5) (die Vorinstanz rechnete dem Beschwerdeführer deshalb überhaupt keine [Erwerbs-]Einkünfte an, mit denen er Gerichts- und Anwaltskosten bezahlen könnte; die diesbezügliche Rüge in Ziff. 1.1 der Beschwerde [KG act. 1 S. 7 f.] geht am angefochtenen Beschluss vorbei). Die eingereichten Pfändungsurkunden enthielten keine Feststellungen über das Vermögen des Beschwerdeführers. Nach derzeitigem Aktenstand bestehe keine Vermögenspfändung. Der Beschwerdeführer könne damit über sein Vermögen verfügen (KG act. 2 S. 6 Erw. 3.6). Seine Steuererklärung weise ein bewegliches Vermögen per 31. Dezember 2008 in der Höhe von insgesamt Fr. 41'273.-- aus, inklusive des Steuerwerts seines Kontokorrents bei der D. AG von Fr. 33'407.--. Über die in der Steuererklärung 2008 enthaltenen Vermögenswerte hinaus verfüge der Beschwerdeführer über einen gemäss seinen Darlegungen 15 m² grossen, nicht bewohnbaren Stall, welcher einen Teil des Hauses seiner Mutter in Frankreich darstelle. Der Telefonanschluss des Hauses der Mutter laufe auf seinen Namen, und er bezahle den von ihm verbrauchten Strom sowie die Hälfte der Kosten für Wasser und die Versicherung, also insgesamt Fr. 150.-- pro Monat für das Ferienhaus. Sodann verfüge er über ein Konto in Frankreich mit einem Guthaben von vielleicht € 200.-- - 300.--. Das Konto laute noch auf den Namen beider Parteien. Zwischen dem 11. Dezember 2007 und dem 11. Oktober 2009 (22 Monate) seien Zahlungen von € 1'525.26 davon geleistet worden. Das schwankende Guthaben auf dem Konto sei per

E. 4.1

Der Stall und das Konto in Frankreich fallen für die Frage der armenrechtlichen Mittellosigkeit des Beschwerdeführers ausser Betracht. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass der 15 m² grosse, nicht bewohnbare Stall in nützlicher Frist verkauft werden könnte und zu welchem Preis. Der erstinstanzliche Einzelrichter ging offenkundig bezüglich dieses Stalls nicht von einem relevanten liquidierbaren Vermögenswert aus, fragte er doch den Beschwerdeführer an der Befragung vom 20. Oktober 2009 nicht einmal, was er 1996 dafür bezahlt habe und was er wert sei (BG Prot. S. 13). Die rund € 1'200.-- auf dem auf den Namen beider Parteien lautenden französischen Konto ändern für sich an der Mittellosigkeit nichts. Überdies gälten auch für diese Werte die nachfolgenden Überlegungen in Erw. 4.3, wenn sie denn verwertbar wären. Schliesslich darf dem Beschwerdeführer nicht zu seinem Nachteil entgegengehalten werden, dass er über diese Werte keine weitere Auskunft gab (vgl. nachfolgend Erw. 6.2.d).

E. 4.2

Auch das Vorsorgeguthaben des Beschwerdeführers in der Säule 3a fällt für die Frage der armenrechtlichen Mittellosigkeit des Beschwerdeführers ausser Betracht. Als Säule 3a wird die gebundene Selbstvorsorge bezeichnet. Sie wird in der Verordnung vom 13. November 1985 über die steuerliche Abzugsberechtigung für Beiträge an anerkannte Vorsorgeformen (BVV 3 [SR 831.461.3]) geregelt (vgl. Bundesamt für Sozialversicherungen, www.bsv.admin.ch/themen/vorsorge/00039/00419/index.html!?lang=de). Als gebundene Vorsorgeformen gelten besondere Versicherungen und Sparverträge, die ausschliesslich und unwiderruflich der Vorsorge dienen (Art. 1 Abs. 2 und 3 BVV 3). Die Altersleistungen dürfen frühestens fünf Jahre vor dem ordentlichen Rentenalter der AHV ausgerichtet werden. Eine vorzeitige Ausrichtung ist nur zulässig bei Auflösung des Vorsorgeverhältnisses aus in der Verordnung umschriebenen Gründen. Nicht zu diesen gehört die Erhältlichmachung von

Mitteln für die Finanzierung eines Prozesses zur Vermeidung des Armenrechts (vgl. Art. 3 BVV 3).

- 15 -

E. 4.3

In einer Pfändung ist der Schuldner bei Straffolge verpflichtet, seine Vermögensgegenstände, einschliesslich derjenigen, welche sich nicht in seinem Gewahrsam befinden, sowie seine Forderungen und Rechte gegenüber Dritten anzugeben, soweit dies zu einer genügenden Pfändung nötig ist (Art. 91 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG mit Verweisung auf Art. 164 Ziff. 1 und 323 Ziff. 2 StGB). Zudem sind auch die beteiligten Gläubiger daran interessiert, möglichst schnell zu ihrem Geld zu kommen, so dass auch sie dem Betreibungsamt allfällige grössere Vermögen, welche vom Schuldner nicht angegeben wurden, melden werden. Aufgrund dieses Mechanismus kann davon ausgegangen werden, dass die in einer Pfändungsurkunde erfassten Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Schuldners mit hoher Wahrscheinlichkeit der Realität entsprechen (Kass.-Nr. AA040050 vom 30.7.2004 Erw. II.3.a mit Verweisung auf Kass.-Nr. 2002/388 vom 26.5.2003 Erw. III.3.a.bb). Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass der Schuldner in der Pfändung entgegen seiner Verpflichtung bei Straffolge Vermögenswerte verheimlicht bzw. nicht angibt. Sodann ist es möglich, dass das Gericht bei Prüfung eines Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einen Vermögenswert, den das Betreibungsamt als nicht verwertbar bewertete, wesentlich höher einschätzt. Mit hin ist nicht ausgeschlossen, dass der Schuldner Vermögen in einem erheblichen Ausmass besitzt, das in einer Pfändungsanzeige nicht erwähnt und in diesem Sinne nicht gepfändet ist. Gleichwohl kann solches Vermögen zumindest im vorliegenden Fall nicht zur Finanzierung von Gerichts- und Anwaltskosten verwendet werden. Der Beschwerdeführer hat jeden Monat beim Betreibungsamt zu erscheinen, um über seine Einkommensverhältnisse Auskunft zu geben (vgl. OG act. 11). Dabei hat er auch über Einkünfte aus bisher allenfalls nicht genanntem Vermögen Auskunft zu geben. Erfährt das Betreibungsamt von ihm oder auf andere Weise (z.B. von den Gläubigerinnen aufgrund des vorinstanzlichen Beschlusses vom 1. April 2010) von pfändbaren Vermögenswerten, wird es diese pfänden. Dies gilt speziell, falls der Beschwerdeführer Gelder aus seinen beiden Firmen erhältlich machen könnte, mit welchen er nach den vorinstanzlichen Erwägungen Gerichts- und Anwaltskosten bezahlen könnte, soweit solche Gelder nicht ohnehin bereits von der Lohnpfändung gemäss Anzeige vom 22. Januar 2010 erfasst sind (OG act. 11; vgl. nachfolgend Ziff. 4.4.b.cc und 4.4.c). Sobald der Beschwerdeführer solche Gelder aus diesen Firmen erhältlich machen könnte, würden diese gepfändet. So hätten auch die Gläubigerinnen das Recht, eine Nachpfändung zu verlangen, wenn sie (z.B. durch den vorinstanzlichen Beschluss vom 1. April 2010) Anhaltspunkte über weitere pfändbare Aktiven erlangten (vgl. Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zum SchKG, SchKG II, Basel/Genf/ München 1998, N 12 zu Art. 91). Der Beschwerdeführer wird also (bei korrektem Verhalten im Betreibungsverfahren) auch das in seinen beiden Firmen befindliche Vermögen, soweit dieses überhaupt werthaltig ist, nicht zur Begleichung von Gerichts- und Anwaltskosten verwenden können, sondern allfällige liquide Mittel, welche er daraus erhältlich machen könnte, sind gepfändet oder würden vorab gepfändet werden. In diesem Sinne ist der sinngemässe Einwand des Beschwerdeführers richtig, dass bei bzw. während einer Einkommenspfändung die Mittellosigkeit als Voraussetzung der unentgeltlichen Rechtspflege erstellt ist (KG act. 1 S. 9 f.), zumindest wenn die Forderung,

für welche die Pfändung besteht, wie vorliegend so hoch ist, dass sie kaum vollumfänglich aus dem gepfändeten Einkommen gedeckt werden kann.

E. 4.4

Hinzu kommt Folgendes: a) Als für die Bezahlung von Gerichts- und Anwaltskosten verwendbare Vermögenswerte des Beschwerdeführers nannte die Vorinstanz neben dem Stall und dem Konto in Frankreich sowie dem Guthaben aus der Säule 3a (dazu vorstehend Erw. 4.1 und 4.2) ein Kontokorrentguthaben bei der D. AG von Fr. 33'407.-- per Ende 2008 (KG act. 2 S. 8 - 10, dazu nachfolgend lit. b), ein Betriebsvermögen von Fr. 15'301.-- in der Einzelunternehmung X. & Partner (KG act. 2 S. 10 lit. c, dazu nachfolgend lit. c) und Eigenkapital der D. AG von Fr. 48'725.07 (KG act. 2 S. 10 f., dazu nachfolgend lit. d).

- 17 - b) Die Vorinstanz erwog selber, die Auszahlung des Kontokorrentguthabens des Beschwerdeführers gegenüber der D. AG sei per Ende 2008 angesichts der Höhe der ausgewiesenen liquiden Mittel der Firma als kaum möglich erschienen (KG act. 2 S. 9). Die Veränderungen der Kreditoren während des Jahres 2008 - es ergebe sich eine Reduktion der Kreditoren der D. AG gegenüber dem Beschwerdeführer während des gesamten Jahres 2008 um insgesamt Fr. 53'587.01 - liessen aber auch künftige Bezüge ab dem Kreditorenkonto als realistisch erscheinen. Das Guthaben des Beschwerdeführers in Form von Kreditoren bei der D. AG sei jedenfalls in einem ausreichenden Masse liquide, um fortlaufend auch die im Zusammenhang mit dem erstinstanzlichen Verfahren entstehenden Rechtspflegekosten zu decken (KG act. 2 S. 9 f.). aa) Der Beschwerdeführer macht geltend, das Kontokorrentguthaben sei demgegenüber wertlos, weil die Bilanz der D. AG vom Jahr 2008 eine krasse Überschuldungssituation ausweise (KG act. 1 S. 11). Das Kreditorenkonto sei das Gegenkonto zu den Bezügen des Beschwerdeführers und nicht zu den Einnahmen. Deshalb sei es für die Ermittlung seines Einkommens nicht relevant (KG act. 1 S. 18). bb) Der letzterwähnte Einwand geht am angefochtenen Beschluss vorbei. Die Vorinstanz ging nicht von einem (Erwerbs-)Einkommen des Beschwerdeführers über das Kreditorenkonto aus, sondern von einem Vermögensbestandteil (Kontokorrentguthaben gegenüber der D. AG). Die Bewegungen darauf dienten ihr nicht zur Annahme eines (Erwerbs-)Einkommens, sondern der Liquidität des Kontokorrentguthabens für den Beschwerdeführer (vgl. aber dazu nachfolgend lit. dd). cc) Hingegen trifft der Einwand betreffend Kontokorrentguthaben zu. Gemäss der Bilanz per 31.12.2008 hat die D. AG Aktiven von Fr. 11'775.57 und Passiven von Fr. 60'500.64 (BG act. 13/12/1; vgl. bereits ähnlich die Bilanzen per 31.12.2006 BG act. 13/10/1 und per 31.12.2007 BG act. 13/11/1). Die AG ist überschuldet. Sie verfügt über keine nennenswerten Aktiven, mit welchen die Schuld gegenüber dem Beschwerdeführer bezahlt werden könnte. Eine Auflösung dieses Kontokorrentguthabens zur Bezahlung von Gerichts- und Anwaltskosten

- 18 - erscheint als ausgeschlossen. Abgesehen davon erschiene eine Rückzahlung der Kontokorrentschuld an den Beschwerdeführer antragsmässig als im Sinne von Art. 288 SchKG anfechtbarkeitsbelastet, auch wenn noch keine Konkurseröffnung stattgefunden hat. Die einzigen Einnahmen der AG sind Honorare für Tätigkeiten des Beschwerdeführers (vgl. BG act. 13/10/1, 13/11/1 und 13/12/1, je Erfolgsrechnung S. 1). Die Teilrückzahlungen der Kontokorrentschuld an den Beschwerdeführer (nach seiner Behauptung durch [private] Bargeldbezüge und Bezahlung von privaten Aufwendungen über ein Konto der AG) in den Jahren 2007 - 2008 (Abnahme der Kontokorrentschuld von Fr. 52'721.86 per 31.12.2006 [BG act. 13/10/1 S. 2] über Fr. 43'681.71 per 31.12.2007 [BG

act. 13/11/1 S. 2] auf Fr. 33'407.41 per 31.12.2008 [BG act. 13/12/1 S. 2]) konnten demnach faktisch nur durch Honorareinnahmen vorgenommen werden (vgl. auch die vorinstanzliche Feststellung, dass ein Beratungsaufwand, nämlich Beratungsleistungen des Beschwerdeführers, auf dem Kreditorenkonto 2060 [Kontokorrentkonto Beschwerdeführer/D. AG] gegen- gebucht wurde (KG act. 2 S. 9). Das scheint spätestens seit der Anzeige der Lohnpfändung vom 22.1.2010 nicht mehr zulässig. Die das monatliche Existenz- minimum übersteigenden Einkünfte (plus die auszuweisenden Geschäftsunkosten) des Beschwerdeführers sind gepfändet (OG act. 11). Zu diesen Einkünften gehören die über die D. AG in Rechnung gestellten Honorar- einnahmen (dabei handelte es sich nach den Ausführungen des Beschwerde- führers um Honorare für von ihm selber erbrachte Leistungen, für welche die D. AG nach aussen die Rechnungen stellt [KG act. 1 S. 18; vgl. auch OG act. 2 S. 17 f.]). Aus diesen dürfen mithin keine Rückzahlungen an das Kontokorrent- guthaben des Beschwerdeführers geleistet werden. Zu den, soweit das Existenz- minimum übersteigend, mit Pfändungsbeschluss belegten Einkünften des Beschwerdeführers gehören auch seine über das Kreditorenkonto 2060 getätigten "Eigenbezüge" (vgl. KG act. 1 S. 19). Damit kann der Beschwerdeführer keine Gerichts- und Anwaltskosten bezahlen. dd) Ergänzend kann Folgendes angefügt werden:

- 19 - Nach der Bilanz per 31.12.2007 hatte die D. AG ein Umlaufvermögen von Fr. 2'922.27 (Bankkontoguthaben Fr. 934.57, Debitoren Fr. 1'975.55, Hilfskonto Fr. 12.15) und ein Anlagevermögen von Fr. 1'140.-- (Büromaschinen/Einrichtun- gen Fr. 420.--, Fahrzeuge Fr. 720.--), somit ein Total Aktiven von Fr. 4'062.27 (BG act. 13/11/1). Die einzigen (ausgewiesenen) Einnahmen der D. AG sind Honorare (BG act. 13/12/1 Erfolgsrechnung 2008 S. 1 Ziff. 3 [vgl. analog Erfolgsrechnungen 2006 und 2007 BG act. 13/10/1 und 13/11/1]). Bei diesen handelt es sich um Einkünfte des Beschwerdeführers selber, welche die D. AG nach aussen in Rechnung stellte (OG act. 2 S. 17 f.; KG act. 1 S. 18). Mit der Nummer 2060 führt die D. AG als Passivum ein Konto "Kreditor __", damit gemeint "Kreditor" "X.", d.h. ein Guthaben von X. persönlich bei der D. AG. Per 31.12.2007 wies das Konto 2060 "Kreditor __" ein Minus von Fr. 43'681.71 aus (BG act. 13/11/1 S. 2), per 31.12.2008 ein Minus von Fr. 33'407.41 (BG act. 13/12/1 S. 2). Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, er habe der D. AG im Jahr 2008 einen Teil der Schuld ihm gegenüber erlassen. Vielmehr machte er geltend, er habe im Jahr 2008 zulasten dieses Kontos Fr. 10'700.-- bezogen (KG act. 2 S. 9; OG act. 2 S. 19 lit. f). Dies stimmt ungefähr mit der Differenz des Kontos 2060 bei den Bilanzen der D. AG 2007 und 2008 überein. Ende 2007 waren keine liquidierbaren Aktiven ausgewiesen, aus welchen der Bezug des Beschwerdeführers von rund Fr. 10'000.-- zulasten des Saldos des Kontos 2060 der D. AG hätte ermöglicht werden können. Die einzigen Einnahmen 2008 waren Honorareinnahmen. Folglich war der Bezug der rund Fr. 10'000.-- zu- lasten des Kontos 2060 ein Bezug von Honorareinnahmen bzw. die rund Fr. 10'000.-- waren (Honorar-)Einkünfte des Beschwerdeführers. Das zeigt sich auch aus Folgendem: Im Jahre 2008 wurden bei der D. AG Honorareinnahmen von Fr. 97'616.35 verbucht. Davon wurden Debitorenverluste von Fr. 21'152.60 abgezogen. Daraus resultierte ein Bruttogewinn von - 20 - Fr. 76'463.75. Von diesem wurden unter dem Titel "Beratungsaufwand" Fr. 41'000.-- dem Beschwerdeführer überwiesen (vgl. OG act. 2 S. 18 lit. c; BG act. 13/5 [Steuerrechnung 2008 Anhang Erfolgsrechnung X. & Partner Einnahmen Fr. 41'000.--]). Nach Abzug weiterer Positionen unter dem Titel "Sonstiger Betriebsaufwand" wurden ein Betriebsergebnis von Fr. 21'714.92 und nach Abzug von Steuern ein Unternehmensgewinn

nach Steuern von Fr. 20'347.57 verbucht (BG act. 13/12/1). Der Bezug des Beschwerdeführers von rund Fr. 10'000.-- zulasten des Saldos des Kontos 2060 wurde offensichtlich aus diesem Unternehmensgewinn finanziert. Dieser wiederum resultierte ausschliesslich aus den Honorareinnahmen. Auch daraus zeigt sich, dass der Bezug der rund Fr. 10'000.-- eigentlich Honorareinnahmen des Beschwerdeführers waren. Gemäss der Buchhaltung der D. AG können Zahlungen an den Beschwerdeführer, auch Rückzahlungen zulasten des Kontos 2060, nur aus Honorareinkünften des Beschwerdeführers geleistet werden. Diese sind aber gepfändet, soweit sie das Existenzminimum des Beschwerdeführers übersteigen. Rückzahlungen wie im Jahre 2008 sind demnach nicht mehr zulässig. Die vorinstanzlichen Erwägungen, auch künftige Bezüge des Beschwerdeführers ab dem Kreditorenkonto (2060) erschienen als realistisch (KG act. 2 S. 10), und, das Guthaben des Beschwerdeführers in Form von Kreditoren bei der D. AG sei jedenfalls in einem ausreichenden Mass liquid, um fortlaufend auch die im Zusammenhang mit dem erstinstanzlichen Verfahren entstehenden Rechtspflegekosten zu decken, treffen nicht zu. Aus dem Kontokorrentguthaben des Beschwerdeführers gegenüber der D. AG kann er keine Gerichts- und Anwaltskosten bezahlen. c) Zum von der Vorinstanz als solches bezeichneten Betriebsvermögen als Selbständigerwerbender in der Höhe von Fr. 15'301.-- in der Einzelunternehmung X. & Partner (KG act. 2 S. 10 lit. c) macht der Beschwerdeführer geltend, dieser Betrag sei kein Vermögenswert, sondern Nettoeinkommen (KG act. 1 S. 22 mit Verweisung auf BG act. 13/5 und OG act. 2 S. 17 und 19).

- 21 - In der Steuererklärung 2008 führte der Beschwerdeführer unter Ziff. 32.1, "Geschäfts-/Beteiligungskapital in Betrieben mit kaufm. Buchhaltung" den Betrag von Fr. 15'301.-- auf (BG act. 13/5 S. 5). Dieser Betrag wurde aus dem "Hilfsblatt A für Steuerpflichtige mit selbständigem Erwerb" übertragen. Dort ist dieser Betrag einerseits unter Ziff. 1. Einkünfte, 1.1. Reingewinn gemäss Erfolgsrechnung, enthalten. Als Bestandteil der daraus und der Aufrechnung der persönlichen AHV-Beiträge von Fr. 3'779.-- zum Total von Fr. 19'080.-- summierten "Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit" (BG act. 13/5 S. 7 f.) findet sich dieser Betrag unter Ziff. 2.1 der Steuererklärung, Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit (BG act. 13/5 S. 3). Andererseits ist dieser Betrag auch enthalten unter Ziff. 13, Kapitalkonto, des Hilfsblattes A, und zwar unter Ziff. 13.5 "Übertrag des Saldos der Erfolgsrechnung", unter Ziff. 13.7 "Total laut Buchhaltung (Bestand am Ende des Geschäftsjahres" sowie unter Ziff. 14.1, Geschäfts- und Beteiligungskapital gemäss Schlussbilanz, Kapital- und Privatkonti, unter Ziff. 14.4 Total Geschäfts- und Beteiligungskapital und unter Ziff. 14.6 "Zu übertragen in Ziffer 32.1 der Steuererklärung" (BG act. 13/5 S. 9). Tatsächlich handelt es sich dabei um den Saldo aus den Einnahmen und den Ausgaben (vgl. letztes Blatt von BG act. 13/5) und damit um Nettoeinnahmen des Beschwerdeführers und nicht um einen Vermögensstand bzw. -bestandteil. Auch diese Position ist nicht liquidierbares Vermögen, das zur Bezahlung von Gerichts- und Anwaltskosten verwendet werden könnte. d) Das Eigenkapital der D. AG von Fr. 48'725.07 ist wertlos. Es handelt sich dabei lediglich um die buchhalterische Differenz zwischen dem Aktienkapital von Fr. 100'000.-- und dem Verlustvortrag aus dem Vorjahr, vermindert um den Jahresgewinn (BG act. 13/12/1 S. 2). Tatsächlich ist die AG überschuldet. Die Vorinstanz stellte fest, dass die Auszahlung des Kontokorrentguthabens des Beschwerdeführers gegenüber der D. AG von Fr. 33'407.-- angesichts der Höhe der ausgewiesenen liquiden Mittel der Firma (Fr. 8'837.92) kaum möglich sei (KG act. 2 S. 9). Diesen liquiden Mitteln und weiteren Aktiven im ausgewiesenen Totalwert von Fr.

11'773.57 stehen Passiven von Fr. 60'500.-- gegenüber (BG act. 13/12/1). Selbst wenn im Anlagevermögen noch stille Reserven enthalten

- 22 - sein sollten, bestehen keine Anhaltspunkte für eine Höhe derselben, welche der D. AG einen vom Beschwerdeführer für die Bezahlung von Gerichts- und Anwaltskosten realisierbaren Wert vermittelten. e) Zusammenfassend sind keine Vermögenswerte ersichtlich, welche dem Beschwerdeführer ermöglichten, Gerichts- und Anwaltskosten zu bezahlen. Die gegenteilige vorinstanzliche Feststellung lässt sich nicht auf die Akten stützen. Die vorinstanzliche Annahme, bereits die eingereichten Belege enthielten hinreichende Vermögenswerte des Beschwerdeführers, um die im Zusammenhang mit dem erstinstanzlichen Verfahren zu erwerbenden Rechtspflegekosten zu decken (KG act. 2 S. 11), trifft nicht zu. Die darauf beruhende Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege verletzt einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz, nämlich § 84 ZPO ZH. Der auf diesem Nichtigkeitsgrund beruhende angefochtene Beschluss muss aufgehoben werden. 5. Der Beschwerdeführer ersucht mit den Anträgen, es sei ihm für die vorinstanzlichen Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (KG act. 1 S. 2), um Entscheide des Kassationsgerichts in der Sache (unentgeltliche Rechtspflege) selbst. Die Kassationsinstanz kann einen neuen Entscheid in der Sache selbst fällen, wenn diese spruchreif ist (§ 291 ZPO ZH). Zwar erscheint die Frage der unentgeltlichen Rechtspflege zumindest für die Zeit bis zum Ablauf der Lohnpfändung (OG act. 11) als spruchreif. Trotzdem ist ein Entscheid des Kassationsgerichts in der Sache selbst nicht angebracht. Neben der Mittellosigkeit ist für eine Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vorausgesetzt, dass der Prozess nicht als aussichtslos erscheint. Mit dieser Frage befassten sich die Vorinstanzen nicht, weil sie bereits die Voraussetzung der Mittellosigkeit als nicht erfüllt erachteten. Hätte das Kassationsgericht einen Entscheid in der Sache selbst zu fällen und erachtete es die Mittellosigkeit als erfüllt, hätte es die Frage der Prozessaussichten zu prüfen. Dabei ist es aber nicht angebracht, dies als dritte Instanz erstmals zu tun. Vielmehr ist die Sache zur neuen Prüfung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

- 23 - 6. Im Hinblick auf den durch die Vorinstanz neu zu fällenden Entscheid ist auf folgende Rügen des Beschwerdeführers noch einzugehen und sind folgende Bemerkungen anzubringen: 6.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe im Verfahren betreffend Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege keine Parteistellung und deshalb weder ein Antrags- noch ein Akteneinsichts- oder Beschwerderecht. Diesen Verfahrensgrundsatz habe die Vorinstanz verletzt, indem sie der Beschwerdegegnerin die Akteneinsicht ermöglicht und die Möglichkeit gegeben habe, sich zum Rekurs zu äussern (KG act. 1 S. 5 f.). Abgesehen davon, dass der Beschwerdeführer nicht aufzeigt, dass sich dieser behauptete Nichtigkeitsgrund zu seinem Nachteil ausgewirkt hätte (vgl. zu diesem Erfordernis § 281 ZPO ZH; die Beschwerdegegnerin hatte auf eine Rekursantwort verzichtet [OG act. 9]), geht diese Rüge fehl. Der Beschwerdeführer erhob einen Rekurs gegen die erstinstanzliche Abweisung seines Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Erweist sich ein Rekurs nicht sofort als unzulässig oder unbegründet, ist er der Gegenpartei zur Beantwortung zuzustellen (§ 277 ZPO ZH). Zu Recht machte die Vorinstanz das auch so. So stellt denn auch das Kassationsgericht regelmässig eine Nichtigkeitsbeschwerde betreffend eine vorinstanzliche Verweigerung der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege der Gegenpartei zur Beantwortung zu, wenn sich die Beschwerde nicht sofort als unzulässig oder unbegründet erweist (§ 289 ZPO ZH; vgl. z.B.

Kass.-Nr. AA100059, erledigt mit Beschluss vom 20.12.2010, Kass.-Nr. AA090167, erledigt mit Beschluss vom 7.12.2010, Kass.-Nr. AA090144, erledigt mit Beschluss vom 13.10.2010, Kass.-Nr. AA070047, erledigt mit Beschluss vom 14.11.2007). Für seine Auffassung zitiert der Beschwerdeführer richtig Jann Six, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 27 Rz 1.72. Six erklärt indes nicht, woher er diese Auffassung nimmt, und stützt sie durch keine Verweisung. Sie trifft nicht zu. Abgesehen davon umfasst der Gehörsanspruch nach bundesgerichtlicher Praxis das Recht, von jeder dem Gericht ein- gereichten Stellungnahme Kenntnis zu nehmen und sich dazu äussern zu können. Die Gerichte sind verpflichtet, jede ihnen eingereichte Stellungnahme

- 24 - den Beteiligten zur Kenntnis zu bringen und diesen Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen (BGE 133 I 100; zum Recht auf Akteneinsicht vgl. überdies das Urteil des Bundesgerichts vom 25.10.2007 8C_102/2007 Erw. 3.1.2 mit Verweisung auf BGE 132 V 387 Erw. 3 mit weiteren Hinweisen). Dass der Gegen- partei einer Partei, welcher die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt wurde, gegen den entsprechenden Entscheid keine Rekursmöglichkeit zusteht (KG act. 1 S. 6 oben mit Verweisung auf Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung. 3. Auflage, Zürich 1997, N 26 zu § 271), ist Folge der gesetzlichen Beschränkung der Rekursmöglichkeiten (§ 271 ZPO ZH, insbes. Abs. 1 Ziff. 4 e contrario). Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass der Gegen- partei einer Partei, die gegen einen die unentgeltliche Prozessführung ver- weigernden Entscheid Rekurs führt, keine Gelegenheit zur Rekursantwort gegeben werden dürfte bzw. müsste. 6.2. Der Beschwerdeführer bezeichnet es als aktenwidrig, dass die Vor- instanz festgestellt habe, er habe seine gesamten aktuellen wirtschaftlichen Ver- hältnisse keineswegs umfassend dargestellt (KG act. 1 S. 13 mit Bezug auf KG act. 2 S. 8). a) Die Vorinstanz gelangte zu dieser Erwägung, weil neben dem Stall auch das Konto des Beschwerdeführers in Frankreich nicht in der Steuererklärung 2008 enthalten sei. Es erscheine nicht nachvollziehbar, warum der Beschwerde- führer vor Jahren einen 15 m² grossen, nicht bewohnbaren Stall beim Haus seiner Mutter in Frankreich gekauft haben soll, aber seiner Mutter die hälftigen Kosten an Wasser und Versicherung ihres Hauses bezahle und der Telefon- anschluss des Hauses auf seinen Namen laute. Seine Darlegungen über Art und Grösse seines Eigentums in Frankreich seien nicht glaubhaft, zumal er keinen diesbezüglichen Beleg zu den Akten gereicht habe und die Steuererklärung in der Schweiz seine Vermögenswerte in Frankreich nicht enthalte (KG act. 2 S. 7 f.). Entgegen dem erstinstanzlichen Hinweis in der Verfügung vom 28. Oktober 2009 habe der Beschwerdeführer damit seine gesamten aktuellen wirtschaftlichen Ver- hältnisse keineswegs umfassend dargestellt (KG act. 2 S. 8).

- 25 - b) Der Beschwerdeführer macht in der Beschwerde dazu geltend, das BNP- Konto in Frankreich sei lückenlos aktenkundig. Der ihm gehörende stallähnliche Anbau zum Haus seiner Mutter in Frankreich sei schlicht kein Vermögenswert, weil er keinen Marktpreis habe. Die vorinstanzliche Schlussfolgerung, bereits unter diesem Aspekt könne nicht von einer Glaubhaftmachung der Mittellosigkeit des Beschwerdeführers ausgegangen werden, sei willkürlich, weil dabei ein ein- zelner Vermögenswert herausgegriffen und die übrigen Verhältnisse nicht be- achtet worden seien. Im Zweifel sei die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen, sofern der Gesuchsteller seiner Mitwirkungspflicht genüge. Im Zweifel sei auf seine Aussagen abzustellen und nicht auf die gegnerischen aus dem Haupt- verfahren (KG act. 1 S. 13). c) Mit Verfügung vom 17. Juli 2009 setzte der erstinstanzliche Einzelrichter dem Beschwerdeführer eine Frist an, um dem Gericht seine Steuererklärungen

2005, 2006, 2007 und 2008, detaillierte Abrechnungen der vom Beschwerdeführer benutzten Kreditkarten für den Zeitraum 2006 bis Ende Juni 2009, detaillierte Auszüge sämtlicher Bankkonti des Beschwerdeführers seit Januar 2006 sowie Jahresrechnungen und Bilanzen der ihm gehörenden Firma D. AG für die Jahre 2006 bis 2008 mitsamt den detaillierten Kontoauszügen sämtlicher Aufwandpositionen einzureichen (BG act. 10). Innert dieser Frist reichte der Beschwerdeführer die Steuererklärungen 2004, 2005, 2007 und 2008 sowie die definitive Rechnung des Steueramtes für Staats- und Gemeindesteuern 2006 mit Bilanz und Erfolgsrechnung 2006 der X. & Partner ein, detaillierte Abrechnungen der von ihm benutzten Kreditkarte (Master Card CS) ab 2006 - Ende Juni 2009, detaillierte Auszüge seines Bankkontos bei der UBS AG der Jahre 2006 - Ende Juni 2009, seines Bankkontos bei der CS der Jahre 2006 - Ende Juni 2009, Steueraufstellungen seines Kontos bei der Bank Schroder & Co der Jahre 2006 - 2008, Bilanzen und Erfolgsrechnungen der D. AG der Jahre 2006 - 2008 samt Kontoblättern über die in den Erfolgsrechnungen aufgeführten Aufwandkonti (BG act. 13/1 - 13/12). Am 20. Oktober 2009 führte der erstinstanzliche Einzelrichter eine Hauptverhandlung mit persönlicher Befragung sowie Verhandlung über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege durch (BG Prot. S. 4 ff.). In seiner persönlichen Befragung erklärte der Beschwerdeführer u.a., er bezahle seine

- 26 - Rechnungen vom UBS-Konto aus. Wenn er nichts mehr habe, zahle seine Partnerin. An Kreditkarten besitze er nur eine Mastercard von der Credit Suisse. Die entsprechenden Rechnungen zahle er von seinem UBS-Konto. Manchmal nehme er das Geld auch vom Konto bei der ZKB, das heisse vom Konto der D. AG (BG Prot. S. 12). (Auf entsprechende Fragen:) Das Ferienhaus in Frankreich gehöre seiner Mutter. Er habe 1996, noch vor dem Umbau, als er noch verheiratet gewesen sei, einen rund 15 m² grossen, nicht bewohnbaren Stall dazu gekauft. Wenn er in Frankreich in die Ferien gehe, wohne er im Haus seiner Mutter. Er zahle die Telefonrechnung zur Hälfte. Dieser Anschluss laufe auf seinen Namen. Er zahle den Strom, den er für sich selbst benutze. Überdies zahle er einen hälftigen Anteil für Wasser und für die Versicherung. Er verfüge über ein BNP-Konto in Frankreich. Darauf seien vielleicht € 200.- bis 300.--. Das Ferienhaus koste ihn ungefähr Fr. 150.-- im Monat (BG Prot. S. 13). Nach dieser Verhandlung erwog der Einzelrichter in einer Verfügung vom 28. Oktober 2009 u.a., aus den eingereichten Unterlagen ergebe sich, dass der Beschwerdeführer über seine Kreditkarte diverse Auslagen bestreite, welche er in seinem Notbedarf nicht geltend mache und mit dem von ihm geltend gemachten Einkommen von Fr. 2'300.-- netto auch gar nicht bestreiten könnte. Bislang sei auch nicht ersichtlich, aus welchen Mitteln er die Kreditkartenrechnung jeweils begleiche. In seiner persönlichen Befragung habe er erklärt, jeden Monat Geld zusammenzukratzen, um Rechnungen zu begleichen; er bezahle oft in bar, wobei er dafür oft Bargeld von den Konten der D. AG nehme und die Rechnungen für die Kreditkartenausgaben vom UBS-Konto, welches er gemeinsam mit seiner Partnerin habe, oder auch vom ZKB-Konto der D. AG bezahle. Bislang befänden sich bei den Akten keine Unterlagen der vom Beschwerdeführer erwähnten weiteren Bankkonti, an welchen er gemäss eigenen Angaben berechtigt sei und von welchen er Bezüge tätige. Die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers seien mithin bislang undurchsichtig (BG act. 18 S. 2). Der Einzelrichter setzte dem Beschwerdeführer Frist an, um sein Armenrechtsgesuch insbesondere durch folgende weitere Urkunden zu belegen: Bankauszüge etc. ab Januar 2008 bis und mit September 2009 für lückenlosen Aufschluss darüber, welche Bezüge er zur Bestreitung seiner monatlichen Auslagen (Bezahlung der Rechnungen) tätige,

- 27 - mithin über sämtliche auf den Namen des Beschwerdeführers lautenden Bankkonten, bzw. an denen er wirtschaftlich berechtigt sei, insbesondere das gemeinsame Konto mit seiner Partnerin bei der UBS, das ZKB-Konto der D. AG und weitere Bankkonten, welche auf den Beschwerdeführer lauteten oder an welchen er wirtschaftlich beteiligt sei und von denen er Bezüge tätige (mit Ausnahme der bereits dokumentierten bei der UBS und der CS) (BG act. 18 S. 3). Nach Erhalt dieser Verfügung stellte der Beschwerdeführer ein Protokollberichtigungsbegehren. U.a. machte er damit geltend, er habe in der persönlichen Befragung nicht gesagt, dass er ein Konto mit seiner Partnerin habe. Das sei auch nicht so. Er habe kein gemeinsames Konto mit seiner Partnerin, weder bei der UBS noch bei einer anderen Bank. Bei der Verhandlung vom 20. Oktober 2009 habe er auch die Bankunterlagen zum Konto bei der BNP dabeigehabt und anboten, diesen Ordner dem Gericht zu überlassen (BG act. 21). Am 18. Dezember 2009 verfügte der Einzelrichter drei Berichtigungen im Protokoll der Verhandlung vom 20. Oktober 2009. Insbesondere wurde die offenbar ursprünglich protokollierte Aussage des Beschwerdeführers, er zahle die Kreditkartenrechnungen von seinem UBS Konto, das er gemeinsam mit seiner Partnerin habe, ersetzt durch die jetzige Fassung, das UBS Konto sei ein Gemeinschaftskonto von X. & Partner und X., also ein Geschäftskonto (BG Prot. S. 18; BG act. 32 S. 3). Der Einzelrichter bezeichnete eine Protokollnotiz, dass der Beschwerdeführer an der Verhandlung in seinem mitgebrachten Bundesordner mit den BNP Unterlagen aus Frankreich geblättert, daraus Zahlen zitiert und anboten habe, diesen Ordner ins Recht zu legen, als irrelevant. Aus dem Protokoll sei ohne weiteres ersichtlich, dass der Beschwerdeführer bei der BNP in Frankreich ein Konto besitze und auch, wie hoch der Kontostand sei. Es stehe dem Beschwerdeführer offen, diese Unterlagen mit der Replik einzureichen (BG act. 32 S. 4). Mit Eingabe vom 19. November 2009 und damit innert der ihm mit der vorgenannten Verfügung vom 28. Oktober 2009 angesetzten Frist reichte der Beschwerdeführer detaillierte Abrechnungen der von ihm benutzten Kreditkarte ein, seines Bankkontos bei der UBS AG, seines Bankkontos bei der CS und

- 28 - seines Bankkontos bei der Bank Schroder & Co, jeweils "in Fortsetzung der klägerischen Beilagen" BG act. 13/6 - 9 ab Juli 2009 bis Ende September 2009, detaillierte Auszüge des BNP-Kontos vom 11.12.2007 - 11.10.2009 und detaillierte Auszüge des Bankkontos der D. AG bei der _____ Kantonalbank vom 1.1.2008 - 30.9.2009 (BG act. 26 und 27/1 - 27/6). d) Die vorstehend aufgeführten Umstände zeigen, dass der Beschwerdeführer die Fragen beantwortet hat, welche ihm gestellt worden sind, und sämtliche Unterlagen eingereicht hat, zu deren Einreichung er aufgefordert worden ist. Damit und in Berücksichtigung der richterlichen Fragepflicht, wenn das Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt bleibt (§ 55 ZPO ZH), darf dem Beschwerdeführer nicht vorgehalten werden, er habe seine wirtschaftlichen Verhältnisse nicht umfassend dargelegt. Die Unterlagen zum BNP-Konto in Frankreich bezeichnete der Einzelrichter als im Zusammenhang mit der Frage der unentgeltlichen Rechtspflege irrelevant (weder nahm er den vom Beschwerdeführer offenbar an der Verhandlung vom 20. Oktober 2009 offerierten diesbezüglichen Ordner entgegen noch forderte er den Beschwerdeführer zu dessen Einreichung auf [verwies den Beschwerdeführer vielmehr dafür auf die Replik im Hauptverfahren]) und stellte keine weiteren Fragen dazu. Auch das vom Beschwerdeführer erwähnte Grundeigentum in Frankreich schien dem Einzelrichter nicht relevant zu sein. Jedenfalls stellte er auch diesbezüglich keine weiteren Fragen, insbesondere nicht, zu welchem Preis der Beschwerdeführer denn den erwähnten Stall gekauft habe, forderte den Beschwerdeführer mit der Verfügung vom 28. Oktober 2009, mit welcher er ihm Frist zur

Einreichungen weiterer Bankunterlagen ansetzte, nicht zur Einreichung diesbezüglicher Unterlagen (Kaufvertrag, Grundbuchauszüge, diesbezügliche Bankunterlagen mit allf. Schätzungen, hypothekarischen Belastungen etc.) auf und erwähnte dieses Grundeigentum auch in der gesuchsabweisenden Verfügung vom 18. Dezember 2009 (BG act. 31) nicht. Es wäre deshalb nicht zulässig, wenn die Vorinstanz das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege deshalb abgewiesen hätte, weil der Beschwerdeführer im Hinblick auf Grundeigentum in Frankreich seine wirtschaftlichen Verhältnisse nicht umfassend dargestellt und belegt habe. So verstösst es gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, wenn das Gericht

- 29 - von einer Partei gewisse Angaben verlangt, deren Begehren dann aber mit der Begründung abweist, es fehlten andere als die einverlangten Angaben (Pra 89 [2000] Nr. 81 Erw. 4). Das hat die Vorinstanz aber auch nicht getan. Sie wies das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege deshalb ab, weil die eingereichten Belege hinreichende Vermögenswerte auswiesen (KG act. 2 S. 11). Diese Annahme trifft nicht zu, und der angefochtene Beschluss ist deswegen auf- zuheben (vorstehend Erw. 4). Es kann deshalb offengelassen werden, ob und allenfalls inwieweit sich die (unzulässige) vorinstanzliche Erwägung, der Beschwerdeführer habe seine wirtschaftlichen Verhältnisse nicht umfassend dargestellt, zu seinem Nachteil ausgewirkt hatte. Immerhin kann in diesem Zusammenhang festgehalten werden, dass sich die (spekulative) vorinstanzliche Erwägung, es sei unklar, von wem und aus welchem Anlass eine Zahlung von € 1'000.-- auf das Konto des Beschwerdeführers in Frankreich erfolgte, und es stehe die Frage im Raum, ob es sich dabei um Mittel des Beschwerdeführers handle und er selber allenfalls auch in Deutschland über ein Konto verfüge (KG act. 2 S. 7; vgl. dazu KG act. 1 S. 14 f.), nicht zum Nachteil des Beschwerde- führers auswirkte (zu Recht, müsste der Beschwerdeführer doch zuerst dazu befragt werden), sondern die Vorinstanz die Frage im Raum stehen liess. Im Übrigen kann in diesem Zusammenhang auch festgestellt werden, dass der Beschwerdeführer das Erfordernis des Nachteils im Sinne von § 281 ZPO ZH falsch zu verstehen scheint, wenn er die Beschwer mit einer willkürlichen Beweis- würdigung begründet (KG act. 1 S. 15 unten; vgl. z.B. auch S. 10 unten). Die Vor- aussetzung, dass sich der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund zum Nachteil des Nichtigkeitsklägers ausgewirkt hat, verlangt, dass der angefochtene Entscheid dadurch für den Beschwerdeführer (mindestens teilweise) negativ ausfiel (vgl. z.B. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 13 zu § 281). Trifft ein Gericht zwar entgegen einer Behauptung einer Partei eine willkürliche tatsächliche Feststellung, schützt sie aber das Begehren dieser Partei, wirkte sich die willkürliche tatsäch- liche Feststellung nicht im Sinne von § 281 ZPO ZH zum Nachteil dieser Partei aus.

- 30 - 6.3. Der Beschwerdeführer beanstandet auch die vorinstanzliche Erwägung, es sei nicht einzusehen, weshalb er zwei Unternehmen führe, um dort seine Ein- nahmen aus Beratungen zu verbuchen, es sei denn, um damit gleichzeitig und unnötigerweise Kosten für den Grundbedarf von zwei Firmen zu generieren (KG act. 2 S. 13, KG act. 1 S. 28 - 30). Dies ist nicht weiter zu prüfen, stützte die Vor- instanz ihren Beschluss doch auch nicht darauf. Immerhin kann darauf hingewie- sen werden, dass der Beschwerdeführer nach der Einkommenspfändung dem Betreibungsamt die Geschäftsunkosten nachzuweisen hat, welche er von den Honorareinkünften in Abzug bringen will (vgl. OG act. 11). 6.4. Die Vorinstanz erwog, das Gesuch des Beschwerdeführers um un- entgeltliche Rechtsvertretung sei ungeachtet seiner allfälligen Mittellosigkeit abzuweisen, weil er als Jurist mit Doktorat rechtskundig sei. Die Grundzüge des Familien- und Eherechts bildeten Bestandteil der

juristischen Ausbildung. Sodann habe der Beschwerdeführer seine Kenntnisse durch das Ehescheidungsverfahren auffrischen können. In jenem Verfahren sei er nicht anwaltlich vertreten gewesen, habe also offenbar eine anwaltliche Vertretung nicht für notwendig erachtet. Das von ihm selber angestrebte Abänderungsverfahren betreffe einzig die Kinder- unterhaltsbeiträge, also lediglich einen Teil des Gegenstands des Scheidungsverfahrens. Seine persönlichen Fähigkeiten seien hinreichend, um die sich im Abänderungsverfahren bietenden Schwierigkeiten zu bewältigen. Die nicht unerhebliche Tragweite des Entscheids für den Beschwerdeführer sei dadurch zu relativieren, dass ausschliesslich finanzielle Interessen betroffen seien (KG act. 2 S. 14 Erw. 3.8). a) Der Beschwerdeführer macht geltend, wohl habe er vor langer Zeit, nämlich von 1979 - 1984, Jurisprudenz studiert. Er habe aber nie als Jurist, geschweige denn im Familien- oder Zivilprozessrecht gearbeitet. Er sei immer als Businessberater bzw. als selbständiger Unternehmer tätig gewesen. Fachlich ver- stehe er von Familienrecht so viel wie eine Person, die nicht Jus studiert und eine Scheidung hinter sich habe. Obwohl die Beschwerdegegnerin seit langer Zeit zur Hauptsache auf dem Gebiet des Scheidungs-, Ehe- und Kindesrechts als An- wältin tätig sei, lasse sie sich dennoch durch einen Spezialisten anwaltlich ver-

- 31 - treten. Nur schon wegen der Waffengleichheit sei es gerechtfertigt, dass der Beschwerdeführer, der sich in familien- bzw. unterhaltsrechtlichen Fragen über- haupt nicht auskenne und es auf der Gegenseite mit zwei auf diesem Gebiet spezialisierten Anwälten zu tun habe, unentgeltliche anwaltliche Unterstützung in Anspruch nehmen dürfe. Im seinerzeitigen Scheidungsverfahren habe der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin, welche die Scheidungskonvention aufgesetzt habe, vertraut (KG act. 1 S. 30 f.). b) Die Position des Beschwerdeführers ist berechtigt. Gemäss den von der Beschwerdegegnerin eingereichten Selbstbeschrieben des Beschwerdeführers hat er 1979 - 1984 an der Universität Zürich Rechtswissenschaft studiert. Von einem Anwaltspatent ist darin nichts erwähnt. Ebensovienig zeigt sich daraus, dass der Beschwerdeführer je als Jurist gearbeitet hätte. Vielmehr war er aus- schliesslich als Unternehmer, Manager und (Unternehmens-)Berater tätig (BG act. 17/12 und 17/13). Das Scheidungsverfahren war eine Konventionalscheidung (BG act. 6). Insoweit unwidersprochen (vgl. BG Prot. S. 6) liess er vor Erstinstanz ausführen, weil er nichts vom Scheidungsrecht verstehe, habe er die Aus- arbeitung der Konvention der Beschwerdegegnerin überlassen, die auf diesem Rechtsgebiet auch selbst tätig sei. Die Einleitung des Scheidungsverfahrens und die Einreichung der zwischen den Parteien abgeschlossenen Scheidungskonven- tion mit den entsprechenden Unterlagen habe die Beschwerdegegnerin anhand genommen. Der Beschwerdeführer habe nichts damit zu tun gehabt (BG act. 14 S. 5 Ziff. 11). Die Beschwerdegegnerin ihrerseits ist Rechtsanwältin, praktiziert als solche, lässt sich aber gleichwohl im Abänderungsprozess anwaltlich vertreten (BG act. 16 S. 17). Unter diesen Umständen erscheint der Bedarf des Beschwer- deführers nach einer ebenfalls anwaltlichen Vertretung für die gehörige Führung des Prozesses im Sinne von § 87 ZPO ZH insbesondere unter dem Aspekt der Waffengleichheit als gegeben. Sind die übrigen Voraussetzungen (Mittellosigkeit, genügende Erfolgsaussichten) erfüllt, darf dem Beschwerdeführer die Bestellung einer unentgeltlichen Vertreterin nicht deshalb verweigert werden, weil er keine solche benötige.

- 32 - 6.5. Vor Vorinstanz hatte der Beschwerdeführer geltend gemacht, eventuali- ter sei ihm zumindest bis und mit der erstinstanzlichen Hauptverhandlung die un- entgeltliche

Rechtspflege zu gewähren. Denn der erstinstanzliche Richter habe der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers am 15. Oktober 2009 erklärt, die unentgeltliche Rechtspflege werde ihm bis und mit der Hauptverhandlung bewilligt (KG act. 2 S. 15). a) Die Vorinstanz erwog dazu, die Erstinstanz habe auf eine Vernehmung und damit auf eine Darlegung der Angelegenheit aus ihrer Sicht verzichtet. Den Akten liessen sich sodann einzig in Vorbringen des Beschwerdeführers Hinweise auf ein Telefongespräch vom 15. Oktober 2009 entnehmen. Zwischenentscheide von Einzelbehörden ergingen in Form einer Verfügung und würden schriftlich mitgeteilt. Eine mündliche Eröffnung sei dafür nicht vorgesehen. Anlässlich des seitens der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers dargelegten Telefongesprächs könne folglich weder ein bindender Entscheid gefällt noch eine entsprechende Mitteilung erfolgt sein. Ungeachtet einer allfälligen telefonischen Zusage des zuständigen erstinstanzlichen Richters sei bis zur Zustellung der angefochtenen Verfügung vom 18. Dezember 2009 kein bindender Entscheid betreffend die unentgeltliche Rechtspflege vorgelegen. Dies habe dem selber rechtskundigen und anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer bewusst sein müssen, denn er bzw. seine Rechtsvertreterin habe gemäss seinen Darlegungen eine "kurze schriftliche Bestätigung" gewünscht. Diese habe er in der Folge nicht erhalten, wobei er im Vertrauen auf die "mündliche Zusage" des Richters nicht darauf beharrt habe. Es lasse sich kein Vermerk der Erstinstanz betreffend eine entsprechende Zusage in den Akten finden. Dieses Vertrauen - ob aufgrund des geltend gemachten Telefongesprächs berechtigt oder nicht - wirke sich nun zu Ungunsten des Beschwerdeführers aus, wobei ihm das Risiko durchaus bewusst gewesen sei. So sehr das enttäuschte Vertrauen zu bedauern sei, ändere es nichts an der Tatsache, dass es nicht auf einem bindenden Entscheid beruht habe und nicht die Erfüllung der Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu ersetzen vermöge (KG act. 2 S. 15 f.).

- 33 - b) Der Beschwerdeführer wendet ein, die Vorinstanz habe bei diesen Erwägungen den Grundsatz von Treu und Glauben im Sinne von § 50 ZPO ZH übersehen oder übergangen. Er habe vor Erstinstanz darauf bestanden, dass über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sofort, d.h. vor der auf den 20. Oktober 2009 angesetzten Hauptverhandlung entschieden werde (KG act. 1 S. 35 mit Verweisung auf BG act. 12 S. 2). Er habe (so sinngemäss) nur deshalb nicht ein Verschiebungsgesuch gestellt, sondern sei mit seiner Anwältin zur Hauptverhandlung erschienen, weil der Einzelrichter zugesichert habe, die unentgeltliche Rechtspflege werde mindestens bis und mit Hauptverhandlung gewährt. Indem der Einzelrichter einerseits diese Zusage gemacht, andererseits mit Verfügung vom 18. Dezember 2009 gegenteilig entschieden habe (vom Beschwerdeführer bezeichnet als *venire contra factum proprium*), habe er § 50 Abs. 1 ZPO ZH (Handeln nach Treu und Glauben) und §§ 84 ff. ZPO ZH (unentgeltliche Rechtspflege) verletzt. Indem die Vorinstanz dieses Verhalten geschützt habe, habe sie die gleichen Nichtigkeitsgründe gesetzt (KG act. 1 S. 35 f.). c) Auch diese Rüge ist begründet. Der Beschwerdeführer beantragte in der Eingabe vom 18. September 2009 an die Erstinstanz, über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sei sofort, vor der auf den 20. Oktober 2009 angesetzten Gerichtsverhandlung zu entscheiden (BG act. 12 S. 2). Nach der Sachdarstellung des Beschwerdeführers sicherte der erstinstanzliche Einzelrichter der Vertreterin des Beschwerdeführers darauf auf ihre telefonische Nachfrage telefonisch zu, dass dieses Gesuch bis und mit der Hauptverhandlung bewilligt werde, sah der Beschwerdeführer aufgrund dieser Zusicherung von einem Gesuch um Verschiebung dieser Verhandlung ab und nahm seine Vertreterin nur im Vertrauen auf diese Zusicherung an der Hauptverhandlung teil (OG act. 2 S. 24 Ziff. 9). Trifft diese Sachdarstellung zu, hätte der

Einzelrichter sich an seine Zusicherung halten, dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege bis und mit der Verhandlung vom 20. Oktober 2009 gewähren müssen und verletzte er den Grundsatz von Treu und Glauben im Sinne von § 50 Abs. 1 ZPO ZH (venire contra factum proprium), indem er das in der Folge nicht tat, sondern das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege

- 34 - umfassend, d.h. auch für die Zeit bis und mit der Verhandlung vom 20. Oktober 2009 abwies. So bewirkt das in Art. 9 BV verankerte Recht auf Vertrauensschutz unter anderem sogar, dass eine (selbst unrichtige) Zusicherung einer Behörde unter bestimmten Umständen (welche vorliegend erfüllt sind, wenn die Sachdarstellung des Beschwerdeführers zutrifft) eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtssuchenden gebietet (BGE 127 I 31, 36 Erw. 3.a; vgl. auch ZR 101 [2002] Nr. 6 Erw. II.4.2 mit weiteren Hinweisen und ZR 94 [1995] Nr. 68). Daran änderte nichts, dass die vom Beschwerdeführer behauptete telefonische Zusicherung des erstinstanzlichen Einzelrichters - gab der Einzelrichter denn eine solche tatsächlich ab - (noch) keine formrichtige Verfügung im Sinne von §§ 155 GVG war. Der Beschwerdeführer hatte dies auch nicht geltend gemacht, sondern, dass er bzw. seine Vertreterin im Vertrauen auf eine richterliche Zusicherung handelte (seine Vertreterin an der Verhandlung vom 20.10.2009 teilnahm). Der Einzelrichter war für den Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege zuständig. Sicherte er diese dem Beschwerdeführer zumindest bis und mit der Verhandlung zu und handelte der Beschwerdeführer bzw. seine Vertreterin im Vertrauen darauf, sind sie in diesem Vertrauen zu schützen. Ist dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege nicht bereits deshalb zu gewähren, weil er die Voraussetzungen dafür im Sinne der §§ 84 ff. ZPO ZH erfüllt, ist der Einzelrichter zu einer Stellungnahme zu den entsprechenden Behauptungen des Beschwerdeführers anzuhalten.

E. 7

Zusammenfassend beruht der angefochtene Beschluss auf der unzutreffenden Feststellung, dass die eingereichten Belege hinreichende Vermögenswerte des Beschwerdeführers enthielten, um die im Zusammenhang mit dem erstinstanzlichen Verfahren zu erwartenden Rechtspflegekosten zu decken. Mit dieser Feststellung verweigert der angefochtene Beschluss dem Beschwerdeführer zu Unrecht die unentgeltliche Rechtspflege und verletzt deshalb einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO ZH. Das führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses. Die Sache ist zur neuen Entscheidung über den Rekurs des

- 35 - Beschwerdeführers und die von ihm beantragte unentgeltliche Rechtspflege an die Vorinstanz zurückzuweisen. IV. 1. Die Beschwerde ist gutzuheissen. Der Beschwerdeführer obsiegt im Beschwerdeverfahren. Diesem Ausgang entsprechend sind die Kosten nicht ihm aufzuerlegen. Die Beschwerdegegnerin stellte im Beschwerdeverfahren, wie bereits im vorinstanzlichen Rekursverfahren (OG act. 9), keine Anträge und äusserte sich nicht zur Beschwerdebegündung (KG act. 9). Sie identifizierte sich nicht mit dem angefochtenen vorinstanzlichen Beschluss. Entsprechend ist auch sie im Beschwerdeverfahren nicht unterliegende Partei und sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens auch ihr nicht aufzuerlegen. Vielmehr sind diese Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen. Dieser Kostenfolge entsprechend sind für das Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigungen zuzusprechen. 2. Da dem Beschwerdeführer die Kosten des Beschwerdeverfahrens nicht aufzuerlegen sind, ist sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Beschwerdeverfahren gegenstandslos und als solches abzuschreiben. 3. Der

Beschwerdeführer unterlag bei Einreichung der Beschwerde einer Einkommenspfändung (OG act. 11, KG act. 3/1). Zur Bezahlung von Anwaltskosten verwertbares Vermögen ist nicht ersichtlich (vgl. die vorstehenden Erwägungen und KG act. 3/1 und 3/2). Zum Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde war die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers als Voraussetzung der unentgeltlichen Verbeiständung ausgewiesen. Soweit ersichtlich, war der Beschwerdeführer nie forensisch tätig. Zur Verfassung einer Nichtigkeitsbeschwerde war er auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Die Voraussetzungen zur Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes im Sinne von § 87 ZPO ZH waren bei Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde erfüllt. Wäre im damaligen Zeitpunkt über das Gesuch um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin für das Beschwerdeverfahren entschieden worden, hätte dieses Gesuch bewilligt

- 36 - werden müssen. Da die Rechtsvertreterin ihre Aufwendungen (Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde) dazumal vornehmen musste und die unentgeltliche Verbeiständung nicht rückwirkend entzogen werden darf, ist von einer weiteren Prüfung der finanziellen Verhältnisse zum heutigen Zeitpunkt (Aufhebung der Einkommenspfändung?) abzusehen und dem Beschwerdeführer Rechtsanwältin E. als unentgeltliche Rechtsbeiständin für das Beschwerdeverfahren zu bestellen. RAin E. ist für ihre Bemühungen im Beschwerdeverfahren aus der Gerichtskasse zu entschädigen (§ 89 Abs. 2 ZPO ZH). Gemäss der insoweit unangefochtenen vorinstanzlichen Feststellung beträgt der Streitwert Fr. 324'000.-- (KG act. 2 S. 11). Der Beschwerdeführer wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO ZH hingewiesen. 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:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.