

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LN100053-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und lic. iur. M. Spahn,
Ersatzoberrichterin lic. iur. R. Blesi Keller sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Ferreño

Beschluss vom 22. August 2012

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Rekurrentin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

Beklagte und Rekursgegner

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Y. _____

betreffend **unentgeltliche Prozessführung / unentgeltliche Rechtsvertretung**
Rekurs gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung,
vom 14. Oktober 2010 (CG090209)

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 19. November 2009 machte die Klägerin vor Vorinstanz u.a. eine Darlehensforderung über Fr. 120'000.– nebst Zins sowie eine Gewinnbeteiligung gegen die Beklagten 1 und 2 rechtshängig (Urk. 9/1). Gleichzeitig stellte sie ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (Urk. 9/1 S. 2). Mit Zirkulationsbeschluss vom 14. Oktober 2010 (Urk. 3) wies die Vorinstanz das klägerische Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (Dispositiv-Ziffer 1) und setzte dem Beklagten 1 für die Widerklage eine Frist zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 12'550.– an (Dispositiv-Ziffer 2).

2. Gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege erhob die Klägerin und Rekurrentin (fortan Klägerin) am 27. Oktober 2010 Rekurs und beantragte was folgt (Urk. 2 S. 2):

- "1. Es sei die Ziffer 1 des Zirkulationsbeschlusses des Bezirksgerichts Zürich vom 14. Oktober 2010 (Prozess Nr. CG090209/Z3) aufzuheben und es sei der Klägerin die unentgeltliche Prozessführung für das erstinstanzliche Verfahren sowie für das Rekursverfahren zu gewähren und es sei Rechtsanwalt lic. iur. X._____ für beide Verfahren als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Kosten für das Sühnverfahren und MWST) zulasten der Beklagten 1 und 2 unter solidarischer Haftung, eventuell unter Kostenfolgen zulasten des Staates."

Am 17. November 2010 erstatteten die Beklagten und Rekursgegner (fortan Beklagte) die Rekursantwort und beantragten die Abweisung des Rekurses; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin (Urk. 10 S. 2). Diese Rechtsschrift wurde der Klägerin am 2. August 2012 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 14).

3. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (Urk. 8).

4. Auf die Parteivorbringen ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist.

5. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für das vorliegende Verfahren das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Folglich sind für das Rekursverfahren weiterhin die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH anzuwenden.

II.

1. Prozessuales

1.1. Die Klägerin bemängelt die Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör nach § 56 Abs. 1 ZPO/ZH und Art. 29 Abs. 2 BV, die sie darin erblickt, dass ihr die Vorinstanz keine Gelegenheit eingeräumt habe, zu folgenden Behauptungen der Beklagten in der Klageantwort Stellung zu nehmen: Die Unterschrift des Beklagten 1 sei auf der zugunsten der Klägerin ausgestellten Vollmacht sowie auf einer Zahlungsbestätigung über Fr. 120'000.– gefälscht; die anlässlich eines Strafverfahrens gemachte Aussage des Beklagten 1, er schulde der Klägerin Geld, sei eine reine Schutzbehauptung und das von der Klägerin erhaltene Geld sei weitergeleitet worden (Urk. 2 S. 5, 7 und 9).

Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege wird durch § 84 ff. ZPO/ZH sowie Art. 29 Abs. 2 BV geregelt. Aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV folgt u.a. das Recht einer Partei, von sämtlichen dem Gericht eingereichten Eingaben oder Vernehmlassungen Kenntnis zu erhalten und zu diesen Stellung zu nehmen. Die Partei ist vom Gericht über den Eingang solcher Eingaben zu orientieren und es muss ihr die Möglichkeit zur Replik eingeräumt werden (BGE 133 I 98 E. 2.1). Allerdings ist ein weiterer Schriftenwechsel nicht zwingend anzuordnen, genügt es doch laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Gegenpartei die neu eingegangenen Eingaben zur Kenntnisnahme zuzustellen. Wünscht die Gegenpartei sich dazu zu äussern, hat sie es ohne Verzug zu tun oder zumindest umgehend um die Ansetzung einer entsprechenden Frist nachzusuchen; unterlässt sie dies, ist davon auszugehen, sie verzichte auf weitere Äusserungen (BGE 133 I 98 E. 2.2). Die Klageantwort der Beklagten vom 6. April 2010 samt Beilagen ging am 7. April 2010 bei der Vorinstanz

ein (Urk. 9/18 und 9/19/1-35). Das Doppel der Klageantwort und die Beilagen dazu wurden der Klägerin am 2. Juni 2010 zugestellt (Urk. 9/20). Allein damit kam die Vorinstanz dem Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör in genügender Weise nach. Überdies datiert der Entscheid der Vorinstanz betreffend das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vom 14. Oktober 2010, d.h. zwischen der Zustellung der Klageantwort an die Klägerin und der Zustellung des angefochtenen vorinstanzlichen Beschlusses am 18. Oktober 2010 liegen mehr als vier Monate. Der Klägerin wäre es zweifellos möglich und zumutbar gewesen, in diesem Zeitraum zu den Behauptungen in der Klageantwort Stellung zu nehmen. Indem die Klägerin weder ohne Verzug eine Stellungnahme einreichte noch umgehend um die Ansetzung einer entsprechenden Frist verlangte, konnte die Vorinstanz ohne weiteres davon ausgehen, dass die Klägerin auf eine Stellungnahme zu den Vorbringen der Beklagten, welche die Prozesschancen der Klägerin im Rahmen der Beurteilung der unentgeltlichen Rechtspflege tangieren, verzichtet. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch das Vorgehen der Vorinstanz ist – in Übereinstimmung mit den Beklagten (Urk. 10 S. 3 und 6) – nicht auszumachen. Im Übrigen ist auf den Umstand hinzuweisen, dass sich die Klägerin im Rekursverfahren mit Novenrecht zu den Behauptungen der Beklagten in der Klageantwort äussern konnte. Darüber hinaus wird sie im vorinstanzlichen Verfahren im Rahmen der Replik die Möglichkeit erhalten, sich eingehend mit den Ausführungen der Beklagten in der Klageantwort auseinanderzusetzen und weitere Beweismittel zu offerieren bzw. Belege einzureichen.

Allerdings wurde der Klägerin die auf vorinstanzliche Aufforderung hin nachgereichte Eingabe der Beklagten vom 27. August 2010 (Urk. 9/23), worin jene den Antrag auf Abweisung des Gesuches der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege stellten, nicht zur Kenntnis gebracht. Dies wird von der Klägerin aber nicht beanstandet. Diese Eingabe enthält denn auch keine weiteren materiellen Ausführungen. Die Beklagten verwiesen vollumfänglich auf die Klageantwort vom 6. April 2010.

1.2. Weiter rügt die Klägerin mehrfach das vor Vorinstanz nicht durchgeführte Beweisverfahren zu den Vorbringen der Beklagten in der Klageantwort

(Urk. 2 S. 5, 10 und 12). Wie die Vorinstanz bereits zutreffend erwog, beurteilt sich die Frage der Aussichtslosigkeit aufgrund einer summarischen Prüfung der Rechtslage, der bei Einreichung des Gesuchs vorhandenen Aktenlage und des bis dahin von der gesuchstellenden Partei glaubhaft dargelegten Sachverhaltes (Urk. 3 S. 4). Das Gericht hat die Prozesschancen im Rahmen eines unpräjudiziellen Entscheids hinsichtlich der Erfolgsaussichten ohne vorgängiges Beweisverfahren zu treffen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung würde die Prüfung der Aussichtslosigkeit ihres Sinns und Zwecks weitgehend entleert, würde man bereits in diesem Verfahrensstadium von einer Pflicht zur Beweiserhebung ausgehen (BGE 101 Ia 34 E. 2 und 122 I 5 E. 4a; Urteil Nr. 4A_471/2011 vom 17. Januar 2012). Die Klägerin ist darauf hinzuweisen, dass ein Recht auf Beweis erst im Hauptverfahren, d.h. in der Sache selbst, besteht (ZR 106 Nr. 21 m.w.H.). Dementsprechend vermag sie mit ihrem Verweis auf die Beschlüsse des Kassationsgerichts vom 4. September 2007 (Prozess-Nr. AA606140 [recte: AA060140]) und vom 2. Oktober 2008 (Prozess-Nr. AA070140) nichts zu ihren Gunsten ableiten, befassen sich doch diese Entscheide mit einem nicht erfolgten Beweisverfahren bzw. einer vorgenommenen antizipierten Beweiswürdigung im Rahmen des Hauptverfahrens und eben nicht mit der Prüfung der Erfolgsaussichten für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Die von der Klägerin erhobene Rüge, es sei zu Unrecht ohne Beweisverfahren über die Prozesschancen ihrer Klage entschieden worden (Urk. 2 S. 5 und 10), erweist sich damit als unbegründet.

1.3 Der Klägerin ist nicht zu folgen, wenn sie der Vorinstanz vorwirft, sie hätte ihren Beschluss kurz nach Einreichung der Klage erlassen sollen und nicht die Klageantwort abwarten (Urk. 2 S. 10 und 11) bzw. die Behauptungen und Beweisofferten in der Klageantwort der Beklagten für die Beurteilung der Prozessaussichten nicht berücksichtigen dürfen (Urk. 2 S. 10 f.). Zwar ist über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in der Regel sofort und nicht erst im Endentscheid zu entscheiden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 30 zu § 54 ZPO/ZH). § 84 Abs. 2 ZPO/ZH sieht indes explizit vor, dass der Prozessgegner vor dem Entscheid angehört werden kann. Dies wäre vorliegend im Rahmen der Klageantwort möglich gewesen (Urk. 18).

2. Unentgeltliche Rechtspflege im vorinstanzlichen Verfahren

2.1. Die Klägerin ist der Ansicht, die Vorinstanz habe ihre Klage zu Unrecht als aussichtslos beurteilt und damit ihren Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege verletzt. Die Vorinstanz bejahte die Mittellosigkeit der Klägerin (Urk. 3 S. 4 ff.). Die Ausführungen überzeugen und es ist mit ihr davon auszugehen, dass die Mittellosigkeit der Klägerin ausgewiesen ist (Urk. 3 S. 3 f.). Für den vorliegenden Rekurs gibt einzig die Frage der Aussichtslosigkeit der Klage der Klägerin Anlass. Vorab ist – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz hinsichtlich der Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu verweisen (Urk. 3 S. 2 f. und 4 f.; § 161 GVG/ZH). Ergänzend ist Folgendes anzumerken: Die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege sind grundsätzlich von Amtes wegen zu prüfen. Es gilt die *Offizialmaxime* (ZR 90 Nr. 57). Noven sind im Rechtsmittelverfahren uneingeschränkt zulässig (§ 115 Ziff. 4 ZPO/ZH). Beschränkt wird die *Offizialmaxime* allerdings durch das Antragsprinzip (§ 84 Abs. 1 und § 87 ZPO/ZH) und die Mitwirkungspflicht (§ 84 Abs. 2 ZPO/ZH). Zu beachten ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger, d.h. objektiver Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie vorderhand nichts kostet (BGE 133 III 614 E. 5 und BGE 129 I 129 E. 2.3.1).

2.2. Nachfolgend sind mithin die Erfolgsaussichten der Klage zu beurteilen. Die Klägerin behauptet ein partiarisches Darlehen an die beiden – eine einfache Gesellschaft bildenden – Beklagten (Urk. 9/1 S. 12).

2.2.1. Nach der klägerischen Darstellung soll die Darlehenshingabe von insgesamt Fr. 120'000.– jeweils persönlich in ihrer Wohnung, also bei mehreren Gelegenheiten, geschehen sein. Die einzelnen Darlehensbeträge oder Teildarlehensbeträge werden dabei nur ansatzweise konkretisiert. Als Beispiel wird ein Fall im September 2002 erwähnt, bei dem € 30'000.– übergeben worden sein sollen (Urk. 9/1 S. 4). Am 14. Dezember 2002 will die Klägerin dem Beklagten 1 Fr. 14'000.– übergeben haben (Urk. 9/1 S. 7). Die hingegebenen € 30'000.– wä-

ren als EUR zurückzufordern (BSK OR I-Schärer/Maurenbrecher, N 19a zu Art. 312 OR). Welcher Restbetrag in CHF nach Abzug von € 30'000.– verbleibt, sagt die Klägerin nicht. Nur der Teilbetrag von Fr. 14'000.–, der am 18. Dezember 2002 in der Agenda des Beklagten 1 aufscheint (Urk. 9/4/10), ist noch hinreichend konkretisiert (Urk. 1 S. 7). Höhe und Valutierung der weiteren Darlehen sind nicht behauptet. Die Behauptung, einmal seien € 30'000.– hingegeben worden, entwertet auch die Erklärung vom 16. Dezember 2002, denn darin wird eine Summe von Fr. 120'000.– verurkundet. Rechtsbegehren Ziffer 2 ist insofern ungenügend substantiiert, als damit die Bezahlung von Fr. 120'000.– gefordert wird. Die Klage ist diesbezüglich als aussichtslos im Sinne von § 84 ZPO/ZH zu werten.

2.2.2. Im Zusammenhang mit Gewinnabrechnung (Rechtsbegehren Ziffer 1) und Gewinnbeteiligung (Rechtsbegehren Ziffer 2) geht die Klägerin von einem gesellschaftsähnlichen Verhältnis aus (Urk. 1 S. 11), doch will sie ihre Zahlungen mangels Teilnahme/Mitsprache am operativen Geschäft als (partiarisches) Darlehen verstanden wissen. Ein schriftlicher Darlehensvertrag existiert nach Darstellung der Klägerin indes nicht (Urk. 1 S. 11). Von den Urkunden 9/4/5-8 sprechen ausser Urk. 9/4/7 alle von "*Partnern*" bzw. einer "*Partnerschaft*". Aber selbst in Urk. 9/4/7 wird der Zweck der Geldaufnahme mit "für den Club D. _____" erwähnt. Gemäss Erklärung vom 16. Dezember 2002 besteht sodann eine Gewinn- und Verlustbeteiligung der Klägerin (Urk. 9/4/5). Gemäss unbestrittener Darstellung der Beklagten war die Klägerin seit der Eröffnung der Disco D. _____ im Dezember 2002 als Serviertochter an der Bar tätig (Urk. 9/18 S. 3). Sie brachte Geld und Arbeit in die Disco D. _____ ein. Gemäss Darstellung der Klägerin bildeten die Beklagten 1 und 2 eine einfache Gesellschaft (Urk. 1 S. 10, S. 12). Der Begriff Darlehen wird in keinem Dokument erwähnt. Die Klägerin spricht vielmehr von einer "finanziellen Beteiligung" (Urk. 1 S. 9) und einer Investition in eine "Gemeinsame Partnerschaft" (Urk. 1 S. 5, Urk. 4/5). Die Bezeichnung der Parteien als "Partner" und die Nennung des (gemeinsamen) Vertragszwecks (Club/Disko D. _____) sprechen gegen ein partiarisches Darlehen und für ein Gesellschaftsverhältnis unter Einschluss der Klägerin.

Einen Willen oder das Bewusstsein, eine Gesellschaft zu gründen, braucht es nicht. Es genügt die gemeinsame Zweckverfolgung mit gemeinsamen Mitteln. Auch konkludentes Handeln ist möglich (Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, N 77 § 12). Massgebendes Abgrenzungskriterium ist der Vertragszweck (ZK-Higi, N 59 der Vorbem. zu Art. 312 OR). Die Verlustbeteiligung spricht für ein Gesellschaftsverhältnis (ZK-Higi, N 64 der Vorbem. zu Art. 312 OR). Auch die auf die Klägerin ausgestellte Generalvollmacht bezüglich der Beteiligung des Beklagten 1 an der Discothek D._____ (Urk. 9/4/9) spricht für eine starke bzw. persönliche Einbindung der Klägerin. Die vorliegenden Urkunden und der unbestrittene Sachverhalt weisen daher eindeutig auf eine einfache (allenfalls stille) Gesellschaft der Parteien hin. Es stellt sich höchstens die Frage, ob einem Gesellschaftsverhältnis allenfalls entgegensteht, dass der Beklagte 1 und 2 im Januar 2003 eine Disco Bar D._____ GmbH unter Ausschluss der Klägerin gegründet haben (Urk. 9/1 S. 8, Urk. 9/4/12). Die Frage ist indessen zu verneinen: Vertragspartner bei der einfachen Gesellschaft können sowohl natürliche wie auch juristische Personen sein (BSK OR II-Handschin, N 3 zu Art. 530 OR). Die vorbestandene einfache Gesellschaft der Parteien hat daher – eine gesetzmässige Auflösung derselben wurde nie behauptet – durch die Gründung einer GmbH durch die Beklagten (ohne die Klägerin) keine Veränderung erfahren. Dafür spricht auch, dass der Beklagte 1 noch am 7. Oktober 2003 und im undatierten Brief aus dem Gefängnis von der Klägerin als Partnerin spricht (Urk. 9/4/8).

Es ist mithin von einem (allenfalls stillen) Gesellschaftsverhältnis der Parteien auszugehen (bei der stillen Gesellschaft tritt der stille Gesellschafter nach aussen nicht in Erscheinung).

Nach dem Grundsatz der Einheit der Liquidation kann vor dem vollständigen Abschluss der Liquidation kein Gesellschafter einen gesellschaftsrechtlichen Anspruch gegen einen anderen Gesellschafter geltend machen (BSK OR II - Staehelin, N 9 zu Art. 548/549). Eine Liquidation wurde hingegen nie behauptet. Die Leistungsklage der Klägerin wäre daher auch unter Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses im Sinne von § 84 ff. ZPO/ZH aussichtslos.

2.3. Aber selbst unter der Annahme eines bestehenden genügend substantiierten Darlehensverhältnisses hätte die Klage schlechte Erfolgsaussichten:

Anstoss nimmt die Klägerin an der Behauptung in der Klageantwort, die Unterschrift des Beklagten 1 auf der Zahlungsbestätigung über Fr. 120'000.– sei gefälscht (Urk. 2 S. 4). Sie versucht im Rekursverfahren mittels Vergleich von Schriftproben auf diversen – neu eingereichten – Couverts samt Briefen (Urk. 6/3-15) die beklagtische Behauptung zu widerlegen. Dabei macht sie geltend, bei den durch den Beklagten 1 adressierten Couverts lasse sich anhand des Absenders die Namensschreibung des Beklagten 1 nachvollziehen. Der Schriftzug seines Namens stimme auf sämtlichen Couverts unverkennbar mit dem Schriftzug seiner Unterschrift auf der Vollmacht und der Zahlungsvereinbarung überein (Urk. 2 S. 5). Indessen übersieht die Klägerin, dass die Vorinstanz die blosse Kopie der Bestätigung – das Original befindet sich nicht in den Akten – für die Echtheit der Unterschrift des Beklagten 1 als nicht geeignet hielt und lediglich ergänzend den Einwand der Beklagten "der Schriftzug "B._____" auf der Bestätigung sei derjenigen auf den von der Klägerin an den Beklagten 1 adressierten Umschlägen (Urk. 9/19/9-12) ähnlich", anführt (Urk. 3 S. 6). Die Klägerin schweigt sich denn auch über die nur als Kopie in den Akten vorhandene Bestätigung aus. Der Vollständigkeit halber ist in Bezug auf den Unterschriftenvergleich festzuhalten, dass die Unterschrift des Beklagten 1 auf der Bestätigung (Urk. 4/5) und den Schriftzügen auf den im Rekursverfahren eingereichten vom Beklagten 1 an die Klägerin adressierten Couverts sich nicht offenkundig unterscheidet (Urk. 9/19/9-12). Die Unterschrift des Beklagten 1 auf der Bestätigung weicht im Vergleich nicht in solchem Masse ab, dass sie offensichtlich gefälscht erscheint. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Bestätigung lediglich in Kopie bei den Akten liegt. Bereits aus diesem Grund entfällt die von der Klägerin für den Zweifelsfall beantragte Erstellung eines Gutachtens über die Echtheit der Unterschrift (Urk. 2 S. 5). Im Übrigen ist auf den summarischen Charakter des Verfahrens um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hinzuweisen, wonach Beweise abzunehmen sind, soweit dies von der Sache her als erforderlich erscheint. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich das Einholen eines Gutachtens im Rekursverfahren.

Für den Fall, dass der Nachweis der Echtheit der Unterschrift des Beklagten 1 auf der Bestätigung erbracht würde, erläutert die Vorinstanz – in Übereinstimmung mit den Beklagten (Urk. 10 S. 4) – eingehend und überzeugend, weshalb der Inhalt der Bestätigung die tatsächliche Übergabe der Fr. 120'000.– von der Klägerin an den Beklagten 1 nicht belege (Urk. 3 S. 6 f.). Mit ihrem Einwand, die Zahlungsbestätigung sei ein klarer Beweis dafür, dass zwischen ihr und dem Beklagten 1 die Übergabe von Fr. 120'000.– für den Aufbau der Disco D._____ vereinbart worden sei (Urk. 2 S. 4), begnügt sich die Klägerin mit der Darlegung, wie die Beweise ihrer Ansicht nach zu würdigen gewesen wären. Zur Begründung des Rekurses in diesem Punkt genügt es nicht, den Erwägungen im angefochtenen Entscheid eine pauschale gegenteilige Beweiswürdigung entgegenzustellen. Die Klägerin setzt sich nicht konkret mit den (zutreffenden) Erwägungen der Vorinstanz auseinander und missachtet damit ihre Behauptungs- und Substantiierungsobliegenheiten.

2.4 Die Vorinstanz wertete die Aussagen des Beklagten 1 in den Protokollen im gegen ihn geführten Strafverfahren im Jahr 2002 ("die Klägerin hat mir Fr. 130'000.– als Partnerin für den Club gegeben" und später "die Klägerin hat für den Club noch ca. Fr. 100'000.– aufgenommen") als Indizien für den Standpunkt der Klägerin. Diese würden aber nicht als Beweis für eine Schuldanerkennung genügen, da Angeschuldigte im Strafverfahren nicht verpflichtet seien, die Wahrheit zu sagen. Die Unterschrift auf dem Protokoll der bezirksanwaltschaftlichen Einvernahme bestätige nur die Richtigkeit des Protokolls, nicht aber den Wahrheitsgehalt der Aussagen. Den Einwand des Beklagten 1, es habe sich um eine Schutzbehauptung gehandelt, sei doch die Strafverfolgungsbehörde davon ausgegangen, dass das Geld für den Club aus dem Drogenhandel stamme, hielt die Vorinstanz nicht für völlig abwegig (Urk. 3 S. 8).

Es liege in der Natur des Indizienbeweises, dass erst verschiedene Indizien in Kombination miteinander zur Erhärtung eines Sachverhaltes führen würden, macht die Klägerin geltend (Urk. 2 S. 7). Die vom Beklagten 1 im Strafverfahren genannten Beträge entsprächen recht genau dem Betrag, den sie den Beklagten für den Aufbau der Disco D._____ bezahlt habe. Würde es sich tatsächlich um ei-

ne Schutzbehauptung handeln, so sei nicht nachvollziehbar, weshalb der Beklagte 1 mehrmals Geldbeträge angegeben habe, die mit den erhaltenen Fr. 120'000.– übereinstimmen würden. Der Beklagte 1 habe zudem von Investitionen in die Disco D._____ von Fr. 800'000.– gesprochen. Er hätte ebenso von Fr. 250'000.–, Fr. 300'000.– oder nur Fr. 50'000.– oder Fr. 80'000.– etc. sprechen können (Urk. 2 S. 8). Demgegenüber bestätigen die Beklagten die vorinstanzlichen Ausführungen (Urk. 10 S. 5).

Die klägerischen Argumente vermögen die überzeugenden Erwägungen der Vorinstanz nicht zu entkräften. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz unterstand der Beklagte 1 als Angeschuldigter in der Strafuntersuchung keiner prozessualen Wahrheitspflicht. Es ist daher – entgegen der Ansicht der Klägerin (Urk. 2 S. 8) – unerheblich, ob der Beklagte 1 seine Aussage bei mehreren Einvernahmen wiederholt bestätigte und ob er sich in keinem Argumentationszwang bei der bezirksanwaltschaftlichen Einvernahme und später an der Berufungsverhandlung befand. Eine plausible und nicht zu bemängelnde Erklärung für die von der Klägerin aufgeworfene Frage, weshalb der Beklagte 1 zu seiner Entlastung im Strafverfahren sich ausgerechnet auf sie berufen und sie explizit als "Partner im Club" bezeichnet habe, wenn sie ihm kein Geld gegeben hätte (Urk. 2 S. 8), liefern die Beklagten mit ihrem von der Vorinstanz als nicht völlig abwegig bezeichneten Vorbringen, wonach der Beklagte 1 den Verdacht der Strafverfolgungsbehörde habe entkräften wollen, dass er den Umbau und den Aufbau des Clubs D._____ mit Geldern aus dem Drogenhandel finanziert habe (Urk. 10 S. 5 und Urk. 9/18 S. 13). Der Beklagte 1 wurde von der Bezirksanwaltschaft zu den Einträgen in der im Büro des Clubs D._____ sichergestellten Agenda befragt und gab u.a. an: "Die Beträge, die ich hineingeschrieben habe, sind Beträge, die ich z.B. für Sachen wie Sanitär oder für Kassetten oder sonst für den Club ausgegeben habe. Frau A._____ [die Klägerin] hat mir Fr. 130'000.– für den Club gegeben. Sie ist ein Partner im Club wie der J._____. Man kann auch sehen, dass ich einem E._____ Geldbeträge gegeben habe. Dies war für die Musikanlagen im Club" (Urk. 9/4/6 S. 3). Der Beklagte 1 hatte als vom Verfahren unmittelbar Betroffener, d.h. als Angeschuldigter, ein legitimes Interesse daran, den Sachverhalt in einem für ihn möglichst günstigen Licht zu schildern.

Nicht zu folgen ist sodann dem Einwand der Klägerin, wonach das Risiko im Falle der Falschheit dieser Aussage zu hoch gewesen sei, da sie jederzeit durch die Untersuchungsbehörden hätte überprüft werden können (Urk. 2 S. 8). Als nicht der Wahrheitspflicht und auch keiner allgemeinen aktiven Mitwirkungs- und Aufklärungspflicht unterstehend, hätte eine allfällige Falschaussage des Beklagten 1 keine nennenswerten Auswirkungen auf das Strafverfahren gehabt. Falschaussagen von Angeschuldigten werden denn auch nur durch die Strafbarkeit der Begünstigung (Art. 305 StGB), der falschen Anschuldigung (Art. 303 StGB) und Irreführung der Rechtspflege (Art. 304 StGB) eingeschränkt. Dass die Aussage des Beklagten 1 in Kombination mit den weiteren Indizien ein klares Bild über den Sachverhalt ergebe, wie dies die Klägerin ins Feld führt (Urk. 2 S. 7), kann nicht bestätigt werden. Sie lässt ausser Acht, dass die Vorinstanz die von ihr offerierten Beweise als nicht ausreichend für das Bestehen einer Darlehensschuld beurteilte (Urk. 3 S. 9).

2.5. Des Weiteren widerspricht die Klägerin der im angefochtenen Entscheid enthaltenen Behauptung der Beklagten (Urk. 3 S. 9), wonach der Beklagte 1 von der Klägerin Fr. 14'000.– erhalten und im Auftrag der Klägerin an die Inhaber eines Dancings in F. _____ weitergeleitet hätte (Urk. 2 S. 9). Es habe sich nicht um Fr. 14'000.– sondern um Fr. 12'000.– gehandelt, die sie erst im Jahr 2005 in einer Filiale der G. _____ in H. _____ an J. _____ übergeben und nicht weitergeleitet habe. J. _____ habe eine Quittung darüber verfasst und unterzeichnet (Urk. 2 S. 9). Nach der Darstellung der Klägerin soll die Darlehenshingabe von insgesamt Fr. 120'000.– im Jahr 2002 erfolgt sein (Urk. 1 S. 4, S. 10). Da sich ihr Vorbringen auf eine Geldübergabe im Jahr 2005 bezieht, kann dieser Betrag nicht als Teil des Gesamtdarlehens angesehen werden. Überdies scheitert die Klägerin mit der Glaubhaftmachung ihres Vorbringen, indem sie eine nicht in deutscher Sprache abgefasste Quittung, welche überdies nur in Kopie vorliegt, und eine undatierte, nicht unterschriebene sowie nicht beglaubigte Übersetzung in die deutsche Sprache zu den Akten reicht (Urk. 6/15). Würde man auf den Wortlaut der Übersetzung abstellen, wäre damit einzig eine Übergabe von Fr. 12'000.– am 9. September 2005 von der Klägerin an J. _____ glaubhaft gemacht (vgl. Urk. 6/15). Unklar würde dennoch bleiben, wozu dieses Geld diene. Als Indiz für ein Darle-

hen könnte der Wortlaut der Übersetzung "Mit der Rückzahlung des Geldes einverstanden" (Urk. 6/15) herangezogen werden. Aus der Quittung geht jedoch nicht hervor, dass der Geldbetrag für die Beklagten als Darlehensnehmer gedacht war. Unklar bleibt ebenfalls, ob die Beklagten und die Klägerin vom gleichen Sachverhaltsvorgang ausgehen, da weder die Betragshöhe noch der Zeitpunkt übereinstimmen. Die Klägerin offeriert weiter J. _____ als Zeugen, der die Behauptungen der Beklagten widerlegen könne (Urk. 2 S. 9). Inwiefern der Zeuge widerlegen kann, dass das übergebene Geld nicht weitergeleitet wurde, legt die Klägerin nicht dar. Wie bereits erwähnt, ist das Verfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege summarischer Natur und es gilt damit das Beweismass der Glaubhaftmachung. Eine Zeugenbefragung in diesem Verfahrensstadium erweist sich als wenig zweckmässig. Überdies handelt es sich beim Rekursverfahren grundsätzlich um ein schriftliches Verfahren.

2.6. Schliesslich wirft die Klägerin der Vorinstanz vor, sie aberkenne ihren Beweisofferten die Beweiskraft, indem sie den von ihr offerierten Zeugen, welcher die Übergabe von € 30'000.– an den Beklagten 1 bezeugen könne, im Voraus die Tauglichkeit als Beweismittel abspreche. Die Vorinstanz kenne den Verwandtschaftsgrad des Zeugen nicht. Es handle sich um einen Cousin, zu dem sie praktisch keinen Kontakt pflege (Urk. 2 S. 11). Die Klägerin verkennt, dass die Vorinstanz dem Umstand Rechnung trug, dass sie [die Klägerin] als alleiniges Beweismittel für die von ihr behauptete Geldübergabe von € 30'000.– im September 2002 einen Verwandten als Zeugen anruft. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach die Überzeugungskraft des Beweises geschmälert werde und eine entsprechende Zeugenaussage alleine als Beweis für das Bestehen einer Darlehensschuld kaum reichen dürfte (Urk. 3 S. 7), ist zutreffend und überzeugend. In Übereinstimmung mit den Beklagten (Urk. 10 S. 6) spricht die Vorinstanz dem von der Klägerin angegebenen Zeugen nicht im Voraus die Tauglichkeit als Beweismittel ab, sondern hält lediglich die Überzeugungskraft des Beweises als geschmälert. Die ferner von der Klägerin erhobene Rüge, es handle sich um eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung der Vorinstanz (Urk. 2 S. 11 und 12), ist unbegründet: Die Erfolgsaussichten sind im Voraus, d.h. aufgrund der einstweilen noch unvollständigen Aktenlage, zu beurteilen, wobei die zum Beweis der be-

haupteten Tatsachen offerierten Beweismittel summarisch einer antizipierten Beweiswürdigung zu unterziehen sind (BGE 105 Ia 113 E. 2b; Urteil 4P.155/2002 vom 2. September 2002). Dies schliesst somit – entgegen der von der Klägerin vertretenen Ansicht – eine antizipierte Würdigung der Beweise bzw. Beweismöglichkeiten ein (Urteil 4P.91/2002 E. 4 vom 12. Juli 2002). Das Vorgehen der Vorinstanz entspricht den §§ 84 und 87 ZPO/ZH. Der Aussage einer Person, welche mit einer Partei verwandt ist, kann nicht das gleiche Gewicht zukommen, wie der Aussage einer unbeteiligten Drittperson. Inwiefern es sich vorliegend um eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung handelt, ist nicht ersichtlich. Die Klägerin setzt sich zudem nicht substantiiert mit den Erwägungen im angefochtenen Entscheid auseinander, wonach die Aussage ihres Verwandten die Überzeugungskraft des Beweises schmälere (Urk. 3 S. 7).

2.7. Unter Hinweis auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid und im Lichte der vorstehenden Erwägungen ist der Klägerin nicht zu folgen, wenn sie geltend macht, sie habe den Nachweis von mehreren Indizien für die Vermutungsfolge erbracht, weshalb die Beklagten den genügenden Nachweis von Zweifeln an der Richtigkeit der Indizien und der daraus gezogenen Schlussfolgerung zu erbringen hätten (Urk. 2 S. 15). Infolgedessen ist weder auf die von der Klägerin bereits vor Vorinstanz und erneut im Rekursverfahren vorgebrachten Behauptungen sowie die dafür offerierten Beweise (Urk. 2 S. 13 und 14) noch auf ihre Folgerung, die Beklagten hätten den genügenden Nachweis von Zweifeln an der Richtigkeit der Indizien und der daraus gezogenen Schlussfolgerung zu erbringen (Urk. 2 S. 15), einzugehen.

2.8. Soweit die Klägerin der Vorinstanz vorwirft, sie habe es in unzulässiger Weise unterlassen, weitere Anspruchsgrundlagen zu prüfen, und damit den Grundsatz "iura novit curia" (§ 57 ZPO/ZH) verletzt (Urk. 2 S. 16), dringt sie nicht durch. Einerseits wurde in Erw. 2.2.2 eine weitere (gesellschaftsrechtliche) Anspruchsgrundlage geprüft, was indes nicht zum Vorteil der Klägerin ausfiel. Andererseits ist es nicht Sache des Gerichts, bei Fehlen von substantiierten Behauptungen über weitere Anspruchsgrundlagen zu spekulieren, auf die sich die eingeklagten Ansprüche der Klägerin allenfalls stützen liessen. Die Klägerin zeigt denn

auch nicht konkret auf, welche weiteren Rechtsgrundlagen aufgrund der von ihr behaupteten "Geldübergabe" (Urk. 2 S. 16) noch zu prüfen wären.

2.9. Vor diesem Hintergrund sind die Aussichten der Klägerin, dass sie nachweisen kann, dass zwischen den Parteien ein Darlehensvertrag abgeschlossen wurde, gesamthaft als wenig Erfolg versprechend einzuschätzen. Die Klage ist als aussichtslos im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO/ZH zu qualifizieren. Demzufolge ist die vorinstanzliche Abweisung des Gesuches der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und unentgeltlichen Rechtsvertretung zu bestätigen und der Rekurs abzuweisen.

3. Unentgeltliche Rechtspflege im Rekursverfahren

Die Klägerin stellt auch für das Rekursverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung (Urk. 2 S. 2). Aufgrund der obigen Ausführungen erweist sich der Rekurs der Klägerin allerdings als aussichtslos, weshalb das Gesuch abzuweisen ist.

III.

1. Betreffend das erstinstanzliche Verfahren wurden keine Kosten- und Entschädigungsfolgen bestimmt (Urk. 3 S. 11 f.).

2. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Rekursverfahrens vollumfänglich der Klägerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Die Höhe der Gerichtsgebühr ist unter Anwendung der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 zu bestimmen (§ 23 GebV OG vom 8. September 2011), insbesondere deren §§ 13 in Verbindung mit 2 Abs. 1, 4 Abs. 2 sowie § 7. Dabei ist von einem Streitwert in der Höhe von Fr. 120'000.– auszugehen.

Sodann ist die Klägerin zu verpflichten, den Beklagten für ihre Kosten und Umtriebe im Zusammenhang mit dem Rekursverfahren eine Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Die Prozessentschädigung ist in Anwendung der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom

21. Juni 2006 (§ 25 AnwGebV vom 8. September 2010), insbesondere deren §§ 2 Abs. 1 und 2, 3 Abs. 1 und 2, 7 in Verbindung mit 8, 12 und 14 auf Fr. 3'000.– zuzüglich Fr. 228.– (7.6 % Mehrwertsteuer) festzulegen, und den Beklagten 1 und 2 anteilmässig zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Rekursverfahren wird abgewiesen.
2. Der Rekurs der Klägerin wird abgewiesen und der Zirkulationsbeschluss des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 14. Oktober 2010 bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'500.–.
4. Die Kosten des Rekursverfahrens werden der Klägerin auferlegt.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten 1 und 2 für das Rekursverfahren eine Prozessentschädigung von je Fr. 1'614.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. 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 Fr. 120'000.–.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGB.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Ferreño

versandt am:

mc