

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB140037-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 14. November 2014

in Sachen

A._____,
Klägerin und Beschwerdeführerin

gegen

B.____ [Bank],
Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1.____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2.____

betreffend **Aberkennungsklage / unentgeltliche Rechtspflege**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Zivilgerichtes des Bezirksgerichtes
Uster vom 19. September 2014; Proz. CG140009**

Rechtsbegehren:

Wörtlich (act. 6/1 S. 1 f.):

- "1. Für die Betreuung Nr. sei eine definitive Rechtsöffnung nicht zu erteilen.
2. Die Forderung von B. _____ bei dem Grundstück an der C. _____ - Strasse ..., 8610 Uster von Fr. 400'000.00 mit Zinsen sei zu löschen.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, die Gutschrift vom 20.12.2007 der Klägerin auszuführen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

Sinngemäss, nach der Auslegung der Vorinstanz (act. 7 S. 3 ff.):

1. Es sei in der Betreuung Nr. des Betreibungsamtes Uster (Zahlungsbefehl vom 5. August 2013) die Forderung der Beklagten von CHF 400'000.-, Betreuungskosten, Rechtsöffnungskosten und Entschädigung im Rechtsöffnungsverfahren sowie das Pfandrecht abzuerkennen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Inhaberschuldbrief über CHF 420'000.-, datiert vom 30. September 2004, lastend an 1. Pfandstelle auf Stockwerkeigentum Nr. ... und Miteigentum Nr. ..., Grundbuch Uster, herauszugeben.
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 1'156'969.40 zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

Prozessualer Antrag (act. 6/1 S. 7 f., sinngemäss):

Es sei der Klägerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, mit Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands.

Beschluss des Bezirksgerichts Uster vom 19. September 2014

(act. 7):

- "1. Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes) wird abgewiesen.
2. Der Klägerin wird eine Frist von 28 Tagen ab Zustellung dieses Entscheids angesetzt, um für die sie allenfalls treffenden Gerichtskosten bei der Bezirksgerichtskasse Uster (Postkonto 80-4944-0, lautend auf Bezirksgerichtskanzlei, 8610 Uster, Zahlungszweck: "Geschäfts-Nr.: CG140009-I", IBAN: CH60 0900

0000 8000 4944 0) einen Kostenvorschuss von CHF 23'000.– zu leisten.

Sofern für die Einzahlung des Kostenvorschusses nicht der beiliegende Einzahlungsschein verwendet wird, ist als Zahlungszweck zwingend die "Geschäfts-Nr.: CG140009-I" anzugeben.

[3.-5. Delegation, Mitteilung und Rechtsmittel]"

Beschwerdeanträge:

der Klägerin und Beschwerdeführerin (act. 2, sinngemäss):

Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes) für den vor dem Bezirksgericht Uster anhängig gemachten Aberkennungsprozess sei gutzuheissen.

Erwägungen:

I.

1. Mit Urteil vom 31. März 2014 erteilte das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Uster der Beklagten und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte) in der Betreuung Nr. des Betreibungsamts Uster (Betreibung auf Grundpfandverwertung, Zahlungsbefehl vom 5. August 2013) gegen die Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) für Fr. 400'000.00 sowie für das Grundpfandrecht, die Betreuungskosten und die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Rechtsöffnungsentscheids provisorische Rechtsöffnung (act. 6/4/3/1, 6/4/24).

Auf die gegen das Urteil vom 31. März 2014 erhobene Beschwerde trat das Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, mit Beschluss vom 7. Juli 2014 nicht ein (act. 6/4/26).

2. Mit Eingabe vom 28. April 2014 erhob die Klägerin vor dem Bezirksgericht Uster (Vorinstanz) die eingangs angeführte Aberkennungs- und Forderungs-

klage gegen die Beklagte betreffend die erwähnte Betreibung Nr. des Betreibungsamts Uster und ersuchte um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 6/1). Die Vorinstanz erachtete das Rechtsbegehren der Klägerin als auslegungsbedürftig und kam bei der Auslegung zum eingangs angeführten Ergebnis (act. 7 S. 3 ff.).

3. Am 19. September 2014 wies die Vorinstanz das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit der Aberkennungs- und Forderungsklage ab und setzte der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses an (act. 6/9 = act. 3/1 = act. 7).

Der Beschluss vom 19. September 2014 wurde der Klägerin am 24. September 2014 zugestellt (act. 6/10).

4. Mit Eingabe vom 29. September 2014, beim Obergericht eingegangen am 1. Oktober 2014, erhob die Klägerin Beschwerde gegen den Beschluss vom 24. September 2014, mit sinngemässer Stellung des eingangs aufgezeigten Beschwerdeantrages (act. 2).

5. Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 6/1-10). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Der Beklagten ist indes noch ein Doppel von act. 2 zuzustellen.

II.

1 / 1.1 Der Entscheid über die Abweisung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege ist mit Beschwerde anfechtbar (Art. 121 ZPO). Auf die rechtzeitig schriftlich und begründet eingereichte Beschwerde der Klägerin ist daher einzutreten.

1.2 Im Beschwerdeverfahren sind neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Der im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege geltende Untersuchungsgrundsatz ändert daran nichts (vgl.

BGer 5A_405/2011 vom 26. September 2011, E. 4.5; vgl. auch BK ZPO-STERCHI, Art. 326 ZPO N 4).

1.3 Der Entscheid der Beschwerdeinstanz ist zu begründen (Art. 327 Abs. 5 ZPO). Dabei ist indes nicht auf alle beliebigen Parteistandpunkte einlässlich einzugehen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich zu widerlegen. Vielmehr kann sich die Beschwerdeinstanz auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (vgl. BK ZPO-STERCHI, Art. 318 N 21 sowie Art. 327 N 22; vgl. auch BGE 134 I 83 E. 4.1).

2. Die Vorinstanz wies das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege unter Hinweis auf die Aussichtslosigkeit der von der Klägerin gestellten Begehren ab. Die Klägerin macht geltend, ihre Anliegen seien nicht aussichtslos (act. 2 S. 1). Das ist nachfolgend zu prüfen.

3. / 3.1 Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO).

Als aussichtslos erscheinen Rechtsbegehren, bei denen die Gewinnchancen beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die daher nicht mehr als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem gleichen Prozess entschliessen würde wie die um unentgeltliche Rechtspflege ersuchende Partei. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie (zumindest einstweilen, vgl. Art. 123 ZPO) nichts kostet. Die Prüfung der Prozessaussichten erfolgt im Rahmen einer vorläufigen, summarischen Prüfung der erhobenen Begehren. Darauf hat die Vorinstanz bereits richtig hingewiesen (act. 7 S. 8 f.).

3.2 / 3.2.1 Die Beklagte erlangte im eingangs erwähnten Urteil vom 31. März 2014 gegenüber der Klägerin provisorische Rechtsöffnung für eine Forderung über Fr. 400'000.00. Die Forderung basiert auf einem Darlehensvertrag vom 18. März 2011 über diesen Betrag. In einer Sicherungsvereinbarung vom gleichen

Datum hatte die Klägerin der Beklagten unter anderem den Inhaber-Schuldbrief über Fr. 420'000.00, 1. Rang, datiert vom 30. September 2004, lastend auf dem im Eigentum der Klägerin stehenden Stockwerkeigentum Nr. ... und Miteigentumsanteil Nr. ..., Grundbuch Uster, zu Eigentum übertragen (vgl. act. 6/4/3/5-7, 6/4/3/24).

3.2.2 Die Beklagte hatte den Darlehensvertrag und die Sicherungsvereinbarung vom 18. März 2011 am 10. Januar 2013 gekündigt, wobei der Kündigung verschiedene Besprechungen und Korrespondenzen der Parteien über die finanzielle Lage der Klägerin vorausgegangen waren (act. 6/4/3/13, 6/4/3/18, 6/4/3/22; act 6/4/1 S. 4 ff.). Hintergrund der Kündigung waren (so die Schilderung der Beklagten im Rechtsöffnungsbegehren) verschiedene Arreste von Drittgläubigern auf der Liegenschaft in Uster und auf Liegenschaften der Klägerin in I._____, sowie verschiedene Betreibungen auf Grundpfandverwertung betreffend die Liegenschaften in I._____ über insgesamt Fr. 460'000.00, wobei keine Rechtsvorschläge erhoben worden waren (act. 6/4/1 S. 4 f.).

Nach vergeblichen Zahlungsaufforderungen vom 25. März und 21. Mai 2013 (act. 6/4/3/23-24) hatte die Beklagte die Darlehensforderung mit Betreibungsbegehren vom 2. August 2013 gegen die Klägerin beim Betreibungsamt Uster in Betreibung gesetzt (act. 6/4/3/26).

3.2.3 Die Klägerin macht in ihrer Aberkennungs- und Forderungsklage gegen die Beklagte vom 28. April 2014 eine Gegenforderung über Fr. 1'156'969.00 geltend, welche sie mit der Forderung der Beklagten verrechnen will und welche ihr ihm Mehrbetrag auszuzahlen sei (vgl. act. 6/1 S. 5 sowie act. 7 S. 4 f.). Die Forderung basiert auf einer Gutschriftsanzeige vom 20. Dezember 2007 über den entsprechenden Betrag (wobei die Klägerin den Betrag von Fr. 1'156'969.40 offenbar auf ganze Franken abrundete, vgl. act. 6/2/5 S. 1 und 2). Die Klägerin macht geltend, diese Zahlung sei ihrem Konto tatsächlich nicht gutgeschrieben worden, weshalb die Beklagte ihr diesen Betrag schulde (act. 6/1 S. 5).

Die Vorinstanz hat das richtig so ausgelegt, dass die Klägerin ihre geschilderte Forderung der Forderung der Beklagten verrechnungsweise entgegenhalten

wolle (Aberkennungsklage) und die Ausbezahlung des Mehrbetrags an sich verlange (Forderungsklage; vgl. act. 7 S. 4 f.).

Dass in diesem Sinne eine Auslegung des Rechtsbegehrens erfolgte, heisst entgegen der Klägerin (act. 2 S. 7) nicht ohne weiteres, dass die Vorinstanz in diesem Zusammenhang ihre Fragepflicht nach Art. 56 ZPO verletzt hätte. Eine solche Fragepflicht besteht nicht, wenn die Auslegung des Rechtsbegehrens wie vorliegend zu einem klaren Ergebnis führt.

3.3 Die Vorinstanz erachtete zusammengefasst die Behauptung der Klägerin zur geltend gemachten Gegenforderung, wonach die Beklagte ihr am 20. Dezember 2007 den erwähnten Betrag nicht ausbezahlt bzw. auf ihrem Konto gutgeschrieben habe, als vollkommen unglaubhaft. Sie hielt der Klägerin zudem entgegen, dass sie keinen entsprechenden Kontoauszug eingereicht hatte, um die unterbliebene Buchung zu belegen, sondern nur die Gutschriftsanzeige vom 20. Dezember 2007, aus welcher neben der (angeblich nicht ausbezahlten) Gutschrift von Fr. 1'156'969.40 ein Saldo "nach Buchung" von Fr. 7'397.40 hervorgeht (act. 6/2/5 zweite Seite). Dieser Saldo deute lediglich darauf hin, dass die Klägerin ihr Konto erheblich überzogen hatte, aber er belege nicht, dass die Buchung nicht tatsächlich erfolgt sei. Das führte für die Vorinstanz zum Schluss, der der Aberkennungsklage zugrundeliegende Standpunkt, wonach der Klägerin aus der unterbliebenen Zahlung ein entsprechender Verrechnungsanspruch zustehe, sei aussichtslos (act. 7 S. 11 f.).

3.4 Zum Verständnis des Standpunkts der Klägerin über die geltend gemachte Gegenforderung ist auf die früheren Geschäftsbeziehungen der Parteien einzugehen, welche die Klägerin in ihren Rechtsschriften eingehend thematisiert. Dabei ging es um die Finanzierung eines früheren Liegenschaftenkaufs der Klägerin in I._____ (vgl. zum Ganzen act. 6/1 S. 2 ff. sowie act. 2 S. 2 ff.):

3.4.1 Die Klägerin erwarb gemäss Kaufverträgen vom 26. November 2007 von der D._____ AG zwei Liegenschaften an der E._____ -Strasse ... und ... in F._____ (Stadt I._____) zum Preis von je Fr. 600'000.00 (Liegenschaften Nr. ... und ..., Einfamilienhäuser), je zusammen mit einem Miteigentums-anteil an der

Liegenschaft Nr. ... (Tiefgarage, Miteigentumsanteile ... und ...). Die D._____ AG war dabei von ihrem einzelzeichnungsberechtigten Organ G._____, dem Ehemann der Klägerin (vgl. act. 6/1 S. 3) vertreten (act. 6/2/1/1-2).

Die beiden Hauptliegenschaften Nr. ... und ... waren gemäss öffentlich beurkundeten Kaufverträgen mit je einem Inhaberschuldbrief an erster Pfandstelle, lautend auf die H._____ AG, über Fr. 400'000.00 belastet. Die Verträge enthalten zudem die Bestimmung, dass die Schuldbriefe sich zur Zeit im Besitz der Verkäuferin, der D._____ AG, befänden und der Käuferin beim Grundbucheintrag unbeschwert übergeben bzw. der finanzierenden Bank zur freien Verfügung gehalten würden (act. 6/2/1/1-2).

Zur Tilgung des Kaufpreises enthalten die Verträge die Bestimmung, dass die Klägerin Fr. 30'000.00 bereits ausseramtlich an die Verkäuferin bezahlt habe und Fr. 570'000.00 von der Käuferin, Wert Antrittstag, durch Bankgutschrift direkt an die Verkäuferin bezahlt würden, wobei für diesen Betrag je ein unwiderrufliches Zahlungsverprechen vorliege (act. 6/2/1/1-2 je S. 5). Die beiden Zahlungsverprechen datieren vom 20. November 2007. Sie erfolgten unter dem Vorbehalt, dass (a) die Eigentumsübertragung angemeldet werde und keine Kaufpreisreduktion erfolge, (b) der Pfandzusatz von Miteigentum Nr. ... bzw. ... in die bereits bestehenden Schuldbriefe aufgenommen werde und (c) das je bereits bestehende Grundpfandrecht über Fr. 400'000.00 im 1. Rang unbelehnt an die Beklagte herausgegeben werde (act. 6/2/2/1-2).

3.4.2 Mit Schreiben vom 26. November 2007 an die Beklagte erklärte das Grundbuchamt I._____, die vorgenannten Verträge vom gleichen Datum seien zum Grundbucheintrag angemeldet worden. Daher seien die Zahlungsverprechen dahingehend umzusetzen, dass (u.a.) ein Betrag von je Fr. 565'452.00 umgehend auf das Konto der D._____ AG (der Verkäuferin) bei der Beklagten zu vergüten sei. Die bereinigten Schuldbriefe würden anfangs Dezember 2007 vom Grundbuchamt der Beklagten zugestellt (act. 6/2/3/1-2).

3.4.3 Am 28. November 2007 schrieb die Beklagte auf dem Kontokorrentkonto Nr. ... der D._____ AG den Betrag von Fr. 1'130'904.00 gut, mit dem Ver-

merk "Kaufpreiszahlung Vergütung von A._____, Restkaufpreis für Kauf L ... und L ... in F._____" (act. 6/2/5). Die Vergütung entspricht dem Betrag, der im Schreiben des Grundbuchamtes I._____ vom 26. November 2014 erwähnt war (act. 6/2/3/1-2: 2 x Fr. 565'452.00).

3.5 Die Klägerin macht dazu geltend, die Liegenschaften seien im damaligen Zeitpunkt mit je Fr. 400'000.00 von der H._____ AG (Schuldbriefforderungen) belastet gewesen. Daher hätten die Schuldbriefe nicht wie im Zahlungsverprechen vorgesehen an die Beklagte herausgegeben werden können, was zum Scheitern der Finanzierung des Liegenschaftenskaufs durch die Beklagte geführt habe (act. 1 S. 2 f.). Da die Beklagte sodann ohne die Schuldbriefe freiwillig den Kaufpreis an die D._____ AG bezahlt habe, gelte dies einzig zwischen der Beklagten und der D._____ AG als erfolgt, was für die Klägerin nicht verbindlich sei (act. 1 S. 5). Die Klägerin nennt indes keinen Beleg dafür, dass die Liegenschaften beim Vertragsschluss am 26. November 2007 noch mit Schuldbriefforderungen der H._____ AG belastet waren. Ihre Schilderung steht im klaren Widerspruch zum vorstehend zu den Kaufverträgen Gesagten, wonach die *Inhaberschuldbriefe* (vgl. Art. 978 Abs. 1 OR) im Besitz der Verkäuferin und unbeschwert seien (vorne II./3.4.1). Dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch eine Grundpfandforderung der H._____ AG bezüglich der Kaufliegenschaften bestand, ist danach nicht anzunehmen (zumal sich die Kaufverträge anderenfalls wohl auch zur Übernahme dieser Grundpfandschulden hätten äussern müssen).

Danach gibt es keinen Grund dafür, weshalb die Schuldbriefe beim Vertragsschluss nicht hätten vorhanden sein sollen und dem Grundbuchamt nicht hätten vorgelegt werden können (wie vorgesehen, vgl. vorne II./3.4.1). Die Schilderung, dass die Finanzierung des Liegenschaftenskaufs gemäss den erwähnten Zahlungsverprechen vom 20. November 2007 wegen des Fehlens der Schuldbriefe gescheitert sei (act. 1 S. 3), ist danach unglaubwürdig. Die Vorinstanz hat dazu richtig darauf hingewiesen, dass das Grundbuchamt im bereits erwähnten Schreiben vom 26. November 2007 (vorne II./3.4.2) kaum die Zustellung der angepassten Schuldbriefe "Anfangs Dezember" (d.h. einige Tage später) in Aussicht gestellt hätte, wenn die Schuldbriefe nicht vorhanden gewesen wären (vgl. act. 7

S. 10). Die Schilderung der Klägerin, sie habe die Liegenschaften in I. _____ aufgrund des Scheiterns der Finanzierung durch die Beklagte "mit Belastung von Dritten" gekauft (act. 1 S. 3), ist denn auch sehr vage.

Dass die Parteien sodann am 16. Juli 2009 für die beiden Liegenschaften vier Festhypotheken über je Fr. 200'000.00 abschlossen (act. 6/2/4), belegt entgegen der Klägerin (act. 1 S. 4 oben) nicht, dass die Beklagte nicht bereits den ursprünglichen Kauf finanzierte und die Schuldbriefe bereits damals als Sicherheit entgegen nahm, aber erst 2009 entsprechende Festhypotheken vereinbart wurden. Die Klägerin hat für ihre Schilderung zur Ablösung der H. _____-Hypotheken durch eine G. _____ GmbH in diesem Zeitpunkt (vgl. act. 1 S. 3 unten) denn auch keine Belege vorgelegt.

3.6 Grundlage der behaupteten Gegenforderung der Klägerin ist wie bereits erwähnt eine Gutschriftsanzeige vom 20. Dezember 2007 über den Betrag von Fr. 1'156'969.40 (vgl. act. 6/2/5), wobei die Klägerin geltend macht, diese Zahlung sei ihrem Konto tatsächlich nicht gutgeschrieben worden (act. 6/1 S. 5, act. 2 S. 2).

3.6.1 Die entsprechende Zahlung wurde am 20. Dezember 2007 dem Konto der D. _____ AG bei der Beklagten belastet, mit dem Vermerk "Vergütung an A. _____" (act. 6/2/5 erste Seite). Die Klägerin hat nach wie vor keine Belege vorgelegt, aus welchen das Ausbleiben der erwähnten Gutschrift hervorginge (ohnehin wären neue Belege im vorliegenden Beschwerdeverfahren unzulässig, vgl. vorne II./1.2). Sie behauptet lediglich, die Beklagte weigere sich, ihr Unterlagen auszuhändigen, um sich im laufenden Prozess nicht zu gefährden (act. 2 S. 3). Diese neue Behauptung ist indes im Beschwerdeverfahren unzulässig.

Dessen ungeachtet verdeutlicht die Klägerin nicht, inwiefern sie vergeblich versucht habe, solche Unterlagen zu erhalten, und sie reicht auch keine entsprechende Belege (etwa Schreiben an die Beklagte oder Antworten der Beklagten) zu den Akten. Die Klägerin vermag daher die Einschätzung der Vorinstanz, wonach die Behauptung des Ausbleibens der entsprechenden Gutschrift auf dem Konto der Klägerin sehr unglaubhaft sei, nicht zu relativieren.

3.6.2 Die Klägerin macht weiter geltend, die Ansicht der Vorinstanz zur Überziehung des Kontos (mit Bezug auf die Gutschriftsanzeige vom 20. Dezember 2007, act. 6/2/5 zweite Seite, vgl. vorne II./3.3) gehe fehl, weil keine Bank ein "Darlehen in Millionenhöhe" ohne Sicherheit gewähren würde (act. 2 S. 2). Die Klägerin vermag mit diesem Argument jedoch das Fehlen von Belegen für die tatsächliche Entwicklung ihres Kontosaldo nicht wettzumachen, zumal nicht bekannt ist, ob und was für eine Sicherheit allenfalls im Zeitpunkt vorlag, als die Klägerin das Konto überzog (naheliegender ist, dass die Überziehung des Kontos im Zusammenhang mit der Ausführung der Zahlungen gemäss den vorhin erwähnten Zahlungsverprechen beim Liegenschaftenerwerb in I. _____ stand [vgl. vorne II./3.4.1-3]; das würde betragsmässig eine Überziehung im entsprechenden Umfang erklären, und für den zugrundeliegenden Kredit hätte eine Sicherheit im Umfang der Schuldbriefe bestanden).

3.6.3 Als Nächstes macht die Klägerin geltend, die Beklagte hätte ihr Konto am 20. Dezember 2007 – für den Fall, dass die Zahlung über Fr. 1'156'969.40 eingetroffen wäre – aufgrund von Art. 117 Abs. 3 OR nicht saldieren dürfen (act. 2 S. 2). Diese Bestimmung verbietet indes nicht das Ziehen des Saldo, sondern sie bedeutet lediglich, dass die Saldierung nichts am Bestehen der Sicherheit ändert, die nach der Saldierung den Saldo sichert, soweit dieser den gesicherten Posten nicht überschreitet (vgl. BSK OR I-GONZENBACH/GABRIEL-TANNER, 5. Auflage 2011, Art. 117 OR N 16 f.). Die Klägerin kann daraus nichts für sich ableiten, so dass auf die Frage nicht einzugehen ist, welche Sicherheit für diese Forderung haftet haben soll (möglicherweise meint die Klägerin hier dieselbe Darlehensforderung, welche nach den vorstehenden Ausführungen mit den entsprechenden Schuldbriefen gesichert war [vgl. vorne II./3.4.1-3 sowie II./3.6.2]).

3.6.4 Nach dem Gesagten gibt es keine im Ansatz stichhaltigen Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte der Klägerin den Betrag von Fr. 1'156'969.40 gemäss Belastung auf dem Konto der D. _____ AG vom 20. Dezember 2007 nicht tatsächlich gutschrieb. Auf das Argument der Klägerin, die Gutschriftsanzeige bedeute eine Schuldanerkennung nach Art. 17 OR (act. 2 S. 2), ist daher nicht weiter einzugehen.

3.6.5 Die Klägerin reichte der Kammer mit ihrer Beschwerde neue Unterlagen zu den Akten, insbesondere im Zusammenhang mit der vom Streit betroffenen Zahlung über Fr. 1'156'969.40 vom 20. Dezember 2007 (act. 3/2a, 3/2b). Auch diese neuen Unterlagen sind im Beschwerdeverfahren unzulässig (vgl. vorne II./1.2). Selbst wenn darauf eingegangen würde, liesse sich daraus nichts zugunsten der Klägerin ableiten: Der mehrfach erwähnten Überweisung von der D. _____ AG auf das Konto der Klägerin lag nach den neuen Unterlagen ein Zahlungsauftrag der D. _____ AG vom 18. Dezember 2007 zugrunde, der ursprünglich sowohl als Belastungs- als auch als Begünstigungskonto dasselbe Konto der Klägerin bei der Beklagten (Konto-Nr. ...) nannte (act. 3/2b). Erst danach wurde das Belastungskonto von Hand korrigiert und wurde das Konto der D. _____ AG (Nr. ...) eingetragen (act. 3/2a; vgl. auch act. 6/2/5, woraus sich ergibt, dass es sich dabei tatsächlich um das Konto der D. _____ AG handelt). Die Klägerin schliesst daraus, die Beklagte habe mit der ursprünglichen Buchung das Hypothekendarlehen für den Kauf der Liegenschaften in I. _____ widerrufen, weil die entsprechende Finanzierung mangels Vorliegens der Schuldbriefe gescheitert sei (act. 2 S. 4). Wie ein entsprechendes Darlehen durch eine solche wirtschaftlich sinnlose Buchung zulasten und zugunsten desselben Kontos "widerrufen" werden könnte, ist indes nicht ansatzweise nachvollziehbar. Auch sind keine Gründe ersichtlich (und werden von der Klägerin auch nicht dargetan), weshalb die D. _____ AG eine solche Buchung hätte in Auftrag geben sollen (auch der ursprüngliche Zahlungsauftrag vom 18. Dezember 2007 wurde offenkundig vom Ehemann der Klägerin für die D. _____ AG unterzeichnet [vgl. etwa die Unterschrift auf act. 3/2b mit derjenigen auf den Kaufverträgen, act. 6/2/1/1-2]).

Mit dem "manipulierten" Zahlungsauftrag über Fr. 1'156'969.40 (act. 3/2a) habe die Beklagte sodann, so die Klägerin weiter, einen "Scheindarlehensvertrag" zwischen ihr, der Klägerin, und der D. _____ AG abgeschlossen, gestützt auf diesen sie, die Klägerin, der D. _____ AG angeblich diesen Betrag schulde. Das habe dazu geführt, dass die D. _____ AG die Liegenschaften der Klägerin in I. _____ verarrestiert habe (act. 2 S. 5). Das wirkt konstruiert und ist daher nicht glaubhaft. Die Beklagte sieht hier eine Art Machenschaft, mit welcher die Beklagte und die D. _____ AG den Arrest auf die erwähnten Liegenschaften zulasten der Klägerin

ermöglicht hätten. Weshalb die D. _____ AG am 18. Dezember 2007, als sie noch vom Ehemann der Klägerin geführt wurde (laut der Klägerin wurde ihm die Führung der Gesellschaft erst am 10. April 2011 entzogen, act. 6/1 S. 3), mit der Unterzeichnung des Original-Zahlungsauftrags (mit identischem Belastungs- und Begünstigungskonto der Klägerin) zu einer solchen Machenschaft hätte Hand bieten sollen, ist nicht ersichtlich und wird von der Klägerin nicht ansatzweise verdeutlicht.

Die Vorinstanz hat den Standpunkt der Klägerin zur Verrechnungsforderung daher mit Recht als aussichtslos eingeschätzt.

3.7 Die Klägerin macht beschwerdeweise weiter geltend, ihr Antrag Ziff. 1 auf Aufhebung (bzw. Nichterteilung) der definitiven Rechtsöffnung stütze sich auf eine rechtsmissbräuchliche Kündigung des Darlehensvertrags (act. 2 S. 6).

3.7.1 Die Klägerin irrt, wenn sie vorbringt, die Vorinstanz habe diesen Antrag nicht behandelt (act. 2 S. 6). Es geht dabei um den Antrag auf Aufhebung der Rechtsöffnung. Diesen Antrag hat die Vorinstanz eingehend geprüft. Dass die Vorinstanz nicht ausdrücklich eine rechtsmissbräuchliche Kündigung des Darlehensvertrags prüfte, ist nicht zu beanstanden, da die Klägerin so etwas in ihrer Aberkennungsklage auch nicht vorgebracht hatte (vgl. act. 1).

Dass solche Argumente im Aberkennungsprozess grundsätzlich vorgebracht werden können (act. 2 S. 7 mit Verweis auf act. 3/3), ist zutreffend. Zudem ist das Recht von Amtes wegen anzuwenden (Art. 57 ZPO) und können neue rechtliche Argumente daher auch im Beschwerdeverfahren vorgebracht werden. Dessen ungeachtet vermag die Klägerin aus diesem neuen Argument nichts für sich abzuleiten:

3.7.2 Die Klägerin hält fest, sie stütze ihren Standpunkt einer rechtsmissbräuchlichen Kündigung des Darlehens auf die manipulierten Unterlagen, welche sie im Beschwerdeverfahren neu einreichte (act. 2 S. 6). Die neuen Unterlagen sind indes, wie bereits erwähnt, als unzulässige Noven zu betrachten (vorne II./1.2 sowie II./3.6.5).

Ohnehin ist festzuhalten, dass nur der *offenbare* Rechtsmissbrauch zu einer Gutheissung des Standpunkts der Klägerin führen könnte (vgl. Art. 2 Abs. 2 ZGB). Die Berufung auf offenbaren Rechtsmissbrauch ist nur als ultima ratio zulässig (BSK ZGB-HONSELL, 4. Auflage 2010, Art. 2 N 29). Vorliegend wurde bereits ausgeführt, dass die Schilderung der Klägerin über die Manipulation von Unterlagen zwecks Ermöglichung der Arrestlegung und daraufhin Kündigung des Darlehensvertrags konstruiert wirkt (vgl. vorne II./3.6.5). Viel näher liegt die Annahme, die D._____ AG unter Leitung des Ehemanns der Klägerin habe am 18. Dezember 2007 tatsächlich eine Zahlung von Fr. 1'156'969.40 an die Klägerin vornehmen wollen (möglicherweise im Zusammenhang mit der am 28. November 2007 erhaltenen Kaufpreiszahlung für die Liegenschaften in I. _____), und habe irrtümlich das Konto der Klägerin (auch) als Belastungskonto im Zahlungsauftrag vermerkt, so dass dies vor Ausführung der betreffenden Buchung auf dem Konto der D._____ AG (act. 6/2/5) zu korrigieren war (act. 3/2a-b).

Daher erweist sich auch die Berufung auf offenbaren Rechtsmissbrauch als aussichtslos.

4. Im Sinne einer Zusammenfassung ist festzuhalten, dass die Erfolgsaussichten der Aberkennungs- und Forderungsklage der Klägerin insgesamt bedeutend geringer einzuschätzen sind als die Verlustgefahren, so dass kaum von ernsthaften Gewinnchancen gesprochen werden kann. Das Begehren der Klägerin ist daher aussichtslos nach Art. 117 lit. b ZPO. Auf die geltend gemachte Mittellosigkeit der Klägerin (Art. 117 lit. a ZPO, vgl. act. 2 S. 8 f. und act. 6/1 S. 7 f.) ist deshalb nicht weiter einzugehen. Somit ist die Beschwerde gegen die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege vollumfänglich abzuweisen.

5. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin sich mit ihrem Ersuchen um Gewährung längerer Zahlungsfristen (act. 2 S. 9), insbesondere mit Blick auf eine allfällige Nachfrist zur Bezahlung des Kostenvorschusses (Art. 101 Abs. 3 ZPO), an die Vorinstanz zu wenden hat.

III.

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Daher sind für das Beschwerdeverfahren keine Gerichtskosten aufzuerlegen.

Der Beklagten ist mangels Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen. Anzumerken ist, dass entgegen act. 6/4/1 soweit ersichtlich Rechtsanwalt Dr. X1. _____ nicht im Anwaltsregister eingetragen ist.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen,
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte und Beschwerdegegnerin unter Beilage der Doppels von act. 2 und act. 3/1-3, sowie an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

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

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1'156'969.40.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: