

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RU200035-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzoberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Beschluss und Urteil vom 20. August 2020

in Sachen

1. **A.** _____,

2. **B.** _____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

beide vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____,

betreffend Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege

Beschwerde gegen ein Urteil der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 10. Juli 2020 (ED200039)

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien betreiben das Einzelunternehmen "C. _____" mit Sitz in D. _____. Die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin 1 (fortan Gesuchstellerin) ist die Inhaberin und der Gesuchsteller und Beschwerdeführer 2 (fortan Gesuchsteller) der zur Einzelunterschrift berechnigte Ehemann der Gesuchstellerin (act. 3/3 = act. 12/7). Im Rahmen eines Asset Deals verkauften die Gesuchsteller eine unter der Marke "E. _____" eingetragene Fitnesskette mit 16 Studios an F. _____ und übertrugen ihm per 1. Juni 2019 sämtliche Rechte an "E. _____". Der Kaufpreis war vertraglich auf Fr. 8'649'920.– festgesetzt worden und ist in diversen monatlichen Raten zwischen Fr. 23'800.– und Fr. 180'000.–, letztmals in der Höhe von Fr. 30'800.– per 1. Juni 2042, zu leisten (act. 2/A Rz. 13 ff.; act. 3/2; act. 3/4; act. 10 Rz. 7 f.).

Offenbar war im Rahmen des Verkaufs der Fitnesskette die Übertragung einzelner Vertragsverhältnisse (u.a. betraf dies nach Darstellung der Gesuchsteller Mietverhältnisse, Franchiseverträge und Leasingverträge) von den Gesuchstellern auf F. _____ nicht möglich. Hinsichtlich der Mietverträge sei – so die Gesuchsteller – vereinbart worden, dass sie diese weiterführten und im Aussenverhältnis damit Mieter und Schuldner seien, im Innenverhältnis aber F. _____ den Mietzins an die Gesuchsteller zu zahlen habe. Hinsichtlich der Leasingverträge sei im Rahmen der Vertragsverhandlungen vereinbart worden, dass die Gesuchstellerin – sollte eine Übertragung dieser Verträge sich als nicht möglich erweisen – als Inhaberin der "C. _____" weiterhin Vertragspartei bleibe und diese Verträge erfülle, wobei sich F. _____ im Innenverhältnis verpflichtet habe, der Gesuchstellerin die monatlichen Leasinggebühren von rund Fr. 65'000.– zu bezahlen. Dies sei nach sinngemässer Darstellung der Gesuchsteller zwar offenbar nur mündlich vereinbart, aber bis im März 2020 im Wesentlichen so gelebt worden (act. 2/A Rz. 16 ff.; act. 3/2 insb. Ziff. 1 u. 5; vgl. auch act. 9 E. 2.).

Im April 2020 – so die Gesuchsteller weiter – habe sich F. _____ auf den Standpunkt gestellt, er habe die Leasinggebühren von monatlich Fr. 65'000.–

nicht zu bezahlen, und er habe die Verrechnung der Forderung aus zu Unrecht bezahlten Leasinggebühren mit den Forderungen der Gesuchsteller aus ausstehenden monatlichen Kaufraten und der im Innenverhältnis zu tragenden Mietzinsen erklärt (act. 2/A insb. Rz. 23 ff.; act. 3/9–10; vgl. auch act. 9 E. 2.).

2. Mit Gesuch vom 10. Juni 2020 ersuchten die Gesuchsteller das Handelsgericht Zürich um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege vor Einreichung bzw. Rechtshängigkeit der Klage (act. 2/A). Das Handelsgericht trat darauf mit Beschluss vom 18. Juni 2020 mangels sachlicher Zuständigkeit nicht ein und erwog, gestützt auf § 128 GOG sei das Einzelgericht des in der Hauptsache örtlich zuständigen Bezirksgerichtes zuständig für die Behandlung dieses Gesuchs (act. 2/B = act. 12/4).

3.1. Mit Eingabe vom 24. Juni 2020 ersuchten die Gesuchsteller daraufhin das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und stellten die folgenden Anträge (act. 1 i.V.m. act. 2/A S. 2):

- " 1. Es sei der Gesuchstellerin 1 und dem Gesuchsteller 2 für das Massnahmeverfahren und das anschliessende ordentliche Gerichtsverfahren gegen F._____, Inhaber des Einzelunternehmens "E._____ by F._____", im Zusammenhang mit Ansprüchen aus der Übernahme der E._____ Fitnesskette die umfassende unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 118 ZPO (einschliesslich der Anwaltskosten für dieses Gesuch) zu gewähren und in den Personen von Rechtsanwalt X1._____ und Rechtsanwältin X2._____, eventualiter Rechtsanwalt X1._____, G._____ Rechtsanwälte AG, ...[Adresse], ... Zürich, ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
2. Eventualiter zu Ziffer 1 sei der Gesuchstellerin 1 und dem Gesuchsteller 2 in diesem Sinne unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, dass sie von der Bezahlung von Gerichtskosten für das Massnahmeverfahren und das Hauptverfahren befreit werden (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO).
3. Subeventualiter zu Ziff. 1 und 2 sei der Gesuchstellerin 1 und dem Gesuchsteller 2 in diesem Sinne unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, dass sie von der Leistung von Gerichtskostenvorschüssen für das Massnahmeverfahren und das Hauptverfahren befreit werden (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO).
4. Aus prozesstaktischen Gründen ist dieses Gesuch der Gegenpartei nicht zur Kenntnis zu bringen. Zudem wird das Gericht höflich darum ersucht, über dieses Gesuch möglichst schnell zu befinden."

3.2. Die Gesuchsteller führten in ihrem Gesuch vor Vorinstanz zur Begründung u.a. aus, da F. _____ seinen vertraglichen finanziellen Verpflichtungen seit April 2020 nicht mehr nachgekommen sei, seien sie mit monatlichen Forderungen von Fr. 140'000.– für Leasing und Miete, von denen einzig F. _____ profitiere, konfrontiert, welche sie nicht erfüllen könnten.

Da verschiedene Lösungsversuche erfolglos geblieben seien, müssten sie nun zeitlich dringend ein ordentliches Gerichtsverfahren einleiten, wobei sie zu dessen Finanzierung dringend auf die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege angewiesen seien. Sie stellten ihr Gesuch daher vor Eintritt der Rechtshängigkeit in Anwendung von Art. 119 Abs. 1 ZPO (act. 2A Rz. 57 ff.).

3.3. Mit Entscheid vom 10. Juli 2020 erkannte die Vorinstanz was folgt (act. 4 = act. 9 = act. 11, nachfolgend zitiert als act. 9):

1. Auf das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege bezüglich der Befreiung von der Zahlung von Gerichtskosten und von der Leistung von Prozesskostenvorschüssen für das anschliessende Hauptverfahren vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich wird nicht eingetreten.
2. Der Gesuchstellerin 1 sowie dem Gesuchsteller 2 wird die unentgeltliche Rechtspflege für jene Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der Vorbereitung der Klage entstehen (einschliesslich der Kosten für das vorliegende Gesuch), gewährt und Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____ per 10. Juni 2020 als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Das Gesuch um Gewährung der umfassenden unentgeltlichen Rechtspflege für jene Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der Vorbereitung des Massnahmenverfahrens vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich entstehen, wird abgewiesen.
4. Das Handelsgericht des Kantons Zürich wird darauf hingewiesen, dass im Falle einer späteren Einreichung der Klage und Stellung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege beim Handelsgericht und einer allfälligen Gutheissung des Gesuches bei der Bemessung von zu ersetzenden Kosten zur Vermeidung von doppelter Entschädigung ein überschneidender Aufwand für das Verfahren um vorprozessuale unentgeltliche Rechtspflege und für den erstinstanzlichen Prozess (Klageschrift) zu prüfen und zu berücksichtigen sein wird.
5. Das Verfahren betreffend die unentgeltliche Rechtspflege ist kostenlos.

6./7. Mitteilungen/Rechtsmittel

4.1. Gegen diesen Entscheid erhoben die Gesuchsteller innert Frist Beschwerde an die Kammer (act. 10; vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 5).

- " 1. Es sei Dispositivziffer 2 des Urteils der Vorinstanz vom 10. Juli 2020, ED200039-L/U, insoweit aufzuheben, als dass die Vorinstanz für die unentgeltliche Rechtspflege für jene Aufwendungen, welche im Zusammenhang mit der Vorbereitung der Klage entstehen, als unentgeltlicher Rechtsbeistand nur Rechtsanwalt X1._____ ernannt hat und es sei für die unentgeltliche Rechtspflege für jene Aufwendungen, welche im Zusammenhang mit der Vorbereitung der Klage entstehen als unentgeltliche Rechtsbeistandin neben Rechtsanwalt X1._____ auch Rechtsanwältin X2._____, G._____ Rechtsanwälte AG, ...[Adresse], ... Zürich, zu bestellen.
2. Eventualiter zu Rechtsbegehren 1 sei Dispositivziffer 2 des Urteils der Vorinstanz vom 10. Juli 2020, ED200039-L/U, insoweit aufzuheben als dass die Vorinstanz für die unentgeltliche Rechtspflege für jene Aufwendungen, welche im Zusammenhang mit der Vorbereitung der Klage entstehen, als unentgeltlicher Rechtsbeistand nur Rechtsanwalt X1._____ ernannt hat und es sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Ziffer 3 des Urteils der Vorinstanz vom 10. Juli 2020, ED200039-L/U, betreffend umfassende unentgeltliche Rechtspflege für die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Vorbereitung des Massnahmenverfahrens vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich sei aufzuheben und es sei der Beschwerdeführerin 1 und dem Beschwerdeführer 2 die unentgeltliche Rechtspflege für jene Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der Vorbereitung des Massnahmebegehrens entstehen (einschliesslich der Kosten für das diesbezügliche URP-Gesuch) zu gewähren und es sei in den Personen von Rechtsanwalt X1._____ und Rechtsanwältin X2._____, eventualiter Rechtsanwalt X1._____, G._____ Rechtsanwälte AG, ...[Adresse], ... Zürich, unentgeltliche Rechtsbeistände bzw. einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen.
4. Eventualiter zu Ziffer 3 hiavor sei Ziffer 3 des Urteils der Vorinstanz vom 10. Juli 2020, ED200039-L/U, betreffend umfassende unentgeltliche Rechtspflege für die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Vorbereitung des Massnahmenverfahrens vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich aufzuheben und es sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen und zusätzlich Mehrwertsteuerzusatz zulasten der Gerichtskasse der Vorinstanz.

Prozessualer Antrag

1. Es sei der Beschwerdeführerin 1 und dem Beschwerdeführer 2 für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 118 und Art. 119 ZPO zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt X1._____, G._____ Rechtsanwälte AG, ...[Adresse], ... Zürich, ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
2. Die Beschwerdeführer sind dringend darauf angewiesen, das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen auszuarbeiten und einzureichen. Dazu müssen die Beschwerdeführer wissen, ob die anwaltlichen Kosten dafür gedeckt sind. Das Obergericht wird daher sehr höflich um rasche diesbezügliche Entscheidung ersucht."

4.2. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–7). Der Rechtsmittelzugang wurde den Gesuchstellern angezeigt (act. 13). Am 20. August 2020 ging bei der Kammer eine Noveneingabe samt Beilagen ein (act. 15 u. 16/1–2).

Beim Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege handelt es sich um ein Verfahren zwischen den Gesuchstellern und dem Staat. Der Gegenseite des Hauptsachenprozesses kommt in diesem Verfahren keine Parteistellung zu (vgl. BGer 5A_381/2013 vom 19. August 2013, E. 3.2 m.w.H.; BGE 139 III 334, E. 4.2), weshalb von ihr keine Beschwerdeantwort einzuholen ist (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist spruchreif.

II.

1. Der Entscheid, mit welchem die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise abgelehnt wird, kann mit Beschwerde angefochten werden (Art. 121 i.V.m. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO). Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen – es greift mithin die strikte Novenschranke (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Dies gilt ungeachtet der im Rechtspflegeverfahren (durch die Mitwirkungsobliegenheit nur eingeschränkt) geltende Untersuchungsmaxime (BGer 5A_14/2015 vom 16. Juli 2015 E. 3.2; in BGE 137 III 470 ff. nicht publizierte E. 4.5.3 von BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011).

2. Die Kognition der Beschwerdeinstanz ist in Tatfragen auf die offensichtlich unrichtige Tatsachenfeststellung beschränkt (Art. 320 lit. b ZPO). Erforderlich ist eine qualifiziert fehlerhafte Feststellung des Sachverhalts. "Offensichtlich unrichtig" ist dabei gleichbedeutend mit "willkürlich" (BGE 138 III 232, E. 4.1.2; BGer 4A_149/2017 vom 28. September 2017, E. 2.2). In Rechtsfragen hat die Beschwerdeinstanz dagegen volle Kognition (Art. 320 lit. a ZPO). Dies bedeutet nicht, dass sie gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden Rechtsfragen zu überprüfen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht (mehr) vortragen. Vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Beschwerdebegründung bzw. -antwort erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413, E. 2.2.4; BGer 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Innerhalb des so definierten Prüfprogramms ist die Beschwerdeinstanz aber weder an die rechtlichen Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO); entsprechend kann sie die Beschwerde auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese auch mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (BGer 4A_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1).

3.1. Wie gezeigt, trat die Vorinstanz auf das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Hinblick auf die Gerichtskosten und Prozesskostenvorschüsse vor Handelsgericht nicht ein (act. 9 Dispositiv Ziffer 1), dies mit der Begründung, da für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für ein gerichtliches Verfahren gleichzeitig mit der Klage oder später ein Gesuch gestellt werden müsse, sei ein entsprechendes Gesuch bei Einreichung der Klage bzw. des Massnahmenbegehrens vor Handelsgericht zu stellen, (act. 9 E. 3.2.). Dies wird von den Gesuchstellern nicht angefochten.

3.2. Die Vorinstanz bewilligte indes die unentgeltliche Rechtspflege in dem Umfang, als sie Rechtsanwältin lic. iur. X1. _____ als unentgeltlichen Rechtsbeistand für jene Aufwendungen bestellte, die "im Zusammenhang mit der Vorbereitung der Klage entstehen" (act. 9 Dispositiv Ziffer 2). Gemeint sind damit – dies ergibt

sich zumindest sinngemäss aus den Erwägungen des vorinstanzlichen Entscheides – die Aufwendungen für das Verfassen der entsprechenden Rechtsschrift (vgl. act. 9 E. 3.3.), und so verstehen es auch die Gesuchsteller (vgl. act. 10 Rz. 5).

Dies wird von den Gesuchstellern insoweit angefochten, als sie zusätzlich zur Bestellung von Rechtsanwalt X1._____ auch die Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. X2._____ verlangen (act. 10 Rechtsbegehren Ziff. 1 u. Rz. 64 ff.).

3.3. Das Gesuch um Gewährung der umfassenden unentgeltlichen Rechtspflege für jene Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der Vorbereitung des Massnahmenverfahrens vor dem Handelsgericht Zürich entstehen, wies die Vorinstanz ab. Dies, da sie das Massnahmenbegehren – so, wie dies durch die Gesuchsteller im Rahmen des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege dargelegt wurde (act. 2/A Rz. 82 ff.) – als in der Sache aussichtslos betrachtete (act. 9 Dispositiv Ziffer 3 und E. 6.2.).

Dies fechten die Gesuchsteller insoweit an, als sie vor der Kammer verlangen, es sei ihnen für die Kosten, welche im Rahmen der "Vorbereitung des Massnahmebegehrens" entstünden, die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen. Aus der Begründung des Beschwerde ergibt sich, dass sie unter der "Vorbereitung des Massnahmebegehrens" die Ausarbeitung des Massnahmenbegehrens als solches, mithin der entsprechenden Rechtsschrift, meinen (act. 10 S. 3 Rechtsbegehren Ziff. 3 f. u. Rz. 36). Diese Auslegung stimmt auch mit ihrem vor Vorinstanz gestellten Rechtsbegehren überein, wonach ihnen die umfassende unentgeltliche Rechtspflege für das Massnahmenverfahren zu gewähren sei (vgl. act. 1 i.V.m. Art. 2/A S. 2).

3.4. Gegenstand dieser Beschwerde bilden damit die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Massnahmenverfahren vor Handelsgericht, einschliesslich das Verfassen des Massnahmenbegehrens, sowie die Bestellung von Rechtsanwältin X2._____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin zusätzlich zu Rechtsanwalt X1._____.

4. Vorliegend wurde zunächst ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Massnahmenverfahren und für das anschliessende ordentli-

che Gerichtsverfahren vor deren Rechtshängigkeit am Handelsgericht gestellt. Die Vorinstanz bejahte ihre Zuständigkeit für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsbeistandung für das Verfassen der Klage- bzw. Massnahmenschrift. Die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für die Klageschrift im ordentlichen Prozess ist nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens. Nachfolgend ist jedoch die Beschwerde gegen den abweisenden Entscheid betreffend das Massnahmenverfahren zu behandeln. Dabei ist vorab zu prüfen, ob die Vorinstanz zuständig war, über die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Massnahmenverfahren vor dessen Einreichung beim Handelsgericht zu entscheiden.

4.1.1 Das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege kann nach Art. 119 Abs. 1 ZPO vor oder nach Eintritt der Rechtshängigkeit gestellt werden; nach Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO kann im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege auch bereits zur Vorbereitung des Prozesses vor Rechtshängigkeit ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt werden (vgl. WUFFLI/FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, N 781). Der Anspruch auf einen vorprozessualen Rechtsbeistand besteht insoweit und im Sinne einer Ausnahme, als dies zur Vorbereitung des Prozesses notwendig ist. Es muss sich dabei um Vorbereitungshandlungen handeln, die von der unentgeltlichen Rechtspflege, die erst das Prozessgericht bewilligen würde, nicht erfasst wären (HUBER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 118 N 14). Über das Gesuch entscheidet das Gericht (Art. 119 Abs. 3 ZPO).

4.1.2 Hinsichtlich der Frage, wo ein entsprechendes Gesuch zu stellen ist, enthält die ZPO keine besondere Gerichtsstandsregeln. In der Literatur wird überwiegend die Ansicht vertreten, am sachgerechtesten sei die Prüfung des Gesuchs um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege dort, wo die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben sei (BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, 3. Aufl. 2017, Art. 119 N 2 f.; HUBER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 119 N 15 ff.; ZK ZPO-EMMEL, 3. Aufl. 2016, Art. 119 N 13; WUFFLI/FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, N 869). Dies gilt grundsätzlich auch für Gesuche, welche vor Eintritt der Rechtshängigkeit gestellt werden (Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7303). Zu beachten sind aber hinsichtlich des Gerichtsstands für Gesuche vor Eintritt der

Rechtshängigkeit allfällige spezielle Regelungen der Kantone (BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, 3. Aufl. 2017, Art. 119 N 2a).

4.2. § 128 GOG bestimmt, dass das Einzelgericht des in der Hauptsache örtlich zuständigen Bezirksgerichtes über Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege vor Einreichung der Klage beim Gericht entscheidet.

Die Bestimmung von § 128 GOG wurde erlassen, weil Art. 119 Abs. 3 ZPO den Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege einem *Gericht* zuweist, die Schlichtungsbehörden (Friedensrichterämter) aber keine Gerichte sind (Weisung des Regierungsrates zum GOG, Amtsblatt des Kantons Zürich Nr. 33/2009 vom 14. August 2009, S. 1625; vgl. auch HAUSER/SCHWERI/LIEBER, GOG-Kommentar, 2. Aufl. 2017, § 128 N 2). Gedacht wurde bei dieser Bestimmung somit an die Zuständigkeit für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren bzw. bis zu dessen Abschluss, und nicht an die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für ein Gerichtsverfahren vor dessen Rechtshängigkeit. § 128 GOG spricht denn auch vom Gesuch "*vor Einreichung der Klage*". In diesem Sinne ist auch die bisherige Rechtsprechung zu § 128 GOG zu sehen, gemäss welcher im Anwendungsbereich dieser Bestimmung über die unentgeltliche Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren und nicht für das nachfolgende Klageverfahren bzw. wie hier für das Massnahmenverfahren zu entscheiden ist: Für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für ein gerichtliches Verfahren muss – um nicht bereits vorgängig in das gerichtliche Verfahren einzugreifen und mit Blick auf Art. 119 Abs. 5 ZPO, wonach die unentgeltliche Rechtspflege vor jeder Instanz neu beantragt werden muss – gleichzeitig mit der Klage bzw. dem Massnahmenbegehren oder später ein neues Gesuch beim betreffenden Gericht gestellt werden (OGer ZH RU190058 vom 9. Dezember 2019, E. 4.1; OGer ZH RB160002 vom 15. Februar 2016, E. 5.2.; OGer ZH RU150062 vom 16. November 2015, E. 3.1. ff.; OGer ZH VO130026 vom 18. März 2013; OGer ZH VO110051 vom 3. Juni 2011; OGer ZH VO 110040 vom 18. Mai 2011).

Vorliegend wird nicht um unentgeltliche Rechtspflege für ein Schlichtungsverfahren ersucht, sondern für die Ausarbeitung des Massnahmenbegehrens (act. 10 S. 19 Rz 36). Die Ausarbeitung des Massnahmenbegehrens stellt indes-

sen bereits einen Aufwand im gerichtlichen Verfahren dar und ist von einem – zusammen mit der Klage bzw. dem Massnahmenbegehren – beim Handelsgericht einzureichenden Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege grundsätzlich mitumfasst (z.B. BGE 122 I 203; BGE 120 Ia 14; vgl. auch § 11 Abs. 1 GebV OG, gestützt auf welche die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbestandes erfolgt: "Der Anspruch auf die Gebühr entsteht mit der Erarbeitung der Begründung [...] der Klage [...]"). Es liegt damit kein Anwendungsfall von § 128 GOG vor. Vielmehr wird das Handelsgericht über die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Massnahmenverfahren, einschliesslich das Verfassen des Massnahmenbegehrens, zu befinden haben. Aus der am 20. August 2020 bei der Kammer eingegangenen Noveneingabe bzw. den Beilagen ergibt sich denn auch, dass die Gesuchsteller zwischenzeitlich parallel zur Einleitung der Klage bzw. des Massnahmenbegehrens ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege beim Handelsgericht gestellt haben (inbs. act. 16/1 S. 56).

4.3. Entsprechend war bereits die Vorinstanz sachlich nicht zuständig, um den Gesuchstellern für das Verfassen des Massnahmenbegehrens die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen. Folglich ist auch die Kammer nicht dafür zuständig. Es erübrigt sich damit, auf die Frage der fehlenden Aussichtslosigkeit des von der Gesuchstellern beabsichtigten Massnahmenbegehrens einzugehen. Die Beschwerde gegen Dispositivziffer 3 des vorinstanzlichen Entscheids ist somit abzuweisen.

4.4. Die Vorinstanz bewilligte den Gesuchstellern wie gezeigt – und im Widerspruch zum soeben Dargelegten – die unentgeltliche Rechtspflege für die mit der Vorbereitung der Klage entstehenden Aufwendungen. Obwohl in Anwendung der Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) darauf nicht von Amtes wegen zurückzukommen ist (vgl. OGer ZH LF190007 vom 18. März 2019, E. III./13., u.H.a. BGE 137 III 217, E. 2.4.3; BGE 136 II 489, E. 3.3; BGE 132 II 342, E. 2.1; BGE 127 II 32 E. 3g), ist immerhin zu erwähnen, dass aus Sicht der Kammer unklar ist, welche Aufwendungen davon umfasst sein sollen. Was die unentgeltliche Rechtspflege für die Klage in der Hauptsache betrifft, wird darüber – bei entspre-

chend gestelltem Gesuch – das in der Hauptsache zuständige Gericht zu entscheiden haben.

5.1. Auch der im Beschwerdeverfahren gestellte Antrag, dass den Gesuchstellern für das Verfassen der Klageschrift eine zweite unentgeltliche Rechtsvertretung zu bestellen sei, scheitert daran, dass die Kammer bzw. bereits die Vorinstanz zur Prüfung dieser Frage nicht zuständig sind. Somit ist auch die gegen Dispositivziffer 2 des vorinstanzlichen Entscheids gerichtete Beschwerde abzuweisen.

5.2.1 Überdies könnte dem entsprechenden Gesuch aber auch inhaltlich nicht entsprochen werden:

5.2.2 Die Gesuchsteller verlangten die Bestellung von zwei unentgeltlichen Rechtsvertretern, da es angesichts des Volumens des Falles und der anderweitigen Auslastung von Rechtsanwalt X1. _____ nicht möglich sei, dass nur ein Anwalt den Fall betreue. Rechtsanwalt X1. _____ und Rechtsanwältin X2. _____ hätten denn auch im Vorfeld unterschiedliche Aspekte der Auseinandersetzung betreut. Angesichts der Komplexität, der Dringlichkeit und des Aufwandes würden beide Rechtsvertreter die Klage gemeinsam auszuarbeiten haben (act. 2/A Rz. 98).

Die Vorinstanz verneinte die Notwendigkeit zweier Rechtsvertreter (act. 9 E. 7), was die Gesuchsteller in der Beschwerde – weitgehend unter Wiederholung ihres vorinstanzlichen Standpunktes – bemängeln und insbesondere wieder auf den voraussichtlich erheblichen Umfang der Klageschrift, welche von Rechtsanwalt X1. _____ neben dem Alltagsgeschäft nicht zu stemmen sei, und die zeitliche Dringlichkeit hinweisen (act. 10 Rz. 64).

5.2.3 Die Bestellung gleichzeitig mehrerer unentgeltlicher Rechtsvertretungen kommt grundsätzlich nicht in Frage, da das Gesetz nur die Bestellung "eines" Rechtsvertreters vorsieht (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Eine Ausnahme von dieser Regel ist höchstens in absoluten Ausnahmefällen in hoch komplexen Verfahren und bei der Notwendigkeit der Bestellung mehrerer unterschiedlich qualifizierter Rechtsanwälte denkbar, wenn auch die Gegenseite durch mehrere hoch speziali-

sierte Anwälte vertreten ist (BK ZPO-BÜHLER, Art. 118 N 53; WUFFLI/FURRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, N 487; OGer ZH PF140010 vom 24. Juni 2014, E. 3.2. [u.a. auch zur Frage der Substitution bei einer unentgeltlich bestellten Rechtsvertretung]).

5.2.4 Die Gesuchsteller treten zusammen auf und beantragen die unentgeltliche Rechtsvertretung für sich zusammen – sie planen, gemeinsam ein Verfahren am Handelsgericht anhängig zu machen. Dass sie je einzeln verschiedene Verfahrensschritte vorzunehmen gedenken, ist nicht ersichtlich bzw. nicht geltend gemacht worden. Entsprechend treten sie wie eine Person auf, weshalb grundsätzlich nur Anspruch auf "eine" Rechtsvertretung besteht. Einer der seltenen Ausnahmefälle, welche eine Abweichung von dieser Regel rechtfertigen würde, liegt nicht vor: Es mag zwar zutreffen, dass es sich insgesamt um eine komplexe und umfangreiche Streitsache handeln dürfte – dies ergibt sich ohne Weiteres aus den im Rahmen der Beschwerde bzw. der Noveneingabe neu (und damit grundsätzlich nicht beachtlichen, vgl. E. II./1.) eingereichten Rechtsbegehren bzw. der nunmehr beim Handelsgericht eingereichten Klageschrift und dem Beilagenverzeichnis (act. 12/48–49; act. 15–16). Alleine die anfallende Arbeitslast bzw. die anderweitige Auslastung des unentgeltlichen Rechtsvertreters rechtfertigen mit Blick auf das eben Dargelegte aber nicht die Bestellung zweier Rechtsanwälte, ebenso wenig der Umstand, dass – wie pauschal behauptet – Rechtsanwalt X1._____ und Rechtsanwältin X2._____ verschiedene Aspekte der Streitsache betreuen würden. Dass Rechtsanwalt X1._____ und Rechtsanwältin X2._____ verschiedene Spezialisierungen aufwiesen, welche für eine wirksame Vertretung im vorliegende Verfahren zwingend notwendig sein würden, wird nicht geltend gemacht. Und auch, dass sich die Gegenseite durch mehrere spezialisierte Anwälte vertreten liesse, ist zumindest im jetzigen Zeitpunkt nicht erkennbar und ebenfalls nicht geltend gemacht worden. Es besteht damit insgesamt kein Anlass, von der Regel nach Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO, wonach nur "ein" Rechtsbeistand bestellt werden kann, abzuweichen.

5.2.5 Soweit die Gesuchsteller geltend machen, die Vorinstanz habe ihr rechtliches Gehör verletzt, da sie die Nichteinsetzung von Rechtsanwältin X2._____ mit

keinem Wort begründet habe, ist ihnen zu widersprechen. Zwar erfolgte die Begründung der Vorinstanz etwas knapp (vgl. act. 9 E. 7 zweiter Absatz), es ist aber erkennbar, dass sie die Bestellung von Rechtsanwältin X2._____ als für die vorliegende Streitsache nicht notwendig einstufte. Eine Gehörsverletzung ist damit zu verneinen.

6. Damit ist die Beschwerde der Gesuchsteller insgesamt abzuweisen.

III.

1. Das Beschwerdeverfahren gegen einen Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege ist kostenpflichtig (vgl. BGE 137 III 470 E. 6.5.5). Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt sich in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GebV OG der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) eine Entscheidgebühr von Fr. 3'000.–. Die Gerichtskosten für das Rechtsmittelverfahren sind ausgangsgemäss den Gesuchstellern aufzuerlegen, da sie vollständig unterliegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind damit ebenfalls nicht zuzusprechen.

2. Im Beschwerdeverfahren ersuchen die Gesuchsteller um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung in der Person von Rechtsanwalt X1._____ (act. 10 S. 3 u. Rz. 12 ff.).

Mit Blick auf das von der Vorinstanz zur Mittellosigkeit der Parteien Erwogene (act. 9 E. 5) sowie die vor der Kammer vorgetragene finanzielle Verhältnisse (act. 10 Rz. 13 ff.) ist davon auszugehen, dass die Mittellosigkeit der Gesuchsteller im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO nach wie vor besteht. Eine anwaltliche Verbeiständung der rechtsunkundigen Gesuchsteller erscheint zur Wahrung ihrer Rechte notwendig, zumal sich rechtlich anspruchsvolle Fragen stellen (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

Obwohl die Beschwerde in der Sache abzuweisen ist, kann sie nicht als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO bezeichnet werden. So war mit Blick auf die Begründungen der Vorinstanz und des Handelsgerichtes nicht auszuschliessen, die Kammer werde sich inhaltlich zu ihrem Anspruch auf unentgeltli-

chen Rechtspflege äussern. Zudem kann auch der Standpunkt der Gesuchsteller in der Sache im Rahmen einer vorläufigen summarischen Prüfung nicht als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden (vgl. auch BK-BÜHLER, Art. 117 N 275; BGE 138 III 217, Erw. 2.2.4).

Das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren ist folglich gutzuheissen.

Es wird beschlossen:

1. Den Gesuchstellern und Beschwerdeführern 1 und 2 wird für ihre Aufwendungen im Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren werden den Gesuchstellern und Beschwerdeführern 1 und 2 je zur Hälfte unter solidarischer Haftung auferlegt, jedoch zufolge der ihnen gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

4. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführer sowie an die 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 9 Mio.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: