

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB140077-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Oehninger.

Urteil vom 31. März 2015

in Sachen

A. _____,

Aberkennungskläger und Berufungskläger

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Aberkennungsbeklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **Aberkennung**

**Berufung gegen ein Urteil der I. Abteilung des Bezirksgerichtes Bülach vom
3. September 2014; Proz. CG140001**

Rechtsbegehren:

(ursprünglich, act. 1)

1. Es sei die von der Beklagten in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon (Zahlungsbefehl vom 1. November 2013) gegen den Kläger geltend gemachte Forderung vollumfänglich abzuerkennen (Provisorische Rechtsöffnung vom 16. Dezember 2013, EB130559-C/U) und es sei festzustellen, dass die von der Beklagten in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon (Zahlungsbefehl vom 1. November 2013) gegen den Kläger geltend gemachte Forderung nicht besteht;
2. es sei festzustellen, dass die von der Beklagten in der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon (Pfändung vom 5. September 2013) gegen den Kläger geltend gemachte Forderung nicht besteht;
3. es sei festzustellen, dass die von der Beklagten in der Betreuung Nr. 3 des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon (Abrechnung vom 29. November 2013) gegen den Kläger geltend gemachte Forderung nicht besteht;
4. es sei die Beklagte unter Vorbehalt der Nachklage zu verpflichten, dem Kläger CHF 1'051.55 Erlös aus der Betreuung Nr. 4 des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon nebst Zins zu 5 % seit 2. April 2013 sowie CHF 5'344.40 Erlös aus der Betreuung Nr. 5 des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon nebst Zins zu 5 % seit 27. September 2013 zurückzubezahlen;
5. es seien die Betreibungen Nrn. 3, 2 und 1 des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon vorab vorläufig einzustellen und sodann definitiv aufzuheben;
6. es sei dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege inkl. Befreiung von Gerichtskosten und Gerichtskostenvorschüssen sowie gerichtlicher Bestellung des unterzeichneten Rechtsanwalts als Rechtsbeistand zu gewähren.
7. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen; auch für das vorangehende Rechtsöffnungsverfahren EB130559-C/U.

(geändert, act. 23)

1. Es sei die von der Beklagten in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon (Zahlungsbefehl vom 1. November 2013) gegen den Kläger geltend gemachte Forderung vollumfänglich abzuerkennen (Provisorische Rechtsöffnung vom 16. Dezember 2013, EB130559-C/U) und es sei festzustellen,

- len, dass die von der Beklagten in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon (Zahlungsbefehl vom 1. November 2013) gegen den Kläger geltend gemachte Forderung nicht besteht;
2. es sei festzustellen, dass die von der Beklagten in der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon (Pfändung vom 5. September 2013) gegen den Kläger geltend gemachte Forderung nicht besteht;
 3. **es sei die Beklagte unter Vorbehalt der Nachklage zu verpflichten, dem Kläger CHF 5'463.80 Erlös aus der Betreuung Nr. 3 nebst Zins zu 5 % seit 8. Mai 2014 zurückzubezahlen;**
 4. es sei die Beklagte unter Vorbehalt der Nachklage zu verpflichten, dem Kläger CHF 1'051.55 Erlös aus der Betreuung Nr. 4 des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon nebst Zins zu 5 % seit 2. April 2013 sowie CHF 5'344.40 Erlös aus der Betreuung Nr. 5 des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon nebst Zins zu 5 % seit 27. September 2013 zurückzubezahlen;
 5. es seien die Betreibungen Nrn. 3, 2 und 1 des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon vorab vorläufig einzustellen und sodann definitiv aufzuheben;
 6. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen; auch für das vorangehende Rechtsöffnungsverfahren EB130559-C/U.

Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, I. Abteilung, vom 3. September 2014

(act. 31 = act. 40)

1. Die Klage wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. Demzufolge wird die provisorische Rechtsöffnung vom 16. Dezember 2013 definitiv (Prozess-Nr. EB130559).
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 27'585.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die klagende Partei wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
4. Das Gesuch der Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege wird als durch Gegenstandslosigkeit erledigt abgeschrieben.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

Berufungsanträge:

des Aberkennungsklägers (act. 38):

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, I. Abteilung, vom 3. September 2014, CG140001-C/U, vollumfänglich aufzuheben;
- 2.1 es sei die von der Beklagten in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon (Zahlungsbefehl vom 1. November 2013) gegen den Kläger geltend gemachte Forderung vollumfänglich abzuerkennen (provisorische Rechtsöffnung vom 16. Dezember 2013, EB130559-C/U) und es sei festzustellen, dass die von der Beklagten in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon (Zahlungsbefehl vom 1. November 2013) gegen den Kläger geltend gemachte Forderung nicht besteht;
- 2.2 es sei die Beklagte unter Vorbehalt der Nachklage zu verpflichten, dem Kläger CHF 4'260.65 nebst Zins zu 5% seit 23. September 2014 und CHF 553.35 nebst Zins zu 5% seit 20. Oktober 2014 Erlös aus der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon (Pfändung vom 5. September 2013) zurückzubezahlen;
- 2.3 es sei die Beklagte unter Vorbehalt der Nachklage zu verpflichten, dem Kläger CHF 5'463.80 Erlös aus der Betreuung Nr. 3 nebst Zins zu 5 % seit 8. Mai 2014 zurückzubezahlen;
- 2.4 es sei die Beklagte unter Vorbehalt der Nachklage zu verpflichten, dem Kläger CHF 1'051.55 Erlös aus der Betreuung Nr. 4 des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon nebst Zins zu 5 % seit 2. April 2013 sowie CHF 5'344.40 Erlös aus der [Betreuung Nr.] 5 des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon nebst Zins zu 5 % seit 27. September 2013 zurückzubezahlen;
- 2.5 es sei die Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon vorab vorläufig einzustellen und sodann definitiv aufzuheben;
3. es sei dem Kläger und Berufungskläger die unentgeltliche Rechtspflege inkl. Befreiung von Gerichtskosten und Gerichtskostenvorschüssen sowie gerichtlicher Bestellung des unterzeichneten Rechtsanwalts als Rechtsbeistand auch für das Berufungsverfahren zu gewähren

es sei dem Rechtsbeistand des Klägers eine Entschädigung gemäss Kostennote vom 2. Juli 2014 und gemäss für das Berufungsverfahren noch einzureichender Kostennote zuzusprechen;
4. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen; auch für das vorangehende Rechtsöffnungsverfahren Bezirksgericht Bülach EB130559-C/U.

der Aberkennungsbeklagten (act. 43, sinngemäss):

Die Berufung sei abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen.

Es sei der Aberkennungsbeklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen.

Erwägungen:

I.

1. Laut unbestrittener Darstellung von A._____, dem Aberkennungs- und Berufungskläger (fortan Kläger), hatte B._____, die Aberkennungs- und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte), am 18. Juli 1995 ein Darlehen über USD 350'000 und am 13. Dezember 1995 ein Darlehen über USD 230'000 an einen gewissen C._____ gewährt (act. 1 S. 5 Ziff. 2).

2. Auf dem Darlehensvertrag vom 13. Dezember 1995 findet sich die folgende handschriftliche Erklärung des Klägers: "Für die Rückzahlung dieses Vermögens hafte ich mit meinem ganzen Vermögen" (act. 3/13 S. 2). Über die Tragweite dieser Erklärung streiten sich die Parteien.

3. Der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Bülach erteilte der Beklagten am 21. Oktober 1996 für Fr. 275'000.– nebst Zins und am 14. November 1996 für Fr. 400'000.– nebst Zins provisorische Rechtsöffnung gegen den Kläger (act. 3/10 und 3/11). Da die Entscheide nur auszugsweise eingereicht wurden, ist der Rechtsöffnungstitel nicht bekannt. Angesichts der Beträge ist jedoch davon auszugehen, dass es sich dabei im ersten Fall um den Darlehensvertrag vom 13. Dezember 1995 über USD 230'000 und im zweiten Fall um den Darlehensvertrag vom 18. Juli 1995 über USD 350'000 jeweils in Verbindung mit der oben erwähnten Erklärung des Klägers handelte. In der anschliessenden Pfändung erzielte die Beklagte einen Erlös von CHF 120'361.15 bzw. von CHF 174'223.30 (act. 24/52), was (unter Berücksichtigung von Zinsen und Kos-

ten) zur Ausstellung von zwei Verlustscheinen über CHF 190'921.00 und über CHF 277'344.70 führte (act. 24/19a und act. 24/19).

4. Gestützt auf diese beiden Verlustscheine und die erwähnte Erklärung auf dem Darlehensvertrag vom 13. Dezember 1995 erwirkte die Beklagte am 18. Juli 2000 die Arrestierung von Rentenansprüchen des Klägers und am 12. Juli 2000 stellte sie ein Betreibungsbegehren für CHF 468'265.70, worauf der Kläger Rechtsvorschlag erhob. Am 28. November 2000 erteilte der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Bülach der Beklagten provisorische Rechtsöffnung für CHF 380'082.70 (act. 3/16). In zahlreichen Betreibungen reduzierte sich der Forderungsbetrag in der Folge sukzessive, wie aus den verschiedenen vom Kläger eingereichten Verlustscheinen hervorgeht (vgl. act. 23 S. 4 ff. Ziff. 3 m.H. auf act. 24/19 ff.).

5. Am 30. Oktober 2013 stellte die Beklagte beim Betreibungsamt Wallisellen-Dietlikon ein Betreibungsbegehren für CHF 278'221.55 (act. 3/7). Als Forderungsgrund führte sie an "Haftungs-Uebernahme f. Darlehen gem. Urteil d. Bezirksgericht Bülach", was sich auf die oben zitierte Erklärung auf dem Darlehensvertrag vom 13. Dezember 1995 bezieht. Der Betrag stammt aus einem Verlustschein vom 27. September 2013 (Betreibung Nr. 4, Pfändung Nr. 6; act. 3/6). Als der Kläger Rechtsvorschlag erhob, erteilte das Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach der Beklagten mit Urteil vom 16. Dezember 2013 provisorische Rechtsöffnung (act. 6/12).

6. Am 7. Januar 2014 erhob der Kläger am Bezirksgericht Bülach die Aberkennungsklage mit den eingangs genannten Anträgen. Am 2. Juli 2014 fand die Hauptverhandlung statt (Prot. I S. 7 ff.). Im Übrigen wird für den Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens auf die einleitende Darstellung im angefochtenen Entscheid verwiesen (act. 40 S. 4). Mit Urteil vom 3. September 2014 wies die Vorinstanz die Klage ab, soweit sie darauf eintrat (act. 31 = act. 40). Das Urteil der Vorinstanz wurde dem Vertreter des Klägers am 18. September 2014 zugestellt (act. 32). Am 20. Oktober 2014 erhob er rechtzeitig Berufung (act. 38). Mit Beschluss vom 4. November 2014 wurde dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren bewilligt und somit auf die Erhebung eines Kos-

tenvorschuss verzichtet (Art. 118 Abs. 1 lit. a ZPO). Gleichzeitig wurde der Beklagten Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (act. 40). Die Berufungsantwort der Beklagten vom 5. Dezember 2014 (Poststempel; act. 43) wurde dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 45 und 46).

II.

1. Die Beklagte leitet die im Betreibungsverfahren gegen den Kläger geltend gemachte Forderung aus der folgenden, bereits oben zitierten handschriftlichen Erklärung auf dem Darlehensvertrag vom 13. Dezember 1995 ab (act. 3/13):

"Für die Rückzahlung dieses Vermögens hafte ich mit meinem ganzen Vermögen."

a) Aus der Charakterisierung dieser Erklärung als Sicherungsabrede hatte der Rechtsöffnungsrichter in der Verfügung vom 28. November 2000 abgeleitet, es könne sich um einen Garantievertrag nach Art. 111 OR, eine Bürgschaft nach Art. 492 OR oder um eine kumulative Schuldübernahme handeln (act. 3/16 S. 6 E. 4.1). Die rechtliche Qualifikation dieser Erklärung ist keine akademische Frage, sondern von praktischer Bedeutung, weil die Gültigkeit einer Bürgschaft von der Einhaltung bestimmter Formvorschriften abhängt (Art. 493 Abs. 2 OR), die im vorliegenden Fall zumindest teilweise nicht erfüllt sind (vgl. dazu unten 3).

Um über die Gültigkeit der Sicherungsabrede zu entscheiden, ist die Sicherungsabrede einem dieser Vertragstypen zuzuordnen. Lässt sich der tatsächliche Wille der Parteien nicht (mehr) ermitteln, was hier der Fall ist, sind ihre Erklärungen aufgrund des Wortlauts und unter Einbezug von weiteren Umständen nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (BGE 125 III 305 E. 2.b).

b) Der Garant verspricht einem Gläubiger die Leistung eines Dritten. Wenn diese Leistung nicht erfolgt, wird er schadenersatzpflichtig (Art. 111 OR). Dem Garantieverprechen muss kein Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Dritten zugrunde liegen. Besteht jedoch ein solches Rechtsverhältnis, liegt eine sogenannte bürgschaftsähnliche Garantie vor (Pestalozzi, BSK, Art. 111 OR N 6; BGE 113 II 434 E. 2.a).

Mit einer Schuldübernahme geht der Übernehmer eine eigene Verpflichtung gegen den Gläubiger ein, die zur Schuld des Dritten hinzutritt (bei der kumulativen Schuldübernahme) oder diese ersetzt (bei der privaten Schuldübernahme) (BGE 129 III 702 E. 2.1 m.H. auf BGE 113 II 434 E. 2.).

Im Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners, für die Erfüllung der Hauptschuld einzustehen (Art. 492 Abs. 1 ZGB). Die Bürgschaftsschuld ist abhängig von Entstehung, Bestand und Erzwingbarkeit der Hauptschuld. Deshalb gibt es keine Bürgschaft ohne Hauptschuld. Diese ist akzessorisch zu jener und folgt ihr als Nebenrecht (Art. 492 Abs. 2 OR; Pestalozzi, BSK, Art. 492 OR N 13).

Die Bürgschaft ist in der Regel einseitig und an keine Gegenleistung des Gläubigers gegenüber dem Bürgen geknüpft. Der Beweggrund liegt vielmehr im Verhältnis des Bürgen zum Schuldner, der – in der Regel aus vornehmlich ideellen Motiven wie Verwandtschaft oder Freundschaft – unterstützt wird. Um dieser Ausgangslage Rechnung zu tragen, gelten zum Schutz des Bürgen besondere Formvorschriften und ist seine Erklärung einschränkend auszulegen (Pestalozzi, BSK, Art. 492 OR N 1; BGE 129 III 702 E. 2.6).

d) Indem der Kläger seine Verpflichtung als Haftung für die Rückzahlung umschreibt, charakterisiert er sie als subsidiär gegenüber der entsprechenden Verpflichtung von C._____ zur Darlehensrückzahlung (vgl. act. 3/7 S. 1). Der Wortlaut ist klar und eindeutig. Ein abweichender tatsächlicher Parteiwille wurde nicht behauptet. Dieses Auslegungsergebnis steht der Annahme eines Solidarverhältnisses entgegen. Damit scheidet die Hypothese einer Schuldübernahme aus. Der Auffassung der Vorinstanz, welche die Erklärung als Schuldübernahme qualifiziert hatte, kann demnach nicht gefolgt werden.

Der Rechtsöffnungsrichter hatte in der Verfügung vom 28. November 2000 das Vorliegen einer Garantieerklärung mit der Begründung ausgeschlossen, der Kläger habe mit der Erklärung auf dem Darlehensvertrag eine eigene Leistung versprochen und nicht die Leistung von C._____ als Drittem garantiert (act. 3/16 S. 7 f. E. 4.2 f.). Im angefochtenen Entscheid wurde diese Möglichkeit nicht in Be-

tracht gezogen, sondern nur die Alternative "Bürgschaft oder kumulative Schuldübernahme" geprüft, wie der entsprechende Zwischentitel zeigt (act. 40 S. 15 ff. E. 3).

Dabei liessen beide Entscheide die sogenannte bürgschaftsähnliche Garantie ausser Acht, bei der dem Garantieverprechen ein Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Drittem zugrunde liegt (Pestalozzi, BSK, Art. 111 OR N 6; BGE 113 II 434 E. 2.a). Dieses Institut ist nachfolgend der Bürgschaft gegenüberzustellen.

2. Lässt sich der tatsächliche Parteiwille nicht ermitteln, ist die Sicherungsabrede anhand ihres Wortlauts und unter Berücksichtigung der übrigen Auslegungselemente nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (vgl. BGE 125 III 305 E. 2.b). Der Übergang zwischen Bürgschaft und bürgschaftsähnlicher Garantie ist fließend und eine eindeutige Zuordnung zu einer Kategorie daher nicht immer möglich. Die Rechtsprechung behilft sich mit typisierten Kriterien und Vermutungen. Verbleiben Zweifel, ist eher auf Bürgschaft zu schliessen (BGE 128 III 295 E. 2.d/bb; BGE 125 III 305 E. 2.b; BGE 113 II 434 E. 2.c).

Abgrenzungskriterium der Bürgschaft zur bürgschaftsähnlichen Garantie ist die Akzessorietät (BGE 113 II 434 E. 2.b). Während mit der Bürgschaft die Zahlungsfähigkeit des Schuldners oder die Erfüllung eines Vertrages gesichert wird, sichert der Garantievertrag als selbständige Verpflichtung eine Leistung als solche bzw. einen bestimmten Erfolg (BGE 113 II 434 E. 2.b). Diese Sachlage wird auch mit der prägnanten Formel ausgedrückt, die Bürgschaft ist schuldnerbezogen, die bürgschaftsähnliche Garantie hingegen gläubigerbezogen. Der Bürge stellt sicher, dass der Schuldner eine bestimmte Schuld erfüllt, der Garant steht dafür ein, dass der Gläubiger eine bestimmte Leistung erhält (BGE 113 II 434 E. 2.c).

a) Aus dem Wortlaut lässt sich mit Blick auf die rechtliche Qualifikation als Bürgschaft oder Garantie nichts gewinnen. Nicht nur die Verortung der Erklärung auf dem Vertragsdokument, sondern auch die Umschreibung der Pflicht des Klägers ("die Rückzahlung dieses Vermögens"), welche auf den Darlehensvertrag Bezug nimmt, unterstreichen jedoch die Abhängigkeit der Erklärung vom Darlehensvertrag. Dass die Leistungspflicht in der Erklärung selbst in keiner Weise de-

finiert wird, so dass zu ihrer Feststellung vollumfänglich auf den Darlehensvertrag zurückgegriffen werden muss, spricht ebenfalls gegen eine selbständige Garantie und für eine Bürgschaft (BGE 111 II 276 E. 2.a und 2.c).

b) Die Vorinstanz hatte erwogen, einen gewichtigen Anhaltspunkt für eine Schuldübernahme bilde das Eigeninteresse des Mitübernehmers am Geschäft, für dessen Erfüllung er einzustehen verspreche (act. 40 S. 17 E. 3.5). Aus seiner in den Akten kolportierten Aussage in einer Rechtsöffnungsverhandlung im Jahr 1996, er selbst "stecke auch drin", nicht nur die Klägerin, sondern auch er warte auf das Geld (act. 3/16 S. 7 f. E. 4.3), schloss die Vorinstanz, der Kläger habe mit seiner auf dem Darlehensvertrag angebrachten Erklärung bezweckt, dass er selbst von C._____ Geld erhalte, was über ein blosses Sicherungsinteresse hinausgehe (act. 40 S. 18 f. E. 3.7 f.).

Dabei liess die Vorinstanz die Frage offen, woraus dies für die Beklagte damals erkennbar war. Die Beklagte behauptete dazu nur, der Kläger habe gesagt, er habe ein Interesse an den Geschäften von C._____ und hafte deshalb für die Gesamtsumme (Prot. I S. 9). Der Kläger bestritt diese Darstellung der Beklagten zwar, räumte jedoch ein, "es (könne) durchaus sein, dass die Beklagte Herrn C._____ nichts mehr gegeben hätte, hätte der Kläger nicht unterschrieben" (Prot. I S. 11). Im Berufungsverfahren rügt der Kläger "die Ausführungen der Vorinstanz beruh(t)en auf falschen Tatsachen, die das Gericht – ohne entsprechende Parteibehauptung! – aus irgendwelchen Dokumenten zusammengesucht ha(be)" (act. 38 S. 8).

c) Das Eigeninteresse kann auch im Verhältnis zwischen Bürgschaft und Garantie als Abgrenzungskriterium gegen eine Bürgschaft herangezogen werden, anders als bei der Schuldübernahme allerdings nur unter der einschränkenden Voraussetzung, dass sich das Eigeninteresse von demjenigen des Hauptschuldners unterscheidet (BGE 125 III 305 E. 2.b). Deckt sich das Eigeninteresse hingegen mit dem Interesse des Hauptschuldners, verliert dieses Kriterium nämlich seine Trennschärfe gegenüber der Garantie, da sich damit zugleich die Abhängigkeit der Sicherungsabrede von der Hauptschuld verstärkt.

Dies illustriert der vorliegende Fall: Betrachtet man das Eigeninteresse des Klägers genauer, so erhellt, dass dieses in erster Linie darauf gerichtet war, dass C._____ die Darlehenssumme erhielt, weil der Kläger bei einem Erfolg von dessen Geschäften ebenfalls profitiert hätte, sei es als stiller Teilhaber oder weil er ihm – wie die Beklagte – ebenfalls Geld geliehen hatte, das er dann mit einem entsprechenden Gewinnanteil zurückerhalten hätte. Das Interesse des Klägers erstreckte sich damit auf die beiderseitige Erfüllung des Darlehensvertrages und beschränkte sich nicht bloss auf die Rückzahlung der Darlehenssumme, losgelöst von der Vertragserfüllung durch die Beklagte, was ein weiteres Indiz für den akzessorischen Charakter der Sicherungsabrede darstellt (BGE 111 II 276 E. 2.c a.E.).

Auch wenn man – gegen die Rügen des Klägers – von den Sachverhaltsannahmen der Vorinstanz ausgeht, überwiegen die Elemente, die für eine Bürgschaft sprechen. Das Verhalten des Klägers erscheint zwar nicht uneigennützig und war nicht ideell motiviert. Das ist bei der Bürgschaft zwar die Regel, aber nicht notwendig und ändert nichts am akzessorischen Charakter seiner Verpflichtung, die deshalb gleichwohl nicht als Garantie, sondern als Bürgschaft zu qualifizieren ist, ohne dass Zweifel verbleiben und auf die entsprechende Vermutung zurückgegriffen werden müsste.

3. Der Kläger geht demnach zurecht davon aus, bei seiner handschriftlichen Erklärung auf dem Darlehensvertrag vom 12. Dezember 1995 handle es sich materiell um eine Bürgschaft. Da die gesetzlichen Formvorschriften – namentlich öffentliche Beurkundung (Art. 493 Abs. 2 OR) – nicht eingehalten worden seien, sei diese Bürgschaft formungültig, weshalb der Beklagten zum Vornherein keine Forderung gegen den Kläger zustehen könne, so der Kläger (act. 1 S. 5 f. Ziff. 3).

Die Berufung auf den Formmangel ist rechtsmissbräuchlich, wenn der Verpflichtete den Formmangel absichtlich herbeiführt, um sich nachträglich darauf zu berufen (vgl. Pestalozzi, BSK, Art. 493 OR N 3 m.H. auf BGE 65 II 236 E. 2). Ob ein Verhalten als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist, ist eine Rechtsfrage. Der Rechtsmissbrauch ist daher von Amtes wegen zu beachten (Merz, BK, Art. 2 ZGB N 99).

Die Bezirksanwaltschaft III für den Kanton Zürich verneinte in ihrer Einstellungsverfügung betreffend Betrug vom 19. Juli 2000 die Arglist der Falschangaben, welche C._____ und dem Kläger vorgeworfen wurden, weil es die Beklagte unterlassen habe, "die ihr zumutbaren Abklärungen zu treffen und die Darlehensersuchen auch bei den Angeschuldigten selber in geeigneter Form zu hinterfragen" (act. 26 S. 3).

Diese Beurteilung mag mit Blick auf die Frage, ob die Beklagte den Schutz des Strafrechts verdient, richtig sein. Sie hat jedoch keinen unmittelbaren Einfluss auf das zivilrechtliche Verhältnis der Parteien und ändert nichts an den zwischen ihnen allenfalls bestehenden vertraglichen Verpflichtungen. Ausserdem ist die Perspektive eine andere, im Fokus steht der Kläger und die Frage, ob er sich auf den Schutz der Formvorschriften berufen darf.

Der Kläger anerkennt, dass er früher als Angestellter der ... Bank das Vermögen der Beklagten verwaltet hatte, betont aber, als er der Beklagten das Geschäft mit C._____ vermittelt habe, sei er schon in Rente gewesen (act. 38 S. 8). Er räumte ferner ein, dass er die Beklagte – wenn auch unentgeltlich und nur aus Gefälligkeit – beraten habe (act. 1 S. 6 Ziff. 3), und meinte, es könne durchaus sein, dass die Beklagte C._____ am 12. Dezember 1995 kein neues Darlehen gewährt hätte, hätte er sich nicht verpflichtet, für die Rückzahlung gerade zu stehen (Prot. I S. 11).

Es darf vorausgesetzt werden, dass dem Kläger als pensioniertem Kundenberater einer Bank die Formvorschriften einer Bürgschaft bekannt waren. Es musste ihm demnach bewusst sein, dass seine Erklärung nicht durchsetzbar war. Als ihr Berater hätte er die Beklagte darauf aufmerksam machen müssen, bevor sie C._____ im Vertrauen auf seine Erklärung ein weiteres Darlehen gewährte. Die Vermutung liegt nahe, dass er diesen Irrtum nicht nur ausnützte, sondern bewusst herbeiführte. Zumindest unterliess er es, die Beklagte darüber aufzuklären. Mit seinem täuschenden Verhalten missbrauchte er ihr Vertrauen zu ihm als ihrem ehemaligen Bankkundenberater und wiegte sie in falscher Sicherheit. Dass er sie laut eigenen Angaben bloss unentgeltlich und aus Gefälligkeit beriet, hätte allenfalls einen Einfluss auf den zu beachtenden Sorgfaltsmassstab, vermag ihn aber

von diesem Vorwurf nicht zu entlasten. Auch wenn diese Täuschung nach Ansicht der Strafverfolgungsbehörden nicht arglistig war, verdient sein Verhalten keinen Rechtsschutz. Dem Kläger ist daher die Berufung auf den Formmangel wegen Rechtsmissbrauchs zu versagen.

Diese Auffassung wird durch die Sachverhaltsdarstellung in der Einstellungsverfügung vom 19. Juli 2000 gestützt, welche vom Kläger unkommentiert ins Recht gelegt wurde (Prot. I S. 11) und aus der hervorgeht, dass C._____ die Mittel der Beklagten (und von weiteren Geschädigten) benötigte, um einen dreistelligen Millionenbetrag in bar auslösen zu können, der in gefärbten und wieder entfärbten Geldscheinen aus D._____ [Staat in Afrika] ausgeführt worden war und in E._____ oder F._____ bei einer Bank lagerte (act. 26 S. 2). Als sich diese Hoffnung nicht erfüllte, war C._____ zur Rückzahlung der erhaltenen Gelder nicht in der Lage. Bei dieser Ausgangslage liegt die Vermutung nahe, dass der Kläger die Formvorschriften bewusst missachtete, um sich im Falle eines Scheiterns dieses abenteuerlichen Plans gegen eine Inanspruchnahme durch die Beklagte zu schützen.

4. Der Kläger macht ferner geltend, die Beklagte habe den ihr zustehenden Forderungsbetrag bereits erhalten. Zum einen habe sich die Erklärung des Klägers nur auf das zweite Darlehen von USD 230'000 bezogen (act. 38 S. 6). Zum andern habe die Beklagte seit 1999 aus den verschiedensten Betreibungen gegen den Kläger bereits CHF 463'776.70 erhalten. Weiter hätten ihr C._____ oder Dritte zumindest weitere CHF 76'000 an die Darlehen zurückbezahlt. Das ergebe einen Betrag von CHF 539'776.70, was zum Wechselkurs gemäss Zahlungsbefehlsdatum vom 1. November 2013 USD 598'091.00 entspreche, d.h weit mehr als die USD 230'000, für die der Kläger eintreten wollte und auch viel mehr, als die USD 580'000, die die Beklagte insgesamt Herrn C._____ übergeben hatte (act. 38 S. 6 f. Ziff. 1).

a) Gestützt auf eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip kam die Vorinstanz zum Schluss, die Erklärung des Klägers habe sich auf eine Summe von USD 900'000 bezogen (act. 40 S. 20 f. E. 4.3 f.). Zum selben Schluss war der

Rechtsöffnungsrichter in der Verfügung vom 28. November 2000 gekommen (act. 3/16 S. 9 f.).

b) Das Vertrauensprinzip kommt grundsätzlich erst dann zum Tragen, wenn sich der tatsächliche Parteiwillen nicht ermitteln lässt. Mit der Behauptung, der Kläger habe gesagt, er hafte für die Gesamtsumme (Prot. I S. 9), behauptete die Beklagte einen tatsächlichen Parteiwillen. Darüber hatte die Vorinstanz hinweggesehen, vielleicht weil sie glaubte, dass eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zum gleichen Ergebnis führe, so dass die Beklagte dadurch, dass es die Vorinstanz unterliess, den tatsächlichen Parteiwillen beweismässig abzuklären, nicht beschwert sei. Da die Beklagte diesen Verfahrensfehler nicht rügte (act. 43), bleibt es bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip.

c) Mit dem Darlehensvertrag vom 13. Dezember 1995 gewährte die Beklagte C._____ "ein weiteres Darlehen im Betrage von U.S.\$ 230'000.00 (in Worten: Zweihundertdreissigtausend U.S. Dollar)" (act. 3/13). Der Darlehensvertrag vom 8. Juli 1995 lautete gemäss unbestrittenen Angaben des Klägers auf einen Betrag von USD 350'000 (act. 1 S. 5 Ziff. 2). Das ergibt eine Summe von USD 580'000. Der Betrag von USD 900'000, der im Darlehensvertrag vom 13. Dezember 1995 im Sinne einer Gesamtsumme mehrfach erwähnt wird, kommt unter Einbezug eines Zins und Gewinnanteils von USD 320'000 zustande (vgl. act. 3/16 S. 9).

Im Darlehensvertrag vom 13. Dezember 1995 wurde unter dem Titel A. Konditionen und dem Untertitel "Zins + Gewinnanteil" festgehalten (act. 3/13):

"Der Schuldner gewährt deshalb dem Gläubiger einen überdurchschnittlichen Zins und Gewinnanteil von U.S.\$ 100'000.00, in Worten: Einhunderttausend U.S. Dollar."

Der Darlehensvertrag vom 8. Juli 1995 befindet sich nicht bei den Akten. Es ist davon auszugehen, dass dort mit einer entsprechenden Formulierung ein Zins und Gewinnanteil von USD 220'000 festgesetzt worden war.

d) Der Darlehensvertrag vom 13. Dezember 1995 enthält nach dem Teil, der mit A. Konditionen überschrieben ist, einen Teil B. Sicherheiten, in dem "zur Sicherstellung für die gesamte Schuld" durch den Schuldner C._____ drei Sicher-

heiten in Aussicht gestellt werden, bei deren Umschreibung zweimal der Betrag von USD 900'000 genannt wird, was den Schluss zulässt, dass mit den Worten "die gesamte Schuld" beide Darlehen mit Zins und Gewinnanteil gemeint sind.

Mit der Begründung, dass sich die Erklärung des Klägers "am Ende dieser Bestimmung und nicht direkt unter der Klausel zur Gewährung eines weiteren Darlehens" befinde, schliesst die Vorinstanz, die Beklagte habe in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass sich diese ebenfalls auf die Gesamtsumme von USD 900'000 bezogen habe (act. 40 S. 21 oben).

e) Die Auffassung der Vorinstanz beruht auf falschen tatsächlichen Voraussetzungen und vermag auch sonst nicht zu überzeugen. Die Erklärung des Klägers steht nicht unter der Bestimmung über die Sicherheiten, sondern am Ende des Vertragsdokuments nach den Unterschriftsfeldern. Die Darlehenssumme von USD 230'000 wird in der Einleitung des Vertrages erwähnt. Dort hätte die Erklärung des Klägers keinen Platz gefunden (vgl. act. 3/13). Die Erläuterung des Klägers, er habe seine Erklärung unter dem ganzen Vertragswerk angebracht, weil nur dort Platz für eine solche Erklärung bestanden habe (act. 38 S. 9), tönt nachvollziehbar. Jedenfalls lässt sich daraus nichts zugunsten der Beklagten ableiten.

Mit den Worten "die Rückzahlung dieses Vermögens" nimmt die Erklärung sodann ausdrücklich auf die Bestimmung über die Darlehensrückzahlung unten auf der ersten Seite Bezug, was ebenfalls gegen eine direkte Anknüpfung an die Bestimmung über die Sicherheiten spricht. Dort verpflichtet sich der Schuldner "dieses Darlehen zusammen mit dem früher gewährten Darlehen inklusive Zins und Gewinnanteil mit insgesamt U.S.\$ 900'000.00, in Worten: Neunhunderttausend, bis spätestens 18. Dezember 1995 zurückzubezahlen" (act. 3/13).

Die Verwendung des bestimmten Artikels im Ausdruck "dieses Vermögen" impliziert einen Gegensatz und erinnert an die Formulierung in der Bestimmung über die Rückzahlung, wo "dieses Darlehen" vom früher gewährten Darlehen unterschieden wird. Das legt den Schluss nahe, dass sich die Erklärung des Klägers – anders als die von C._____ selbst gewährten Sicherheiten – nur auf den Darlehensvertrag vom 13. Dezember 1995 bezieht.

e) Es bleibt die Frage zu klären, ob die Erklärung des Klägers auch den Zins und Gewinnanteil von USD 100'000 umfasst, der im Vertrag vom 13. Dezember 1995 als überdurchschnittlich bezeichnet wird, was bestimmt zutrifft und bei einer Darlehenssumme von USD 230'000 und einer Laufzeit vom 13. bis 18. Dezember 1995 eher noch als Untertreibung erscheint (act. 3/13). An dieser Stelle kann offen bleiben, ob ein solches Leistungsungleichgewicht überhaupt gültig vereinbart werden kann (vgl. Huguenin, BSK, Art. 21 OR N 21).

In der Berufung weist der Kläger darauf hin, dass die Beklagte vom Kläger im Jahr 1996 in zwei separaten Betreibungen CHF 400'000 und CHF 275'000 gefordert habe, was den beiden Darlehen ohne Zins und Gewinnanteil entspreche und zeige, dass auch die Beklagte selbst ursprünglich nicht von einer Haftung für den Zins und Gewinnanteil ausgegangen sei (act. 38 S. 9). Die Beklagte hat sich dazu nicht geäußert. Das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss lässt zwar keinen unmittelbaren Rückschluss auf ihren Vertragswillen zu, es illustriert jedoch ihr Vertragsverständnis und ist damit ein Indiz für den Vertragswillen.

Der Begriff "Rückzahlung" kann sich begriffslogisch nur auf einen Betrag beziehen, der vorher in die andere Richtung geflossen ist, was lediglich für die Darlehenssumme zutrifft und den Zins und Gewinnanteil ausschliesst. Der Begriff "Vermögen" deutet ebenfalls in diese Richtung. Eine Auslegung nach dem Wortlaut, die vom nachvertraglichen Verhalten der Beklagten bestätigt wird, führt also zum Ergebnis, dass die Erklärung des Klägers den Zins- und Gewinnanteil nicht umfasste, sondern sich nur auf das zweite Darlehen von USD 230'000 bezog.

5. Mit einer Aufstellung und belegt durch zahlreiche Verlustscheine legte der Kläger an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung dar, dass die Beklagte in verschiedenen Betreibungen bisher insgesamt CHF 463'776.70 an die geltend gemachte Forderung erhalten habe (act. 38 S. 7; act. 23 S. 4. f. Ziff. 3). Ferner seien Zahlungen über insgesamt CHF 76'000 anzurechnen, welche die Beklagte von Dritten, u.a. offenbar von C._____ selbst, erhalten habe (act. 23 S. 5 m.H. auf act. 3/16 S. 11 E. 5.2). Zum Wechselkurs gemäss Zahlungsbefehlsdatum vom 1. November 2013 entspreche das USD 598'091.00, d.h. weit mehr als die USD 230'000, für die der Kläger habe entstehen wollen und auch viel mehr als

die USD 580'000, welche die Beklagte C._____ insgesamt übergeben habe (act. 23 S. 5).

Die Beklagte bestreitet den Erhalt dieser Zahlungen nicht, sie macht aber geltend, erst einen Teil des Geldes erhalten zu haben (Prot. I S. 9), was zutreffen dürfte, geht man mit ihr von einer Gesamtforderung von USD 900'000 aus. Der Kläger wendet jedoch ein, dass es an der Beklagten sei, ihre Forderung abzüglich bereits eingegangener Zahlungen umzurechnen (act. 1 S. 8 Ziff. 7).

a) Da die Vorinstanz – ebenfalls ausgehend von einer Gesamtforderung von USD 900'000 – der Ansicht war, dass der in Betreuung gesetzte Betrag unter Berücksichtigung dieser Rückzahlungen jedenfalls noch offen sei, beschränkte sie sich auf die Feststellung, die Beklagte habe von der ursprünglichen Forderung aufgrund diverser Betreibungen einen Teil zurück erhalten, und ging nicht auf die einzelnen Beträge oder den Umrechnungskurs ein (act. 40 S. 21 Ziff. 5).

b) Die Höhe der Zahlungen des Klägers blieb unbestritten. Da der Kläger, wie oben dargelegt, nur für einen Teil der Verpflichtung von C._____ einsteht, kann er sich die Zahlungen von C._____ und von Dritten im Umfang von CHF 76'000 nicht anrechnen, da nicht feststeht, dass diese an den selben Teil der Verpflichtung geleistet wurden. Da es sich um eine Fremdwährungsschuld handelt, ist sodann eine Umrechnung nötig, damit die Zahlungen der Forderung gegenüber gestellt werden können und die Tilgung nachvollzogen werden kann. Der Umrechnungskurs ist eine Tatsache und daher von den Parteien zu behaupten.

Die Verteilung der Parteirollen im Aberkennungsprozess ändert nichts an der grundsätzlichen Verteilung der Beweislast. Daher hat die Beklagte die tatsächlichen Grundlagen ihrer Forderung zu beweisen. Dazu gehört auch die Höhe der Forderung. Im Betreibungsverfahren ist die Forderung vom Gläubiger zum Wechselkurs vom Tag des Betreibungsbegehrens in Schweizer Franken umzurechnen (Kofmel Ehrenzeller, BSK, Art. 67 SchKG N 40). Die Beklagte stellte ein Betreibungsbegehren in Schweizer Franken (act. 3/7). Sie nannte jedoch keinen Wechselkurs, der es erlauben würde, diesen Betrag aus ihrer ursprünglichen Forderung herzuleiten. Anscheinend geht sie von den Schweizer Franken-Beträgen aus, die

im ersten Betreibungsverfahren errechnet wurden. Wie der Kläger anmerkt, ist das jedoch nicht korrekt, da die Umrechnung nach Art. 67 Abs. 3 SchKG keine Novation bewirkt und nichts an der Währung der Schuld ändert. Die Beklagte müsste ihre Restforderung daher aus der ursprünglichen Forderung herleiten, d.h. in USD und unter Anrechnung der zum jeweiligen Tageskurs umgerechneten Zahlungen des Klägers, und diese sodann zum aktuellen Wechselkurs bei Einleitung der Betreuung in Schweizer Franken umrechnen (act. 1 S. 8 Ziff. 7).

c) Diese Unterlassung hat jedoch keinen Einfluss auf das Ergebnis, wie die nachfolgende Überlegung zeigt: Zieht man den vom Kläger in das Verfahren eingebrachten Wechselkurs von CHF 0.89690 bei Einleitung der Betreuung am 30. Oktober 2013 heran (vgl. act. 1 S. 8 Ziff. 7 m.H. auf act. 3/17) und rechnet die ursprüngliche Forderung der Beklagten von USD 230'000 in Schweizer Franken um, resultiert ein ursprünglicher Forderungsbetrag in Landeswährung von CHF 206'287.00. Stellt man diesem die unbestritten gebliebenen Zahlungen des Klägers von insgesamt CHF 463'776.70 gegenüber, ist offenkundig, dass die Forderung der Beklagten durch die Zahlungen des Klägers längst getilgt ist.

Diese Forderung, für die der Beklagten in der Betreuung Nr. 1 mit Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde, ist der Beklagten daher abzuerkennen. Die Berufung ist in diesem Umfang gutzuheissen und der Entscheid der Vorinstanz aufzuheben. Die Beklagte unterliegt demzufolge mit ihren Berufungsanträgen (act. 43 S. 2).

Was die vom Kläger mit dem gleichen Rechtsbegehren verlangte Feststellung betrifft, dass die von der Beklagten gegen den Kläger geltend gemachte Forderung nicht bestehe, so ist darauf nicht einzutreten, soweit der Kläger damit neben der Aberkennungsklage eine Feststellungsklage im Sinne von Art. 85a SchKG erheben will, da sich diese beiden Rechtsbehelfe gegenseitig ausschliessen.

6. Neben der Aberkennungsklage in Bezug auf die Betreuung Nr. 1 machte der Kläger im vorinstanzlichen Verfahren in Bezug auf die Betreibungen Nr. 2 und 3 eine Feststellungsklage i.S. von Art. 85a SchKG und in Bezug auf die Betreibungen Nr. 4 und 5 eine Rückforderungsklage i.S. von Art. 86 SchKG anhängig,

die er in Bezug auf die Betreuung Nr. 3 anlässlich der Hauptverhandlung von einer Feststellungsklage in eine Rückforderungsklage änderte.

Die Vorinstanz liess die mit dem ursprünglichen Rechtsbegehren verbundene Klagenhäufung zu, obwohl die Rückforderungsklagen bei einer isolierten Behandlung wegen ihres Streitwerts von weniger als CHF 30'000 im vereinfachten Verfahren zu behandeln gewesen wären. Die Abänderung der Feststellungsklage in Bezug auf die Betreuung Nr. 3 in eine Rückforderungsklage liess die Vorinstanz hingegen mit der Begründung nicht zu, dass das geänderte klägerische Rechtsbegehren die Streitwertgrenze von CHF 30'000 nicht erreiche und deswegen im vereinfachten Verfahren zu behandeln wäre, so dass die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart gemäss Art. 227 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sei (act. 40 S. 8 ff. E. 3).

Der Kläger wendet ein, die Vorinstanz übergehe den Umstand, dass im vorliegenden Verfahren nach wie vor eine Klagenhäufung vorliege, für die der Streitwert gemäss Art. 93 Abs. 1 ZPO zusammenzuzählen sei, so dass sich auch vorliegend bei der Änderung dieses Rechtsbegehrens nichts am Streitwert von insgesamt über CHF 30'000 und damit an der Anwendbarkeit des ordentlichen Verfahrens ändere (act. 38 S. 4 Ziff. 4).

Da nach Eingang des vorinstanzlichen Urteils am 5. Oktober 2014 eine Betreibungsabrechnung über die Betreuung Nr. 2 eingegangen sei, so dass auf die diesbezügliche Feststellungsklage nicht mehr eingetreten werden könne, wandelt der Kläger im Berufungsverfahren auch diese in eine Rückforderungsklage um (act. 38 S. 3 Ziff. 4).

Eine solche Klageänderung aufgrund neuer Tatsachen ist auch im Berufungsverfahren möglich (Art. 317 Abs. 2 ZPO). Bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO erfüllt sind, ist von den Verhältnissen im konkreten Einzelfall auszugehen. Wegen der vorliegend gegebenen Klagenhäufung spielt es keine Rolle, ob der Streitwert des geänderten Rechtsbegehrens die Streitwertgrenze von CHF 30'000 erreicht, da der zusammengerechnete Streitwert diesen

Betrag ohnehin übersteigt, so dass sich durch die Klageänderung an der Verfahrensart nichts ändert.

Das trifft auch für die Klageänderung im erstinstanzlichen Verfahren zu. Der vorinstanzliche Entscheid ist daher diesbezüglich aufzuheben und es ist sowohl auf die im erstinstanzlichen als auch auf die im zweitinstanzlichen Verfahren geänderten Rechtsbegehren einzutreten.

7. Gemäss Art. 86 SchKG kann derjenige, der im Betreibungsverfahren eine Nichtschuld bezahlt hat, innerhalb eines Jahres nach der Zahlung den bezahlten Betrag zurückfordern. Dies macht der Kläger für folgende Beträge:

- CHF 1'051.55 Erlös aus der Betreuung Nr. 4 des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon (Rechtsbegehren 2.4; act. 1 S. 3 Ziff. 3; act. 3/6)
- CHF 5'344.40 Erlös aus der Betreuung Nr. 5 (Rechtsbegehren 2.4; act. 1 S. 3 Ziff. 3; act. 3/5)
- CHF 5'463.80 Erlös aus der Betreuung Nr.3 (Rechtsbegehren 2.3; act. 23 S. 2 f. Ziff. 1; act. 24/18)
- CHF 4'260.65 und CHF 553.35 Erlös aus der Betreuung Nr. 2 (Rechtsbegehren 2.2; act. 38 S. 3 Ziff. 4; act. 39/2)

Wie oben dargelegt, hatte die Beklagte ursprünglich zwar eine Forderung gegen den Kläger. Diese war jedoch kleiner als von ihr geltend gemacht und war deshalb bei Einleitung des Betreibungsverfahrens, welches Gegenstand des Aberkennungsprozesses ist, bereits durch Zahlung untergegangen. Ob der Kläger in Bezug auf frühere Betreibungen einen Rückforderungsanspruch hat, hängt davon ab, ob die Forderung der Beklagten bereits damals getilgt war. Die Prüfung dieser Voraussetzung erfordert, dass der Kläger nicht nur die Summe, sondern auch den Zeitpunkt seiner Tilgungszahlungen sowie – weil es sich um ein Fremdwährungsschuld handelt – den jeweiligen Wechselkurs behauptet.

Der Kläger legte anlässlich der Hauptverhandlung vom 2. Juli 2014 eine Aufstellung seiner Zahlungen vor (act. 23 S. 4 f.). Allerdings kann für die Beurteilung der

Rückforderungen nicht auf den Totalbetrag abgestellt werden, weil die zurückgeforderten Beträge zumindest teilweise darin enthalten sind und davon in Abzug gebracht werden müssen. Ausserdem fehlen jegliche Angaben zum Wechselkurs.

Mit dem Wechselkurs hat der Kläger zu einer notwendigen Voraussetzung seiner Rückforderungen keine Behauptungen aufgestellt. Da die Betreibungen, für welche er die Rückforderung verlangt, vor derjenigen eingeleitet wurden, die Gegenstand des Aberkennungsprozesses war, nützt dem Kläger die weiter oben getroffene Feststellung nichts, dass die Forderung der Beklagten bei Einleitung jener Betreibung nicht mehr bestand. Der Verlauf des Wechselkurses ist auch für Weltwährungen wie den US-Dollar nicht gerichtsnotorisch und selbst grössere Kursausschläge sind nicht auszuschliessen. Diese Lücke im Klagefundament kann daher nicht mit einem überschlagsmässigen Vergleich von Franken- und Dollarbeträgen geschlossen werden. Die Rückforderungsklagen des Klägers sind daher abzuweisen.

8. Ferner verlangt der Kläger, es sei die Betreibung Nr. 1 vorab vorläufig einzustellen und sodann definitiv aufzuheben. Er begründet diesen Antrag damit, dass die Beklagte ihre Forderung gleichzeitig in mehreren Betreibungsverfahren geltend mache, was nicht statthaft sei bzw. rechtsmissbräuchlich sei und die Nichtigkeit der angefochtenen Betreibungen zur Folge habe (act. 1 S. 4 f. Ziff. III.1).

Dieser Einwand wäre mit betreibungsrechtlicher Beschwerde i.S. von Art. 17 ff. SchKG an die Aufsichtsbehörde geltend zu machen, was der Kläger laut eigenem Bekunden in einem anderen Fall auch schon getan hat (act. 3/12). Im vorliegenden Verfahren ist auf dieses Begehren nicht einzutreten.

III.

1. Das am 10. Mai 2014 sinngemäss gestellte Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wurde von der Vorinstanz als durch Gegenstandslosigkeit erledigt abgeschrieben (act. 20; act. 40 S. 23 Dispositiv-Ziffer 4). In der Berufungsantwort vom 4. November 2013 beantragte die Beklagte

"unentgeltliche Rechtspflege incl. Befreiung von Gerichtskosten aller Geschäfte", was sich auch auf das vorinstanzliche Verfahren bezieht (act. 43 S. 3).

Die Beklagte begründet ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit dem Verweis auf monatliche Renteneinkünfte von CHF 3'275.50 und Schulden bei der Gerichtskasse von rund CHF 19'000, für welche ihr am 19. Juni 2014 monatliche Ratenzahlungen von CHF 50.00 bewilligt wurden (act. 44/4).

Die Beklagte hat ihre Mittellosigkeit damit glaubhaft gemacht. Angesichts der Rechtsöffnungsentscheide, die ihren Standpunkt bestätigten, war ihre Sache nicht von vornherein als aussichtslos zu bezeichnen. Es ist der Beklagten daher für die Verfahren beider Instanzen die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen.

2. Die Vorinstanz ging für die Bestimmung des Streitwerts von den verschiedenen Rechtsbegehren des Klägers aus und addierte die Forderungsbetreffnisse, welche Gegenstand der Betreibungsverfahren bildeten, für welche der Kläger die Aberkennung oder die Feststellung des Nichtbestehens der Forderung verlangte (vgl. act. 4 S. 2; act. 1 S. 7 f. Ziff. 6). Das ist grundsätzlich richtig. Allerdings ist dem Umstand, dass Streitgegenstand jeweils dieselbe Forderung in der Höhe von ungefähr CHF 280'000 war, bei der Bemessung der Gebühr mit einer angemessenen Reduktion Rechnung zu tragen. Da keine Partei die Höhe der vorinstanzlichen Gerichtsgebühr beanstandete, hat es damit jedoch sein Bewenden und ist diese zu bestätigen.

Bei der Kostenverteilung ist zu berücksichtigen, dass die beiden Feststellungsbegehren, welche rund 2/3 des Streitwerts ausmachen, nicht zu beurteilen waren, weil die entsprechenden Begehren vom Kläger nach dem Abschluss der entsprechenden Betreibungsverfahren in Rückforderungsklagen mit einem weit geringeren Streitwert umgewandelt wurden, was einem teilweisen Rückzug gleichkommt. Um der unterschiedlichen Bedeutung der verschiedenen Rechtsbegehren im Prozess Rechnung zu tragen – im Vordergrund stand die Aberkennungsklage, mit welcher der Kläger obsiegt –, sind den Parteien die Kosten der ersten Instanz je hälftig zu auferlegen. Bei diesem Ergebnis hat keine Seite Anspruch auf eine Parteienschädigung von der Gegenpartei.

3. Für das Berufungsverfahren ist von einem Streitwert von rund CHF 295'000 auszugehen, was eine Gerichtsgebühr von CHF 15'000 und eine Parteientschädigung von CHF 10'000 (Mehrwertsteuer eingeschlossen) ergibt (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 13 Abs. 2 AnwGebV), welche ausgangsgemäss von der Beklagten zu bezahlen sind. Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege befreit nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei (Art. 118 Abs. 3 ZPO). Die Gerichtskosten der zweiten Instanz sind jedoch ebenso wie diejenigen der ersten Instanz auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Parteien sind darauf hinzuweisen, dass sie zur Nachzahlung der ihnen auferlegten Gerichtskosten verpflichtet sind, sobald sie dazu in der Lage sind (Art. 123 ZPO).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung des Klägers wird Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichtes Bülach vom 3. September 2014 aufgehoben.

Die von der Beklagten in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon (Zahlungsbefehl vom 1. November 2013) gegen den Kläger geltend gemachte Forderung von CHF 278'221.55 wird mit Zinsen, Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten und Parteientschädigung im Rechtsöffnungsverfahren (Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Bülach vom 16. Dezember 2013, Geschäft Nr. EB130559) aberkannt.

Die Berufungsbegehren 2.2, 2.3 und 2.4 werden abgewiesen.

Im Übrigen wird auf die Klage nicht eingetreten.

2. Der Beklagten wird für die Verfahren beider gerichtlichen Instanzen die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.

3. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von CHF 27'585.00 wird in der Höhe bestätigt und den Parteien je hälftig auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse genom-

men. Die Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO hingewiesen.

4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 15'000.00 festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Beklagte wird auf die Nachzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO hingewiesen.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 10'000.00 zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Bülach und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

8. 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 CHF 294'895.30.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. D. Oehninger

versandt am: