

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NE200002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

Beschluss und Urteil vom 11. August 2020

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur., LL.M. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Feststellung des Nichtbestehens einer Schuld (Art. 85a SchKG)**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes für SchKG-Klagen des Bezirksgerichtes Zürich vom 6. Dezember 2019; Proz. FO180015

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei festzustellen, dass die mit Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 6 vom Beklagten gegenüber dem Kläger in Betreuung gesetzte Forderung in der Höhe von CHF 49'931.45 (zuzüglich Zins zu 4% seit 28.12.2004 sowie Spruchgebühr von CHF 500 und CHF 1'400 Parteientschädigung) nicht besteht bzw. der Beklagte nicht zu ihrer Geltendmachung legitimiert ist.
2. Es sei die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 6 aufzuheben und im Betreibungsregister zu löschen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes:

(act. 115 S. 31 f.)

1. Die Klage wird gutgeheissen.

Demzufolge wird festgestellt, dass die vom Beklagten in Betreuung gesetzte Forderung im Betrag von CHF 49'931.45 (zuzüglich Zins und Kosten) nicht besteht, und die Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Zürich 6, wird vollumfänglich aufgehoben.

2. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf CHF 5'500.--.
3. Die Entscheidegebühr wird dem Beklagten auferlegt, jedoch zufolge teilweiser Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von CHF 9'100.-- (zuzüglich 7.7% MWST) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung
6. Rechtsmittel

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (act. 112):

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht für SchKG-Klagen (Geschäfts-Nr.: FO180015-L/U), sei aufzuheben und die Klage des Berufungsbeklagten vom 19. August 2016 vollumfänglich abzuweisen.
3. Eventuell sei die Angelegenheit im Sinne der Erwägungen dieser Berufung zu neuer Entscheidung an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht für SchKG-Klagen, zurückzuweisen.
4. Prozessual sei eine Berufungsverhandlung durchzuführen.
5. Dem Berufungskläger sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person des unterzeichneten Rechtsanwalts ein unentgeltlicher Rechtsbeistand (zu bestellen).
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsbeklagten.

des Klägers und Berufungsbeklagten (act. 122):

1. Es sei die Berufung des Beklagten/Berufungsklägers abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt.) zulasten des Beklagten/Berufungsklägers.

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Der Berufungskläger und Beklagte (nachfolgend Beklagter) und der Berufungsbeklagte und Kläger (nachfolgend Kläger) sind ehemalige Lebens- und Geschäftspartner. Am 6. Januar 2005 anerkannte der Kläger vor einem deutschen Notar, der in Hamburg domizilierten C._____ GmbH (nachfolgend GmbH), deren einziger Gesellschafter der Beklagte war, EUR 43'486.73 sowie Zins zu 4% seit 28. Dezember 2004 zu schulden (act. 3/8). Am 29. Juli 2005 trat die GmbH sämtliche Rechte an dem notariellen Schuldanerkenntnis des Klägers dem Beklagten ab (3/9). Im April 2008 gründeten die Parteien die Kollektivgesellschaft D1._____ (nachfolgend Kollektivgesellschaft) mit Sitz in E._____ (act. 3/13). Ende März 2015 schied der Beklagte aus der Kollektivgesellschaft aus, was zu deren Auflösung führte. Fortan betrieb der Kläger unter der Firma D2._____ die Geschäfte als Einzelunternehmung weiter (act. 3/14).
2. Am 19. September 2017, die Parteien lebten damals nicht mehr zusammen, leitete der Beklagte beim Betreibungsamt Zürich 6 gegen den Kläger gestützt auf dessen Schuldanerkenntnis Betreibung über den Betrag von CHF 49'931.45 zuzüglich 4% Zins seit 28. Dezember 2004 ein (act. 3/3). Mit Urteil vom 26. Januar 2018 wurde dem Beklagten offenbar Rechtsöffnung erteilt (act. 1 Rz 25).
3. Am 5. Februar 2018 erklärte der Kläger die Verrechnung dieser Forderung mit einer ihm gegen den Beklagten angeblich zustehenden Gegenforderung von rund CHF 131'400.– (act. 3/11) und reichte am 11. Mai 2018 beim Einzelgericht für SchKG-Klagen am Bezirksgericht Zürich Klage auf negative Feststellung der in Betreibung gesetzten Forderung im Sinne von Art. 85a SchKG ein. Gleichzeitig verlangte er als (superprovisorische) Massnahme die sofortige Einstellung der Betreibung für die Dauer des Verfahrens (act. 1).

4. Die Vorinstanz führte ihr Verfahren schriftlich durch, wobei zur Vermeidung von Wiederholungen auf die ausführliche Schilderung des Prozessverlaufs im angefochtenen Entscheid verwiesen werden kann (act. 115 S. 2-4). Hervorzuheben ist, dass das Einzelgericht das Begehren des Klägers um superprovisorische Massnahme abwies, hingegen die vorsorgliche Massnahme bewilligte und die Betreuung vorläufig einstellte (act. 4 und 31). Mit Urteil vom 6. Dezember 2019 hiess die Vorinstanz die Klage gut, stellte fest, dass die in Betreuung gesetzte Forderung nicht besteht und hob die Betreuung auf (Dispositiv-Ziffer 1 von act. 101 = act. 114/2 = act. 115, nachfolgend zitiert als act. 115). Zusammenfassend ging die Vorinstanz davon aus, dass die Forderung des Beklagten über CHF 49'931.45 zuzüglich Zins zwar bestanden habe, jedoch durch Verrechnung mit der Forderung des Klägers gegenüber dem Beklagten aus von diesem unrechtmässig getätigten Entnahmen aus dem Konto der Einzelunternehmung im Betrag von CHF 93'576.95 untergegangen sei.

5. Gegen das Urteil des Einzelgerichts erhob der Beklagte am 27. Januar 2020 Berufung mit den eingangs aufgeführten Rechtsbegehren (act. 112 und 114/1-12). Zudem ersuchte er um unentgeltliche Rechtspflege, welche ihm mit Beschluss vom 5. März 2020 bewilligt wurde (act. 117). Am 15. April 2020 erstattete der Kläger fristgerecht die Berufungsantwort, worin auch er um unentgeltliche Rechtspflege ersuchte (act. 122). Daraufhin machte der Beklagte mit Eingabe vom 3. Juli 2020 (Poststempel vom 5. Juli 2020) von seinem Replikrecht Gebrauch (act. 130). Da die Berufung abzuweisen ist, kann auf die Einholung einer Stellungnahme des Klägers dazu verzichtet werden. Die Eingabe vom 3. Juli 2020 ist ihm lediglich mit dem Berufungsentscheid zuzusenden.

6. Der gesetzlich vorgesehene Schriftenwechsel ist abgeschlossen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die vom Beklagten beantragte Durchführung einer Berufungsverhandlung ist unter diesen Umständen zu verzichten.

II.

Zur Berufung

1. In verfahrensrechtlicher Hinsicht gelten folgende Grundsätze: Mit der Berufung können sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO); zu Letzterer zählt auch die unrichtige Anwendung des pflichtgemässen Ermessens. Die Berufung erhebende Partei trifft eine Begründungslast. Sie hat substantiiert vorzutragen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid unrichtig ist und wie er geändert werden muss. Es ist an der Berufung erhebenden Partei, anhand der erstinstanzlich festgestellten Tatsachen oder der daraus gezogenen rechtlichen Schlüsse aufzuzeigen, inwiefern sich die Überlegungen des erstinstanzlichen Gerichts nicht aufrecht erhalten lassen (Urteil 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3 und 5A_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3). Blosser Verweis auf die Vorakten oder Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine hinreichende Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (BSK ZPO-KARL SPÜHLER, 3. Auflage, Art. 312 N 15; ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. A. 2016, Art. 311 N 36 f.; BGE 138 III 374 ff. E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4).

Die Berufungsinstanz kann sämtliche hinreichend substantiierten Mängel in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei und uneingeschränkt prüfen (freie bzw. volle Kognition; vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80, BGE 138 III 374 ff. E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4). Die Berufungsinstanz hat den Entscheid einer unabhängigen neuen Beurteilung zu unterziehen und ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheids gebunden, sondern wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO; vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Die volle Kognition der Berufungsinstanz bedeutet allerdings nicht, dass diese alle sich stellenden Fragen zu untersuchen hat, wenn die Berufung erhebende Partei diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt. Vielmehr hat sich die Berufungsinstanz – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken

(vgl. BGE 142 III 413 ff. E. 2.2.4; BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018 E. 4.1.4; 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3).

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diejenige Partei, welche vor der Berufungsinstanz das Novenrecht beanspruchen will, hat die Novenqualität jedes ihrer Vorbringen darzutun und zu beweisen. Im Falle unechter Noven hat sie die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz vorbringen konnte (vgl. BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; OGer ZH LB170050 vom 22. September 2017, E. II./3; LB170028 vom 30. November 2017, E. II./1.2).

2. Die Berufung erfolgte innert 30-tägiger Frist. Sie enthält klare Anträge sowie eine Begründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die für die Berufung erforderliche Streitwertgrenze ist erreicht (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Dem Eintreten steht demzufolge nichts entgegen.

3.1. Der Kläger machte vor Vorinstanz eine Gegenforderung von insgesamt CHF 131'409.15 geltend, wobei CHF 33'885.60 aus Regress für bezahlte Mietzinsausstände, CHF 3'946.60 aus Regress für bezahlte gemeinsame Anwaltskosten und CHF 93'576.95 aus unbefugt getätigten Entnahmen des Beklagten aus dem Geschäftskonto der Einzelunternehmung des Klägers geschuldet seien (act. 67 Rz 15 ff.). Zu seiner Gegenforderung hinsichtlich des Teilbetrags von CHF 93'576.95 führte er aus, der Beklagte hätte nach seinem Ausscheiden aus der Kollektivgesellschaft für die Einzelunternehmung des Klägers auf Mandatsbasis weiterhin kaufmännische und administrative Tätigkeiten erbringen und insbesondere die Buchhaltung und Steuererklärung für die Jahre 2015 und 2016 erstellen sollen. Der Beklagte habe seine vertraglichen Pflichten aber nicht oder nur schlecht erbracht und dem Kläger keine Buchhaltungen und Steuerklärungen abgegeben. Trotzdem habe der Beklagte vom Firmenkonto der Einzelunternehmung bei der Crédit Suisse ab April 2015 bis Sommer 2017 als Entschädigung für seine Dienstleistungen insgesamt CHF 93'576.95 bezogen. Diese Bezüge seien widerrechtlich getätigt worden, zumal der Beklagte einen Honoraranspruch auch nicht

nachvollziehbar dargelegt habe. Ein Gesellschaftsverhältnis des Beklagten zur Einzelunternehmung habe nie bestanden. Die Bezüge habe der Beklagte ausschliesslich zur Deckung seiner privaten Lebenshaltungskosten verwendet (act. 1 und 67 v.a. Rz 47 ff.).

3.2. Der Beklagte bestritt die Verrechnungsforderung vor Vorinstanz und stellte sich auf den Standpunkt, er sei einzig aus der Kollektivgesellschaft ausgetreten, weil die Parteien damals befürchtet hätten, sein Gesellschaftsanteil könnte in seinem damaligen Konkurs gepfändet werden, was die Gesellschaft belastet hätte. Es sei den Parteien klar gewesen, dass es nach der Auflösung der Kollektivgesellschaft gleich weiterlaufe wie vorher, nämlich, dass sich der Beklagte um die administrativen und steuerrechtlichen Belange der nun als Einzelfirma geführten Unternehmung kümmere und beide Parteien 50:50 am Geschäftsergebnis beteiligt seien. Bereits vorher hätten die Parteien ihre privaten Kosten jeweils laufend dem Unternehmenskonto belastet und als Privatentnahmen vermerkt. Sie hätten beide keinen festen Lohn von der Kollektivgesellschaft bezogen. Nach deren Auflösung sei der Beklagte als stiller Gesellschafter hälftig am Geschäftsergebnis der Einzelunternehmung beteiligt gewesen und habe überdies als deren Beauftragter administrative und steuerrechtliche Leistungen erbracht (act. 38 und 81).

4. Die Vorinstanz erwog zusammenfassend, es sei unbestritten, dass der Beklagte vom Konto der Einzelunternehmung zwischen April 2015 bis Ende Mai 2017 insgesamt CHF 93'576.96 durch Bar- oder Kartenbezüge entnommen habe. Es sei für die interessierende Zeitspanne von einem auftragsrechtlichen Verhältnis der Parteien auszugehen, aufgrund dessen der Beklagte administrative und steuerrechtliche Belange für die Einzelunternehmung hätte erledigen müssen. Diese Tätigkeit sei üblicherweise zu vergüten. Es gelinge dem Beklagten aber weder eine ausdrückliche Honorarvereinbarung oder eine Vereinbarung über die Beteiligung als stiller Gesellschafter noch die von ihm auf Mandatsbasis geleisteten Aufwände für die Einzelunternehmung in zeitlicher und sachlicher Hinsicht zu substantiieren. Aufgrund der mangelnden Substantiierung sei es nicht möglich, das dem Beklagten zustehende Honorar aus Auftrag zu berechnen. Demzufolge sei nicht dargetan, dass er berechtigt gewesen sei, Bezüge und Belastungen des

Kontos in besagter Höhe zu tätigen, und es sei unter diesen Umständen davon auszugehen, dass die Bezüge nicht gerechtfertigt gewesen seien. Da die Bezüge die in Betreuung gesetzte Forderung bereits betragsmässig übersteigen, hiess die Vorinstanz die negative Feststellungsklage gut, ohne die weiteren Positionen der Verrechnungsforderung zu beurteilen (act. 115).

5.1. In seiner Berufung rügt der Beklagte, die Vorinstanz habe falsche Schlussfolgerungen aus richtig festgestellten Tatsachen getroffen und Beweismittel, namentlich eingereichte Belege, willkürlich gewürdigt. So halte die Vorinstanz korrekt fest, dass die in Betreuung gesetzte Forderung bestehe und die eingereichten Unterlagen bestätigten, dass der Beklagte regelmässig buchhalterisch und kaufmännisch für die Einzelfirma des Klägers tätig gewesen sei. Weiter stelle die Vorinstanz richtig fest, es sei dem Kläger bewusst gewesen, dass der Beklagte Geldbeträge direkt vom Firmenkonto beziehe bzw. private Rechnungen diesem belaste, und dass der Kläger dagegen nicht opponiert habe, so dass die Bezüge nicht als unbefugt getätigt zu betrachten seien. Die Vorinstanz stelle weiter zu Recht fest, dass dem Beklagten ein Honorar für seine Tätigkeit für die Einzelunternehmung zustehe, weil er diese gewerbsmässig ausgeübt habe. Umso überraschender und nicht nachvollziehbar sei es, dass die Vorinstanz aus all diesen Tatsachen den Schluss gezogen habe, die Bezüge seien ungerechtfertigt und die Verrechnungsforderung des Klägers bestehe im Umfang der Bezüge zu Recht. Diese Schlussfolgerung sei aufgrund der Tatsachenfeststellung unhaltbar und willkürlich. Es sei zudem aktenwidrig, wenn die Vorinstanz erwäge, der Beklagte habe es unterlassen, seinen für die Einzelunternehmung geleisteten Aufwand im Umfang seiner Bezüge von rund CHF 93'576.95 substantiiert zu behaupten. Er habe seine Honorarforderung, die aufgewendete Zeit sowie den ihm zustehenden Auslagenersatz hinreichend detailliert behauptet und zahlreiche Belege dazu eingereicht. Die Höhe seines Anspruchs ergebe sich zunächst aus seinen Bar- und Maestrobezügen vom Firmenkonto abzüglich der Kartenzahlungen für Benzin. Die Angemessenheit seiner Bezüge zeige sich auch aufgrund des Vergleichs derselben mit dem durchschnittlichen Einkommen eines kaufmännischen Angestellten, wobei seine Bezüge nur 40% des Durchschnittslohnes entsprächen. Die Honorarabrede ergebe sich ebenso aus der eingereichten Parteikorrespondenz. Sämt-

liche Auslagen, die er mit Bezügen vom Konto der Einzelunternehmung gedeckt habe, seien im Rahmen der korrekten Auftragserfüllung entstanden. Schliesslich habe die Vorinstanz die rechtskonform offerierten Parteibefragungen nicht durchgeführt und damit eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen (act. 112).

In seiner Replik wiederholte der Beklagte weitgehend seinen bereits im vorinstanzlichen Verfahren vertretenen Standpunkt, die Verrechnungsforderung bestehe nicht (act. 130).

5.2. Der Kläger erachtete in seiner Berufungsantwort die Erwägungen der Vorinstanz demgegenüber als schlüssig und zutreffend. Im Weiteren hielt er an seinen Behauptungen vor Vorinstanz fest, wonach ihm eine Verrechnungsforderung von insgesamt CHF 131'409.15 zustehe. Der Beklagte habe nie einen Aufwand für die Einzelunternehmung betrieben, der das bezogene Honorar von durchschnittlich CHF 1'676.86 pro Monat rechtfertige. Der Beklagte habe nur wenige Stunden pro Jahr für die kleine Einzelunternehmung aufgewendet (act. 122).

6. Es ist im Berufungsverfahren unstrittig, dass die Hauptforderung des Beklagten in der Höhe des Schuldanerkenntnisses des Klägers über umgerechnet CHF 49'931.45 samt Zins zu 4% seit 28. Dezember 2004 bestand. Fest steht weiter, dass der Beklagte nach seinem Ausscheiden aus der Kollektivgesellschaft insgesamt CHF 93'576.95, davon CHF 43'598.43 als Honorar und CHF 49'978.52 als Auslagenersatz, vom Konto der Einzelunternehmung bezog (act. 115 S. 4 f.). Beide Parteien stimmen überdies darin überein, dass nach der Auflösung der Kollektivgesellschaft zumindest ein auftragsrechtliches Verhältnis untereinander bestand, aufgrund dessen der Beklagte zu administrativen und steuerrechtlichen Verrichtungen für die Einzelunternehmung verpflichtet gewesen war. Davon ging auch die Vorinstanz aus (act. 115 S. 17).

Gegenstand des Berufungsverfahrens bilden damit die Fragen, ob der Beklagte die wesentlichen Elemente seines Anspruchs im Umfang der bezogenen Gelder substantiiert hat und, bei Bejahung der ersten Frage, ob es die Vorinstanz in der Folge fehlerhaft unterlassen hat, rechtmässig angebotene Beweise zum

Bestand und der Höhe des Anspruchs zu erheben. Nicht zu prüfen ist im Berufungsverfahren, ob der Beklagte seine auftragsrechtlichen oder gesellschaftsrechtlichen Pflichten korrekt erfüllt hat. Ebenso wenig ist zu beurteilen, ob und in welchem Umfang der Kläger von den Bezügen des Beklagten Kenntnis hatte und ob er diese genehmigte. In diesem Zusammenhang bleibt allerdings zu erwähnen, dass der Beklagte eine allfällige Genehmigung seiner privaten Bezüge durch den Kläger nicht hinreichend konkretisiert hat und sich eine solche, soweit nachvollziehbar, nur auf wenige Tausend Franken beziehen dürfte (act. 38 Rz 36 und 37). Zudem besteht Einigkeit, dass der Beklagte die Buchhaltungen und Steuererklärungen dem Kläger nicht herausgab, weshalb anzunehmen ist, dass letzterem eine detaillierte Übersicht der privaten Bezüge des Beklagten gefehlt hat, zumal der Beklagte private und geschäftliche Kosten gleichermassen dem Konto belastete. Daran vermag auch die wiederholt vorgebrachte Behauptung des Beklagten, der Kläger habe die Rechnungsunterlagen gar nicht herausverlangt (letztmals act. 130 N 20), nichts zu ändern. Der Beklagte hat im Übrigen ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers im Sinne eines widersprüchlichen Verhaltens, wonach der Kläger die privaten Bezüge des Beklagten zunächst genehmigt habe und nun ohne ersichtlichen Grund bestreite, vor Vorinstanz nicht substantiiert. Angesichts der Höhe der Bezüge von über CHF 90'000 fiele eine Verrechnung mit der erheblich geringeren Forderung aus Schuldanerkenntnis schliesslich erst dann ausser Betracht, wenn der Beklagte berechnete Ansprüche von über CHF 44'000.– darlegen könnte.

7.1 Angesichts der unbestrittenen Verminderung des Kontos der Einzelunternehmung im Umfang von CHF 93'576.95 durch Privatbezüge des Beklagten ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Substantiierungs- und Beweislast für die Berechtigung seiner Bezüge gestützt auf Art. 55 ZPO und Art. 8 ZGB dem Beklagten zuwies. Die Verteilung der Beweislast hat der Beklagte denn auch nicht gerügt. Damit hat er zur Erfüllung seiner prozessualen Lasten zunächst nachvollziehbar zu behaupten, dass die Parteien im Rahmen eines Auftrags eine Honorarvereinbarung getroffen oder eine hälftige gesellschaftliche Beteiligung des Beklagten am Geschäftsergebnis der Einzelunternehmung vereinbart haben, welche die Höhe seiner Bezüge rechtfertigen. Gelingt ihm dies nicht, hat er, wie die Vo-

rinstanz zu Recht ausführte (act. 115 S. 16), das ihm aufgrund des Auftrags gemäss Art. 394 Abs. 3 OR zustehende, üblicherweise geschuldete Honorars zu behaupten, zumal, wie nachfolgend gezeigt, zumindest Einigkeit über ein konkludent zustande gekommenes Auftragsverhältnis besteht. In diesem Zusammenhang hat er seine auftragsrechtlichen Pflichten sowie den zeitlichen Aufwand für die von ihm erbrachten vertragskonformen Arbeiten zu substantiieren. Schliesslich hat er seine geschäftsbedingten Auslagen im Umfang von knapp CHF 50'000.– zu spezifizieren und darzulegen, wie sie sich im Einzelnen zusammensetzen und im Zusammenhang mit welcher vertraglicher Verrichtung sie entstanden sind. Nur wenn und soweit dem Beklagten die Substantiierung und der Beweis dieser Sachverhaltskomponenten gelingt, hätte er die Berechtigung für seine Bezüge in entsprechender Höhe rechtsgenügend dargetan und wäre die negative Feststellungsklage in bewiesener Höhe abzuweisen. Daraus resultiert, dass die Schlussfolgerung der Vorinstanz, mit welcher sie den konkret geltend gemachten Honorar- und Auslagenersatzanspruch des Beklagten verneinte, obwohl sie einen Vergütungsanspruch und das Erbringen von administrativen Tätigkeiten für die Einzelunternehmung im Grundsatz bejahte, nicht willkürlich sein muss.

7.2. Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 127 III 365 ff. E. 2b; BGer-Urteile 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2 und 4A_57/2014 vom 8. Mai 2014 E. 1.3.3). Der Behauptungslast ist Genüge getan, wenn eine Partei diejenigen Tatsachen widerspruchsfrei und vollständig angibt, auf die sie ihr Begehren stützt, so dass der Tatsachenvortrag bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt (BGE 136 III 322 ff. E. 3.4.2; BGer-Urteile 4A_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 2.1 und 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; BSK ZPO-SUTTER-SOMM THOMAS/SCHRANK CLAUDE, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 55 N 21). *Kommt eine Partei ihrer Behauptungslast nicht nach, bleiben die betreffenden Tatsachen im Prozess unberücksichtigt.* Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. In diesem Fall sind die Vorbringen in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass substantiiertes Be-

streiten möglich ist bzw. dagegen der Gegenbeweis angetreten und darüber Beweis abgenommen werden könnte (BGer-Urteil 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; BGE 136 III 322 ff. E. 3.4.2; BGE 127 III 365 ff. E. 2b).

Auch die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO gehört zu den behaupteten Tatsachen. Dabei ist ein Beweismittel nur dann formgerecht angeboten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt (Prinzip der Beweisverbindung; BSK ZPO-LEUENBERGER CHRISTOPH, Art. 221 N 5; BGer. 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4, BGE 144 III 519 E. 5.2.1.2).

Die Parteien haben ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich in den Rechtsschriften selber nachzukommen (BGer-Urteile 4A_209/2019 vom 8. Oktober 2019 E. 7.2.2.1 und 9.2 sowie 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5; BSK ZPO-WILLISEGGER DANIEL, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 221 N 27). Das bedeutet nicht, dass es nicht ausnahmsweise zulässig sein kann, seine Substantiierungsobligationen durch Verweisung auf eine Beilage zu erfüllen. Dies kann sich insbesondere in Fällen aufdrängen, in welchen sich eine Forderung aus hunderten in Einzelbelegen enthaltenen Beträgen zusammensetzt. Vorausgesetzt ist dann aber, dass die Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen in einer Rechtsschrift behauptet werden und nur für die Einzelheiten auf eine Beilage verwiesen wird (BGE 136 III 322 E. 3.4.2; BGer-Urteile 4A_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1 und 4A_398/2018 vom 25. Februar 2019 E. 10.4.1). Entscheidend ist, ob die Gegenpartei und das Gericht damit die notwendigen Informationen in einer Art erhalten, die eine Übernahme in die Rechtsschrift als blossen Leerlauf erscheinen lässt. Es ist nicht am Gericht und der Gegenpartei, die Sachdarstellung in den Beilagen zusammenzusuchen. Die Verweisung in der Rechtsschrift muss zudem ein bestimmtes Aktenstück nennen und es muss klar werden, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen. Ein problemloser Zugriff ist gewährleistet, wenn eine Beilage selbsterklärend ist und genau die in der Rechtsschrift bezeichneten Informationen enthält. Es darf kein Interpretationsspielraum bestehen (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.2; BGer.

4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.1 und 2.2.2 und BGer-Urteil 4A_281/2017 vom 22. Januar 2017).

8.1.1 Der Beklagte bringt vor, er habe die Honorarvereinbarung entgegen der Annahme der Vorinstanz hinreichend substantiiert. Er habe dazu unter Randziffer 32 der Klageantwort und Randziffern 24 und 34 der Duplik spezifische Ausführungen gemacht und entgegen der Vorinstanz taugliche Beweise offeriert. Die Honorarabrede ergebe sich im Übrigen aus der eingereichten Parteikorrespondenz (act. 112 Rz 21 f.).

8.1.2 Die Vorinstanz erwog, dass es an substantiierten Behauptungen des Beklagten zu einem Vertragsabschluss über eine hälftige gesellschaftliche Beteiligung des Beklagten als stiller Gesellschafter oder einer *ausdrücklichen* Honorarvereinbarung fehle (act. 115 Erw. IV.4.2. und 5.3.). Es sei aber davon auszugehen, dass die bereits zuvor bestehende Usanz, dass der Beklagte private und geschäftliche Kosten dem Firmenkonto belasten durfte, auch unter der Einzelunternehmung praktiziert worden sei, zumal der Kläger von den Buchungen und Bezügen des Beklagten im Grundsatz gewusst und dagegen nicht opponiert habe. Generell könne dem Beklagten deshalb nicht angelastet werden, dass er Bar- oder Maestrobezüge vom Firmenkonto getätigt und ihn betreffende Rechnungen über das Konto bezahlt habe. Dies sage jedoch noch nichts über die Höhe des dem Beklagten zustehenden Honorars aus, weil der Kläger vorbringe, der Beklagte habe den Vertrag nicht korrekt erfüllt und ihm die Buchhaltungen und Steuererklärungen nicht übergeben (act. 115 S. 17 ff.).

8.1.3 Die Vorinstanz geht damit zunächst nur davon aus, der Beklagte habe eine *ausdrückliche* Honorarvereinbarung sowie die Vereinbarung über seine hälftige Beteiligung am Geschäftsergebnis der Einzelunternehmung nicht substantiiert. Sie bejahte aber eine konkludente Einigung der Parteien, welche den Beklagten gestützt auf Auftragsrecht grundsätzlich zu privaten Bezügen berechnete (act. 115 S. 17 f.), und qualifizierte seine Privatbezüge insbesondere nicht als unerlaubte Handlungen im Sinne von Art. 41 OR. Inwiefern diese Ausführungen der Vorinstanz falsch sein sollen, führt der Beklagte in seiner Berufung nicht näher aus. Auch er stützte seine Bezüge im Übrigen vor Vorinstanz stets auf eine (auftrags-

oder gesellschaftsrechtliche) konkludente (und nicht ausdrückliche) Vereinbarung, wonach er ab April 2015 zu gleichen Bezügen wie unter der Kollektivgesellschaft berechtigt gewesen sei. Wie diese konkludente Abmachung im Einzelnen und insbesondere in Bezug auf die Höhe seines Anspruchs ausgesehen haben soll, hat er vor Vorinstanz aber nicht ausgeführt. Auch die von ihm in der Berufung genannten Stellen in der Klageantwort und der Duplik enthalten keine Angaben zur Höhe des konkludent vereinbarten Honorars oder zur Höhe seiner hälftigen Beteiligung am Geschäftsergebnis der Einzelunternehmung. Vielmehr wiederholt der Beklagte dort pauschal, die bereits unter der Kollektivgesellschaft geltende Abrede, das Honorar laufend vom Konto zu beziehen, habe konkludent auch ab April 2015 gegolten. Der Beklagte hat es im vorinstanzlichen Verfahren insbesondere unterlassen, anhand seiner Privatbezüge bis April 2015 aufzuzeigen, dass sich die Belastungen ab April 2015 in etwa im gleichen Rahmen wie zuvor verhielten und die Bezüge jeweils der Hälfte des Geschäftsergebnisses entsprachen. Es fehlen zudem Behauptungen zu den Geschäftsergebnissen der Einzelunternehmung in den Jahren 2015 bis 2017, so dass selbst bei Annahme einer gesellschaftlichen Verflechtung nicht überprüft werden könnte, ob die Bezüge mit dem dem Beklagten zustehenden Anteil übereinstimmten. Es bleibt damit im Dunkeln, in welchem Umfang und nach welchen Kriterien der Beklagte bis April 2015 befugt war und danach befugt gewesen sein soll, private Kosten über das Firmenkonto zu decken. Dass die Parteien konkludent vereinbart hätten, der Beklagte könne nach Gutdünken und je nach Bedarf private Bezüge frei tätigen, behauptet der Beklagte nicht.

Bei der vom Beklagten als Beweis offerierten Beilage 7 (act. 38 Rz. 32) handelt es sich um eine Sammelbeilage, bestehend aus 52 Anlagen, welche teilweise wiederum Sammelanlagen darstellen (act. 40/7/1-52). Insbesondere sind die erwähnten Anlagen 33 und 44 von Beilage 7 Sammelbelege. Anlage 33 setzt sich aus zahlreichen Kontoblättern für die Jahre 2013 und 2014 zusammen. Jedes Kontoblatt enthält eine Vielzahl von Positionen. Anlage 44 umfasst verschiedene E-Mails der Parteien. Erläuterungen oder konkrete Bezugnahmen auf diese Belege fehlen in der Klageantwort und der Duplik. Welche einzelnen Belege oder welche Teile eines Belegs die Verweisungen betreffen, bleibt damit unklar. Die Beila-

gen sind folglich nicht selbsterklärend, und es nicht erkennbar, was der Beklagte daraus genau ableiten möchte. Schliesslich offerierte der Beklagte die Anlagen in Beilage 7 lediglich als Beweis. Eine Beweisofferte stellt keine Verweisung dar, mit welcher der Inhalt der Beilage oder Teile davon zum integrierenden Bestandteil der Rechtsschrift erklärt werden. Genau betrachtet fehlt es deshalb bereits an einer gültigen Verweisung.

Mit der Vorinstanz ist deshalb festzuhalten, dass der Beklagte das Zustandekommen einer Abrede über eine hälftige Beteiligung am Geschäftsergebnis der Einzelunternehmung oder eine konkludente auftragsrechtliche Honorarvereinbarung, aus welchen sich die Höhe seines Vergütungsanspruchs ergibt, nicht rechtsgenügend substantiiert hat. Die mangelnde Substantiierung zeigt sich im Übrigen bereits darin, dass der Beklagte seine angeblichen Ansprüche als stiller Gesellschafter und diejenigen aus Auftragsrecht vermengt und nicht abgrenzt, welche Bezüge er auf welcher rechtlichen Grundlage bzw. in welcher Funktion tätigte. Klar dürfte sein, dass er seine allfälligen Dienstleistungen nur entweder im Rahmen seiner Funktion als stiller Gesellschafter oder als Beauftragter der Einzelunternehmung erbracht hat und ihm deshalb ein alternativer Anspruch aus Auftrag oder aus Gesellschaftsrecht zustehen könnte. Nachdem der Kläger stets eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung des Beklagten verneint hat und dieser hinreichend konkrete Behauptungen, die auf den konkludenten Abschluss einer solchen Abrede und insbesondere den gemeinsamen animus societatis (Wille zur Gesellschaft) hindeuteten, unterlassen hat, kommt zur Rechtfertigung der Bezüge nach dem Gesagten nur ein Anspruch des Beklagten aus Auftragsrecht in Frage.

Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, in Ermangelung einer Honorarabrede sowie einer Vereinbarung über die hälftige Beteiligung am Geschäftsergebnis sei der Anspruch des Beklagten gestützt auf Art. 394 Abs. 3 OR nach Aufwand festzusetzen, ist unter diesen Umständen nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz prüfte deshalb zu Recht, ob der Beklagte die Grundlagen zur Feststellung seines Aufwands für die Einzelunternehmung hinreichend substantiiert hat.

8.2.1 Der Beklagte wirft der Vorinstanz in diesem Zusammenhang vor, sie habe zu Unrecht angenommen, er habe die Höhe des ihm üblicherweise zustehenden

Honorars nicht substantiiert. Die Höhe ergebe sich aus seinen Bar- und Mastrobezügen vom Firmenkonto abzüglich der Kartenzahlungen für Benzin. Er habe sein monatliches Honorar unter Randziffer 44 der Klageantwort substantiiert (vgl. act. 112 S. 19). Auch habe er die aufgewendete Zeit für seine Bemühungen für die Einzelfirma in Randziffer 26 der Klageantwort detailliert aufgeführt (act. 112 Rz. 23). Er habe die Buchhaltungen und Steuererklärungen für die Jahre 2015 und 2016 korrekt erstellt und dem Kläger die Aushändigung anboten (act. 112 Rz 20).

8.2.2 Die Vorinstanz führte im Wesentlichen aus, es würden jegliche Angaben zum zeitlichen Aufwand des Beklagten fehlen, weshalb gar kein übliches bzw. angemessenes Honorar nach Aufwand festgesetzt werden könne (act. 115 S. 22 f.).

8.2.3 In der Berufung geht der Beklagte auf die diesbezügliche Argumentation der Vorinstanz nicht näher ein und erklärt nicht, weshalb die Annahme falsch sein soll und welche Zeitangaben für welche einzelnen Verrichtungen er vor Vorinstanz substantiiert hat. In seinen Rechtsschriften im vorinstanzlichen Verfahren fehlen denn auch jegliche Zeitangaben zu konkreten Tätigkeiten. Auch wenn der Beklagte thematisch gewisse Tätigkeitsbereiche in der Klageantwort aufzählte, lässt sich daraus nicht ersehen, welche Einzelhandlungen damit verbunden waren und welchen Zeitaufwand er dafür benötigte. Es wäre ihm aber zumutbar gewesen, eine Tabelle mit Angabe des Datums, einer Beschreibung der verrichteten Tätigkeit sowie des benötigten Zeitaufwands (einschliesslich allfälliger Barauslagen) für die Einzelunternehmung zu führen und in seine Rechtsschriften einzubauen. Die Angaben der Parteien zum benötigten Aufwand für die dem Beklagten in Auftrag gegebenen administrativen und buchhalterischen Arbeiten variieren zudem erheblich. Der Kläger hält einen Zeitaufwand von bis zu 20 Stunden à CHF 120.00 für Buchhaltung und Erstellen der Steuererklärung pro Jahr als angemessen (act. 67 Rz 55 und 77), während der Beklagte von einem monatlichen Honorar von CHF 1'676.86 ausgeht (act. 38 Rz 20). Angesichts der Bestreitungen des Klägers wäre es umso mehr Last des Beklagten gewesen, seine Aufwände im Einzelnen zu substantiiieren. Auch die vom Beklagten erwähnten Stellen in der

Klageantwort enthalten keine detaillierten, nachvollziehbaren Vorbringen. Randziffer 44 der Klageantwort betrifft eine angebliche Entschädigungsforderung des Beklagten gegen den Kläger im Umfang von sechs Monatslöhnen bzw. CHF 10'061.15, weil der Kläger ihm unberechtigt die Vollmacht zum Konto der Einzelunternehmung entzogen habe. Eine Konkretisierung der aufgewendeten Zeit für bestimmte geschäftliche Verrichtungen lässt sich daraus nicht erkennen. In der Klageantwort Randziffern 26 f. zählt der Beklagte zahlreiche E-Mails auf, wobei er stichwortartig die Thematik der Mails nennt. Auch anhand dieser pauschalisierten Angaben lässt sich nicht abschätzen, welche konkreten Arbeiten er mit welchem zeitlichen Aufwand verrichtet hat. Bei der unter Randziffer 26 als Beweis offerierten Beilage 7 handelt es sich, wie bereits erwähnt, um eine Sammelbeilage. Die konkret offerierten Anlagen 40, 41 und 47 der Beilage 7 enthalten jede wiederum mehrere Einzelbelege. Daraus sind die angeblich verrichteten Arbeiten inhaltlich sowie der dafür aufgewendete Zeitaufwand nicht ersichtlich. Die Beilagen sind deshalb wiederum nicht selbsterklärend. Es ist nicht Sache der Gegenpartei oder des Gerichts, die wesentlichen Elemente für die Bemessung des Vergütungsanspruchs des Beklagten aus diversen Belegen zusammenzusuchen. Zudem gilt auch hier, dass die Beweisofferte an sich keine rechtsgenügende Verweisung darstellt, mit welcher der Inhalt der Belege oder Teile davon zum integrierenden Bestandteil der Rechtsschrift erklärt werden. Weder die Ausführungen in der Klageantwort noch die Beilagen vermögen deshalb die vertragskonforme Verrichtung der aufgetragenen Arbeiten und den dafür benötigten zeitlichen Aufwand zu substantiieren.

Auch diese Rüge des Beklagten ist somit nicht gerechtfertigt.

8.3.1 Im Weiteren wendet der Beklagte ein, die Vorinstanz habe zu Unrecht einen Anspruch auf Auslagenersatz im Sinne von Art. 402 Abs. 1 OR verneint. Sämtliche aufgeführten Kosten für Mobiltelefon, Fahrzeugleasing und -reparaturen, Treibstoff, Strom- und Heizungsaufwand seien im Rahmen der Auftragserfüllung entstanden (act. 112 Rz 24).

8.3.2 Die Vorinstanz hat sich ausführlich zum Auslagenersatz geäußert und die Auslageneigenschaft bei gewissen Positionen verneint. Im Wesentlichen kam

sie aber zum Schluss, dass mangels konkreter Behauptungen zu den auftragsbezogenen Kosten ein ziffernmässig feststellbarer Anspruch auf Auslagenersatz nicht zugesprochen werden könne (act. 115 S. 24 f.).

8.3.3 Der Beklagte hat in der Berufung nicht dargelegt, dass und an welcher Stelle er im vorinstanzlichen Verfahren die Höhe der einzelnen Auslagen beziffert sowie bestimmten für die Unternehmung erbrachten Verrichtungen zugeordnet und deren Angemessenheit begründet hat. Insbesondere fehlen in den als Beweis offerierten zahlreichen E-Mails schlüssige Angaben zum Grund und zur jeweiligen Höhe der angefallenen Auslagen, die im Sinne von Art. 402 Abs. 2 OR zu vergüten wären. Ebenso fehlt in seinen Rechtsschriften eine schlüssige, klare Auscheidung in privat und geschäftlich begründete Auslagen. Die Beurteilung der Vorinstanz, der Beklagte habe seinen Auslagenersatzanspruch nicht genügend behauptet, weshalb sich die Höhe des Anspruch nicht bestimmen lasse, ist deshalb ebenfalls zu bestätigen. Eine unrichtige Tatsachenfeststellung oder unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz ist in diesem Zusammenhang nicht erkennbar. Auch dieser Vorwurf ist somit unbegründet.

8.4 Dem Einwand des Beklagten, die Vorinstanz habe die rechtskonform angebotenen Parteibefragungen rechtswidrig nicht durchgeführt und damit eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen (act. 112 Rz 22), ist entgegenzuhalten, dass die Abnahme von Beweisen voraussetzt, dass die Tatsachen, über die Beweis abzunehmen ist, substantiiert vorgetragen worden sind. Unsubstantiierte Behauptungen gelten als nicht vorgebracht, weshalb darüber kein Beweis abzunehmen ist. Das Vorgehen der Vorinstanz, von den offerierten Parteibefragungen abzusehen und ohne Beweisverfahren einen Entscheid zu fällen, erweist sich angesichts der mangelhaften Substantiierung als richtig. Eine antizipierte Beweiswürdigung hat die Vorinstanz damit nicht vorgenommen und sie hat den Anspruch des Beklagten auf Beweisabnahme gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO nicht verletzt.

9. Bei diesem Ergebnis vermag der Beklagte schliesslich nicht aufzuzeigen, dass die Vorinstanz aus richtigen Tatsachenfeststellungen einen willkürlichen

Schluss gezogen hat. Der Beklagte dringt deshalb mit keiner Rüge durch, so dass die Berufung abzuweisen ist.

III.

Kosten und Entschädigung

Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege des Klägers

1. Die Prozesskosten sind ausgangsgemäss dem unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).
2. Der Beklagte hat das Urteil der Vorinstanz zwar umfassend angefochten (act. 122 S. 2), jedoch die vorinstanzliche Festsetzung der Gerichts- und Parteikosten im Berufungsverfahren nicht näher gerügt und erscheint angemessen. Die erstinstanzliche Festsetzung und Verteilung der Gerichtskosten sowie der Parteientschädigung (Dispositiv-Ziffern 2, 3 und 4) sind deshalb zu bestätigen.
3. Die Entscheidungsbüher für das Berufungsverfahren ist bei einem Streitwert von CHF 49'931.45 gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG auf CHF 3'500.– festzusetzen. Die Kosten sind jedoch zufolge bewilligter unentgeltlicher Rechtspflege unter Vorbehalt der Nachzahlung gemäss Art. 123 ZPO auf die Gerichtskasse zu nehmen. Der Beklagte ist zudem zu verpflichten, dem Kläger gemäss §§ 2, 4 und 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV eine Parteientschädigung von CHF 3'500.– zu entrichten. Darin ist die MwSt inbegriffen.
- 4.1 Der Kläger beantragt, es sei ihm für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihm in der Person seines Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (vgl. act. 122 S. 2).
- 4.2 Trotz Obsiegens und Zusprechung einer Parteientschädigung hat der Kläger in Anbetracht der Regelung in Art. 122 Abs. 2 ZPO ein schutzwürdiges Interesse an der Behandlung seines Gesuchs um unentgeltliche Rechtsbeistand. Sein Begehren um unentgeltliche Prozessführung ist demgegenüber aufgrund der

Kostenverteilung mangels Rechtsschutzinteresse als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

4.3 Eine Person hat Anspruch auf die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um den Prozess zu finanzieren, ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO) und eine Rechtsverteidigung zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, was insbesondere dann der Fall ist, wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Für die Beurteilung der Voraussetzungen sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege massgeblich (BGE 133 III 614 E. 5 = Pra 2008 Nr. 50; BGE 129 I 129 E. 2.3.1).

4.3 Der Kläger hat bereits im vorinstanzlichen Verfahren ein entsprechendes Gesuch gestellt. Die Vorinstanz hat sich in der Verfügung vom 13. August 2018 sorgfältig mit den Einkommens- und Vermögensverhältnissen sowie dem zu berücksichtigenden Bedarf des Klägers auseinandergesetzt und das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gutgeheissen (act. 31 S. 12 ff.). Der Kläger begründet sein neuerliches Gesuch im Wesentlichen damit, seine finanzielle Situation habe sich seither nicht verbessert, sondern eher verschlechtert, und reicht zahlreiche Belege zu seinem Einkommen, seinem Vermögen und zum Bedarf ein (act. 124/2 - 124/10/3). Der Kläger ist Grafikdesigner und erzielt bei einer 60%-Anstellung bei *F._____ Schweiz AG* aktuell ein monatliches Nettoeinkommen von CHF 4'037.– (act. 124/3). In den restlichen 40 % sei er als selbständiger Grafikdesigner tätig. Zurzeit seien seine Einnahmen wegen Corona bedingter Wirtschaftsbaisse jedoch fast vollständig weggebrochen. Er verfüge über kein Vermögen, sondern über Schulden von über CHF 30'000.– (act. 122 S.S. 21 ff.). Es bestehen aufgrund der Belege keine Anhaltspunkte zur Annahme, die Einkommens- und Vermögenssituation des Klägers habe sich seit der Beurteilung durch die Vorinstanz massgeblich verbessert. Die Mittellosigkeit des Klägers ist deshalb glaubhaft. Seine Rechtsbegehren sind zudem nicht aussichtslos und der Kläger ist zur Wahrung seiner Rechte auf die Hilfe einer Rechtsvertretung angewiesen, zumal die Gegenseite ebenfalls anwaltlich vertreten ist. Demzufolge ist das Gesuch um unentgeltli-

che Rechtsverteidigung gutzuheissen. Der Kläger ist allerdings darauf hinzuweisen, dass er im Sinne von Art. 122 Abs. 2 ZPO die Uneinbringlichkeit der ihm zugesprochenen Parteientschädigung bei der Gegenpartei nachzuweisen hat, bevor die unentgeltliche Rechtsbeiständin aus der Gerichtskasse zu entschädigen ist.

5. Schliesslich ist der Vollständigkeit halber zu ergänzen, dass dem Einwand des Klägers, er hätte zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege des Beklagten von der Kammer angehört werden müssen (act. 122 Rz 6), nicht zu folgen ist. Da der Kläger durch die Bewilligung des Gesuchs des Beklagten nicht beschwert ist, steht ihm kein unbedingter Anspruch auf rechtliches Gehör zu.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Klägers und Berufungsbeklagten um unentgeltliche Prozessführung wird als gegenstandslos abgeschrieben.
2. Das Gesuch des Klägers und Berufungsbeklagten um unentgeltliche Rechtsverteidigung wird gutgeheissen und Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ zu seiner Rechtsvertreterin ernannt.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichts für SchKG-Klagen am Bezirksgericht Zürich vom 6. Dezember 2019 wird vollumfänglich bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 3'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Beklagten und Berufungskläger auferlegt, jedoch zufolge bewilligter unentgeltlicher Rechtspflege unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO auf die Gerichtskasse genommen.

4. Der Beklagte und Berufungskläger wird verpflichtet, dem Kläger und Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von CHF 3'500.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger und Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 130, sowie an das Einzelgericht für SchKG-Klagen am Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 CHF 49'931.45.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

lic. iur. S. Kröger

versandt am: