

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PP160017-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

Beschluss und Urteil vom 19. Mai 2016

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch B. _____, Frau Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

C. _____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **negative Feststellungsklage (Art. 85a SchKG)**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 26. Februar 2016; Proz. FV150016

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Mit Vertrag vom 15. September 2014 beauftragte der Kläger die Beklagte mit der Regulierung seiner Schulden, welche die Parteien auf rund Fr. 10'000.– bezifferten. Dabei verpflichtete sich der Kläger, der Beklagten ab Ende September 2014 monatliche Raten von Fr. 600.– zur Schuldentilgung zu überweisen. Das Honorar setzten die Parteien auf 12 % der zu regulierenden Schuldsomme, mindestens aber Fr. 1'200.– fest, zuzüglich Fr. 300.– pro Gläubiger für die Weiterleitung der Zahlungen. Vorbehalten wurden dabei Kosten für diverse Einzelleistungen, welche zusätzlich zu vergüten seien. In den allgemeinen Vertragsbedingungen wurde weiter festgehalten, das vereinbarte Honorar gelte auch dann geschuldet, wenn das Mandat zufolge Zahlungsverzugs des Klägers vorzeitig niedergelegt werden müsse (act. 25/9). Gemäss übereinstimmenden Ausführungen der Parteien unterlag der Kläger im Zeitpunkt der Mandatsübernahme einer Lohnpfändung. Nachdem der Kläger die vertraglich vereinbarten Raten zur Schuldentilgung nicht bezahlte, legte die Beklagte am 22. Januar 2015 das Mandat nieder. Mit Zahlungsbefehl vom 23. Januar 2015 setzte sie – gestützt auf eine Schuldanerkennung vom 29. Dezember 2014 – die vorliegend strittige Forderung von Fr. 3'000.– nebst Zins zu 12 % seit 30. Dezember 2014 sowie Fr. 242.05 Umtriebsspesen in Betreuung (act. 3/9 = act. 8/4; Betreuungsnr. 1). Nachdem der Kläger es unterlassen hatte, Rechtsvorschlag zu erheben, wurde die Betreuung fortgesetzt und eine Einkommenspfändung vollzogen (act. 45/3).

1.2. Im Februar 2015 nahm die Beklagte das Mandat erneut auf, wobei die monatlich zu bezahlenden Raten auf Fr. 400.– reduziert wurden. Am 20. März 2015 legte sie das Mandat endgültig nieder und teilte dem Kläger mit, es sei wiederum eine Betreuung gegen ihn eingeleitet worden. Als Forderungsgrund wurde hierbei eine am 4. Februar 2015 unterzeichnete Schuldanerkennung über Fr. 3'450.– genannt (Betreibungsnr. 2). Gegen diese Betreuung erhob der Kläger Rechtsvorschlag. Das Rechtsöffnungsbegehren der Beklagten wurde mit Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 8. Mai 2015 abgewiesen (act. 5/1).

1.3. Am 13. Mai 2015 erhob der Kläger mit Bezug auf die erste Betreuung (Betreibungsnr. 1) bei der Vorinstanz eine negative Feststellungsklage im Sinne von Art. 85a SchKG. In der Sache verlangte er die Feststellung, dass die in Betreuung gesetzte Forderung von Fr. 3'242.05 nebst Zins nicht bestehe, sowie die Aufhebung der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Engstringen (act. 1). Er machte zusammengefasst geltend, der Vertrag habe einen unmöglichen Inhalt und sei dadurch nichtig. Eventualiter sei der Vertrag wegen Übervorteilung im Sinne von Art. 21 OR unverbindlich. Überdies habe die Beklagte ihre Sorgfalts- und Aufklärungspflicht verletzt, weshalb das Honorar auch aus diesem Grund nicht geschuldet sei. Ausserdem sei das Verhalten der Beklagten rechtsmissbräuchlich, was zur Nichtigkeit der Betreuung führe (vgl. act. 1). Mit Urteil vom 26. Februar 2016 wies die Vorinstanz die Klage ab (act. 30 = act. 43 = act. 45/4).

1.4. Mit Eingabe vom 29. März 2016 stellte der Kläger beim Obergericht des Kantons Zürich die Einreichung einer Beschwerde gegen diesen Entscheid in Aussicht und beantragte, die Betreuung sei im Sinne einer superprovisorischen Massnahme vorläufig einzustellen (act. 37). Mit Verfügung vom 1. April 2016 wurde das Betreibungsamt Engstringen angewiesen, mit der Verteilung in der Betreuung Nr. 1 einstweilen zuzuwarten und es wurde der Beklagten Frist angesetzt, um zur Eingabe des Klägers Stellung zu nehmen (act. 40). Am 4. April 2016 erhob der Kläger Beschwerde gegen das Urteil der Vorinstanz vom 26. Februar 2016 mit den folgenden Anträgen (act. 44 S. 2):

- " 1. Die Verfügung und das Urteil vom 26. Februar 2016 des Bezirksgerichts Dietikon sei aufzuheben.
2. Es sei festzustellen, dass die von der Beschwerdegegnerin beim Betreibungsamt Engstringen in Betreuung gesetzte Forderung (Betreibung Nr. 1; Zahlungsbefehl vom 23. Januar 2015) vollumfänglich nicht besteht. Dementsprechend sei die Betreuung Nr. 1 aufzuheben. Das Betreibungsamt sei anzuweisen, den Registereintrag zu löschen.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Die vorinstanzlichen Prozesskosten seien ebenfalls der Beschwerdegegnerin zu übertragen.
4. Dem Beschwerdeführer sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.
5. Die Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Engstringen sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme vorläufig einzustellen.
6. Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren."

Mit Eingabe vom 7. April 2016 nahm die Beklagte Stellung zum Gesuch des Klägers um superprovisorische Massnahmen (act. 48). Gleichentags und damit innert der Beschwerdefrist (vgl. act. 31/1) reichte der Kläger eine weitere Eingabe mit ergänzenden Ausführungen zu seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sowie eine neue Beilage ein (act. 46; act. 47/21). Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-35). Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort wurde in Anwendung von Art. 322 Abs. 1 ZPO verzichtet. Das Verfahren ist damit spruchreif. Da sogleich ein Endentscheid gefällt werden kann, erübrigt sich eine Behandlung der Anträge des Klägers auf vorsorgliche Einstellung der Betreuung sowie auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Diese sind als gegenstandslos abzuschreiben.

2. Rechtliche Vorbemerkungen

2.1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerde ist innerhalb der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet zu erheben. Die Beschwerdeinstanz wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist daher weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1).

2.3. Die Vorinstanz qualifizierte das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien zutreffend als Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR (act. 43 E. III./2.1.); dies blieb auch im Beschwerdeverfahren unangefochten. Weiter hielt die Vorinstanz fest, im Zahlungsbefehl vom 23. Januar 2015 sei als Forderungstitel eine Schuldanerkennung vom 29. Dezember 2014 genannt. Diese liege zwar nicht bei den Akten. Der Kläger habe deren Vorhandensein bzw. Bestand jedoch zu keinem Zeitpunkt bestritten, sondern in seiner Klageschrift lediglich festgehalten, dass ihm diese nicht vorliege (act. 43 E. II./2). Auch dies rügt der Kläger im Beschwerdeverfahren nicht (act. 44 S. 3). Zu präzisieren ist, dass die Schuldanerkennung im Zahlungsbefehl vom 23. Januar 2015 nur für einen Betrag von Fr. 3'000.– als Forderungstitel genannt ist (vgl. act. 3/9). Vor Vorinstanz stützte die Beklagte ihre Forderung ferner auf die Schuldanerkennung des Klägers vom 4. Februar 2015 über Fr. 3'450.– (act. 24 S. 3; act. 8/5). Auch dies blieb vom Kläger unbestritten. Es kann demnach davon ausgegangen werden, für die geltend gemachte Forderung lägen zwei Schuldanerkennungen des Klägers vom 29. Dezember 2014 bzw. vom 4. Februar 2015 vor.

2.4. Wie bereits die Vorinstanz festhielt, ändern die umgekehrten Parteirollen bei der negativen Feststellungsklage an der im materiellen Recht begründeten Verteilung der Beweislast nichts. Obwohl die Gläubigerin die Beklagtenrolle innehat, trägt sie die Behauptungs- und Beweislast für den Bestand ihrer Forderung, d.h. hinsichtlich der rechtsbegründenden Tatsachen. Der Kläger ist als Schuldner dagegen bezüglich der rechtshindernden bzw. rechtsaufhebenden Tatsachen beweisbelastet (act. 43 E. II./1.; vgl. BGer 4D_68/2008 E. 2.2.).

Eine Schuldanerkennung – mit welcher der Schuldner dem Gläubiger erklärt, ihm gegenüber eine Schuld zu haben – führt zu einer Umkehr der Beweislast. Mit dem Nachweis der Schuldanerkennung erbringt der Gläubiger den ihm obliegenden Hauptbeweis für sämtliche rechtsbegründende Tatbestandselemente (BGer 4C.214/2006 vom 19. Dezember 2006 E. 4.3.1.). Dem Schuldner, der die Schuld bestreitet, obliegt es zu beweisen, welches der Rechtsgrund der Forderung ist, und er hat auch darzulegen, dass dieser Rechtsgrund nicht gültig ist, zum Beispiel weil der Anerkennung überhaupt kein Rechtsgrund zugrunde lag oder dieser nicht

tig, rechtsungültig oder simuliert ist. Der Schuldner kann sich grundsätzlich auf sämtliche Einreden und Einwendungen (Erfüllung, Nichterfüllung, Verjährung etc.) berufen, die sich gegen die anerkannte Schuld richten (vgl. BGer 4A_495/2013 vom 22. Januar 2014 E. 3.3. m.w.H.). Da vorliegend einzig rechtshindernde bzw. rechtsaufhebende Tatsachen strittig sind, für welche ohnehin der Kläger beweispflichtig ist, bleiben die Schuldanerkennungen letztlich ohne Auswirkung auf die Beweislastverteilung.

2.5. Die Vorinstanz prüfte zunächst den Einwand des Klägers, er sei über die Abwicklung der Schuldensanierung nicht genügend aufgeklärt worden. Sie ging davon aus, der Kläger habe den Schuldensanierungsvertrag am 15. September 2014 sowohl in deutscher als auch in portugiesischer Form unterzeichnet. Ferner sei gestützt auf eine Bestätigung von D._____, welche gemäss Ausführungen der Beklagten auch portugiesisch spreche, davon auszugehen, diese sei am Gespräch zwischen den Parteien anwesend gewesen. Mit Schreiben vom 15. September 2014 habe die Beklagte den Kläger sodann darauf hingewiesen, eine Schuldensanierung sei bei laufender Lohnpfändung nicht möglich. Der Kläger habe dabei schriftlich bestätigt, über die erforderlichen finanziellen Mittel zu verfügen, um die monatlichen Raten bezahlen zu können. Der Einwand des Klägers, er habe dieses Schreiben nicht verstanden, genüge nicht, um darzulegen, dass die Beklagte falsch gehandelt habe. Eine Verletzung der Sorgfalts- und Aufklärungspflicht der Beklagten liege nicht vor (act. 43 E. II.3.1. und 4; E. III.2.2. ff.).

2.5.1. Der Kläger rügt, die Vorinstanz habe den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt. Die von der Beklagten eingereichte Bestätigung von D._____ stelle kein taugliches Beweismittel dar, weshalb nicht darauf hätte abgestellt werden dürfen. Es sei somit nicht rechtsgenügend erwiesen, dass D._____ an der Besprechung zwischen den Parteien vom 15. September 2014 anwesend gewesen sei. Ebenso unrichtig sei die Feststellung der Vorinstanz, der Kläger habe bestätigt, die monatlichen Raten mit Unterstützung eines Bekannten bezahlen zu können. Der Kläger verstehe unbestrittenermassen sehr schlecht deutsch und das Schreiben vom 15. September 2014 sei ihm auch nicht übersetzt worden, weshalb er dieses nicht verstanden habe (act. 44 S. 4 ff.).

2.5.2. Gemäss Art. 398 Abs. 2 OR haftet der Beauftragte dem Auftraggeber für eine getreue und sorgfältige Ausführung des Auftrags. Die Verletzung von Sorgfaltspflichten stellt dabei eine unrichtige Auftragsausführung dar, welche nicht nur zur Geltendmachung von Schadenersatz berechtigt, sondern auch zum Wegfall bzw. zur Reduktion der Honorarforderung führt (vgl. BGE 124 III 423 E. 4a; BSK OR IWEBER, Art. 394 N 43 m.w.H.). Eine Schlechterfüllung des Mandats bzw. eine Vertragsverletzung ist durch den Auftraggeber substantiiert zu behaupten und zu beweisen (vgl. BGer 4A_577/2015 vom 1. März 2016 E. 4). Beweispflichtig für eine Schlechterfüllung bzw. eine Vertragsverletzung durch die Beklagte ist vorliegend somit der Kläger. Dies verkennt er, wenn er geltend macht, es sei nicht rechtsgenügend bewiesen, dass er hinreichend über die Schuldensanierung und die Kostenfolgen aufgeklärt worden sei. Die Rüge, die Vorinstanz habe den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt ist damit unbegründet.

2.5.3. In rechtlicher Hinsicht argumentiert der Kläger, die Vorinstanz lasse ausser Acht, dass der Beauftragte im Interesse des Auftraggebers zu handeln habe. Sein Interesse habe offensichtlich darin bestanden, Schulden abzubauen und nicht neue zu generieren. Die Beklagte habe unbestrittenermassen von der laufenden Lohnpfändung beim Kläger gewusst. Als Expertin hätte sie erkennen müssen, dass die zusätzliche Abzahlung von Schulden in diesem Fall nicht möglich sei und das Mandat nicht übernehmen dürfen (act. 44 S. 9).

Zur sorgfältigen Auftragserfüllung gehören eine sachgerechte Analyse von Art, Umfang, Dauer und Erfolgsaussichten des Auftrags (BSK OR IWEBER, Art. 398 N 25). Wie bereits die Vorinstanz ausführte, obliegt es dem Beauftragten als Ausfluss der Treuepflicht, sein Verhalten den Interessen des Auftragnehmers unterzuordnen. Den Beauftragten trifft insbesondere die Pflicht, den Auftraggeber über die Schwierigkeiten und die Risiken der Geschäftsbesorgung umfassend aufzuklären. Erhält er Weisungen, welche den Interessen des Auftraggebers zuwiderlaufen, trifft ihn eine Abmahnungspflicht (vgl. BSK OR IWEBER, Art. 398 N 9).

Nach den Feststellungen der Vorinstanz hat die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 15. September 2014 darauf hingewiesen, eine Schuldensanierung sei bei laufender Lohnpfändung nicht möglich, wobei der Kläger schriftlich bestätigte,

die monatlichen Raten zur Schuldentilgung mit Unterstützung von Bekannten bezahlen zu können (act. 43 E. III.2.1.). Dadurch ist die Beklagte ihrer Aufklärungs- und Abmahnungspflicht nachgekommen. Eine ungenügende Aufklärung oder Abmahnung, wie sie der Kläger geltend macht, ist jedenfalls wie vorstehend ausgeführt nicht dargetan. Die Vorinstanz wies zu Recht darauf hin, wenn der Kläger den Vertrag ungeachtet dieser Hinweise unterzeichnet habe, müsse er sich darauf behaften lassen (act. 43 E. III.2.4.). Es ist nicht die Aufgabe des Beauftragten, dem Auftragnehmer das Entscheidungsrisiko für die Erteilung des Auftrages abzunehmen. Unbehelflich ist deshalb auch der Einwand des Klägers, eine Schuldentilgung wäre selbst dann nicht möglich gewesen, wenn er die zu bezahlenden Raten tatsächlich von einer Drittperson erhalten hätte, da sich dadurch die Schuldenhöhe insgesamt nicht verringert hätte (act. 44 S. 9). Abgesehen davon, dass eine Verpflichtung zur Rückzahlung gegenüber diesen Bekannten im vorinstanzlichen Verfahren nicht behauptet wurde, muss sich der Kläger auch hier anrechnen lassen, dass er den Vertrag trotz den Hinweisen der Beklagten einging.

2.6. Die Vorinstanz verwarf auch den Einwand des Klägers, der Vertrag sei wegen Übervorteilung im Sinne von Art. 21 OR unverbindlich. Sie kam zum Schluss, ein offenkundiges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung sei durch den Kläger nicht dargetan. Auch seien die weiteren Voraussetzungen der Übervorteilung nicht erfüllt. Insbesondere könne – nachdem der Kläger im Februar 2015 um die Wiederaufnahme des Mandats gebeten habe – nicht die Rede davon sein, dass er sich in einer Notlage befunden und die Beklagte dies bewusst ausgenutzt habe. Eine Übervorteilung im Sinne von Art. 21 OR sei deshalb nicht gegeben (act. 43 E. III.4.1. ff.).

2.6.1. Hinsichtlich der rechtlichen Voraussetzungen der Übervorteilung im Sinne von Art. 21 OR und die Beweislastverteilung kann vorab auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 43 E. 4.2.).

2.6.2. In objektiver Hinsicht setzt die Übervorteilung gemäss Art. 21 Abs. 1 OR voraus, dass die im Vertrag vereinbarten Leistungen in einem offensichtlichen Missverhältnis zueinander stehen, was sich zu Lasten der einen Partei auswirkt. Die Vorinstanz verneinte das Vorliegen eines Missverhältnisses mit der Begrün-

derung, der Kläger führe lediglich aus, das Honorar sei im Vergleich zu den Schulden deutlich zu hoch, und er reiche eine Übersicht über die Stundenansätze von Treuhändern ein. Daraus sei nicht ersichtlich, wie hoch das Honorar bei gleichem Aufwand ausgefallen wäre. Anlässlich der Verhandlung vom 8. September 2015 habe der Kläger ausgeführt, aufgrund des Aufwands der Beklagten sei es gerechtfertigt, den Stundenansatz der Beklagten auf Fr. 125.– (recte Fr. 150.–, vgl. act. 35 S. 3) festzusetzen. Wie er den Aufwand genau berechnet habe, habe er hingegen nicht dargelegt (act. 43 E. 4.3.).

a) Der Kläger rügt die Feststellung der Vorinstanz, er habe den Aufwand nicht dargelegt, als willkürlich. Er habe ausgeführt, dass das gesamte Honorar gemäss Kontoauszug am Ende der Vertragsdauer Fr. 5'053.45 betragen habe. Dem stehe eine zu sanierende Summe von rund Fr. 10'000.– gegenüber. Des Weiteren habe er ausgeführt, dass es sich nicht um ein komplexes und aufwändiges Schulden-sanierungsverfahren gehandelt habe. Das Einzige, was die Beklagte geleistet habe, sei die Weiterleitung der Raten an die Gläubiger gewesen. Dies habe sie zudem auch nur einmal getan. Ebenso habe sie keine Verhandlungen mit den Gläubigern führen müssen und es seien lediglich ein paar Schreiben verfasst worden (act. 2 S. 10).

b) Das objektive Element des Missverhältnisses zwischen den vereinbarten Leistungen beschlägt den Vertragsinhalt als solchen. Dabei genügt nicht jedes Ungleichgewicht zwischen den Leistungen, sondern nur ein "offenbares", also ein solches, das jedermann in die Augen fällt, der das Verhältnis der vereinbarten Leistungen vernünftig beurteilt (vgl. statt vieler BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, 6. Aufl. 2015, Art. 21 N 5). Ob ein derartiges offenbares Missverhältnis im konkreten Einzelfall besteht, lässt sich nicht auf Grund einer bestimmten, allenfalls gar mathematischen Formel entscheiden, sondern ist letztlich eine Ermessensfrage (vgl. BGE 123 III 292 E. 6c). Bei deren Beantwortung sind die vereinbarten Leistungen zu bewerten und gegeneinander abzuwägen, gemessen an ihrem objektiven Wert zur Zeit des Vertragsschlusses. Als objektiver Wert gilt der Markt- bzw. Börsenpreis. Dienstleistungen sind anhand des für sie üblichen Entgeltes zu bewerten (BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 21 N 6).

c) Der Kläger verpflichtete sich zur Zahlung eines Honorars von 12 % der zu regulierenden Schuldsomme, mindestens aber Fr. 1'200.–, zuzüglich Fr. 300.– pro Gläubiger für die Weiterleitung der Zahlungen. Vorbehalten wurden dabei Kosten für diverse Einzelleistungen, welche zusätzlich in Rechnung gestellt würden (act. 25/9). Der Vorbehalt von zusätzlich zu vergütenden Kosten (für Mahnungen, Konto-Auszug, Nichteinhaltung eines Termins, zusätzliche Zirkulare für Gläubigerorientierungen, Notifikationsstelle Betreibungsamt) weist ein gewisses Risiko zulasten des Klägers auf, da sich der tatsächliche Umfang dieser Kosten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht klar vorhersehen lässt. Per 21. Januar 2015 belief sich das Honorar gemäss Kontoauszug der Beklagten auf insgesamt Fr. 4'313.05, wovon die Beklagte bereits erfolgte Zahlungen von Fr. 1'071.– abzog und einen verbleibenden Anspruch von Fr. 3'242.05 errechnete. Am Ende der Vertragsdauer betrug das von der Beklagten geforderte Honorar Fr. 5'053.45, wovon Fr. 425.– für Mandatsabgabe/Neuaufnahme in Rechnung gestellt wurden (vgl. act. 3/22).

d) Der Leistung des Klägers steht als Gegenleistung der Beklagten die Regulierung der Schulden des Klägers im Betrag von rund Fr. 10'000.– gegenüber (act. 25/9). Bewertungsgegenstand ist das vertraglich Vereinbarte. Abzuwägen sind mithin nicht die tatsächlich erbrachten, sondern die versprochenen Leistungen (BGE 123 III 292 E. 6b). Unerheblich ist deshalb, ob sich die Schuldsomme nachträglich reduzierte, weil der Kläger mit einem Gläubiger selbst eine Lösung fand, wie er es geltend macht (act. 2 S. 10). Ebenso ist nach dem Gesagten nicht massgebend, welchen Aufwand die Beklagte tatsächlich betrieb. Zu fragen ist vielmehr nach dem üblichen Entgelt für die von der Beklagten versprochene Dienstleistung. Die Vorinstanz ging zutreffend davon aus, die Beweislast für dieses Tatbestandselement liege beim Kläger. Der Kläger unterlässt es, in seiner Beschwerde mittels klarer und sauberer Verweisungen auf seine Ausführungen vor Vorinstanz zu zeigen, wo er die hierzu massgeblichen Tatsachenbehauptungen in substantiiertes Weise erhoben bzw. zu welchen Tatsachenbehauptungen er welche Beweisofferten angeboten hat. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Rechtsschriften (und die Akten) der Vorinstanz zu durchforsten (HUNGERBÜHLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 36; OGer ZH PS150085 vom

25. Juni 2015 E. 4.4.2.). Die Rüge des Klägers erweist sich deshalb als unzureichend substantiiert und insoweit auch als unbegründet.

2.6.3. Ist bereits das erforderliche offensichtliche Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht dargetan, erübrigt sich eine Prüfung der beiden subjektiven Voraussetzungen der Übervorteilung nach Art. 21 OR. Auf die diesbezüglichen Rügen des Klägers ist deshalb nicht einzugehen (act. 44 S. 12. f.).

2.6.4. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei einem wucherischen Rechtsverhältnis sodann zwar eine bloss partielle Unwirksamkeit möglich, wie sie der Kläger eventualiter geltend macht (vgl. BGE 123 III 292 E. 2 f). Auch eine solche würde aber voraussetzen, dass der Übervorteilungstatbestand erfüllt ist. Die Rüge des Klägers, die Vorinstanz habe sich mit seinen diesbezüglichen Vorbringen nicht auseinandergesetzt (act. 44 S. 10), geht deshalb fehl.

2.7. Schliesslich macht der Kläger im Beschwerdeverfahren wie auch vor Vorinstanz geltend, die Betreuung sei rechtsmissbräuchlich und damit nichtig (act. 44 S. 7). Indem die Beklagte das Mandat einige Tage nach Einleitung der Betreuung wieder aufgenommen habe und dem Kläger mitgeteilt habe, das mit dem Zahlungsbefehl sei nun in Ordnung, habe sie bei ihm ein berechtigtes Vertrauen erweckt und erreicht, dass er keinen Rechtsvorschlag erhebe. Dieses Verhalten verstosse gegen Treu und Glauben und führe in analoger Anwendung von BGE 140 III 481 zur Nichtigkeit der Betreuung (act. 44 S. 7).

2.7.1. Gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB hat jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Wie die Vorinstanz richtig ausführt, ist eine Betreuung nur in Ausnahmefällen wegen Rechtsmissbrauchs nichtig. In BGE 140 III 481, auf den sich der Kläger beruft, hielt das Bundesgericht fest, die Ausübung eines Rechts sei auch dann rechtsmissbräuchlich, wenn damit aufgrund früheren Verhaltens legitime Erwartungen der anderen Seite enttäuscht würden. Im konkreten Fall hatte der Betreuungsgläubiger mit der Betriebenen Vergleichsverhandlungen geführt, die er selbst angestrengt hatte. Im Hinblick auf den Verhandlungstermin vor dem zu-

ständigen Gericht stellte er den Rückzug seiner früheren Betreuung in Aussicht. Das Bundesgericht kam zum Schluss, es sei rechtsmissbräuchlich, wenn der Betreuungsgläubiger gerade einmal drei Tage vor dem besagten Verhandlungstermin ein zweites Betreibungsbegehren für seine angebliche Forderung stelle und qualifizierte die zweite Betreuung als nichtig (BGE 140 III 481 E. 2.3.3.).

2.7.2. Dieser Sachverhalt ist mit dem vorliegenden nicht vergleichbar. Umstritten ist vorliegend nicht, ob die Beklagte die Betreuung rechtsmissbräuchlich angestrengt hat. Der Kläger macht einzig geltend, durch die Stellung des Fortsetzungsbegehrens habe die Beklagte seine legitime Erwartung verletzt, die Betreuung werde nicht weiterverfolgt. Ob das Fortsetzungsbegehren gültig gestellt wurde, bildet jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Der Kläger beantragt einzig, es sei festzustellen, dass die in Betreuung gesetzte Forderung nicht bestehe und die Betreuung sei dementsprechend aufzuheben. Im Übrigen wies die Vorinstanz zu Recht darauf hin, die Beklagte habe das Fortsetzungsbegehren erst gestellt, nachdem der Kläger erneut der vereinbarten Ratenzahlungspflicht nicht nachgekommen sei. Wenn der Kläger die neu eingegangene Vereinbarung mit der Beklagten nicht einhielt, kann er sich nicht darauf berufen, die Beklagte habe rechtsmissbräuchlich gehandelt, indem sie die Einforderung ihrer Honorarforderung weiter verfolgte. Die Frage, ob die zweite Betreuung rechtsmissbräuchlich ist, bildet sodann nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

2.8. Demnach erweist sich die Beschwerde insgesamt als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

3.

3.1. Der Kläger beantragt, es sei ihm für das Beschwerdeverfahren die unentgeltlichen Rechtspflege zu gewähren (act. 44 S. 2). In der Begründung seiner Beschwerde stellt er zudem sinngemäss ein Gesuch um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin (act. 44 S. 14).

3.2. Eine Partei hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos

erscheint. Unter den gleichen Voraussetzungen besteht ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsbeistandung, wenn dies zur Wahrung der Rechte der Partei notwendig erscheint (Art. 117, 118 Abs. 1 ZPO).

3.2.1. Mittellosigkeit ist zu bejahen, wenn die gesuchstellende Partei trotz Ausschöpfung sämtlicher eigenen Hilfsmittel nicht in der Lage ist, neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie auch den Prozess zu finanzieren. Sie beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse (BGE 120 Ia 181, Erw. 3/a). Lebt der Gesuchsteller mit seiner Ehegattin zusammen, die aufgrund seiner familienrechtlichen Beistandspflicht verpflichtet ist, die Prozesskosten mitzufinanzieren, ist die Mittellosigkeit anhand einer Gesamtrechnung zu ermitteln. D.h. es sind die Nettoeinkommen beider Ehegatten zusammenzuzählen, und diesen ist der gemeinsame Bedarf gegenüberzustellen (BK ZPO-Bühler, Band I, Art. 117 N 205 m.w.H.).

3.2.2. Die gegenüber dem Kläger bestehende Lohnpfändung läuft am 11. Mai 2016 ab (act. 45/3). Mangels anderweitiger Vorbringen darf davon ausgegangen werden, dass der Kläger nach diesem Zeitpunkt wieder über sein gesamtes Einkommen verfügen können wird. Der Kläger führt aus, sein monatliches Nettoeinkommen betrage Fr. 4'053.45 zuzüglich eines 13. Monatslohnes. Das Einkommen seiner Ehegattin beziffert er auf Fr. 2'396.25 (act. 45/11; act. 46). Die Beträge sind durch die eingereichten Lohnabrechnungen belegt (act. 45/12-13). Gestützt auf die Ausführungen des Klägers ist überdies eine Alimentenzahlung des Ex-Mannes der Ehegattin des Klägers von Fr. 120.– zu berücksichtigen (act. 46). Damit ist von einem Gesamteinkommen der Ehegatten von rund Fr. 6'900.– auszugehen.

3.2.3. Der Kläger geht von einem Gesamtbedarf von Fr. 5'725.10 aus, der sich aus Grundbetrag, Mietzins zuzüglich Nebenkosten, Krankenkasse und den Berufsauslagen zusammensetzt (act. 45/11). Die vom Kläger geltend gemachten Positionen sind nicht zu beanstanden. Da der zivilprozessuale Notbedarf grosszügiger zu bemessen ist als das betreibungsrechtliche Existenzminimum, wird in der Praxis auf dem Grundbetrag ein Zuschlag von 10 % bis 30 % gewährt (vgl.

BGer 4D_30/2015 vom 26. Mai 2015 E. 3.2.; BK ZPO-Bühler, Band I, Art. 117 N 205 m.w.H.). Angesichts dessen, dass der Kläger über keine Rückstellungen verfügt, ist vorliegend ein Zuschlag von 20 % auf die Grundbeträge für die Ehegatten und das Kind zu gewähren. Der Kläger macht weiter geltend, er habe noch Fr. 10'400.– Schulden bei der E._____, die er seit 1. Februar 2016 in monatlichen Raten von Fr. 200.– abbezahle. Zudem habe er noch Schulden bei der F._____ von Fr. 995.15 (act. 45/11). Da der Kläger nicht gezwungen sein soll, die für die Prozessführung benötigten Mittel dadurch zu beschaffen, dass er bestehende Schuldverpflichtungen nicht mehr bedient, rechtfertigt es sich, die ausgewiesenen Ratenzahlungen an die E._____ von Fr. 200.– sowie ein Betrag von Fr. 100.– für die Begleichung der Schulden gegenüber der F._____ zu berücksichtigen (vgl. BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 197 f.). Demnach resultiert ein Gesamtbedarf des Klägers und seiner Familie von Fr. 6'485.10 (Fr. 5'725.10 + Fr. 460.– Zuschläge zum Grundbetrag + Fr. 300.– Schuldentilgung).

3.2.4. Ein Überschuss zwischen dem effektiv zur Verfügung stehenden Einkommen und dem Notbedarf ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen. Im Sinne einer groben Faustregel geht die Rechtsprechung davon aus, dass der monatliche Überschuss es der gesuchstellenden Partei ermöglichen sollte, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen innert einem Jahr, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen (BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 222 m.w.H.). Dem Gesamteinkommen der Ehegatten von Fr. 6'900.– steht ein Gesamtbedarf von Fr. 6'485.10 gegenüber. Dies ergibt einen Überschuss von rund Fr. 400.–, der dem Kläger zur Begleichung der Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens zur Verfügung steht. Damit ist der Kläger in der Lage, neben der Parteientschädigung für die Beklagte auch die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sowie die beim vorliegenden Streitwert zu erwartenden Kosten für seine Rechtsvertretung innert eines Jahres zu begleichen. Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsbeistandung ist damit abzuweisen.

4.

4.1. Ausgangsgemäss wird der Kläger für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 3'242.05 und in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. §§ 2 Abs. 1 und 4 Abs. 1 GebVO OG ist die Entscheidgebühr auf Fr. 700.– festzusetzen.

4.2. Ferner ist der Kläger antragsgemäss (act. 48 S. 2) zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren zu bezahlen. Die Beklagte reichte eine vierseitige Stellungnahme zu den vom Kläger beantragten vorsorglichen Massnahmen ein (act. 48). Im Übrigen musste sie sich im Beschwerdeverfahren nicht äussern; insbesondere war keine Beschwerdeantwort erforderlich. Für diese Aufwendungen ist ihr – gestützt auf § 4 und § 11 Abs. 2 AnwGebV – eine Parteientschädigung von Fr. 250.– zuzusprechen. Einen Mehrwertsteuerersatz hat die Beklagte nicht verlangt, weshalb kein solcher zuzusprechen ist.

Es wird beschlossen:

1. Die Anträge des Klägers auf vorläufige Einstellung der Betreuung sowie auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung werden abgeschrieben.
2. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 700.– festgesetzt.

3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 250.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der Doppels von act. 44-47, an den Kläger unter Beilage eines Doppels von act. 48 sowie an das Bezirksgericht Dietikon und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

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

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 3'242.05.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. S. Kröger

versandt am: