

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PP170007-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Urteil vom 29. Juni 2017

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend **Forderung (unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im vereinfachten
Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 24. Februar 2017; Proz.
FV160055**

Erwägungen:

I.

1. Anfang 2008 beauftragte die Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) Dr. med. dent. B._____ (fortan Beklagter) mit der Sanierung ihres Unter- und Oberkiefers. Aus diesem Behandlungsvertrag fordert sie vom Beklagten Fr. 17'752.70 zuzüglich 5 % Zins seit der Klageeinleitung. Sie verlangt einerseits die Rückerstattung eines Teils ihrer Vorauszahlung von Fr. 47'000.– und andererseits Schadenersatz wegen unterlassener Garantieleistungen (act. 2 S. 5 ff., act. 6/2 S. 3 ff.). Mit Einreichen der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes C._____ vom 27. September 2016 machte die Klägerin die Klage am 18. November 2016 beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Meilen anhängig. Weiter stellte sie ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 6/1-2). Am 24. Februar 2017 wies die Vorinstanz dieses Gesuch wegen Aussichtslosigkeit ab und setzte der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 2'850.– an (act. 5 = 6/16).

2. Hiergegen erhob die Klägerin rechtzeitig Beschwerde mit den Anträgen, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und ihr die unentgeltliche Rechtspflege (Befreiung von Gerichtskosten und Bestellung von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand) zu bewilligen. Den nämlichen Antrag stellt sie auch für das Beschwerdeverfahren. Ferner sei ihr für das Beschwerdeverfahren eine angemessene Prozessentschädigung zuzusprechen und der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2 S. 2). Mit Verfügung vom 14. März 2017 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt, soweit sie sich gegen die Auferlegung eines Kostenvorschusses richtet (act. 7). In Anwendung von Art. 119 Abs. 3 ZPO, wonach die Gegenpartei (nur) anzuhören ist, wenn die unentgeltliche Rechtspflege die Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung umfassen soll, was vorliegend nicht der Fall ist, wurde keine Beschwerdeantwort eingeholt. Mit Eingabe vom 26. Juni 2017 liess die Klägerin der Kammer eine ergänzende persönliche Stel-

lungnahme zur Kenntnisnahme zukommen (act. 9 und act. 10). Die Eingabe ist nicht zu beachten, da die Beschwerdefrist verstrichen ist. Noven sind im Beschwerdeverfahren ohnehin ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

II.

1. Die unentgeltliche Rechtspflege befreit von Vorschussleistungen (Art. 118 Abs. 1 lit. a ZPO). Nach Art. 117 ZPO hat eine Partei Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn die erforderlichen Mittel zur Begleichung der Prozesskosten neben dem notwendigen Lebensunterhalt für sich und die Familie nicht aufgebracht werden können und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Als aussichtslos gelten Begehren, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gelten Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Durch das Kriterium der fehlenden Aussichtslosigkeit soll verhindert werden, dass eine Partei einen Prozess auf Staatskosten führt, den eine vermögende Person auf eigene Kosten vernünftigerweise nicht einleiten würde. Es gilt der Untersuchungsgrundsatz, der durch das Antragsprinzip sowie Offenlegungs- und Mitwirkungspflichten eingeschränkt ist (KUKO ZPO-Jent-Sørensen, 2. A., Art. 117 N 33 f., Art. 119 N 10). Die Prozesschancen sind in vorläufiger und summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage aufgrund des jeweiligen Aktenstandes zu beurteilen und abzuschätzen (Art. 119 Abs. 3 ZPO, BGE 131 I 113 E. 3.7.3.).

2.a) Im Vordergrund steht die Frage, wie die Honorierung des Beklagten geregelt wurde. Gemäss der Klägerin haben sich die Parteien ursprünglich mündlich auf eine Entschädigung von Fr. 33'000.– geeinigt. In der Folge hätten sie ein Honorar nach Aufwand, höchstens aber von Fr. 47'000.– abgemacht. Diesen Betrag habe sie als Vorauszahlung überwiesen. Effektiv habe der Beklagte jedoch nur Leistungen im Umfang von Fr. 33'000.– erbracht. Der Beklagte hält dem ent-

gegen, es sei ein Pauschalhonorar in Höhe von Fr. 47'000.– vereinbart worden (act. 2 S. 5 ff., act. 6/2 S. 3 ff., act. 6/10 S. 3 ff., S. 17).

Zur Begründung der Aussichtslosigkeit erwog die Vorinstanz, weder könne die Klägerin nachweisen, dass sich die Parteien anfänglich auf ein Honorar von Fr. 33'000.– geeinigt hätten bzw. der Beklagte nur für diesen Betrag gearbeitet habe, noch, dass ein Honorar nach Aufwand abgemacht worden sei. Dasselbe gelte für die Behauptung, die Zwischenabrechnungen des Beklagten seien unrichtig und intransparent. Schliesslich sei der Klägerin auch der Nachweis eines Kunstfehlers, der unter die vom Beklagten zugesicherte Garantie falle, nicht gelungen (act. 5 S. 7 ff.).

b) In ihrer Beschwerde hält die Klägerin daran fest, dass sich die Parteien mündlich auf ein Honorar von Fr. 33'000.– geeinigt hätten. In der Folge habe der Beklagte ihr einen Kostenvoranschlag zukommen lassen, den sie unterzeichnet habe. Darin seien die vorgesehenen Einzelleistungen nach Taxpunkten, mit anderen Worten nach dem voraussichtlichen Aufwand aufgelistet und die Kosten der Behandlung mit Fr. 48'302.55 veranschlagt worden. Nach telefonischer Rücksprache habe man schliesslich eine Aufwandentschädigung von maximal Fr. 47'000.– vereinbart. Diesen Betrag habe sie dem Beklagten am 4. Februar 2008 als Vorauszahlung überwiesen. Ab dem 9. Januar 2008 habe der Beklagte für sie zahlreiche Leistungen erbracht und dafür verschiedene Zwischenabrechnungen ausgestellt. Weil sie jedoch nie eine Schlussabrechnung erhalten habe, sei sie berechtigt, das Honorar des Beklagten nach billigem Ermessen festzusetzen. Sie erachte eine Entschädigung von Fr. 33'000.– als zumindest nicht unangemessen und fordere deshalb die Rückzahlung von Fr. 14'000.–. Mit Schreiben vom 8. November 2010 habe ihr der Beklagte sodann zugesichert, allfällige Garantieleistungen unentgeltlich zu erbringen. Dies habe sie nach Treu und Glauben so verstehen dürfen, dass der Beklagte Mängel kostenfrei behebt und zwar unabhängig davon, ob ihm ein "Kunstfehler" – hierfür hafte er bereits gestützt auf das Gesetz – vorgeworfen werden könne. Der Verweis auf die "SSO-Richtlinien" sei ferner unbehelflich: Weder habe er diese beigelegt noch existierten solche überhaupt. Da es der Beklagte in der Folge abgelehnt habe, entsprechende Arbeiten

zu übernehmen, sei sie gezwungen gewesen, zwei andere Zahnärzte damit zu betrauen. Hierfür verlange sie vom Beklagten Schadenersatz im Betrag von Fr. 3'752.70.

Vor diesem Hintergrund erachtet die Klägerin die vorinstanzliche Begründung, wonach sie (die Klägerin) für ihre Behauptungen keine Beweismittel haben nennen können und im Gegenteil starke Indizien für die Vereinbarung eines Pauschalhonorars sprechen würden, als fehlerhaft. Die Klägerin wirft der Vorinstanz sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes vor. Weder könne der Beweislastverteilung durch die Vorinstanz noch deren antizipierten Beweiswürdigung beigeprüft werden (act. 2 S. 11 ff.). Auf die einzelnen Vorbringen wird nachfolgend, soweit für den Entscheid erforderlich, eingegangen.

3. Fest steht, dass der Beklagte der Klägerin zwei Kostenvoranschläge von insgesamt Fr. 48'302.55 (vorbehalten 15 % Abweichung beim aufgelisteten Behandlungsumfang) unterbreitete, welche diese am 29. Januar 2008 unterzeichnete (act. 6/11/3-4). Ebenso unstrittig und im Übrigen belegt ist, dass die Klägerin dem Beklagten am 4. Februar 2008 Fr. 47'000.– überwies (act. 6/4/6). Ob es sich dabei um eine Vorauszahlung mit (allfälligem) Rückerstattungsanspruch oder um die Überweisung eines Pauschalhonorars handelt, ist hingegen umstritten. Ebenso uneinig sind sich die Parteien über den Inhalt der anfänglich geführten Gespräche, namentlich das angeblich vereinbarte Maximalhonorar von Fr. 33'000.– (act. 2 S. 2 ff., act. 6/2 S. 2 ff., act. 6/10 S. 3 ff.).

4. Die Vorinstanz erwog, wer wie die Klägerin aus Vertrag fordere, habe dessen Zustandekommen und Inhalt zu beweisen. Trotz entsprechender richterlicher Aufforderung habe die Klägerin aber keinerlei Beweismittel für ihre Behauptung, das Honorar des Beklagten bemesse sich nach dessen Leistungen, vorgelegt, sondern beschränke sich auf die Behauptung, der Beklagte trage die Beweislast für die Vereinbarung eines Pauschalhonorars (act. 5 S. 8). Dieser Auffassung kann nicht ohne weiteres gefolgt werden. So wird im Werkvertrag ein Pauschalhonorar gerade nicht vermutet, sondern derjenige, der ein solches behauptet, hat es zu beweisen (Gauch, Der Werkvertrag, 5. A., N 1014 f; nebst vie-

len BGer 4C.23/2004 vom 14. Dezember 2004). Beim Zahnarztvertrag nimmt die Rechtsprechung Auftrag an (BGE 110 II 375). Weshalb es sich bei einem Auftrag anders als bei einem Werkvertrag verhalten soll, liegt nicht auf der Hand und wird insbesondere von der Vorinstanz mit keinem Wort näher erläutert. Vielmehr gilt grundsätzlich auch beim Auftrag, dass der Beauftragte für die Honorarabsprache – dass vorliegend ein Honorar geschuldet ist, steht ausser Frage – die Art der Vergütung und die Angemessenheit beweispflichtig ist (BSK OR I-Weber, 6. A., Art. 394 N 41; BGer 4A_278/2014 vom 18. September 2014 E. 4.1.). Dies spricht dafür, dass nicht die Klägerin die Vereinbarung eines Entgelts nach Aufwand, sondern der Beklagte das von ihm behauptete Pauschalhonorar beweisen muss; dies nicht zuletzt deshalb, als namentlich in einem Patientenverhältnis aus Gründen der Transparenz ein Pauschalhonorar nicht leichthin angenommen werden sollte, wie die Klägerin zutreffend festhält (act. 2 S. 17 f.). Sollte dieser Beweis scheitern, ist wohl von einem Aufwandhonorar auszugehen, ohne dass die Klägerin ein solches nachzuweisen hätte.

5.a) Sollte die Klägerin für ihre Behauptung (Vereinbarung eines Honorars nach Aufwand) dennoch beweispflichtig sein, was wie gesehen fraglich erscheint, ist Folgendes anzumerken: Der Beklagte listete in den beiden von der Klägerin unterzeichneten Kostenvoranschlägen die vorgesehenen Leistungen samt der entsprechenden Anzahl Taxpunkten einzeln auf (act. 6/4/4 und 6/11/3-4). Dass es sich, wie die Vorinstanz ausführte, bei einem Kostenvoranschlag nur um eine ungefähre, unverbindliche Preisschätzung handelt (act. 5 S. 7), ist notorisch. Entsprechend wird im konkreten Fall denn auch eine Abweichung von 15 % beim Behandlungsumfang vorbehalten. Dies ändert aber nichts daran, dass die Kostenvoranschläge durch die Nennung der Einzelleistungen den voraussichtlichen Aufwand des Beklagten enthalten und so auf eine Vergütung nach dessen effektiv erbrachten Leistungen schliessen lassen. Sollten sich die Parteien auf bestimmte Berechnungskriterien geeinigt haben, ist entgegen der Ansicht der Vorinstanz die Bezugnahme auf einen Berufstarif kaum mehr erforderlich (act. 5 S. 8). Fraglich ist hingegen, wie das Honorar zu bemessen ist, wenn keine (ausreichende) Verständigung über die Art und die Höhe der Honorierung vorliegt. Dass der Verweis auf die Übung (Verkehrssitte) in Art. 394 Abs. 3 OR gegebenenfalls nicht nur den

Grundsatz, sondern auch das Mass des Vergütungsanspruchs des Beklagten bestimme – so das Bundesgericht – ist in der Lehre umstritten. Ebenso streitig ist, wie weit einseitige Verbandstarife das für die Anerkennung als Verkehrssitte erforderliche Mass an Üblichkeit zu erfüllen vermögen. Bei fehlender oder nicht genügend spezifizierter Parteivereinbarung hat der Richter demnach die Beurteilungsfaktoren für die Honorarbemessung nach allgemeinen Grundsätzen (wie z.B. Zeitaufwand, Schwierigkeit der Tätigkeit, Verantwortung des Beauftragten) oder aber nach der Übung festzulegen. Ein Berufstarif kann Ausdruck der Übung sein; ob der Beizug des Tarifs gerechtfertigt ist, entscheidet sich jedoch nach den Umständen des Einzelfalles (zum Ganzen BK OR-Fellmann, Art. 394 N 395 ff., N 463; BSK OR I-Weber, Art. 394 N 37 ff., je m.w.H.; BGE 117 II 282). Der Klägerin ist deshalb insoweit zuzustimmen, als der Zahnarzttarif, welcher ein Entgelt nach Aufwand vorsieht, zur Anwendung gelangen *kann* (act. 2 S. 12 f.). Eine abweichende Absprache namentlich eines Pauschalhonorars dürfte somit wiederum vom Beklagten nachzuweisen sein.

b) Sodann sind die zahlreichen Zwischenabrechnungen des Beklagten zu erwähnen, die dieser nach eigenen Angaben allein aus Gründen der Transparenz für die skeptische Klägerin ausstellte (act. 6/4/8, act. 6/10 S. 14). Die Auffassung der Klägerin, die Auflistung der Einzelleistungen mit den zugehörigen Taxpunkten spreche für die Einigung auf ein Honorar nach Aufwand, ist indes nicht von der Hand zu weisen (act. 2 S. 14), sind doch im Falle eines Pauschalhonorars regelmässige Abrechnungen entbehrlich. Dies liess die Vorinstanz gänzlich unbeachtet. Indem sie die Rechnungen als starke Indizien für die Verabredung eines Pauschalhonorars wertete, stellte sie einseitig auf die jeweiligen handschriftlichen Vermerke "Mit Pauschalbetrag vom 4.2.2008 Fr. 47'000.– bezahlt" oder ähnlich ab, ohne deren Lesart zu hinterfragen (act. 2 S. 15 f., act. 5 S. 9). Diese Folgerung steht ferner im Widerspruch zur vorinstanzlichen Erwägung, wonach sich aus den Akten nicht erschliesst, ob es sich bei der Zahlung von Fr. 47'000.– um eine Vorauszahlung oder – wie vom Beklagten behauptet – einen Pauschalbetrag handelt (act. 5 S. 6). Nach Ansicht der Vorinstanz durfte der Beklagte überdies nach Treu und Glauben erwarten, dass der Begriff "Pauschalbetrag" von der Klägerin wie im Geschäftsverkehr üblich verstanden wird, nämlich als Verabredung

einer festen Vergütung (act. 5 S. 9). Der Hinweis auf die Gepflogenheiten im Geschäftsverkehr ist, wie die Klägerin zu Recht einwendet, nicht angezeigt, da sich vorliegend keine Geschäftspartner gegenüber stehen. Die Klägerin ist Patientin vom Beklagten und gerade in einem solchen Verhältnis kommt der auftragsrechtlichen Vertrauensstellung besondere Bedeutung zu. Abgesehen davon sei dahingestellt, ob derartige Anmerkungen auf einer Zwischenabrechnung im kaufmännischen Verkehr üblich sind, wird doch im Geschäftsleben in aller Regel entweder ein Honorar nach Aufwand mit periodischen Abrechnungen oder aber ein Pauschalhonorar vereinbart (act. 2 S. 15). Demnach kann nicht gesagt werden, dass die Zwischenabrechnungen überwiegend für die Darstellung des Beklagten sprechen.

c) Dass der Beklagte die Klägerin an die Honorarprüfungskommission der Zahnärztesgesellschaft (SSO) als richtige Stelle zur fachmännischen und objektiven Beurteilung der Angelegenheit verwies (act. 6/4/7, act. 6/10 S. 6), deutet schliesslich ebenfalls auf die Vereinbarung eines Honorars nach Aufwand. Die Klägerin hält zu Recht fest, dass sich die Anrufung der Kommission, welche grundsätzlich von einer Vergütung nach Zahnarztтарif ausgeht, im Falle der Vereinbarung eines Pauschalhonorars nicht unbedingt anbietet (act. 2 S. 17, vgl. auch das Reglement der Schiedskommission der SSO-Zürich zur Prüfung von Honorarrechnungen auf www.sso-zuerich.ch unter Patienten/Beanstandungen). Allein die Tatsache, dass die Kommission das Verfahren hernach infolge Rückzuges der Einsprache durch die Klägerin abschrieb, lässt demgegenüber noch keine Rückschlüsse auf die Art der Entschädigung zu (act. 6/10 S. 6, act. 6/11/7).

d) Hingegen kann die Klägerin im vorliegenden Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege aus dem Umstand, dass das (behauptete) Pauschalhonorar nicht in der Patientenakte erscheint und sie offenbar zur Kontrolle der Abrechnungen die Leistungen des Beklagten nach jeder Behandlung genau erfasste, nichts zu ihren Gunsten ableiten (act. 2 S. 16). So liegt die Krankengeschichte nur auszugsweise vor und ist die als Beispiel eingereichte Aufzeichnung betreffend Oberkieferbehandlung nicht datiert, was eine Zuordnung zu den Rechnungen mehr oder weniger verunmöglicht (act. 6/11/1, act. 6/15/1).

6.a) Die Klägerin ist weiter der Auffassung, sie sei mangels Erhalt einer Schlussrechnung vom Beklagten berechtigt, dessen Honorar nach billigem Ermessen festzusetzen. Ihrer Ansicht nach habe der Beklagte höchstens für Fr. 33'000.– Leistungen erbracht (act. 2 S. 21, act. 6/2 S. 8). Die Vorinstanz erachtete die mündliche Vereinbarung eines Maximalhonorars von Fr. 33'000.– in Anbetracht der Kostenvoranschläge in Höhe von insgesamt Fr. 48'302.55 als wenig glaubhaft. Ebenso sei völlig unklar, in welchem Rahmen diese Einigung zustande gekommen sein soll (act. 5 S. 7). Die Klägerin räumt ein, dass sie für die bloss mündlich getroffene Abmachung keine Belege ins Recht legen könne. Sie habe diese Behauptung auch nur deshalb ins Verfahren eingeführt, um transparent zu machen, weshalb sie gegen ein Honorar von immerhin Fr. 33'000.– nichts einzuwenden habe (act. 2 S. 11). Im Umstand, dass die Klägerin im Schlichtungsgesuch ausführte, der Beklagte habe "– wenn überhaupt – höchstens für Fr. 39'950.– Leistungen erbracht", erblickt die Vorinstanz ferner ein widersprüchliches Verhalten (act. 5 S. 7, act. 6/11/5 S. 4). Dies überzeugt schon deshalb nicht, weil die Klägerin ihre Aussage ja gerade doppelt relativierte (act. 5 S. 21).

b) Zur Begründung der ihrer Ansicht nach angemessenen Fr. 33'000.– beruft sich die Klägerin auf angeblich fehlerhafte, intransparente und überrissene Zwischenabrechnungen. Dem Vorwurf der Vorinstanz, die Klägerin habe für ihre Rügen erneut keine Belege vorgelegt, ist Folgendes entgegenzuhalten (act. 5 S. 9): Die Klägerin machte bereits in ihrer Klage auf die ihrer Ansicht nach zahlreichen Unstimmigkeiten (u.a. nicht erbrachte oder aber zu oft aufgeführte Leistungen) in den Zwischenabrechnungen aufmerksam (act. 2 S. 18 ff., act. 6/2 S. 8 ff.). Wie es sich mit diesen, vom Beklagten bestrittenen (act. 6/10 S. 14 f.), Beanstandungen verhält, kann aufgrund der gegenwärtigen Aktenlage nicht beurteilt werden; dies nicht zuletzt deshalb, weil der Beklagte der Klägerin bislang keine detaillierte Schlussabrechnung vorgelegt hat (act. 2 S. 18, act. 6/10 S. 14). Ob sein Schreiben vom 11. Oktober 2010, bestehend aus den einzelnen Zwischenabrechnungen, als solche betrachtet werden kann, sei dahingestellt (act. 6/10 S. 14, act. 6/11/6). Während der Einwand des Beklagten, beim in der Abrechnung vom 18. Dezember 2008 doppelt aufgeführten Posten "Labor intern" im Betrag von je Fr. 2'668.– handle es sich um die Kosten für zwei Implantate à Fr. 2'668.–, nach-

vollziehbar ist, wirft z.B. die Tatsache, dass die Leistung "Zahnröntgenaufnahme" vom 4. Februar 2009 sowohl in der Rechnung vom 8. Juni 2009 als auch in derjenigen vom 11. Oktober 2010 erscheint, Fragen auf. Ebenso ist unklar, weshalb die Rechnung vom 8. Juni 2009 zwar erstellt, aber im obgenannten Schreiben vom 11. Oktober 2010 nicht erwähnt wurde, während die Rechnung vom 9. Oktober 2010 im besagten Schreiben erscheint, obwohl sie der Klägerin offenbar fälschlicherweise zugestellt wurde (zum Ganzen act. 2 S. 18 ff., act. 6/4/8-9, act. 6/10 S. 14 f.). Die von der Klägerin erhobene Kritik an den Zwischenabrechnungen wies die Vorinstanz pauschal als unbelegt zurück, was angesichts der soeben (beispielhaft) aufgezeigten Auffälligkeiten nicht sachgerecht erscheint. Es kann somit nicht gesagt werden, die Klägerin habe keine geeigneten Beweismittel ins Recht gelegt, um die ihrer Ansicht nach vom Beklagten effektiv erbrachten Leistungen darzutun (act. 5 S. 9).

7. Insgesamt erscheint entgegen der Ansicht der Vorinstanz zweifelhaft, ob die Beweislast für die Vereinbarung einer Aufwandentschädigung mit einem möglichen Rückerstattungsanspruch bei der Klägerin liegt. Sodann kann ihrer antizipierten Beweiswürdigung, wonach der Klägerin – sollte sie denn beweispflichtig sein – der entsprechende Nachweis misslingen werde, nicht unbesehen beige-pflichtet werden. Vielmehr liefern die Akten bei vorläufiger Betrachtung auch etliche Anhaltspunkte für den Standpunkt der Klägerin. Die Streitsache erscheint somit nicht von vornherein aussichtslos; zumal sich bei Bejahung eines Herausgabeanspruches, die (strittige) Frage stellt, ob die Rückforderung vertrags- oder bereicherungsrechtlich zu behandeln wäre, was sich wiederum auf die Beweislastverteilung auswirkt (hierzu Vedat Buz, Rückforderung von Zuvielleistungen in AJP 2016 S. 899). Anzumerken bleibt an dieser Stelle, dass bei heiklen entscheiderelevanten Rechtsfragen nicht zu Ungunsten des Gesuchstellers Aussichtslosigkeit angenommen werden darf. Sie sind vielmehr dem Sachgericht zur Beurteilung zu überlassen (BGer 5A_313/2013 vom 11. Oktober 2013 E. 2.2). Wie sich die Vergütung des Beklagten effektiv bemisst, ist demnach im vorliegenden Entscheid nicht vorwegzunehmen (act. 2 S. 14, act. 4/4).

8.a) Schliesslich verlangt die Klägerin Schadenersatz in Höhe von Fr. 3'752.70, da der Beklagte zugesagte unentgeltliche Garantieleistungen nicht erbracht habe, worauf sie die Behandlung auf dessen Kosten von Dritten habe vornehmen lassen (act. 6/2 S. 5 ff., act. 6/4/11-15). Die Vorinstanz hält dafür, die Klägerin habe keine Beweismittel dafür genannt, dass es sich bei den behaupteten Mängeln (wackelnde Prothese und eine gerissene bzw. geplatzte Krone) um Behandlungsfehler handle, für welche der Beklagte haftbar gemacht werden könne (act. 5 S. 10 f.). Unstreitig ist, dass der Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 8. November 2010 für seine Arbeiten eine "Garantie gemäss SSO-Richtlinien" zusicherte (act. 6/4/10). Bestritten ist hingegen der Inhalt dieser Garantie.

b) Der Vorinstanz ist insofern zu folgen, als ein Zahnarzt verpflichtet ist, sämtliche Vorkehren zu treffen, die im Rahmen der ärztlichen Kunst notwendig sind, um das gewünschte Behandlungsziel zu erreichen. Er haftet demnach für die Folgen einer treuwidrigen oder unsorgfältigen Auftragsausführung, mithin für sogenannte Kunstfehler (Art. 398 OR; BSK OR I-Weber, 6. A., Art. 398 N 24 ff., N 29). Grundsätzlich ist es ihm indes unbenommen, eine weitergehende Garantie abzugeben. Der Klägerin rügt vorab zu Recht, dass sich die Vorinstanz mit dem Beklagten auf nicht näher bezeichnete und nicht aktenkundige SSO-Richtlinien beruft (act. 2 S. 21). Sollten solche Richtlinien auf der Homepage der SSO tatsächlich existieren, so sind sie jedenfalls auch bei gründlicher Recherche nicht auffindbar. Es ist somit fraglich, ob sich die Klägerin solche (allfälligen) Richtlinien entgegenhalten lassen muss. Überdies ist mit der Klägerin anzumerken, dass der Beklagte seine Einstandspflicht in keiner Weise einschränkte (act. 2 S. 22). Da sich die Haftung für Kunstfehler wie gesehen bereits aus dem Gesetz ergibt, ist eher anzunehmen, dass das fragliche Garantieverprechen darüber hinaus sämtliche nach Abschluss der Kiefersanierung hervortretende Mängel abdecken soll, unabhängig davon, ob dem Beklagten ein eigentlicher Kunstfehler unterlaufen ist oder nicht. Aus diesem Grund sah sich die Klägerin wohl nicht veranlasst, näher darzulegen, in welchem Umfang, für welche konkreten Fälle und wie lange die ihrer Meinung nach vom Beklagten zugesicherten Garantieleistungen geschuldet sind, wie dies die Vorinstanz verlangte (act. 5 S. 11). Somit ist nicht von vornherein auszuschliessen, die Klägerin werde den Nachweis, dass es sich bei ihren

Beanstandungen um Mängel handelt, für die der Beklagte umsonst einzustehen hat, erbringen können. Auch was die Schadenersatzforderung der Klägerin betrifft, kann somit entgegen der Vorinstanz nicht von Aussichtslosigkeit gesprochen werden.

9. Die weitere Voraussetzung der Mittellosigkeit erachtete die Vorinstanz als gegeben (act. 5 S. 11). Dem ist zu folgen: Die Klägerin lebt von einer AHV-Rente in Höhe von Fr. 2'102.– pro Monat und von Ergänzungsleistungen. Nebst einem Notgroschen, der ihr zu belassen ist, verfügt sie über kein nennenswertes Vermögen (act. 6/2 S. 12 und 23, act. 6/4/16).

10. Was den unentgeltlichen Rechtsbeistand betrifft, fällt als zusätzliches Kriterium zur Bedürftigkeit und Nichtaussichtslosigkeit in Betracht, dass die betreffende Person auf rechtskundige Unterstützung angewiesen sein muss (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Dies beurteilt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles. Nebst den Besonderheiten des jeweiligen Verfahrens fallen dabei die Komplexität des Sachverhaltes und der Rechtsfragen sowie in der Person des Betroffenen liegende Gründe in Betracht (BGer 5A_395/2012 vom 16. Juli 2012 E. 4.3. m.w.H.). Vorliegend sind einerseits die tatsächlichen Verhältnisse nicht leicht zu überblicken und stellen sich andererseits komplizierte und teilweise umstrittene Rechtsfragen. Aufgrund ihrer persönlichen Voraussetzungen wird sich die Klägerin ohne anwaltliche Hilfe im Verfahren kaum zurecht finden. Sie ist 67 Jahre alt, rechtsunkundig, der deutschen Sprache nur unzureichend mächtig und kämpft offenbar mit psychischen Problemen (act. 2 S. 15). In Anbetracht ihrer sozialen Lage hat sie zudem ein erhebliches Interesse am Prozess. Dass, wie hier, die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, wird sodann in Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO als besonderer Fall der Notwendigkeit genannt. Das gesetzlich konkretisierte Gebot der Waffengleichheit führt dazu, dass Ausnahmen kaum (mehr) denkbar sind (KUKO ZPO-Jent-Sørensen, 2. A., Art. 118 N 6; vgl. auch BGer 5A_395/2012 vom 16. Juli 2012 E. 4.3.). Schliesslich steht der Umstand, dass vorliegend das vereinfachte Verfahren zur Anwendung kommt, der Bewilligung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes nicht generell entgegen (BK ZPO-Bühler,

Art. 118 N 27). Dem Antrag der Klägerin um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters ist damit stattzugeben.

11. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es keine ausreichenden Gründe gab, der Klägerin die unentgeltliche Rechtspflege zu verweigern. Dass die Klage, so die Einschätzung der Vorinstanz, "ziemlich aussichtslos" ist (act. 5 S. 11 [Hervorhebung beigefügt]), genügt gerade nicht, denn die Verlustrisiken müssen die Gewinnchancen klar und deutlich überwiegen (BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 228 ff.). Wie sich die Aktenlage gegenwärtig präsentiert, können der Klägerin nicht äusserst geringe bis gar keine Erfolgsaussichten beschieden werden, zumal allenfalls ein Beweisverfahren durchzuführen sein wird. Namentlich kann ihr nicht von vornherein eine ungünstige Beweisprognose, soweit sie denn überhaupt beweispflichtig ist, gestellt werden. Sodann rechtfertigt es sich, der Klägerin zur Wahrung ihrer Interessen einen unentgeltlichen Rechtsbeistand beizugeben.

In Gutheissung der Beschwerde ist der Klägerin somit für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen. Die Klägerin wird auf die Bestimmung von Art. 123 Abs. 1 ZPO hingewiesen, wonach sie zur Nachzahlung ihrer Prozesskosten verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist.

III.

Ficht eine Partei vor der kantonalen Beschwerdeinstanz die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege erfolgreich an, so gilt der Kanton als unterliegende Partei nach Art. 106 Abs. 1 ZPO. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren fallen damit ausser Ansatz und der Klägerin ist aus der Staatskasse eine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. BGE 140 III 501 E. 4.3; BGer 4D_24/2014 vom 14. Oktober 2014 E. 4.2.).

Damit wird das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für das Beschwerdeverfahren gegenstandslos und ist entsprechend abzuschreiben.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden Dispositiv-Ziffern 1 und 3 der Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 24. Februar 2017 aufgehoben. Der Klägerin wird für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Vorbehalten bleibt die Nachforderung gemäss Art. 123 ZPO.
2. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren fallen ausser Ansatz.
3. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
4. Der Klägerin wird aus der Gerichtskasse eine Parteientschädigung von Fr. 2'200.– (inkl. 8 % MwSt.) zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin, die Gegenpartei in der Hauptsache, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____, unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Meilen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.
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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 17'752.70.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: