

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB110054-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter  
lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

## Urteil vom 6. Januar 2012

in Sachen

A. \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungskläger

gegen

1. B. \_\_\_\_\_,

2. C. \_\_\_\_\_,

3. D. \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungsbeklagte

1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. \_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom  
5. Juli 2011; Proz. CG100157**

**Rechtsbegehren:**

1. Es sei der Beklagte zur Zahlung von CHF 84'114.45 zuzüglich 5% Zinsen auf CHF 23'900.45 seit dem 21. Juli 2008, auf CHF 41'946.00 seit dem 04. August 2008 und auf CHF 18'250.00 seit dem 27. Oktober 2008 zu verurteilen.
2. Unter o/e- Kostenfolge zu Lasten des Beklagten.

**Urteil des Bezirksgerichtes Zürich:**

1. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern Fr. 84'114.45 zuzüglich Zins von 5% auf Fr. 23'900.45 seit 21. Juli 2008, auf Fr. 41'946.00 seit 4. August 2008 und auf Fr. 18'240.00 seit 27. Oktober 2008 zu bezahlen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'100.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern eine Parteientschädigung von Fr. 12'400.- zu bezahlen.
- 5./6. (Mitteilungen, Rechtsmittel)

**Berufungsanträge:**

**des Beklagten (act. 47):**

Das Urteil vom 5. Juli 2011 des Bezirksgerichts Zürich (CG100157-L) sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbe-  
klagten.

### **Erwägungen:**

1.1 Das Aktienkapital der E.\_\_\_\_\_ AG wurde bei der Gründung im Jahr 2001 zu gleichen Teilen von den heutigen Klägern 1 und 2, von der Ehefrau des heutigen Klägers 3 und von F.\_\_\_\_\_ gezeichnet und liberiert, wenig später übernahm offenbar der heutige Kläger 3 die Aktien seiner Frau, wie das zuvor von allen Beteiligten in Aussicht genommen worden war (act. 4/17, Ziff. 5.2.2 und 5.4). Alle Aktionäre, welche unter sich einen Aktionärbindungsvertrag geschlossen hatten, waren Verwaltungsräte der Gesellschaft und mit dieser zudem durch einen Arbeitsvertrag verbunden (für F.\_\_\_\_\_ act. 4/18, für die anderen Beteiligten act. 4/17 Ziff. 5.2.1 und 5.2.2). Zu Beginn des Jahres 2004 schied F.\_\_\_\_\_ aus dem Verwaltungsrat aus; offenbar hatte er seine Tätigkeit für die E.\_\_\_\_\_ AG schon im Lauf des Jahres 2003 aufgegeben.

Der heutige Beklagte ist Rechtsanwalt. Als solcher vertrat er vor dem Zivilgericht W.\_\_\_\_\_ [Schweizer Kanton] zunächst die E.\_\_\_\_\_ AG, welche von F.\_\_\_\_\_ auf Zahlung unter verschiedenen Titeln und auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses eingeklagt worden war. In diesem Verfahren obsiegte die E.\_\_\_\_\_ AG zum grössten Teil. Sie hatte deshalb keine Kosten zu tragen, und es wurde ihr eine Prozessentschädigung zugesprochen (act. 4/16). Einen zweiten Prozess vor dem Zivilgericht W.\_\_\_\_\_ führte der Beklagte als Anwalt der heutigen (und auch dortigen) Kläger gegen F.\_\_\_\_\_. Dieser ging für die Kläger ungünstig aus: auf ihre Klage wurde nicht eingetreten, weshalb ihnen die Gerichtskosten und eine Prozessentschädigung an die Gegenpartei auferlegt wurden (act. 4/12).

1.2 Am 14. September 2010 machten die Kläger nach dem Sühnverfahren Klage gegen den Beklagten anhängig. Die Forderung von Fr. 84'114.45 begründeten sie damit, dass der Beklagte seinen Auftrag als Anwalt schlecht erfüllt habe. Gestützt darauf verlangten sie einerseits das dem Beklagten bezahlte Honorar zurück und beanspruchten andererseits Ersatz der Gerichtskosten und der dem Prozessgegner bezahlten Entschädigung. Der Beklagte schloss auf Abweisung der Klage, da das Gericht seine Klage richtigerweise hätte schützen müssen. Eventu-

ell machte er geltend, seine Arbeit sei für die Kläger trotz des verlorenen Prozesses verwertbar, und erhob er die Einrede der Verjährung.

1.3 Das Bezirksgericht heisst die Klage gut. Der Beklagte habe mit den vor Zivilgericht W. \_\_\_\_\_ gestellten Begehren und der dafür gegebenen Begründung einen von Anfang an aussichtslosen Weg gewählt. Da er nicht behauptete, er habe den Klägern vom Prozess abgeraten und diese hätten gleichwohl darauf bestanden, hafte er für den mit Gerichtskosten und Prozessentschädigung entstandenen Schaden. Als Folge der Schlechterfüllung seines Mandates habe er seinen Honoraranspruch verloren und müsse den Klägern deren Vorschüsse zurückzahlen; seine Arbeit sei für die Klienten wertlos, und da der Rückerstattungsanspruch ein vertraglicher sei, greife auch die Einrede der Verjährung nicht (act. 52).

2.1 Das Verfahren des Bezirksgerichtes, welches seinen Anfang im Jahr 2010 genommen hatte, folgte auch nach dem 1. Januar 2011, als die neue schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft gesetzt wurde, dem alten kantonalen Recht (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Für die gegen das Urteil vom 5. Juli 2011 zur Verfügung stehenden Rechtsmittel und für deren Verfahren gilt dem gegenüber das neue Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO, Verfahrensrügen sind dessen ungeachtet nach den alten Regeln zu beurteilen: ZR 110/2011 Nr. 6 E. 3); die Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Urteil weist darum richtig auf die Frist- und Formerfordernisse von Art. 307 [CH]ZPO hin.

Der Beklagte gibt in der Berufungsbegründung eine eingehende Darstellung des Sachverhaltes, ohne die Angabe, wo diese Behauptungen schon aufgestellt worden sind. In prozessualer Hinsicht führt er lediglich aus, da nach altem kantonalem Recht der Beweisabnahme die Fristansetzung zum Nennen von Beweismitteln voran gehen müsse, dürfe er in der Berufung neue Beweismittel einreichen (act. 47 S. 3). Klarzustellen ist, dass neue Behauptungen in der Berufung grundsätzlich unzulässig sind, und dass sich allfällige Ausnahmen aus Art. 317 Abs. 1 ZPO ergeben müssten (insbesondere gibt es unter neuem Recht den Novengrund des alten § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH - sofort Beweisbares - nicht mehr). Es ist daher auf den Stand der Behauptungen vor Bezirksgericht abzustellen, wo der Beklagte nicht nachweist, dass eine neue Behauptung ausnahmsweise zulässig

ist. Richtig ist, dass den Parteien bisher keine Frist zum Nennen von Beweismitteln angesetzt wurde. Das Bezirksgericht hat die Sache aufgrund rechtlicher Überlegungen entschieden. Sollte das Obergericht zu einem anderen Schluss kommen, wäre nachträglich Frist anzusetzen (ZR 110/2011 Nr. 6 E. 7.2); im aktuellen Stand des Verfahrens besteht kein Anlass für das Nennen von Beweismitteln. Rechtliche Überlegungen dürfen und müssen Parteien und Gericht dem gegenüber ohne Einschränkungen anstellen (Art. 57 ZPO).

2.2 Das angefochtene Urteil wurde dem Beklagten am 8. August 2011 zugestellt. Unter Berücksichtigung der Gerichtsferien (Art. 145 ZPO) lief die dreissigtägige Frist von Art. 311 ZPO bis zum Mittwoch 14. September 2011 und ist mit der Postaufgabe der Berufung (act. 47) an diesem Tag eingehalten.

Den ihm gestützt auf Art. 98 ZPO auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 8'100.-- hat der Beklagte bezahlt.

Es wurden die Akten beigezogen, hingegen wurde keine Berufungsantwort eingeholt.

3.1 Das Bezirksgericht hat die Grundlagen der anwaltlichen Sorgfaltspflicht und einer allfälligen Haftung zutreffend dargestellt, und der Beklagte bringt dagegen in der Berufung nichts vor. Es kann daher vorweg auf die Erwägung IV/2a. im angefochtenen Urteil (act. 52) verwiesen werden. Lediglich präzisierend und ergänzend Folgendes:

Dass der Prozess der Kläger gegen F. \_\_\_\_\_ verloren ging, begründet für sich allein keine Haftung des Beklagten. Er schuldete professionelles Tätigwerden, nicht den Erfolg. Es konnten nicht beide Seiten vollständig obsiegen, und ein gewisses aleatorisches Moment ist jedem Prozess eigen. Der Beklagte hat auch sehr wohl recht mit dem Hinweis, dass Begriffe verschieden verwendet werden können. Allerdings war es gerade seine Aufgabe als Anwalt, die Klage und deren Begründung dem Gericht so zu kommunizieren, dass das gewünschte Urteil jedenfalls mit vernünftiger Wahrscheinlichkeit resultieren würde. Das ist zu prüfen. Wenn der Prozessführung des Beklagten solche Aussichten attestiert werden

können, schadet es ihm nicht, dass der Prozess am Ende ungünstig ausging - aus welchen Gründen auch immer: es kommt dann nicht darauf an, ob das Gericht wie er glaubt gegen ihn als Vertreter so voreingenommen war, dass es seinen Klienten darum Unrecht gab. Die Kläger werfen ihm auch nicht vor, er habe mit seinem Auftreten und seinen Eingaben eine solche rechtswidrige Reaktion des Gerichtes schuldhaft provoziert.

3.2 Das Bezirksgericht prüft zuerst, wie sich die Rechtslage hinsichtlich der 25 Aktien von F.\_\_\_\_\_ darstellte. Dafür kommt es auf die rechtlichen Grundlagen im Aktionärbindungsvertrag an und darauf, welche Erklärungen von den Beteiligten abgegeben worden waren. Es kommt zum Schluss, dass nie ein Anspruch der Kläger auf Übertragung der Aktien entstanden sei (Urteil S. 17 - 22). Der Beklagte wendet dagegen vor allem ein, das Bezirksgericht habe Art. 18 OR übersehen: es komme nicht so sehr auf den Wortlaut und die Auslegung an als darauf, was die Parteien übereinstimmend wollten. Das Bezirksgericht zitiere ja selbst die Korrespondenz zwischen F.\_\_\_\_\_ und den anderen Aktionären, und das könne nur so verstanden werden, dass sie alle von einer Angebotspflicht F.\_\_\_\_\_s ausgingen (act. 47 S. 8).

Nach dem materiellen Recht kommt es primär darauf an, was die Parteien eines Vertrages übereinstimmend wirklich wollten, und nur subsidiär wird darauf abgestellt, wie ihre Willenserklärungen objektiv zu verstehen sind (Art. 18 OR). Prozessual ist es aber umgekehrt: Das Auslegen der Willenserklärungen ist ein rechtlicher Vorgang und daher vom Gericht auch ohne Behauptungen der Parteien vorzunehmen (Guldener, schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 155 Fn. 1). Was die Parteien tatsächlich wollten, ist dem gegenüber eine Tatsache. Tatsächliche Behauptungen müssen von Bundesrechts wegen von den Parteien ins Verfahren eingebracht werden (Guldener S. 166 f.; §§ 37 und 81 ZPO/BS). Der Beklagte behauptet auch in der Berufung nicht, er habe vor dem Zivilgericht W.\_\_\_\_\_ Behauptungen zum tatsächlichen Willen der Parteien des Aktionärbindungsvertrages aufgestellt. Das Einlegen von Korrespondenz ersetzt eine solche Behauptung nicht. Im Übrigen ergibt es sich auch aus den Akten, dass der Beklagte sich nicht auf einen übereinstimmenden inneren Willen der

Parteien des Aktionärbindungsvertrages berief: in der Klageschrift nahm er zwar Bezug auf diesen Vertrag, aber ohne Behauptungen dazu, wie ihn die Beteiligten verstanden hatten (act. 22/24 passim, besonders S. 5). Die Replik argumentiert ebenfalls mit dem Aktionärbindungsvertrag (act. 22/28; bspw. S. 5 f., 8 ff.), aber nicht mit einem übereinstimmenden inneren Willen von dessen Parteien.

Es kommt daher darauf an, wie der Aktionärbindungsvertrag zu verstehen ist, und zwar wie ihn ein korrekter und vernünftiger Vertragsschliessender verstehen durfte und musste (Art. 1 OR, Art. 2 ZGB). Dabei geht es um die Bestimmungen der Art. 8 / "Austrittsrecht" und Art. 9 / "Vorhandrecht"; die Voraussetzungen des Art. 10 / "Kaufrecht" sind offenkundig nicht gegeben, und das macht auch niemand geltend.

"Austritt" aus der Gesellschaft kann, darin sind sich die Beteiligten einig, nicht zum Wortlaut genommen werden, weil das gesellschaftsrechtlich unmöglich wäre. Es muss bedeuten, dass jeder Aktionär seine aktive Mitarbeit für die Gesellschaft aufgeben kann. Denkbar wäre, dass die übrigen Aktionäre sich vertraglich verpflichtet hätten, die Aktien in einem solchen Fall zu übernehmen. Das ist aber nach der insoweit eindeutigen Regelung des Art. 9 nicht der Fall. Der "Austretende" muss zwar seine Aktien der Gesellschaft und/oder den anderen Aktionären zum inneren Wert anbieten. Die Berechtigten können das Angebot annehmen, müssen aber nicht: wenn sie ihr Recht nicht ausüben oder nicht fristgerecht den Kaufpreis zahlen, kann der "Austretende" seine Aktien frei veräussern. Geregelt ist die Ermittlung des inneren Wertes: die Revisionsstelle der Gesellschaft bestimmt ihn aus einer Kombination von Ertrags- und Substanzwert. In welchem Zeitpunkt und auf wessen Veranlassung und Kosten das zu erfolgen hat, steht nicht im Vertrag (zu allem act. 4/17). Wenn die Bewertung noch nicht vorlag, konnte der "Austretende" damit seine Aktien "zum inneren Wert gemäss ABV" den anderen Beteiligten anbieten, und diese konnten das annehmen. Legte er sich selber auf einen Preis fest, konnte der zwar akzeptiert werden, andernfalls setzte das Angebot aber die Annahmefrist von drei Monaten (Ziff. 9.3) nicht in Gang. Nach Darstellung in der Klageschrift vom 28. September 2006 hat F.\_\_\_\_\_ seine Aktien konkret für Fr. 600'000.-- angeboten, was die anderen Aktionäre als

zu hoch (act. 22/28 S. 6: "völlig übersetzt") ablehnten. Ein Angebot "zum inneren" Wert (resp. zu dem - tieferen - Wert, der sich nach Auffassung der Kläger anhand der Bewertung durch die Revisionsstelle ergibt) habe F. \_\_\_\_\_ ihnen gegenüber nie erklärt, und darum habe ihre dreimonatige Annahmefrist gar nie zu laufen begonnen (Klageschrift act. 22/24, passim und S. 5 und S. 12; ebenso Replik act. 22/28 S. 4 und S. 20).

So weit hatte demnach keine Übertragung der Aktien F. \_\_\_\_\_s auf die Kläger stattgefunden, und es war auch nicht etwa auch nur eine Verpflichtung F. \_\_\_\_\_s entstanden, die Aktien den Klägern zu übertragen.

Der heutige Beklagte ist der Meinung, ungeachtet eines entsprechenden Angebots durch einen "Austretenden" habe den anderen Aktionären offen gestanden, die Verpflichtung des "Austretenden" zur Übertragung der Aktien zu schaffen, indem sie ihrerseits anboten, die Titel zum inneren Wert gemäss Art. 9.5 der Aktionärbindungsvertrages zu übernehmen. Dass sie ein solches Angebot gemacht hätten, lässt sich der Klageschrift im Prozess F. \_\_\_\_\_ nicht ausdrücklich entnehmen (act. 22/24 passim), aber bei gutem Willen lässt sich vermuten, es sei das der Standpunkt der Kläger. Auch in der Replik blieb der heutige Beklagte vage: "Der Beklagte ist nicht mehr Mitarbeiter und Verwaltungsrat der E. \_\_\_\_\_ AG, eine Schätzung gemäss Aktionärbindungsvertrag liegt vor und der Preis wurde klar bestimmt und der Beklagte [Anm.: F. \_\_\_\_\_] hat kein Angebot gemäss Schätzung gemacht. Richtig ist nur, dass er seine Aktien zu einem völlig übersetzten Preis den Klägern angeboten hat und damit als Erwerber nicht die E. \_\_\_\_\_ AG sondern die Kläger gewählt hat. Somit sind die vertraglichen Vereinbarungen (...) erfüllt" (act. 22/28 S. 5 f.), und weiter unten: "Der Beklagte hat den Klägern nie seine Aktien gemäss Ziff. 9.5 ABV angeboten. Daher ist das Vorhandrecht mangels vertragskonformen Angebots nie zum Tragen gekommen" (S. 10).

In der Berufung vertritt der Beklagte eine gegenteilige Auffassung: der Aktionärbindungsvertrag sei vernünftig auszulegen, und es sei bekannt, dass in kleinen Gesellschaften Sinn und Zweck eines Aktionärbindungsvertrages sei, "keine neuen Gesellschafter akzeptieren zu müssen, die zu den bisherigen nicht passen (...) Damit ist erstellt, dass gemäss Art. 8.1 i.V. mit Ziff. 8.2 und Ziff. 9 ABV mit

dem Ausscheiden von F. \_\_\_\_\_ als Arbeitnehmer und Verwaltungsrat der E. \_\_\_\_\_ AG der Vorhandfall eingetreten ist" (act. 47 S. 9). So weit damit die Auslegung des Vertrages behandelt wird, ist das Vorbringen zulässig. Es ist aber unhaltbar. Der Vertrag regelt nach seinem klaren Wortlaut (nur) den Fall, dass "ein Gesellschafter seine Aktien verkaufen, verschenken oder sonst wie abtreten oder an Dritte übertragen will" (Ziff. 9.1). In Art. 8 steht nichts Anderes: der "Ausgetretene" muss "hinsichtlich der Modalitäten der Übertragung seiner Aktien gemäss Ziffern 9.1 bis 9.5 [vorgehen]". Danach kann er aber sehr wohl Aktionär bleiben, wenn auch ohne Einfluss auf den Geschäftsgang. Wenn der Beklagte in der Berufung argumentiert, die Gesellschaft solle keine *neuen* Gesellschafter akzeptieren müssen, die nicht zu ihnen passen, bestätigt er das nur - die Übertragung auf einen Aussenstehenden ist in Ziff. 9.1 sorgfältig eingeschränkt, was aber stillschweigend bedeutet, dass der "Austrittende" Aktionär bleiben kann. Dem Beklagten ist ohne Weiteres darin Recht zu geben, dass es Gründe dafür gegeben hätte, den "Austritt" eines Aktionärs zum Vorhandfall zu machen, womit die bisherigen Aktionäre nicht nur keinen neuen Gesellschafter hätten akzeptieren müssen, sondern auch den "Ausgetretenen" hätten zwingen können, seine Aktien abzugeben. Das steht aber eben im Vertrag nicht. Der Beklagte behauptete und behauptet nirgends, eine solche Klausel sei in Aktionärsbindungsverträgen so selbstverständlich, dass sie in einem Vertrag unter Aktionären einer Gesellschaft mit wenigen Aktionären immer mit gemeint sei, auch wenn man es nicht ausdrücklich sage - und so eine Übung ist der Kammer ebenfalls nicht bekannt. Hier hätte der Beklagte im Basler Prozess mit der Behauptung eines übereinstimmenden inneren Willens der Vertragsschliessenden einhaken können; das hat er aber wie gesehen nicht getan.

Nach dem, was der Beklagte dem Zivilgericht W. \_\_\_\_\_ vorgetragen hatte, gab es keinen möglichen Ansatz für den Standpunkt, die Kläger hätten gegenüber F. \_\_\_\_\_ einen Anspruch auf Übertragung von dessen Aktien der E. \_\_\_\_\_ AG, oder diese Übertragung sei sogar schon erfolgt.

Das Zivilgericht W. \_\_\_\_\_ vertritt, wenn auch nur kurz und summarisch, die nämliche Auffassung (act. 4/12 E. 2.4). Es hätte die Klage also abgewiesen, wenn es darauf eingetreten wäre.

3.3 Das Bezirksgericht erwägt weiter, (auch) wegen des unrichtig formulierten Rechtsbegehrens habe der Prozess nicht gewonnen werden können (Urteil S. 22-27).

Der Beklagte hatte dem Zivilgericht W. \_\_\_\_\_ das Rechtsbegehren vorgelegt,

- "1. Es sei festzustellen, dass die Kläger zu gleichen Teilen seit 1. Januar 2004 25% aller Aktien der E. \_\_\_\_\_ AG (...), welche bis anhin der Beklagte hielt, sich im Eigentum der Kläger befinden.
2. Es sei festzustellen, dass die Kläger dem Beklagten kein Entgelt für den Erwerb der in vorstehend Ziff. 1 bezeichneten Aktien zu entrichten haben.
3. Der Verwaltungsrat der E. \_\_\_\_\_ AG (...) sei anzuweisen, bei der Ausgabe von Aktien die Regelung in vorstehender Ziff. 1 zu berücksichtigen." (act. 4/32)

In der Replik hielt er an den Begehren ausdrücklich fest. In der Begründung argumentierte er, da die Aktien nicht verbrieft seien, könne F. \_\_\_\_\_ nicht verpflichtet werden, sie "herauszugeben, zumal er darüber gar nicht verfügt, sonst müsste der Beklagte die Aktien an die Kläger mittels Willenserklärung abtreten. (...) Nach moderner zivilprozessualer Auffassung kann der Richter anstelle des Beklagten selbst das Gestaltungsrecht ausüben und feststellen, dass die Aktien und die Aktionärserschaft nicht mehr der bisherigen Person, sondern anderen Personen (in concreto den Klägern) zusteht" (act. 22/28 S. 4).

Rechtsbegehren Ziff. 1 ist sprachlich verunglückt und so wie es lautet sinnlos. Rechtsbegehren sind aber wie alle Willenserklärungen nach Treu und Glauben zu verstehen, und der Sache nach war klar, was gesagt werden sollte: Es sei festzustellen, dass die 25% aller Aktien der E. \_\_\_\_\_ AG (...), welche bisher der Beklagte hielt, sich seit 1. Januar 2004 zu gleichen Teilen im Eigentum der Kläger befinden. - Das war zwar rechtlich auch nicht möglich, denn die Kläger wollten offenbar nicht gemeinschaftliches Eigentum an den Aktien haben, und die Zahl 25 ist durch drei nicht teilbar. Darauf ging das Zivilgericht aber nicht ein, und auch

heute braucht es nicht vertieft zu werden. Zutreffend hat das Zivilgericht erwogen, ein Feststellungsbegehren bedürfe eines besonderen Feststellungsinteresses, und dieses fehle insbesondere dann, wenn eine Leistungsklage möglich wäre. Nach der Begründung der Klageschrift waren die Kläger der Meinung, sie hätten Anspruch auf Übertragung der Aktien F. \_\_\_\_\_s auf sie. So weit war die Überlegung des Zivilgerichts zutreffend, dass sie eine Leistungsklage erheben konnten und es am Feststellungsinteresse fehlte. Es kommt vor, dass eine Partei ein unrichtiges Begehren stellt, und dass dem Gericht klar ist, wie man es richtig machen müsste. Eine Pflicht oder auch nur ein Recht, die Partei darauf hinzuweisen, gibt es aber nicht - damit würde der einen (notwendig zu Lasten der anderen) Seite unerlaubt Rat erteilt und ein Ausstandsgrund gesetzt (vgl. § 96 Ziff. 2 GVG/ZH und ZR 90/1991 Nr. 37; zur heutigen Situation Peter Diggelmann, Dike-Komm. ZPO [online-Stand 18. Oktober 2011] Art. 47 N. 117).

Mit der Replik an das Zivilgericht führte der Beklagte aus, F. \_\_\_\_\_ müsste zur Übertragung der Aktien eine Willenserklärung abgeben, und nach neuerer zivilprozessualer Auffassung könne das Gericht "anstelle des Beklagten selbst das Gestaltungsrecht ausüben und feststellen, dass die Aktien und die Aktionärsenschaft nicht mehr der bisherigen Person, sondern anderen Personen (in concreto den Klägern) zusteht".

Auch wenn man zu Gunsten des Beklagten annimmt, er habe statt "Gestaltungsrecht" den zuvor richtig verwendeten Terminus "Willenserklärung" gemeint, hilft das nicht weiter. Zunächst gab er damit selber zu, dass die Übertragung der Aktien gerade nicht am 1. Januar 2004 erfolgt war - sonst hätte es keiner durch Urteil zu ersetzenden Willenserklärung F. \_\_\_\_\_s zur Übertragung seiner Aktien mehr bedurft. Sodann ist es zwar richtig, dass das gerichtliche Urteil an Stelle der von einer Partei geschuldeten Willenserklärung treten kann (der vom Beklagten zitierte Staehlin/Sutter, Zivilprozessrecht S. 332 ist zwar nicht ganz präzise: Gestaltungsurteile sind die Ehescheidung oder die Konkurseröffnung: sie gestalten unmittelbar die Rechtslage. Zur Abgabe einer Willenserklärung konnte eine Partei sehr wohl verurteilt werden, ohne dass weitere Bestimmungen damit verbunden wurden. Die Erklärung wurde dann entweder in der Vollstreckung oder schon im

erkennenden Entscheid durch gerichtlichen Spruch ersetzt, vgl. etwa §§ 308 und 304 Abs. 1 ZPO/ZH, auf welche Staehelin/Sutter verweisen; für das neue Recht nun Art. 344 ZPO). Der Beklagte hätte das Rechtsbegehren modifizieren können, und das wäre wohl zulässig gewesen, ob man darin nun eine Klageänderung im technischen Sinn sieht oder nicht. Nur tat er das ausdrücklich nicht, sondern er erklärte eingangs der Replik, "Es wird an allen Rechtsbegehren gemäss Klageschrift festgehalten" (act. 22/28 S. 2). Das Zivilgericht hat ihn als Anwalt zu Recht dabei behaftet (Urteil E. 2.3). In einem wenigleich als verspätet für den Entscheid nicht mehr zu berücksichtigenden Brief hat der Beklagte selber gegenüber dem Zivilgericht eingeräumt, es liege "offensichtlich" kein Rechtsschutzinteresse vor (act. 22/35). Das Nichteintreten auf die Feststellungsklage war die zwingende Folge - was der Beklagte in dem erwähnten Brief selber ausdrücklich beantragte (dazu auch sogleich).

Das Schicksal des Rechtsbegehrens Ziffer 1 teilten damit auch die beiden anderen Begehren.

3.4 In der vorprozessualen Korrespondenz vertrat der heutige Beklagte gegenüber den Klägern die Auffassung, sie hätten gegen den Entscheid des Zivilgerichtes ein Rechtsmittel ergreifen und ihm den Streit verkünden sollen, und so argumentierte er auch vor Bezirksgericht (Duplik act. 36 S. 28). Das wäre ein mögliches Vorgehen gewesen (wenn es auch nur Klarheit geschaffen hätte, wenn das Rechtsmittel erfolgreich gewesen wäre; wenn nicht, wäre die Frage zu beantworten geblieben, ob die Prozessführung durch den Beklagten vertretbar war), allerdings im konkreten Fall nicht ratsam: der Beklagte selber hatte am 12. Februar 2008 dem Zivilgericht beantragt, es solle auf seine Klage nicht eintreten, weil "offensichtlich kein Rechtsschutzinteresse vorliegt", und "[die Kläger] versäumten (...), ein Gesuch um Klageänderung zu stellen, was ebenfalls ein Uminterpretieren des Feststellungsbegehrens nicht zulässt" (act. 22/35). Auf diese Eingabe ging das Zivilgericht aus prozessualen Gründen zwar nicht mehr ein. Hätte der Beklagte oder hätten die Kläger selber in einem Rechtsmittelverfahren vorgetragen, das Nichteintreten des Zivilgerichtes sei nicht richtig gewesen, hätten sie sich gleich-

wohl dem Vorwurf des Mutwillens ausgesetzt (StaeHELIN/Sutter S. 121 f., besonders Rz. 61).

Es wurde eingangs festgehalten, dass der Prozessverlust an sich dem Beklagten nicht zum Vorwurf gemacht werden darf. Ein kleinlicher Massstab darf an die Arbeit des Anwaltes nicht angelegt werden. Auch dem Vertreter der Kläger im vorliegenden Verfahren sind Fehler unterlaufen. Einen G.\_\_\_\_\_platz (Weisung act. 1 und 8, Klageschrift act. 2 bei der Adresse des Klägers 2) gibt es in H.\_\_\_\_\_ nicht. Standesrechtliche Massnahmen gehen das Zivilgericht nichts an (Klageschrift Rz. 3). Ob die Kläger im Handelsregister eingetragen sind, spielte nach Zürcher Recht zunächst keine Rolle, primär interessierte ein Handelsregistereintrag des Beklagten (§§ 62 und 63 Ziff. 1 GVG/ZH; gleich nun Art. 6 Abs. 2 lit. c und Abs. 3 ZPO). Die Gerichte sind vor Fehlern, Irrtümern, ja Unsorgfaltigkeiten nicht gefeit. Dass, wo Menschen tätig sind, Fehler passieren können, selbst wenn und wo sie es nicht dürften, soll aber nicht dazu führen, dass man den Massstab anpasst und einen klaren Fehler schonredet. Nach den vorstehenden Erwägungen muss die Prozessführung durch den Beklagten auch bei zurückhaltender Beurteilung als deutlich ungenügend und sorgfaltswidrig bezeichnet werden, und zwar sowohl in prozessualer als auch in materieller Hinsicht. Bei diesem Mandat hat er seine Pflicht als Anwalt nicht erfüllt.

3.5 Hätte der Beklagte den Prozess nicht geführt, wären den Klägern die Aufwendungen für Gerichtskosten und Parteientschädigung nicht erwachsen. Dass er ihnen abgeraten hätte und sie das Risiko bewusst eingingen, macht er nicht geltend. Die Aufwendungen sind damit adäquat kausale Folge seiner Pflichtverletzungen. Wie die Kläger trotz des Prozessverlustes von seiner Arbeit profitieren könnten, ist entgegen seiner pauschalen diesbezüglichen Behauptung nicht zu erkennen.

Hat der Anwalt seine Pflichten nicht erfüllt, hat er auch keinen Anspruch auf Honorar; das ist keine Frage des Schadens, sondern des (Nicht-)Anspruchs auf die vertragliche Gegenleistung im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR. Trotz der anderen Auffassung des Beklagten ist der entsprechende Rückforderungsanspruch der Kläger vertraglicher und nicht bereicherungsrechtlicher Natur. Die Kläger ha-

ben nicht dem Beklagten nach Abschluss des Prozesses vor Zivilgericht W. \_\_\_\_\_ in Kenntnis des Verfahrensausganges ein Honorar bezahlt, das sie nun zurückfordern. Sie haben dem Beklagten im Rahmen des Auftrages Akontozahlungen geleistet, und diese standen unter dem wenn auch nur stillschweigend vereinbarten Vorbehalt der Abrechnung. Der Beklagte räumt ein, dass er zu viel erhielt, und das Zuviel nach seiner Rechnung hat er den Klägern zurück erstattet (Klageantwort act. 20 S. 47 f.). Nun erhöht sich dieses Zuviel um das in Rechnung gestellte und einbehaltene Honorar von Fr. 23'900.45 (act. 4/42), und um diese Summe erhöht sich die vertragliche Pflicht des Beklagten zur Rückgabe des akonto Geleisteten.

Damit bleibt es bei Gutheissung der Klage. Obwohl die Berufung reformatorisch ist, kann das Berufungsgericht nach Art. 318 ZPO auf eine Wiederholung des Urteilsspruchs verzichten und den angefochtenen Entscheid lediglich "bestätigen". Schwierigkeiten für die Vollstreckung sind jedenfalls dann nicht zu besorgen, wenn wie nach Zürcherischer Übung dieser Entscheid im Ingress des Berufungsurteils wiedergegeben ist.

4. Der Kläger wird kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Mit der Bestätigung des angefochtenen Entscheides werden auch die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Verfahrens in erster Instanz bestätigt.

Für das Berufungsverfahren ist eine Entscheidgebühr von Fr. 8'100.-- festzusetzen. Da keine Berufungsantwort eingeholt wurde, ist den Klägern für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und der angefochtene Entscheid wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'100.-- festgesetzt, dem Beklagten auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss verrechnet.

3. Für das Berufungsverfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kläger unter Beilage des Doppels von act. 47, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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

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

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 84'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: