

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120094-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. G. Pfister,
Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.
B. Demuth

Beschluss und Urteil vom 12. Dezember 2012

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

unentgeltlich vertreten durch Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 6. Abteilung, vom
6. September 2012 (CG110118)**

Rechtsbegehren:

Die Beklagte sei zu verpflichten dem Kläger Fr. 88'372.– nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2005 sowie Fr. 23'721.50 nebst Zins zu 5% seit 17. Juni 2011 zu bezahlen (vgl. Urk. 1 und Prot. I S. 29).

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 6. Abteilung, vom 6. September 2012:

1. Die Klage wird vollumfänglich abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
Fr. 9'234.00; die Barauslagen betragen:
Fr. 750.00 Kosten für Übersetzung
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt, jedoch einstweilen auf die Staatskasse genommen. Der Kläger wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 15'695.– (Fr. 14'532.– zuzüglich 8% MwSt) zu bezahlen.

Berufungsanträge:

1. Ziffer 1 des Entscheids des Bezirksgerichtes Zürich 6. September 2012 sei aufzuheben und die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 88'372.– zuzüglich 5% Zins seit mittlerem Verfall als Schadenersatz zu bezahlen.
2. Ziffer 3 des Entscheids des Bezirksgerichtes Zürich 6. September 2012 sei aufzuheben und die Beklagte sei zu verpflichten, die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu tragen.
3. Ziffer 4 des Entscheids des Bezirksgerichtes Zürich 6. September 2012 sei aufzuheben und die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 15'695.– zu bezahlen.
4. Für das Verfahren vor Obergericht sei dem Kläger unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsverbeiständung zu gewähren.

Sachverhalt und Prozessgeschichte:

1. a) Der Kläger arbeitete als Chauffeur. Seit Juni 2003 bzw. Februar 2004 ist er Rentner. Sein letztes Arbeitsverhältnis mit der C._____ AG ist auf den 31. Januar 2004 aufgelöst worden. Er bezieht neben der Pension eine UVG-Rente. Die Beklagte ist Rechtsanwältin.

Die Parteien kamen im Jahre 2004 über eine gemeinsame Bekannte, die Juristin Dr. D._____, bei welcher die Ehefrau des Klägers Reinigungsarbeiten ausführte, in Kontakt. D._____ hatte den Kläger schon verschiedentlich informell rechtlich beraten. Der Kläger erkundigte sich bei D._____, ob sie ihm in einer dringlichen Rechtssache eine Anwältin oder einen Anwalt vermitteln könne. Dies führte am 17. Februar 2004 zu einem ersten Kontakt der Parteien im Wohnzimmer von Dr. D._____. Anlässlich dieses Kontaktes kam ein Mandatsverhältnis zustande (Urk. 12/3). Über den Inhalt des Mandates sind sich die Parteien nicht einig. Während der Kläger von einem Auftrag spricht, der "sämtliche anstehenden Mühewaltungen gegenüber den Sozialversicherungen" umfassen sollte (Urk. 10 S. 4), behauptet die Beklagte, das Mandat habe sich auf "Gesundheitsschaden infolge div. Unfälle" beschränkt (Urk. 47 S. 2).

b) Der Kläger behauptet, er sei mit dem Problem an die Beklagte gelangt, dass er kein Einkommen mehr habe, da die G._____ [Unfallversicherung] nicht mehr zahle. Ausserdem habe er anlässlich des Kontaktes vom 17. Februar 2004 darauf hingewiesen, dass ihm der Arbeitgeber mitgeteilt habe, er könne über die Kollektivkrankentaggeldversicherung in die Einzelkrankentaggeldversicherung übertreten; er müsse dies aber innert 30 Tagen machen. Er habe die Beklagte beauftragt, den Übertritt in die Einzelkrankentaggeldversicherung zu veranlassen. Dies wird von der Beklagten bestritten. Unbestritten ist, dass nie ein Übertritt in die Einzelkrankentaggeldversicherung erfolgte, weshalb auch nie entsprechende Taggeldleistungen ausbezahlt wurden. Der Kläger macht geltend, dass die Taggeldversicherung während zwei Jahren insgesamt Fr. 88'372.20 bezahlt hätte. Die Beklagte hafte hiefür, sie habe zu verantworten, dass die Frist zum

Übertritt in die Einzelkrankentaggeldversicherung verpasst worden sei (vgl. u.a. Urk. 74 S. 4).

2. Am 9. September 2011 ging bei der Vorinstanz die vom damaligen Rechtsvertreter, Rechtsanwalt Dr. E. _____, verfasste Klageschrift vom 17. Juni 2011 ein (Urk. 1). Der Kläger persönlich überbrachte die Klagebewilligung vom 18. Mai 2011 in Kopie, das Original reichte er am 13. September 2011 nach (Urk. 4). Da die Klageschrift weder unterzeichnet noch die erwähnten Beilagen samt Verzeichnis beigelegt waren, wurde dem Kläger Frist angesetzt, um diese Mängel zu beheben. Für den weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahren kann auf die ausführliche Wiedergabe im angefochtenen Urteil verwiesen werden (Urk. 75 S. 3 ff.). Wesentlich ist, dass letztlich die Klageschrift vom 3. Oktober 2011 massgeblich ist (Urk. 10), und dass der Kläger schliesslich Schadenersatz im Umfang von Fr. 88'372.– und eine Entschädigung für Anwaltskosten des ersten Vertreters von Fr. 23'721.50 beanspruchte (Prot. I S. 29). Festzuhalten ist ausserdem, dass die Vorinstanz ihren Entscheid fällte, nachdem sie zum bestrittenen Umfang des Mandats ein Beweisverfahren durchgeführt hatte. Mit Urteil vom 6. September 2012 wies das Bezirksgericht Zürich, 6. Abteilung, die Klage ab (Urk. 75).

3. Mit rechtzeitiger Eingabe vom 15. Oktober 2012 erhob der Kläger Berufung gegen das Urteil der Vorinstanz. Er hält daran fest, dass die Beklagte für einen Schaden von Fr. 88'372.– einzustehen habe. Sie hafte für den von ihr nicht ausgeführten Auftrag bzw. für mangelhafte Aufklärung des Klägers (Urk. 74 S. 5-9 sowie S. 11 f.).

Erwägungen:

I.

1. Die Vorinstanz hat die Klage "vollumfänglich abgewiesen". Damit hat sie sowohl den vom Kläger geltend gemachten Schadenersatz über Fr. 88'372.– als auch den geltend gemachten Ersatz der Anwaltskosten des ersten Vertreters des Klägers über Fr. 23'721.50 abgewiesen. Mit der Berufung beantragt der Kläger nurmehr die Zusprechung von Fr. 88'372.– Schadenersatz sowie die Neuregelung

der Kosten- und Entschädigungsfolgen. Damit ist die Klageabweisung, soweit die Klage den Betrag von Fr. 88'372.– übersteigt, in Rechtskraft erwachsen. Dies ist vorzumerken.

2. Gemäss neuer ZPO ist die Berufung innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO) und grundsätzlich innert 30 Tagen zu beantworten (Art. 312 Abs. 2 ZPO). Die Rechtsmittelinstanz kann aber auch auf das Einholen einer Berufungsantwort verzichten, wenn die Berufung offensichtlich unbegründet ist (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Dies ist dann der Fall, wenn sich bei der ersten Prüfung ergibt, dass die Berufung in materieller Hinsicht klarerweise unberechtigt ist, d.h. wenn davon auszugehen ist, dass der Berufung keinerlei Erfolgchancen einzuräumen sind, dass diese mithin chancenlos ist. Eine Berufung kann in einem solchen Fall ohne Einholung einer Berufungsantwort abgewiesen werden (vgl. Reetz/Theiler in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 312 N 14 f. und 18). Wie aus den nachfolgenden Erwägungen hervorgeht, ist die Berufung abzuweisen, womit sich die Einholung einer Berufungsantwort erübrigt.

3. Im Rahmen der Berufungsbegründung ist darzulegen, weshalb die in der Berufungsschrift aufgeführten Berufungsanträge gestellt werden und gestützt auf welche Sachverhaltselemente und Rechtsgrundlagen sich diese Berufungsanträge rechtfertigen. Die Begründung eines Rechtsmittels hat zu erklären, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll. Sie muss – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten. Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen. Der Berufungskläger hat sich aber mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheides auseinanderzusetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf alle denkbaren Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 36). Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Berufungsbegründung mit den entsprechenden Rügen grundsätzlich den Umfang der Prüfungsbeurteilung und der Prüfungspflicht der Berufungsinstanz umschreibt. Die Berufungs-

instanz kann die gerügten Mängel frei und unbeschränkt überprüfen und muss sie auch überprüfen (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 5 f.).

4. Im Berufungsverfahren sind neue Vorbringen nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig. Danach sind neue Tatsachen und Beweismittel nur noch zu berücksichtigen, wenn sie - kumulativ - ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Das Berufungsverfahren soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfassend überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Das Berufungsverfahren steht gewissermassen auf den Schultern des erstinstanzlichen Entscheides und dient nicht dazu, dass die Parteien Versäumtes nachbessern können. Alles was relevant ist, ist deshalb in das erstinstanzliche Verfahren einfliessen zulassen (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 317 N 31; Peter Volkart, Dike-Komm-ZPO, Art. 317 N 3 f.).

II.

1. a) Wer in der Schweiz Wohnsitz hat oder erwerbstätig ist, kann grundsätzlich eine Krankentaggeldversicherung abschliessen. Diese kann für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer als Kollektivversicherung abgeschlossen werden (Art. 67 Bundesgesetz über die Krankenversicherung, KVG). Mit dem Ende eines Arbeitsvertrages endet der Versicherungsschutz aus einer kollektiven Krankenversicherung. Der austretende Mitarbeitende hat bei Kollektivversicherungen alsdann das Recht, in die Einzelversicherung des Versicherers überzutreten, wobei der Versicherer bzw. der Arbeitgeber den Mitarbeiter hierüber zu orientieren haben. Der Übertritt muss bei einer Kollektivversicherung nach KVG spätestens drei Monate nach Mitteilung des Übertrittsrechts erklärt werden (Art. 71 KVG). Die neue Prämie ist alsdann vom Mitarbeiter alleine zu tragen, was regelmässig markante Mehrbelastungen zur Folge hat. Bei Kollektivversicherungen nach dem Versicherungsvertragsgesetz (VVG) muss der (nur) vertraglich geregelte Übertritt in der Regel innert 30 Tagen erklärt werden, es sei denn die Versicherungsbedin-

gungen sehen eine längere Frist vor. Bei Kollektivversicherungen nach dem VVG sind grundsätzlich die allgemeinen Versicherungsbedingungen massgebend.

b) Der Kläger war durch seine Arbeitgeberin bis 31. Januar 2004 der kollektiven Krankentaggeldversicherung der Krankenkasse F._____ angeschlossen. Die Arbeitgeberin C._____ AG teilte dem Kläger am 31. Januar 2004 mit, dass er das Recht habe, in die Einzelversicherung der F._____ überzutreten. Ein Übertritt ist nicht erfolgt.

c) Der Kläger hat weder im erst- noch im zweitinstanzlichen Verfahren ausgeführt, ob es sich bei der fraglichen Kollektivkrankentaggeldversicherung um eine Versicherung nach KVG oder VVG handelte. Er brachte vorerst lediglich vor, dass er der Beklagten anlässlich der ersten Besprechung im Februar 2004 die Unterlagen, die ihn auf die Möglichkeit des Übertritts in die Einzelversicherung hingewiesen hätten, übergeben habe. Dies sei ihm sehr am Herzen gelegen. Die Beklagte habe jedoch gesagt, dies pressiere nicht (Urk. 10 S. 5 f.). Die Beklagte habe indes bereits bei der Eingehung des Mandates Kenntnis von seinen krankheitsbedingten Beschwerden gehabt; die Wahrung der entsprechenden Ansprüche wäre daher entscheidend gewesen (Urk. 10 S. 6 f.). Die G._____ habe schliesslich am 21. April 2004 den Kläger aufgefordert, den Fall der Krankenversicherung zu melden. Über diese Akten habe die Beklagte verfügt, da sie gegen die G._____ prozessiert habe. Auch in diesem Zeitpunkt "hätte die F._____ mit überwiegender Wahrscheinlichkeit den Übertritt in die Einzelversicherung noch akzeptiert" (Urk. 10 S. 8). Mit der Replik machte der Kläger geltend, er habe die Beklagte auf die Krankentaggeldversicherung aufmerksam gemacht, doch die Beklagte habe gemeint, man benötige diese nicht. Die Beklagte habe deshalb ihre Sorgfaltspflichten verletzt (Prot. I S. 17). Zudem machte er unter Hinweis auf die von ihm nun eingereichten Versicherungsbedingungen (Urk. 57/6) geltend, dass ein Übertritt innert einer Frist von drei Monaten bzw. bis Ende 2004 möglich gewesen wäre. Die Beklagte hätte spätestens am 8. März 2004 merken müssen, dass der Kläger bei der Krankentaggeldversicherung anzumelden gewesen wäre (Prot. I S. 17 f.). Mit der Berufung hält der Kläger daran fest, dass die Beklagte dafür hafte, dass der Übertritt in die Einzelkrankentaggeldversicherung nicht er-

folgt sei, und dass ihm deshalb insgesamt Fr. 88'372.– Krankentaggelder nicht ausgerichtet worden seien. Die Beklagte hafte, wenn nachgewiesen sei, dass der Übertritt in die Einzelversicherung Gegenstand des Erstgesprächs gewesen sei. Sie hafte aber auch, wenn sie nicht geklärt habe, wie weit ihr Mandat gefasst sei, und schliesslich hafte sie auch aufgrund ihrer Aufklärungspflicht, in deren Rahmen sie den Kläger hätte darauf hinweisen müssen, dass der Übertritt in die Einzelversicherung rechtzeitig angemeldet werden müsse (Urk. 74 S. 9 f. Rz 9).

Die Beklagte hat dagegen geltend gemacht, dass sie nie mit der Vertretung gegenüber der Krankenversicherung beauftragt worden sei; sie habe nie einen Auftrag erhalten, den Übertritt für den Kläger zu prüfen. Sie habe ihm hiezu weder geraten noch davon abgeraten, dies sei schlicht nicht thematisiert worden.

2. a) Aus den vom Kläger mit der Replik vor Vorinstanz eingereichten Unterlagen geht hervor, dass die fragliche Kollektivkrankentaggeldversicherung nach den Bestimmungen des VVG geführt wurde. Gemäss den ab dem 1. Januar 1998 massgeblichen allgemeinen Versicherungsbedingungen (vgl. dazu Urk. 57/6 S. 1) war beim Austritt aus dem versicherten Personenkreis bis höchstens 30 Tage nach dem Ausscheiden aus dem Kollektivversicherungsvertrag der Abschluss einer Krankentaggeldversicherung nach den Bestimmungen der Einzeltaggeldversicherung möglich (Urk. 57/6 S. 13 Ziff. 50.1). Die neue Prämie wäre alsdann nach dem Tarif der Einzeltaggeldversicherung berechnet worden (Urk. 57/6 S. 13 Ziff. 50.1.2). Der Kläger wurde von der bisherigen Arbeitgeberin - wie erwähnt - mit Schreiben vom 31. Januar 2004 darüber informiert, dass er "grundsätzlich das Recht habe, in die Einzelversicherung überzutreten" (Urk. 12/4). Er hätte damit im Februar 2004 die Möglichkeit gehabt, eine Einzeltaggeldversicherung abzuschliessen. Die Bestimmungen dieser Einzelkrankentaggeldversicherung wurden indes nicht namhaft gemacht. Insbesondere wurde auch nichts gesagt zur Höhe der bei einem Übertritt fälligen Prämien, die üblicherweise eine markante Mehrbelastung des Versicherten zur Folge haben.

b) Der Kläger geht mit der Berufung selber davon aus, dass die Einstellung der Taggelderleistungen durch den UVG-Versicherer Anlass zur Beratung durch die Beklagte gegeben habe (Urk. 74 S. 3 Rz 4). Für die neu erhobene Be-

hauptung, dass er die Beklagte (auch) beauftragt habe, den Übertritt in die Einzeltaggeldversicherung zu veranlassen (vgl. dazu Urk. 75 S. 12 Ziff. 7.1), fehlt ein Beweis.

Die Vorinstanz hat entsprechend den Behauptungen des Klägers im erstinstanzlichen Verfahren zur Frage, ob anlässlich des Instruktionsgesprächs vom 14. Februar 2004 die Frage des Übertritts des Klägers in die Einzelkrankentaggeldversicherung diskutiert worden sei (vgl. dazu Urk. 75 S. 12 f.), und dass der Kläger das erwähnte Schreiben der C. _____ AG vorgelegt bzw. übergeben habe, sowie dass die Beklagte gesagt habe, dieser Übertritt pressiere nicht, ein Beweisverfahren durchgeführt. Als Ergebnis dieses Beweisverfahrens hielt die Vorinstanz mit ausführlichen Erwägungen fest, der Beweis, wonach die Parteien anlässlich des Instruktionsgesprächs vom 14. Februar 2004 den Übertritt des Klägers in die Einzelkrankentaggeldversicherung diskutiert hätten, sei gescheitert (Urk. 74 S. 13 ff. Ziff. 7.3). Der Kläger setzt sich im Berufungsverfahren mit den detaillierten Erwägungen der Vorinstanz zum Beweisergebnis nicht auseinander. Entgegen der Behauptung in der Berufungsbegründung (Urk. 74 S. 5 Rz 10) ist danach eben nicht erstellt, dass der Kläger anlässlich der ersten Kontaktaufnahme mit der Beklagten "diese gebeten hat, den Übertritt in die Einzeltaggeldversicherung anzumelden". Ebenso ist die neu erhobene Behauptung nicht erstellt, dass der Kläger zur Beklagten "gekommen sei, um auch den Übertritt in die Einzelversicherung von ihr machen zu lassen, weil er nicht wusste, wie das geht" (Urk. 74 S. 6 Rz 14). Der vom Kläger behauptete Auftrag (Urk. 74 S. 6 Rz 15) ist nicht nachgewiesen.

Es sind in diesem Zusammenhang keine weiteren Beweise abzunehmen. Neue Tatsachen und Beweismittel sind nur zu berücksichtigen, wenn sie (u.a.) nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Der Kläger legt nicht dar, weshalb er erst im Berufungsverfahren H. _____ von der C. _____ AG als Zeuge dafür anführt, dass er dem Kläger den Übertritt in die Einzelversicherung nahe gelegt habe. Selbst der Nachweis dieser Behauptung würde indes nicht zwingend ergeben, dass die Parteien am 17. Februar 2004 über einen solchen Übertritt diskutiert haben.

Mit Blick auf die Beweiswürdigung der Vorinstanz ist sodann anzufügen, dass das Gericht die Beweise nach freier Überzeugung zu würdigen hat (Art. 157 ZPO). Ein Beweis ist danach erbracht, wenn das Beweisverfahren die richterliche Überzeugung begründet, die mehr verlangt als blosser Wahrscheinlichkeit, die vielmehr jeden erheblichen Zweifel ausschliesst. Das Gericht muss vernünftigerweise und nach objektiven Gesichtspunkten von der Wahrheit der rechtserheblichen Tatsachenbehauptung überzeugt sein. Die Verwirklichung der streitigen Tatsachenbehauptung hat derart nahe zu liegen, dass sie als annähernd sicher erscheint (Christian Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 157 N 51). Der Richter darf sich nicht als überzeugt erklären, wenn Zweifel für ihn bestehen. Die richterliche Überzeugung braucht aber andererseits auch keine absolute Gewissheit zu sein, denn mit Gewissheit lassen sich bestrittene Tatsachen aus der Vergangenheit kaum je feststellen. Die richterliche Überzeugung darf sich auf eine Wahrscheinlichkeit stützen, die zwar objektiv Zweifel nicht ausschliesst, diese aber subjektiv, d.h. nach Ansicht des Gerichtes als unbegründet erscheinen lässt. Es genügt, wenn das Gericht sich mit Bezug auf die Frage, ob sich die umstrittene Tatsache verwirklicht hat oder nicht, mit gutem Gewissen als überzeugt erklären kann. Als beweislos darf daher eine Tatsache nur bezeichnet werden, wenn ein Zweifel bestehen bleibt, dem ein gewisses Gewicht zukommt, nicht aber dann, wenn schon eine lediglich theoretisch entfernte Möglichkeit besteht, dass der wirkliche Sachverhalt anders sein könnte, als er sich dem Gericht darbietet. Die Grenze zwischen Überzeugtsein und Nichtüberzeugtsein ist sodann fließend. Es gibt Überzeugungen, die sich mit Macht aufdrängen und solche, die gewonnen werden, indem mögliche Zweifel unterdrückt werden (Guldener, Beweiswürdigung und Beweislast, S. 6 f.). Lässt sich jedoch nicht feststellen, ob eine rechtserhebliche Tatsache sich verwirklicht hat oder nicht, so ist zu Ungunsten der Partei zu entscheiden, welche die Beweislast trägt. Die Beweislast ist das Risiko einer Partei, im Falle der Beweislosigkeit einer rechtserheblichen Tatsache im Prozess zu unterliegen (Guldener, a.a.O., S. 16).

Die Vorinstanz hat diesen Vorgaben Rechnung getragen, und sie hat es zu Recht als nicht nachgewiesen erachtet, dass der Übertritt des Klägers in die Einzelkrankentaggeldversicherung Gegenstand der Gespräche vom 14. Februar

2004 bzw. des Mandates der Beklagten war. Es kann daher auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 75 S. 13 ff.). Wesentlich ist u.a., dass die Beklagte in den von ihr am 17. Februar 2004 erstellten Handnotizen die Einzelkrankentaggeldversicherung überhaupt nicht erwähnt hat (Urk. 59/1 und 59/2), was bei dem behaupteten Auftrag kaum der Fall gewesen wäre. Die Vollmacht zu Gunsten der Beklagten lautete zudem auch auf eine Vertretung "in Sachen Gesundheitsschaden infolge div. Unfälle" (Urk. 12/3), was klar darauf hinweist, dass die beiden Unfälle des Klägers vom 23. April 2001 und vom 20. November 2002 und die entsprechenden Folgen Gegenstand des Gespräches vom 17. Februar 2004 und des Mandates der Beklagten waren. Dies erscheint denn auch angesichts der vom Kläger angeführten Einstellung der Taggeldleistungen durch den UVG-Versicherer als naheliegend. Die Vorinstanz hat sodann nachvollziehbar angeführt, dass die Beklagte am 18. Februar 2004 den Namen der bisherigen Arbeitgeberin des Klägers kaum falsch geschrieben hätte, wenn sie im Besitzes des Schreibens vom 31. Januar 2004 (Urk. 12/4) gewesen wäre. Schliesslich hat die Vorinstanz aber auch die Glaubhaftigkeit der Aussagen des Klägers und dessen Ehefrau zutreffend gewürdigt (Urk. 75 S. 16). Letztere war auf die wesentlichen Fragen vorbereitet, und zudem ist es eine alte Erfahrungstatsache, dass verwandtschaftliche Beziehungen zu einer Partei Anlass geben können, die Aussagen in eine bestimmte Richtung zu lenken. Nehmen sie - zumal wenn der Zeuge auf die Fragen vorbereitet wurde - tatsächlich diesen Verlauf, so kann dies als ein Indiz für die Unglaubwürdigkeit angesehen werden (R. Hauser, Der Zeugenbeweis in Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, S. 314).

Da somit nicht erstellt ist, dass es beim Gespräch vom 17. Februar 2004 (auch) um den Übertritt in die Einzelkrankentaggeldversicherung ging, kann nicht von einem entsprechenden Auftrag des Klägers ausgegangen werden, wonach die Beklagte für den Übertritt des Klägers in die Einzelkrankentaggeldversicherung der F. _____ hätte besorgt sein müssen. Die Ausführungen des Klägers "zur Haftung für nicht ausgeführten Auftrag" sind daher nicht weiter zu prüfen.

3. a) Der Kläger hält mit der Berufung weiter daran fest, dass die Beklagte ihn über alle Punkte hätte aufklären müssen, die er nicht kennt, die aber für den

Entschluss, den Inhalt des Auftrages zu bestimmen, wesentlich seien. Die Beklagte hätte ihn daher auf das Zusammenspiel der Versicherer im Sozial- und Privatversicherungsbereich hinweisen und aufklären müssen, "was es damit unabhängig von den anderen Versicherungen auf sich habe" (Urk. 74 S. 9 Rz 26). Da die Beklagte ihm erklärt habe, eine Anmeldung bei der Krankentaggeldversicherung der F._____ sei nicht notwendig, oder auch nur schon dadurch, dass sie dies nicht erwähnt oder nicht erklärt habe, habe sie ihre Aufklärungspflicht nicht wahrgenommen und dem Kläger damit einen Schaden zugefügt, da er nicht in die Einzelkrankentaggeldversicherung übergetreten sei (Urk. 74 S. 9 Rz 27). Der Beklagten habe klar sein müssen, dass auch die Krankentaggeldversicherung zum Zug kommen würde, da sie gewusst habe, dass auch "gesundheitliche Folgen infolge Krankheit" vorliegen würden. Sie hätte daher sicherstellen müssen, dass der Versicherungsanspruch auch im Krankentaggeldbereich geltend gemacht werden könnte, sei es durch sie oder durch Dr. D._____ (Urk. 74 S. 9 Rz 28-30).

b) Vorweg ist festzuhalten, dass der Kläger über die Möglichkeit eines Übertritts in eine "Einzelversicherung" informiert war (Urk. 12/4). Eine entsprechende Information durch die Beklagte war daher nicht mehr nötig. Es war aber auch nicht Aufgabe der Beklagten im Rahmen ihrer Sorgfaltspflichten, diesen Übertritt vorzubereiten bzw. anzumelden. Hiefür wäre ein entsprechender Auftrag erforderlich gewesen. Dabei wäre - was vom Kläger nicht angeführt wird - zuerst abzuklären gewesen, welche (regelmässig markant höheren) Kosten bei einer Einzelkrankentaggeldversicherung anfallen würden. Auch in diesem Punkt setzt sich der Kläger nicht mit dem Beweisergebnis und den Erwägungen der Vorinstanz auseinander. Es ist danach - wie bereits erwähnt - davon auszugehen, dass die Krankentaggeldversicherung nicht Gegenstand des Instruktionssgesprächs vom 17. Februar 2004 war. Dies ist denn auch nachvollziehbar, ging es doch darum, das Nötige vorzukehren, nachdem die Taggeldleistungen des UVG-Versicherers eingestellt wurden (so auch der Kläger: Urk. 74 S. 3).

Dass die Taggeldleistungen des UVG-Versicherers eingestellt wurden, bedeutet nicht zwingend, dass die Beklagte nun hätte dafür besorgt sein müssen, dass ein Versicherungsschutz für anderweitige Ansprüche sichergestellt wird,

nämlich für die Versicherung eines Krankentaggeldes besorgt zu sein. Dies auch wenn die Beklagte Kenntnis davon hatte, dass der Kläger (allenfalls auch) wegen vorbestehender Krankheit arbeitsunfähig war (Urk. 57/4 und 57/5). Der Anwalt hat die Interessen des Klienten nur im Umfang des erteilten Mandates zu verfolgen. Er hat im Rahmen des ihm erteilten Auftrages die ihm übertragenen Geschäfte sorgfältig zu besorgen. Über das Mandat hinaus besteht keine Pflicht zur Interessenverfolgung; die Interessenwahrungspflicht wird durch den vereinbarten Umfang des Mandates bestimmt (Kaspar Schiller, Schweizerisches Anwaltsrecht, S. 3 Rz 15 und S. 197 Rz 791). Gemäss Beweisverfahren ist davon auszugehen, dass die Ansprüche aus den beiden erwähnten Unfällen Gegenstand des Mandates waren, nicht jedoch der Abschluss einer Einzelkrankentaggeldversicherung. Die vom Kläger geltend gemachte umfassende Beratungspflicht der Beklagten beschlägt daher nur die Ansprüche im Zusammenhang mit den Unfallfolgen, nicht jedoch weitere mögliche Ansprüche aufgrund anderer Sachverhalte. Es kann daher entgegen der Auffassung des Klägers (Urk. 74 S. 10 Rz 33) nicht gesagt werden, dass es (auch) Aufgabe der Beklagten gewesen wäre, den (Krankheits-) Schaden bei der F._____ zu melden und gar dafür zu sorgen, dass dieser durch die Kollektivkrankentaggeldversicherung, der während des Anstellungsverhältnisses nie ein Schaden gemeldet worden war, bzw. eine noch abzuschliessende Einzelkrankentaggeldversicherung gedeckt werde.

Ergänzend ist zu vermerken, dass der Kläger offenbar auch Dr. D._____, die wie erwähnt den Kontakt zur Beklagten vermittelt hat, vorab im Zusammenhang mit den Unfallfolgen beigezogen hatte, lautete doch auch deren Vollmacht vom November 2003 auf: "in Sachen Unfall April 2001" (Urk. 77/2). Eine ungenügende Mandatsführung setzt jedoch voraus, dass für die Prüfung der entsprechenden Fragen - hier für allfällige Ansprüche wegen Krankheit gegenüber einem Krankentaggeldversicherer - auch ein Auftrag erteilt wurde. Ohne einen solchen Auftrag kann nicht auf eine Sorgfaltspflichtverletzung des Anwalts geschlossen werden. Damit ist die Klage in Übereinstimmung mit der Vorinstanz, auf deren Erwägungen im Übrigen zu verweisen ist (Urk. 75 S. 18 ff.), abzuweisen.

4. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass der Kläger sich auch mit den ergänzenden Erwägungen der Vorinstanz nicht auseinandersetzt, wonach fraglich ist, ob er angesichts seiner finanziellen Möglichkeiten überhaupt in die Einzelkrankentaggeldversicherung übergetreten wäre (Urk. 75 S. 24 f.), und wonach fraglich ist, ob die neue Einzelkrankentaggeldversicherung überhaupt Leistungen erbracht hätte, nachdem der Kläger nach seiner Darstellung schon vor dem 31. Januar 2004 wegen Krankheit nicht arbeitsfähig war und er diesen Umstand bei der Kollektivkrankentaggeldversicherung nicht gemeldet hatte (Urk. 75 S. 25 f.). Der Kläger führt bloss (zu Recht) an, dass der Schaden im Umfang der bei einem Übertritt fälligen Versicherungsprämien zu reduzieren wäre (Urk. 74 S. 10 Rz 3). Über deren Umfang ist indes - wie schon erwähnt - nichts ausgeführt worden, so dass auch nicht klar ist, in welchem Umfang ein Schaden verblieben wäre.

III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Kläger für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig. Die Kostenregelung der Vorinstanz ist dementsprechend zu bestätigen. Ebenso zu bestätigen ist die im Grundsatz nicht in Frage gestellte Parteientschädigung zu Gunsten der Beklagten. Für das Berufungsverfahren ist keine Entschädigung zuzusprechen, da keine Berufungsantwort eingeholt wurde. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren kann gestützt auf § 4 Abs. 2 GerGebVO reduziert werden, nachdem das Verfahren bereits nach Eingang der Berufungsbegründung erledigt werden kann.

2. a) Der Kläger stellt auch für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, d.h. für unentgeltliche Prozessführung und für die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (Urk. 74 S. 2).

b) Parteien, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügen und deren Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen, wird auf Gesuch die unentgeltliche Rechtspflege gewährt (Art. 117 ZPO). Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst die Befreiung von Gerichtskosten und die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes. Sie kann ganz oder teilweise gewährt werden (Art. 118 Abs. 1

und 2 ZPO). Im Rechtsmittelverfahren ist die unentgeltliche Rechtspflege - auch wenn sie wie hier von der Vorinstanz bewilligt wurde - neu zu beantragen (Art. 119 Abs. 5 ZPO). Dass erneut ein Antrag zu stellen ist, wird einerseits damit begründet, dass sich die finanziellen Verhältnisse verändert haben könnten, andererseits sind aber auch die Prozesschancen aufgrund des bisherigen Verfahrens neu zu beurteilen (Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 119 N 5). Bei der Prüfung der Frage der Aussichtslosigkeit sind denn auch diejenigen Rechtsmittel als aussichtslos zu bezeichnen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum mehr als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren resp. ein Rechtsmittel dann nicht als aussichtslos, wenn sich die Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Dabei wird massgeblich auf die hypothetische Frage abgestellt, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zum betreffenden Prozess bzw. Rechtsmittel entschliessen oder davon absehen würde. Es soll verhindert werden, dass eine Partei einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, deshalb anstrengen kann, weil er sie nichts kostet. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer summarischen Prüfung nach den Verhältnissen zur Zeit, zu der das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt wird, wobei es im Rechtsmittelverfahren eben um die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs geht.

c) Gemäss Schweizerischer Zivilprozessordnung ist die Berufung innert 30 Tagen seit der Zustellung des angefochtenen Entscheides begründet einzureichen. Wird damit auch ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt, so beurteilen sich die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs aufgrund der mit der Berufung vorgebrachten Einwendungen gegen das erstinstanzliche Urteil. Wie aus den vorstehenden Erwägungen hervorgeht, hat sich der Kläger weitgehend nicht mit dem Beweisergebnis der Vorinstanz auseinandergesetzt. Da sich dieses überdies als zutreffend erweist, muss die Berufung als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO bezeichnet werden. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren ist da-

her abzuweisen. Eine Prüfung der finanziellen Verhältnisse, insbesondere auch des Grundbesitzes des Klägers und dessen Ehefrau in ... (Urk. 31 S. 4), erübrigt sich. Damit sind die dem Kläger ausgangsgemäss aufzuerlegenden Kosten des Berufungsverfahrens nicht einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 6. Abteilung, vom 6. September 2012 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als die Klage im Fr. 88'372.– übersteigenden Umfang abgewiesen wurde.
2. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.
4. 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).

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Disp. Ziff. 2-4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger und Berufungskläger auferlegt.

5. Für das Berufungsverfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte und Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von Urk. 74, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 6. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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. 88'372.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 12. Dezember 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. B. Demuth

versandt am
mc