

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB150002-O/U.doc

Mitwirkend: die Obergerichtspräsidentinnen Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, und Dr. M. Schaffitz, Obergerichtspräsident Dr. M. Kriech und Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

## Beschluss und Urteil vom 28. April 2015

in Sachen

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

Beklagter, Widerkläger und Berufungskläger

gegen

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

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

Kläger, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom 12. November 2014 (CG120046-L)**

**Rechtsbegehren:**

Hauptklage (Urk. 4/49 S. 2)

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern CHF 12'565.45 nebst Zins zu 5 % seit 24.11.2008 zu bezahlen.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern die Kosten des Friedensrichteramtes in Höhe von CHF 420.00 zu ersetzen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.6 % MWST bis 31.12.2010 und 8 % MWST ab 01.01.2011) zulasten des Beklagten."

Widerklage (Urk. 4/39 S. 2, Urk. 4/54, sinngemäss)

1. Die Kläger seien wegen Verletzung der Standespflicht gemäss Art. 397 OR und Art. 12 BGFA zu Schadenersatz in der Höhe von Fr. 517'361.05 zu verurteilen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Kläger.

**Beschluss und Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. November 2014:**

**Es wird beschlossen:**

1. Auf die Widerklage wird nicht eingetreten.
2. (Mitteilung)

**Es wird erkannt:**

1. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern Fr. 12'565.45 nebst Zins zu 5 % auf den Betrag von Fr. 3'355.10 seit 9. März 2009 sowie nebst Zins zu 5 % auf den Betrag von Fr. 9'210.35 seit 23. Februar 2009 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 7'200.-. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

3. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern eine Parteientschädigung von Fr. 27'863.– (inkl. Mehrwertsteuer und Weisungskosten) zu bezahlen.

(5./6. Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

### **Berufungsanträge:**

des Beklagten, Widerklägers und Berufungsklägers (Urk. 44 S. 1 f.):

- „1. Der Beschluss und Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 12.11.2014 sei wegen willkürlicher Beurteilung und rechtswidriger Beweisführung aufzuheben.
2. Eventuell sei der Beschluss und Urteil zur Sachverhaltskorrektur und neuen Entscheidung an das Bezirksgericht Zürich zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Kläger/Widerbeklagten.“

### **Erwägungen:**

#### **I.**

Der Beklagte erteilte den Klägern und weiteren am ... [Adresse] in Zürich domizilierten Anwältinnen und Anwälten am 17. März 2005 Vollmacht, ihn betreffend die „Vermächtnisklage NL D.\_\_\_\_\_ sel.“ zu vertreten. In der Folge wurde der Beklagte in dieser Sache im erstinstanzlichen Verfahren vor dem Kantonsgericht Glarus durch Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ vertreten. Mit Urteil vom 27. März 2007 wies das Kantonsgericht Glarus die Vermächtnisklage des Beklagten ab. Im anschließenden Berufungsverfahren wurde der Beklagte durch Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ vertreten, welchen die Kläger als ihren Arbeitnehmer mit der Mandatsführung beauftragt hatten. Ende August 2008 entzog der Beklagte den Klägern das Mandat.

Diese machen im vorliegenden Verfahren ihre Honoraransprüche für die Zeit ab 31. Januar 2008 bis 30. September 2008 geltend. Der Beklagte bestreitet den Umfang der von den Klägern geltend gemachten Aufwendungen und wirft ihnen unsorgfältige Mandatsführung vor, weshalb die Klage abzuweisen sei. Mit seiner Widerklage verlangt er Schadenersatz in der Höhe von Fr. 440'000.– wegen des verlorenen Prozesses, die Rückerstattung von Akontozahlungen und den Ersatz weiterer Kosten.

## II.

Die Kläger haben die Klage mit Einreichen der Weisung und Klageschrift am 22. Oktober 2009 (Datum des Poststempels) beim Einzelrichter am Bezirksgericht Zürich rechtshängig gemacht (Urk. 4/1 und 4/2). Nachdem der Beklagte Widerklage erhoben hatte, überwies der Einzelrichter den Prozess mit Verfügung vom 12. April 2012 an das Kollegialgericht (Urk. 4/55). Dieses fällte am 12. November 2014 die eingangs aufgeführten Entscheide (Beschluss und Urteil). Der erstinstanzliche Verfahrensgang kann den vorinstanzlichen Entscheiden entnommen werden (Urk. 4/55 S. 2 ff.; Urk. 49 S. 3 ff.). Gegen das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 12. November 2014 hat der Kläger mit Eingabe vom 7. Januar 2015 fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 48). Mit Verfügung vom 20. Januar 2015 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um zu erklären, ob sich die Berufung auch gegen den Beschluss richte, was der Kläger mit Eingabe vom 31. Januar 2015 bestätigte (Urk. 53 und 55). Mit Verfügung vom 11. Februar 2015 wurde dem Kläger eine zehntägige Frist eingeräumt, um einen Kostenvorschuss von Fr. 21'350.– zu leisten (Urk. 56). Hierauf hat der Kläger mit Eingabe vom 21. Februar 2015 (Datum des Poststempels) ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt (Urk. 57). Ein Schriftenwechsel wurde nicht durchgeführt.

## III.

1. Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttre-

ten der Zivilprozessordnung rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Der vorinstanzliche Entscheid datiert vom 12. November 2014 und wurde den Parteien am 17. bzw. 24. November 2014 schriftlich eröffnet (Urk. 45 und 46). Demnach ist vorliegend für das Berufungsverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) anwendbar. Demgegenüber hatte die Vorinstanz die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH anzuwenden; die Prozessüberweisung vom 12. April 2012 gestützt auf § 60 Abs. 1 ZPO/ZH bewirkte keine neue Rechtshängigkeit der Haupt- und Widerklage (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 19 zu § 60). Soweit sich im Rahmen der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheids Fragen der Anwendung von Verfahrensregeln stellen, wird zu prüfen sein, ob die Vorinstanz die im Zeitpunkt der Entscheidfällung geltenden Normen richtig angewendet hat; eine Rückwirkung des neuen Rechts findet nicht statt.

2. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung muss eine schriftliche Begründung gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO enthalten. In dieser Begründung ist aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Dieser Anforderung genügt der Berufungskläger nicht, wenn er lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen verweist (so aber in Urk. 48 S. 4 „Zu 3.“ a.E.), sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedengibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, um von der Berufungsinstanz mühelos verstanden werden zu können. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht (BGE 138 III 374, E. 4.3.1; BGer 5A\_438/2012, E. 2.2; BGer 5A\_141/2014, E. 2.4). Nicht Sache der Berufungsinstanz ist es, die Parteien des Berufungsverfahrens zur Verbesserung fehlerhafter Rechtsmittelschriften aufzufordern. Namentlich ist Art. 132 Abs. 2 ZPO nicht dazu bestimmt, eine inhaltlich ungenügen-

de Begründung ergänzen oder nachbessern zu lassen (BGer 5A\_438/2012, E. 2.4).

Die Berufung muss einen Antrag enthalten. Es genügt nicht, lediglich die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu beantragen, sondern es muss ein Antrag in der Sache gestellt werden, und zwar grundsätzlich im Rechtsbegehren selber und nicht bloss in der Begründung (vgl. dazu BGE 133 III 489, Erw. 3.1). Dieses muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben werden kann; die auf Geldzahlung gerichteten Berufungsanträge sind zu beziffern. Auf eine Berufung mit einem formell mangelhaften Rechtsbegehren ist ausnahmsweise einzutreten, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt bzw. welcher Geldbetrag zuzusprechen ist. Entsprechend sind Rechtsbegehren im Lichte der Begründung auszulegen (BGE 137 III 617, E. 4.3 und 6.2). Weil die kantonale Berufungsinstanz volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat, reicht es nicht aus, lediglich die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und dessen Rückweisung an die Vorinstanz zu verlangen (Reetz/Theiler in: Sutter-Somm et al., Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2013, Art. 311 N 34).

Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Wer sich auf neue Tatsachen beruft, hat zu substantiieren und zu beweisen, dass er die entsprechenden Noven unverzüglich nach ihrer Entdeckung vorgebracht hat und dass er sie trotz Anwendung zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorbringen können (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al., Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2013, Art. 317 N 34).

3. a) Der Beklagte hat den Berufungsantrag gestellt, Beschluss und Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 12. November 2014 seien aufzuheben; eventualiter seien sie zur Sachverhaltskorrektur und neuen Entscheidung an das Bezirksgericht Zürich zurückzuweisen (Urk. 48 S. 1 f.).

b) Mit dem vorinstanzlichen Urteil wurde das klägerische Rechtsbegehren gutgeheissen, mit Ausnahme des geltend gemachten Verzugszinses, dessen Zinsenlauf geringfügig verkürzt wurde. Zwar sind die Berufungsanträge des Beklagten formell mangelhaft, doch ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass er nicht am vorinstanzlich eingenommenen Standpunkt festhält, die Klage sei vollumfänglich abzuweisen. Auf die Berufung gegen das Urteil ist daher einzutreten.

c) Auf die Widerklage des Beklagten ist die Vorinstanz nicht eingetreten, weil er die ihm auferlegte Kautionsinnert der angesetzten Nachfrist nicht bezahlt habe (Urk. 49 S. 4 f.).

In der Berufungsbegründung schreibt der Beklagte, die Kläger hätten in der Replik eigenmächtig bestimmt, dass die Klageantwort des Beklagten vom 16. September 2011 als Widerklage gelte und die Replik gleichzeitig die Widerklageantwort bilde. Er, der Beklagte, habe nie eine Widerklage erhoben, sondern nur beantragt, dass die Kläger auf Schadenersatz in festzulegender Höhe verurteilt würden. Das Gericht sei entgegen der Zivilprozessordnung vorbehaltlos dem böswilligen Begehren der Kläger gefolgt und habe den Beklagten mit Verfügung vom 12. März 2012 unrechtmässig aufgefordert, den Schaden innert der zu kurz angesetzten Frist von zehn Tagen festzulegen. Die erforderliche Rechtsmittelbelehrung zu diesem Vorgang sei vom Gericht erwiesenermassen nicht aufgezeigt worden. Mit Schreiben vom 29. März 2012 habe der Beklagte nur den bekannten Schaden beziffert. Ein Widerklageverfahren sei bis zu diesem Zeitpunkt erwiesenermassen nicht durchgeführt worden und sei danach an der nicht aufgebrauchten Kautionsforderung gescheitert (Urk. 48 S. 2 f.). Auf die weiteren Ausführungen des Beklagten in seiner Eingabe vom 31. Januar 2015 (Urk. 55) ist nicht näher einzugehen; sie sind nach Ablauf der Berufungsfrist gemacht worden und daher verspätet.

Der Beklagte stellt sich somit anscheinend auf den Standpunkt, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, er habe eine Widerklage erhoben. Die Rüge ist indessen verspätet. Der Einzelrichter am Bezirksgericht Zürich hatte in seiner Verfügung vom 12. April 2012 erwogen, die Voraussetzungen für die Zulassung der Widerklage seien erfüllt, weshalb der Prozess an das Kollegialgericht

überwiesen wurde (Urk. 4/55 S. 5). Diese Verfügung hat der Beklagte nicht angefochten. Gemäss Art. 237 Abs. 2 ZPO wäre sie selbständig anzufechten gewesen und ist eine spätere Anfechtung zusammen mit dem Endentscheid ausgeschlossen. Mit der Begründung der Vorinstanz, weshalb diese auf die Widerklage nicht eintrat, setzt sich der Beklagte nicht auseinander. Auf die Berufung des Beklagten gegen den Beschluss der Vorinstanz vom 12. November 2014 ist daher nicht einzutreten. Vollständigkeitshalber bleibt anzufügen, dass der Einzelrichter zu Recht davon ausgegangen ist, der Beklagte habe eine Widerklage erhoben, da dieser mit Eingabe vom 29. März 2012 erklärt hatte, die Schadenersatzforderung werde im Sinne einer eigenständigen Widerklage erhoben (Urk. 4/54). Dass die vorangegangene Verfügung vom 12. März 2012 (Urk. 4/52), mit welcher dem Beklagten entsprechend Frist angesetzt worden war, keine Rechtsmittelbelehrung enthielt, war gesetzeskonform: Prozessleitende Verfügungen müssen nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen sein (BSK ZPO-Steck, Art. 238 N 23; Reetz, in: Sutter-Somm et al., Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2013, Vorb. zu den Art. 308-318, N 23). Die angesetzte richterliche Frist wäre erstreckbar gewesen (§ 195 Abs. 1 GVG/ZH). In dieser Fristansetzung kann entgegen der Auffassung des Beklagten (Urk. 48 S. 2) keine unrechtmässige Bevorzugung der Kläger erblickt werden, weil diese in ihrer Replik von sich aus davon ausgegangen waren, der Beklagte habe in seiner Klageantwort eine Widerklage erhoben. Dem Beklagten wäre es freigestanden, in seiner Stellungnahme einen andern Standpunkt einzunehmen. Und ohnehin ist nicht einzusehen, worin die Bevorzugung der Kläger bestehen soll, wenn diese sich mit einer Widerklage konfrontiert sehen.

#### IV.

1. Der Beklagte macht zunächst geltend, Art. 8 ZGB untersage dem Richter ausdrücklich, auf bestrittene Sachbehauptungen der Gegenseite abzustellen. Vom Gericht seien sämtliche Beweismittel nicht beachtet worden und somit entgegen Art. 152 ZPO nicht in die Beurteilung miteinbezogen worden. Insbesondere habe das Gericht die mit der Duplik eingereichten Beweisdokumente (Urk. 41/21-

26, 41/31, 41/36) missachtet. Trotz Vorliegen eines erwiesenen strafrechtlich relevanten Straftatbestands habe es das Gericht nicht einmal für nötig befunden, diesen Zustand zu erwähnen oder die Beweisunterdrückung im Urteil zu begründen. Bei der nachfolgenden Strafanzeige wegen begründeten Hinweises auf vorsätzliche Strafvereitelung werde die Staatsanwaltschaft aufgrund der aufgedeckten Straftaten nachträgliche Ermittlungen anstellen müssen. Nach der damals erkennbaren Sachlage wäre es zur Erfüllung einer gewissenhaften Prozessführung unbedingt nötig gewesen, dass die Kläger den strafrechtlich relevanten Straftatbestand erkannt und pflichtgemäss ein notwendiges Strafverfahren eingeleitet hätten. Wie aus den vorliegenden Akten hervorgehe, hätten sich die Kläger den vorgegebenen Verhaltensregeln eines Anwalts widersetzt und die Niederlage ihres Klienten trotz eindeutiger Beweislage (Urk. 41/21-26) „billig“ in Kauf genommen. Die Staatsanwaltschaft werde in dem nachfolgenden Strafverfahren ermitteln müssen, ob es sich hierbei um den Tatbestand einer vorsätzlichen Strafvereitelung handle (Urk. 48 S. 2 und 4 f.).

Diese Beanstandungen genügen den Anforderungen an eine Berufungsschrift nicht. Der Beklagte zeigt nicht auf, welche Beweismittel er vor Vorinstanz zu welchen aus seiner Sicht entscheiderelevanten umstrittenen Sachverhaltsfragen angerufen hat. Es genügt nicht, der Vorinstanz vorzuwerfen, sie habe einzelne Urkunden nicht gewürdigt, ohne darzulegen, was mit diesen Urkunden hätte bewiesen werden sollen und inwiefern der vorinstanzliche Entscheid daher mangelhaft sei. Der Beklagte legt nicht dar, mit welchem strafrechtlich relevanten Straftatbestand sich die Vorinstanz hätte auseinandersetzen müssen, geschweige denn, wo er solches vor Vorinstanz geltend gemacht hat.

Der Beklagte schuldet den Klägern nur dann ein Honorar, wenn diese den Auftrag korrekt und sorgfältig ausgeführt haben. Eine relevante Unsorgfalt führt zum Wegfall der Honorarforderung oder zur Honorarreduktion (BSK OR I-Weber, Art. 394 N 43, m.w.H.; BGE 124 III 423, E. 4a; 108 II 197, E. 2 a; 110 II 379; BGer 4A\_584/2013, E. 2.2; 4C.274/2004). Der Beklagte substantiiert nicht, was für ein Strafverfahren die Kläger hätten einleiten sollen, weshalb dies zu ihrem Mandat „Vermächtnisklage“ gehört hätte und inwiefern ein solches Strafverfahren die Er-

folgschancen seiner Zivilklage verbessert hätte. Mutmasslich hätte sich der Beklagte von einer Strafanzeige Aufschlüsse darüber erhofft, ob das Testament der Erblasserin D.\_\_\_\_\_ vom 18. Dezember 1999 (Urk. 4/35/6), auf das er sich für seinen Vermächtnisanspruch stützte, handschriftliche Ergänzungen eines Dritten enthielt. Diesbezüglich kam das Gutachten der Kantonspolizei Zürich zum Ergebnis, es könne aufgrund des äusserst geringen quantitativen Umfangs nicht belegt werden, dass die Zahl „10'000“ von der Erblasserin geschrieben worden sei, obwohl sich keine Hinweise auf eine Dritturheberschaft ergeben hätten (Urk. 41/36 S. 12). Es ist daher höchst unwahrscheinlich, dass ein Strafverfahren ein anderes Ergebnis gezeitigt hätte. Der zweite Gegenstand dieses Gutachtens war eine angeblich von der Erblasserin geschriebene Erklärung vom 11. Februar 2000, worin diese ein früheres Testament von 1973 widerrief (Urk. 4/35/7). Diesbezüglich kam der Gutachter zum Schluss, es ergäben sich Anhaltspunkte, dass diese Erklärung nicht von der Erblasserin geschrieben worden sei (Urk. 41/36 S. 12). Welche Relevanz eine diesbezügliche Strafanzeige für die Beurteilung der Vermächtnisklage gehabt hätte, legt der Beklagte nicht dar und kann auch nicht überprüft werden. Vor Vorinstanz hatte der Beklagte angetönt, dass das Obergericht Glarus für ihn negativ entschieden habe (Urk. 40 S. 3). Dieser Entscheid ist aber nicht aktenkundig und der Beklagte hat die Entscheidungsgründe nicht dargelegt. Eine Sorgfaltpflichtverletzung der Kläger im Zusammenhang mit allfälligen Urkundendelikten ist daher nicht rechtsgenügend behauptet.

2. Die Vorinstanz hat zutreffend ausgeführt, zwischen den Parteien habe im für die eingeklagte Honorarforderung relevanten Zeitraum ein Auftragsverhältnis für die Prozessführung im Berufungsverfahren bestanden, nachdem der Beklagte den Klägern mit Schreiben vom 17. Januar 2008 mitgeteilt hatte, er habe sich entschieden, dass sein Mandat auch zukünftig von der klägerischen Kanzlei weitergeführt werde (Urk. 49 S. 8; Urk. 4/50/4). Der Beklagte behauptet zu Recht nicht, die Kläger hätten die Weiterführung des Mandats abgelehnt. Eines direkten Auftrags des Beklagten an Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ bedurfte es nicht. Der Beklagte setzt sich nicht mit der vorinstanzlichen Erwägung auseinander, dass die Kläger zur Substitution berechtigt waren. Vor Vorinstanz hatte er nicht bestritten, dass ein Honoraransatz von Fr. 280.– vereinbart worden war, sondern lediglich

geltend gemacht, die Fähigkeiten von Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ rechtfertigten diesen Ansatz nicht (Urk. 4/49 S. 64; Urk. 40 S. 5). Diese Kritik ist indessen unberechtigt, wie sich aus den vorinstanzlichen und den nachfolgenden Erwägungen ergibt. Die Ausführungen des Beklagten zur Mandatsweiterführung durch Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ gehen daher ins Leere (Urk. 48 S. 4 „Zu 3.“).

3. Der Beklagte beharrt darauf, dass Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ eine Sorgfaltspflichtverletzung begangen habe, indem er eine Frist versäumt habe (Urk. 48 S. 5).

Das Obergericht des Kantons Glarus hatte Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 27. Juni 2008 ersucht, sich bis am 15. Juli 2008 darüber zu äussern, ob er an seinen Beweisanträgen betreffend schriftanalytische und kriminaltechnische Untersuchung verschiedener Urkunden festhalte (Urk. 4/35/12, Anhang). Mit Schreiben des Obergerichts des Kantons Glarus vom 16. Juli 2008 wurde diese Frist bis 31. August 2008 erstreckt (Urk. 4/35/15). Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ ersuchte mit Schreiben vom 1. September 2008 um eine weitere Fristerstreckung bis 30. September 2008 (Urk. 4/35/20). Dieses Fristerstreckungsgesuch war rechtzeitig gestellt, weil der 31. August 2008 ein Sonntag war und daher die Frist am 1. September 2008 endete (Art. 118 Abs. 3 ZPO/GL), wie die Kläger vor Vorinstanz zu Recht geltend gemacht haben (Urk. 4/49 S. 27 f.). Eine Sorgfaltspflichtverletzung liegt nicht vor.

4. Eine weitere Sorgfaltspflichtverletzung sieht der Beklagte darin, dass Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ ein Schriftgutachten bei der E.\_\_\_\_\_ AG statt bei der Kantonspolizei Zürich eingeholt habe. Der Beklagte führt dazu in seiner Berufungsbegründung aus, dieses Gutachten vom 13. Juni 2008 habe nicht den Anforderungen genügt. Am selben Tag sei noch ein Nachtrag veranlasst worden. Anlässlich der Hauptverhandlung vor Obergericht sei den Klägern vom Gericht zu verstehen gegeben worden, dass das Gutachten rechtlich unbrauchbar sei. Aus der Honorarnote vom 20. Oktober 2008 sei zu entnehmen, dass die Kläger anscheinend unter den Positionen 01.07., 10.07., 15.07., 16.07., 17.07., 29.07. und 30.07.2008 weiter systemlos nach einem brauchbaren Gutachterergebnis ermittelt

hätten. Dabei hätten die Kläger sichtbar enorme unnötige Kosten verursacht, ohne ein verwertbares Ergebnis erzielt zu haben (Urk. 48 S. 5 f.).

Wie bereits die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, bleibt der Beklagte substantiierte Behauptungen, inwiefern die Kläger im Zusammenhang mit der Auswahl des Gutachters und der Erstellung der Expertise ihre anwaltliche Sorgfalt verletzt haben sollen, schuldig (Urk. 49 S. 15). Für die Qualität des Gutachtens und dessen Beurteilung durch das Gericht – beides substantiiert der Beklagte ebenfalls nicht näher – waren die Kläger letztlich nicht verantwortlich. Der Nachtrag der E. \_\_\_\_\_ AG bestand lediglich in einer Umformulierung einer gleichbleibenden Schlussfolgerung (Urk. 41/29). Auch der angeblich unnötig betriebene Aufwand wird nicht näher begründet. Privatgutachten haben rechtlich nur die Bedeutung von Parteibehauptungen (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 349). Daran hätte nichts geändert, wenn das Privatgutachten bei der Kantonspolizei Zürich eingeholt worden wäre. Der Beklagte macht zu Recht nicht geltend, die Einholung eines Privatgutachtens an sich sei sorgfaltswidrig gewesen (vgl. Hafter, Strategie und Technik des Zivilprozesses, 2. A., Zürich 2011, Rz 1326).

5. Pflichtwidrig handelten die Kläger nach Auffassung des Beklagten auch, weil sie ihn am Vortag der Hauptverhandlung ca. 50 km zu einem bestimmten Zeitpunkt für die Durchsicht des Plädoyers hätten anreisen lassen und der Anwalt noch keinerlei vorbereitete Notizen habe vorlegen können. Diese seien erst in der Nacht um 22.01 Uhr per Fax übermittelt worden. Korrekturen hätten daher nachvollziehbar nicht mehr angebracht werden können. Wenn dann der Anwalt, wie geschehen, bei der Verhandlung nicht mehr das Sachthema wisse, sei er entweder unqualifiziert oder habe sich überhaupt nicht für die Auseinandersetzung vorbereitet (Urk. 48 S. 6).

Dass die Besprechung erst am Vortag stattfand, stellt mit der Vorinstanz kein sorgfaltswidriges Verhalten dar (Urk. 49 S. 11 f.), ebenso wenig der Umstand, dass die Plädoyernotizen erst um 22 Uhr gefaxt wurden, zumal der Beklagte nicht aufgezeigt hat, welche Korrekturen er noch hätte vornehmen wollen. Unsubstantiiert blieb der Vorwurf, Rechtsanwalt Y2. \_\_\_\_\_ habe bei der Verhandlung

nicht mehr gewusst, worum es gehe. Die Kläger haben vor Vorinstanz zu Recht auf das Verhandlungsprotokoll verwiesen (Urk. 4/49 S. 25 Rz 66), aus dem sich solches auf jeden Fall nicht ergibt (Urk. 4/40/13). Augenscheinlich war Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ in der Lage zu replizieren.

6. Der Beklagte macht geltend, zur „Auflistung über die Tätigkeit und Verrechnung der Kläger“ fehle jeder Beweis, diese Tätigkeiten sachgerecht und vollumfänglich für den Beklagten erbracht zu haben (Urk. 48 S. 6). Die Vorinstanz führte zum geltend gemachten Aufwand aus, die Kläger hätten in der Klage und in der Replik ihre Tätigkeiten detailliert aufgeführt und begründet, welche Leistungen gegenüber dem Beklagten erbracht und in welcher Höhe diese ihm verrechnet worden seien. In der Folge setzte sich die Vorinstanz im Einzelnen mit den Einwendungen des Beklagten auseinander, soweit dieser überhaupt solche substantiiert vorgetragen hatte. Wiederholt warf die Vorinstanz dem Beklagten vor, es bei unsubstantiierten bzw. pauschalen Bestreitungen belassen zu haben (Urk. 49 S. 12 ff.). Das Obergericht hat dazu in einer früheren Entscheidung erwogen, der Anwalt, dessen Honorarrechnung angefochten werde, befinde sich meist in einer schwierigen Lage, wenn er den Zeitaufwand nachweisen solle. Gemäss § 50 Abs. 1 ZPO/ZH hätten alle am Prozess Beteiligten nach Treu und Glauben zu handeln. Das gelte auch für den die Honorarrechnung anfechtenden Klienten, was konkret bedeute, dass sich dieser nicht mit unbegründeten Zeitaufwand-Bestreitungen begnügen könne in der Hoffnung, der Anwalt werde seine diesbezüglichen Angaben voraussichtlich nicht strikte beweisen können. Zusätzlich sei in aller Regel davon auszugehen, dass die Angaben einer Anwaltsrechnung über den Zeitaufwand richtig seien in dem Sinne, dass sie keiner weiteren Begründung bedürften. Dies allerdings unter der Voraussetzung, dass klar ersichtlich sei, welche Zeitspanne für welche Bemühung in welchem Mandatsverhältnis aufgewendet worden sei. Das bedeute keine Umkehr der Beweislast, sondern lediglich, dass es nun Sache des Klienten sei, die ihm unrichtig scheinenden Zeitaufwand-Angaben genau und detailliert zu bezeichnen (ZR 89 Nr. 85 S. 189 f.). Eine pauschale Bestreitung der geltend gemachten Honorarpositionen verpflichtete daher die Vorinstanz nicht, darüber ein Beweisverfahren durchzuführen.

7. Unnötige Kosten sieht der Beklagte durch den Anwaltswechsel verursacht. Die Gegenüberstellung der Honorarrechnungen von Rechtsanwalt Y1.\_\_\_\_\_ (Urk. 41/39 und 41/40) zur Erstellung der Berufungserklärung und von Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ (Urk. 4/35/1 und 4/35/3) zur Berufungsverhandlung sei ein aussagekräftiger Indikator, dass von Letzterem erhebliche Kosten dem Beklagten unerlaubt auferlegt worden seien, die zum Anforderungsprofil völlig unrealistisch seien. Die angeblich entstandenen Kosten von Fr. 15'793.45 für die Berufungsverhandlung, die grösstenteils inhaltlich vom Vorgänger übernommen worden sei, zu den Kosten für die Berufungserklärung von Fr. 5'668.15 stünden in keinem Verhältnis zur ersichtlichen Realität. Jeder Jurist müsse die erklärte Diskrepanz sofort auf Anhieb erkennen können. Aus der detaillierten Auflistung der Honorarnote vom 23. Juli 2008 seien sämtliche aufgeführten Kosten vom 31. Januar bis 5. März 2008 nur darauf zurückzuführen, dass der Anwalt nicht in die bisherige Prozessmaterie eingearbeitet gewesen sei. Ohne Anwaltswechsel wären zumindest diese enormen Kosten nicht entstanden, zum Beispiel für Auslegung Testament am 19. und 21. Februar 2008, Sitzungsvorbereitung zwei Positionen à Fr. 420.– am 20. Februar 2008, Sistierungen 21. bis 28. Februar 2008. Am 20. Februar 2008 habe überhaupt keine Verhandlung stattgefunden. Es habe eine Sitzung mit dem Beklagten stattgefunden, der extra dafür ca. 50 km habe anreisen müssen (Urk. 48 S. 7).

Vor Vorinstanz hatte der Beklagte den angeblich unnötigen Aufwand, verursacht durch den Anwaltswechsel, nur in der Klageantwort (Urk. 4/39 S. 5 und 6), nicht aber in der Duplik thematisiert, ausser dass ihm versichert worden sei, durch den Anwaltswechsel würden ihm keine Mehrkosten entstehen (Urk. 40 S. 4). Die Behauptung, aus einem Vergleich der Honorarnoten für die Tätigkeit von Rechtsanwalt Y1.\_\_\_\_\_ und derjenigen für die Tätigkeit von Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ ergebe sich, dass beim Letzteren Einarbeitungsaufwand verrechnet worden sei, ist neu und damit unzulässig. Ohnehin genügt es aber nicht, einfach die Honorarsummen einander gegenüberzustellen, ohne darauf einzugehen, was für das Berufungsverfahren im Einzelnen in Rechnung gestellt worden ist und was nach Meinung des Beklagten als Einarbeitungsaufwand zu taxieren ist. Ebenso wenig ist der Beklagte mit der pauschalen Behauptung zu hören, sämtliche Kosten vom

31. Januar bis 5. März 2008 seien nur darauf zurückzuführen, dass der Anwalt in die bisherige Prozessmaterie nicht eingearbeitet gewesen sei. Blieb der Beklagte schon vor Vorinstanz jegliche Substantiierung zum angeblichen Einarbeitungsaufwand schuldig (vgl. Urk. 4/39 S. 5 „Zu 9.“ und S. 6 „Zu 11.“), so kann dies wegen des beschränkten Novenrechts nicht im Berufungsverfahren nachgeholt werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die Abklärungen zur Auslegung des Testaments vom 19. Februar 2008 (vgl. Urk. 4/2 S. 5) hat der Beklagte vor Vorinstanz nicht zum Einarbeitungsaufwand gerechnet (Urk. 4/39 S. 5 „Zu 8.“); dieses Vorbringen ist verspätet. Im Übrigen genügt der Beklagte seiner Begründungspflicht nicht: Zum Aufwand vom 20. und 21. Februar 2008 (6:25 h; Urk. 4/2 S. 6) hat sich die Vorinstanz ausführlich geäussert und dargelegt, weshalb dieser Aufwand gerechtfertigt war (Urk. 49 S. 13 f., E. 7.2). Mit diesen Erwägungen setzt sich der Beklagte in seiner Berufungsschrift nicht auseinander. Dass am 20. Februar 2008 eine Verhandlung stattgefunden haben soll, haben die Kläger nicht behauptet und entsprechend auch keinen Aufwand dafür verbucht (Urk. 4/2 S. 6 bzw. 4/35/1 S. 2). Zum Aufwand im Zusammenhang mit dem Sistierungsgesuch hat sich die Vorinstanz ebenfalls geäussert (Urk. 49 S. 14 E., 7.3). Der Beklagte nimmt nicht Bezug darauf. Ohnehin ist aber nicht ersichtlich, weshalb der Aufwand im Zusammenhang mit der Stellung eines Sistierungsbegehrens (wegen neuer Beweismittel, Urk. 4/50/26) Einarbeitungsaufwand darstellen soll.

8. Im Ergebnis erweist sich die Berufung des Beklagten als offensichtlich unbegründet und ist abzuweisen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das vorinstanzliche Urteil ist zu bestätigen und der Beklagte zu verpflichten, den Klägern Fr. 12'565.45 nebst Zins zu 5 % auf den Betrag von Fr. 3'355.10 seit 9. März 2009 sowie nebst Zins zu 5 % auf den Betrag von Fr. 9'210.35 seit 23. Februar 2009 zu bezahlen.

## V.

1. Ausgangsgemäss wird der Beklagte für das erstinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Er rügt die Höhe der von der Vorinstanz zugesprochenen Parteientschädigung von

Fr. 27'863.– als unbegründet und unverhältnismässig, nachdem auf die Widerklage nicht eingetreten worden sei, ohne dass in dieser Sache überhaupt ein Schriftsatz „stattgefunden“ habe. Auch die Höhe der Gerichtsgebühr entspreche nicht den Gesetzesgrundlagen. Der Streitwert für die Berechnung der Gebühren sei vom Bezirksgericht nicht festgelegt worden (Urk. 48 S. 3).

Der Streitwert beträgt Fr. 529'926.50, da sich Haupt- und Widerklage gegenseitig nicht zwingend ausschliessen (§ 19 Abs. 2 ZPO/ZH). Dem entspricht als Gerichtsgebühr grundsätzlich eine Grundgebühr von Fr. 21'349.–, welche bei Verfahrenserledigung ohne Anspruchsprüfung bis auf die Hälfte herabgesetzt werden kann (§ 10 Abs. 1 GebV OG). Die Vorinstanz hat daher mit der von ihr festgesetzten Gerichtsgebühr von Fr. 7'200.– zusätzlich den Zeitaufwand und die Schwierigkeit des Falls gemäss § 4 Abs. 2 GebV OG als Ermässigungsgrund berücksichtigt. Die Gerichtsgebühr ist nicht zu beanstanden. Der Zusatz „Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.“ stellt keine Drohung gegenüber den Rechtssuchenden dar, zukünftig von weiterer Gegenwehr Abstand zu nehmen, wie der Beklagte meint (Urk. 48 S. 2), sondern bezieht sich nur auf Barauslagen, welche gegebenenfalls in Rechnung gestellt werden können. Entgegen der Behauptung des Beklagten wurde bezüglich der Widerklage ein einfacher Schriftenwechsel durchgeführt (vgl. Urk. 11), womit der Anspruch auf die Grundgebühr der Parteientschädigung (Fr. 24'000.–) entstanden ist (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Hinzu kommt ein Zuschlag für die Replik bezüglich der Hauptklage. Der Beklagte unterlässt es aber ohnehin, einen bezifferten Antrag zur Höhe der Parteientschädigung zu stellen. Daher ist auf sein Vorbringen nicht weiter einzugehen (vgl. BGer 4D\_61/2011, 4A\_89/2014, 4A\_12/2014) und die Parteientschädigung zu bestätigen.

2. Für das Berufungsverfahren wird der Beklagte ebenfalls kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Da seine Berufung als aussichtslos bezeichnet werden muss, kann ihm die unentgeltliche Rechtspflege nicht gewährt werden. Bei der Festsetzung der Entscheidgebühr ist zu berücksichtigen, dass die Widerklage materiell nicht behandelt werden musste. Es rechtfertigt sich eine Entscheidgebühr von Fr. 5'000.– (§ 4 Abs. 1 und 2, § 10 Abs. 1, § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG).

Mangels erheblicher Umtriebe ist den Klägern für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Auf die Berufung gegen den Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 12. November 2014 wird nicht eingetreten.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern Fr. 12'565.45 nebst Zins zu 5 % auf den Betrag von Fr. 3'355.10 seit 9. März 2009 sowie nebst Zins zu 5 % auf den Betrag von Fr. 9'210.35 seit 23. Februar 2009 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr für das erstinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 7'200.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 27'863.– (inkl. Mehrwertsteuer und Weisungskosten) zu bezahlen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt.
6. Die zweitinstanzlichen Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt.
7. Den Klägern wird für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kläger unter Beilage des Doppels bzw. einer Kopie von Urk. 48, 55 und 57, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

9. 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. 529'926.50.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 28. April 2015

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:  
mc