

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB150007-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin Dr. D. Oser

Urteil und Beschluss vom 23. Oktober 2015

in Sachen

A. _____,

Beklagter, Widerkläger und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 12. Dezember 2014 (CG120116-L)

Rechtsbegehren:

Hauptklage (Urk. 1, Urk. 2 S. 2):

- "1. Es sei der Beklagte im Sinne einer Teilklage und unter dem Vorbehalt der Nachklage zu verpflichten, der Klägerin CHF 65'629.60 zzgl. 5% Zins seit 31. Januar 2012 zu bezahlen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten."

Widerklage (Urk. 20 S. 2):

- "1. [...]
 2. Es sei widerklageweise festzustellen, dass der Beklagte der Klägerin nichts schuldet;
- alles unter Kostenfolgen zu Lasten der Klägerin."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. Dezember 2014 (Urk. 84):

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 65'629.60 zuzüglich Zins von 5% seit 31. Januar 2012 zu bezahlen.
2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebür wird auf Fr. 7'500.– (Pauschalgebür) festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt und teilweise mit dem geleisteten Vorschuss der Klägerin verrechnet.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 6'800.– zurückzuerstatten.
6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 11'800.– (inkl. Kosten des Schlichtungsverfahrens) zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je als Gerichtsurkunde, sowie an die Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zürich (Erw. V), gegen Empfangsschein.

8. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Berufungsanträge:

des Beklagten, Widerklägers und Berufungsklägers (Urk. 83 S. 2):

"Das Urteil des BGZ (CG120116) vom 12. Dezember 2014 sei aufzuheben und

1. Die Klage sei abzuweisen;
2. Es sei widerklageweise festzustellen, dass der Beklagte der Klägerin nichts schuldet.

alles unter Kostenfolgen zulasten der Klägerin."

der Klägerin, Widerbeklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 98 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung des Beklagten, Widerklägers und Berufungsklägers vom 20. Januar 2015 abzuweisen und das angefochtene Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 12. Dezember 2014 (CG120116-L) zu bestätigen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten, Widerklägers und Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin schloss mit C._____, mit dem sie damals persönlich liiert war, am 1. Februar 2005 einen Vertrag ab (Urk. 30/6). Auf dieser Basis nutzte C._____ einen Bankkredit, den die Klägerin mit einem Drittpfand über € 1'000'000.- sicherstellte, um treuhänderisch im eigenen Namen aber auf Rech-

nung der Klägerin Anlagen zu tätigen. C._____ investierte in der Folge USD 1 Mio. in den D._____ Fund. Am 18. Oktober 2005 vereinbarten die Parteien die Liquidation aller getätigten Investitionen, die Rückzahlung der beanspruchten Kredite, die Ablösung des Drittpfandes und die Auflösung der Konten der Klägerin (Urk. 30/7). C._____ war zur vollständigen Rückführung des Kredites nicht in der Lage, weil der D._____ Fund in finanzielle Schwierigkeiten geriet. Es kam zur Verwertung des von der Klägerin gestellten Pfandes durch die Bank im Umfang der ausstehenden Kreditsumme.

2. Der Beklagte ist Rechtsanwalt und vertrat die Klägerin ab März 2006 in der Auseinandersetzung mit C._____. Am 8. Juni 2007 reichte der Beklagte namens der Klägerin beim Bezirksgericht Zürich (fortan Bezirksgericht) Klage gegen C._____ auf Zahlung von € 790'630.74 abzüglich USD 269'488.65 zuzüglich Zins ein (Urk. 3/10). Nach durchgeführtem Schriftenwechsel fand am 8. April 2008 eine Referentenaudienz statt, anlässlich welcher ein Vergleich mit Widerrufsvorbehalt geschlossen wurde (Urk. 3/11+12). Nachdem der Vergleich seitens der Klägerin widerrufen worden war, verfasste der Beklagte für die Klägerin eine 258-seitige Replik, die vom Bezirksgericht mit Beschluss vom 2. Oktober 2008 zur Verbesserung zurückgewiesen wurde (Urk. 3/16). Gegen diesen Beschluss erhob der Beklagte namens der Klägerin am 17. Oktober 2008 Rekurs (Urk. 3/17). Mit Eingabe vom 27. Oktober 2008 reichte der Beklagte dem Bezirksgericht eine gekürzte Replik ein (Urk. 3/20). Nach Erstattung der Duplik (Urk. 30/21) legte der Beklagte sein Mandat im August 2009 während laufendem Verfahren nieder (Urk. 2 Rz 6). Die Klägerin honorierte den Beklagten für seine anwaltliche Tätigkeit mit insgesamt Fr. 207'867.40.

3. Vertreten durch ihren heutigen Rechtsvertreter schloss die Klägerin mit C._____ am 25./26. Januar 2010 eine Vereinbarung, mit welcher die pendenten Verfahren vor Bezirksgericht und Obergericht vergleichsweise erledigt wurden (Urk. 3/21). Der Abschreibungsbeschluss des Bezirksgerichts datiert vom 8. Februar 2010, derjenige des Obergerichts vom 5. Februar 2010 (Urk. 3/22, Urk. 3/26). Bereits im Dezember 2009 war die Klägerin an die Honorarkommission des Zürcher Anwaltsverbandes (fortan Honorarkommission) gelangt mit dem Ersuchen,

die zwischen Mai 2006 und August 2009 gestellten Honorarrechnungen des Beklagten zu überprüfen. Die Honorarkommission kam am 9. Dezember 2011 zum Ergebnis, dass sich eine Reduktion der zur Diskussion stehenden 13 Honorarforderungen in der Höhe von Fr. 65'629.60 rechtfertige; sie empfahl den Parteien, auf dieser Basis einen Vergleich abzuschliessen (Urk. 3/4). Eine formelle Begutachtung durch die Honorarkommission wurde von keiner Partei verlangt.

4. Mit Klageschrift vom 15. Oktober 2012 und unter Beilage der Klagebewilligung vom 14. Juni 2012 machte die Klägerin das vorliegende Verfahren mit obgenanntem Rechtsbegehren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1, Urk. 2). Der Beklagte hielt mit der Klageantwort vom 4. Februar 2013 auf Abweisung der Klage; gleichzeitig erhob er Widerklage mit obgenanntem Rechtsbegehren (Urk. 20). An der Hauptverhandlung vom 3. Juni 2013 erstattete die Klägerin die Replik und Widerklageantwort (Prot. I S. 5 ff.). Am 23. September 2013 reichte der Beklagte die Duplik ein, wobei er erklärte, er verzichte ausdrücklich auf eine Replik mit Bezug auf die Widerklage (Urk. 39). Mit Eingabe vom 10. Dezember 2013 nahm die Klägerin zu neuen Vorbringen in der Duplik Stellung (Urk. 51). Der Beklagte liess sich am 21. März 2014 erneut vernehmen (Urk. 69). Am 12. Dezember 2014 fällte die Vorinstanz das eingangs im Dispositiv aufgeführte Urteil (Urk. 76 = Urk. 84).

5. Gegen das ihm am 17. Dezember 2014 zugestellte Urteil führt der Beklagte mit Eingabe vom 20. Januar 2015 Berufung mit eingangs aufgeführten Anträgen (Urk. 79, Urk. 83). Die ihm auferlegten Kostenvorschüsse von Fr. 6'800.– und Fr. 4'550.– leistete er rechtzeitig (Urk. 88, Urk. 93). Die Berufungsantwort ging am 5. Mai 2015 ein und wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 6. Mai 2015 zugestellt (Urk. 98, Urk. 99). Der Beklagte liess sich am 20. Mai 2015 erneut vernehmen (Urk. 100). Mit Beschluss vom 21. August 2015 wurden die mit Eingabe vom 19. August 2015 gestellten prozessualen Anträge des Beklagten (Fristansetzung für eine Verzeigung von Rechtsanwalt X._____, Sistierung) abgewiesen (Urk. 107, Urk. 111). Seither sind keine weiteren Eingaben mehr erfolgt.

II.

1. Die Klägerin verlangt mit ihrer Klage, dass der Beklagte die verrechneten und bezahlten Anwaltshonorare im Ausmass der von der Honorarkommission empfohlenen Honorarkürzungen zurückzuerstatten habe. Im Eventualstandpunkt (d.h. für den Fall, dass die empfohlenen Honorarkürzungen nicht oder nicht vollständig gutgeheissen würden) fordert die Klägerin weitere Honorarkürzungen in der Höhe von Fr. 49'421.75. Zudem macht sie Schadenersatz in der Höhe von Fr. 49'500.– geltend. Der Beklagte verneinte eine Sorgfaltspflichtverletzung und machte ein grobes Selbstverschulden der Klägerin geltend. Zudem berief er sich auf die Verjährung. Mit der Widerklage beantragte er die Feststellung, dass er der Klägerin nichts mehr schulde.

2.1 Die Vorinstanz beurteilte zunächst die von der Honorarkommission empfohlenen Honorarreduktionen von Fr. 65'629.60. Sie kam zum Schluss, dass diesbezüglich die Honorarforderungen des Beklagten im Umfang von Fr. 56'723.– als offenkundig unangemessen hoch und schlechterdings nicht mehr vertretbar bezeichnet werden müssten, weshalb ein (vertraglicher) Rückforderungsanspruch in diesem Umfang zu bejahen sei. Für den Differenzbetrag von Fr. 8'906.60 prüfte die Vorinstanz eine weitere, von der Klägerin als Eventualstandpunkt 1 geltend gemachte Kürzung. Sie gelangte zum Ergebnis, dass der Beklagte seine Sorgfaltspflicht als Anwalt verletzt habe, indem er der Klägerin zu einer Anzeige an die Eidgenössische Bankenkommision (EBK) geraten habe, weshalb die mit Fr. 12'468.– verrechneten Arbeiten für die Klägerin nutzlos und unbrauchbar gewesen seien. Der Beklagte habe daher Fr. 65'629.60 zu viel an Honorar bezogen. Da die Vorinstanz auch die Verjährungseinrede verwarf, verpflichtete sie den Beklagten, das bezogene Honorar im Umfang von Fr. 65'629.60 zurückzuerstatten (Urk. 84 S. 11 ff.).

2.2 Hinsichtlich der Widerklage bejahte die Vorinstanz einerseits ein Feststellungsinteresse. Andererseits stellte sie die Frage, ob der Beklagte nach Aufhebung des Inkassoverbotes aufgrund seiner Argumentation noch über ein schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung der Widerklage verfüge. In erster Li-

nie warf sie dem Beklagten indes vor, er habe es gänzlich unterlassen, substantiierte Behauptungen darüber aufzustellen, dass er der Klägerin nichts mehr schulde. Aufgrund der fehlenden Substantiierung wies die Vorinstanz die Widerklage ab (Urk. 84 S. 26 f.).

2.3 Für die Vorinstanz bestanden Anhaltspunkte, dass der Beklagte mit seiner Mandatsführung und seinen Vorwürfen an die Honorarkommission gegen Art. 12 lit. a BGFA versties. Sie machte daher der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte Mitteilung (Urk. 84 S. 28 f.). Mit Beschluss vom 5. Februar 2015 entschied die Aufsichtskommission, kein Verfahren wegen Verletzung von Berufsregeln anhand zu nehmen (Urk. 96 = Urk. 102/2).

III.

1.1 Erst- und zweitinstanzliches Verfahren richten sich nach der schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Art. 404 f. ZPO).

1.2 Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid. Da auch die Streitwertgrenze erreicht wird, ist auf die Berufung – unter Vorbehalt hinreichender Begründung – einzutreten (Art. 308 und Art. 311 ZPO).

1.3 Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO muss die Berufung eine Begründung enthalten. Dies bedeutet, dass sich der Berufungskläger substantiiert mit den angefochtenen Urteilerwägungen auseinandersetzt und im Einzelnen aufzeigt, worin eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 310 ZPO) liegt. Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es genügt nicht, wenn der Berufungskläger bloss den vor Vorinstanz eingenommenen Rechtsstandpunkt wiederholt oder gar lediglich auf die Rechtschriften in den Vorakten verweist. Vielmehr muss er die als fehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz zum Ausgangspunkt seiner Kritik machen. Die Beru-

fungsinstanz ist nicht verpflichtet, den angefochtenen Entscheid von sich aus auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, es sei denn, diese träten offen zu Tage (vgl. – je mit weiteren Hinweisen – Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 893 ff., insb., N 896; Hohl, Procédure civil, Tome II, Bern 2010, N 2405 f.; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., N 36 zu Art. 311 ZPO; ZPO-Rechtsmittel-Kunz, N 92 zu Art. 311 ZPO; CPC-Jeandin, N 3 zu Art. 311 CPC). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (BGer 2C_124/2013 E. 2.2.2; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., N 21 zu Art. 318 ZPO; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 1507; für das Verfahren vor Bundesgericht: BGE 138 III 537 E. 2.2 S. 540; 137 III 385 E. 3 S. 386; BSK BGG-Meyer/Dormann, N 11 f. zu Art. 106 BGG).

2. Der Beklagte wirft der Vorinstanz zunächst verschiedene Verfahrensfehler vor (Urk. 83 S. 5 ff.):

2.1 Der Beklagte macht geltend, der Umstand, dass die Klägerin nicht nur die Replik, sondern auch die Widerklageantwort mündlich und nicht schriftlich erstattet habe, stelle einen Verstoss gegen Art. 224 Abs. 3 ZPO dar. Seine Benachteiligung sei darin zu sehen, dass die Klägerin sich auf ihr Begehren samt Begründung habe vorbereiten können, während er verpflichtet worden sei, dazu mündlich und ohne Möglichkeit der Vorbereitung Stellung zu nehmen. Er habe seine Bedenken der Referentin telefonisch mitgeteilt und anlässlich des Telefonats vom 26. Februar 2013 den Prozessantrag gestellt, dass die Hauptverhandlung "abgeboten" und das Verfahren entsprechend Art. 224 Abs. 3 ZPO schriftlich fortgeführt werde. Indem dieses Telefonat nicht protokolliert worden sei, sei das rechtliche Gehör verletzt worden, was dazu führen müsse, dass seinen Rechtsbegehren entsprochen werde (Urk. 83 S. 5 ff.).

2.2 Es ist richtig, dass die Widerklageantwort gemäss Art. 224 Abs. 3 ZPO schriftlich zu erstatten ist. Die Vorinstanz hätte also die Klägerin vor der Durchführung der Hauptverhandlung zur schriftlichen Beantwortung der Widerklage auffor-

dem müssen. Indes trifft es gerade nicht zu, dass der Beklagte durch das Vorgehen der Vorinstanz benachteiligt wurde. Es kann keine Rede davon sein, dass der Beklagte an der Hauptverhandlung zur mündlichen Abgabe von Duplik und Widerklagereplik verpflichtet wurde (Urk. 83 Rz 13 S. 8). Dem von ihm anlässlich der Hauptverhandlung gestellten Antrag, "heute nicht mündlich Stellung nehmen zu müssen", wurde vielmehr stattgegeben (Prot. I S. 22). Mit Beschluss vom 4. Juni 2013 wurde dem Beklagten das Protokoll der Hauptverhandlung zugestellt und ihm Gelegenheit gegeben, Duplik und Widerklagereplik schriftlich zu erstatten (Urk. 31), wobei der Beklagte am 23. September 2013 lediglich eine Duplik einreichte und auf eine Widerklagereplik ausdrücklich verzichtete (Urk. 39). Der Verfahrensfehler hat sich also nicht zum Nachteil des Beklagten ausgewirkt. An anderer Stelle räumt der Beklagte denn auch ein, er sei lediglich dem Risiko unterworfen worden, dass ihm verunmöglicht werde, anhand von Aktenstudium und angemessener Vorbereitungszeit eine fundierte Widerklagereplik schriftlich einzureichen (Urk. 83 Rz 14 S. 10 f.). Von einem schweren Verfahrensmangel kann daher nicht gesprochen werden.

2.3 Abgesehen davon können nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung formelle Rügen nach Treu und Glauben in einem späteren Prozessstadium nicht mehr vorgebracht werden, soweit sie früher hätten geltend gemacht werden können. Der Grundsatz der Verwirkung bei nicht sofortiger Geltendmachung gilt für Verfahrensmängel generell. Insbesondere sind gerichtsorganisatorische Fragen frühestmöglich zu bereinigen (BGer 5A_837/2012 E. 5 und dort zitierte Entscheidung). Mit Verfügung vom 18. Februar 2013 zeigte die Vorinstanz den Parteien an, dass eine Hauptverhandlung (Erstattung Replik/Widerklageantwort und Duplik) durchgeführt werde (Urk. 22). Mit Eingabe vom 12. März 2013 stellte der Beklagte zwar wiedererwägungsweise den Antrag, der Klägerin Frist zur Replik und Widerklageantwort anzusetzen. Dieser Antrag wurde aber vom Beklagten wegen Verzögerungen bei der Terminabsprache und wegen mangelnder Vergleichsbereitschaft seinerseits gestellt (Urk. 27). Der Beklagte will freilich gegenüber der Referentin bereits anlässlich eines nicht aktenkundig gemachten Telefongesprächs vom 26. Februar 2013 den Antrag auf Absetzung der Hauptverhandlung und schriftliche Fortführung des Verfahrens gestellt haben (Urk. 83 Rz 13 S. 8 f.).

Ob am 26. Februar 2013 ein Telefonat mit der Referentin mit dem vom Beklagten erwähnten Inhalt tatsächlich geführt wurde und hätte protokolliert werden müssen, kann dahin gestellt bleiben. Ein solcher Antrag kann nicht einfach telefonisch zu Protokoll erklärt werden. Ausserhalb von Verhandlungen und unter dem Vorbehalt gesetzlicher Ausnahmen (Art. 244 Abs. 1 ZPO) haben die Parteien rechtserhebliche Erklärungen grundsätzlich mittels Eingaben in Papierform oder elektronisch vorzunehmen (Art. 130 Abs. 1 ZPO). Der Beklagte zeigt nicht auf, dass er an oder nach der Verhandlung vom 3. Juni 2013 aus den nunmehr im Berufungsverfahren geltend gemachten Gründen die Vorinstanz "stets auf die genannten Vorgaben der ZPO aufmerksam machte" (Urk. 83 Rz 14 S. 11), gegen die mündliche Erstattung der Widerklageantwort protestierte bzw. einen Antrag auf Fristansetzung zur schriftlichen Widerklageantwort stellte (Prot. I S. 5 ff., Urk. 39). Die im Berufungsverfahren erstmals vorgetragene Rüge ist daher auch als verwirkt zu betrachten.

2.4 Nach Auffassung des Beklagten verletzt die "Aufspaltung von Replik und Duplik im Hauptprozess" ein Grundprinzip der ZPO. Gemäss Art. 220 f. und Art. 225 seien zusammenhängende Vorträge (Klage und Klageantwort einerseits, Replik und Duplik andererseits) jeweils in der gleichen Form zu erstatten. Er habe anlässlich der Hauptverhandlung nicht einen Antrag auf schriftliche Fortsetzung des Verfahrens sondern auf Vertagung des Prozesses gestellt (Urk. 83 Rz 14 S. 9 ff.). Es ist nicht nachvollziehbar, was der Beklagte mit dieser Rüge bewirken will. Der Beklagte führt nicht aus, inwiefern der angefochtene Entscheid anders ausgefallen wäre, wenn er seinen zweiten Parteivortrag mündlich hätte halten können. Die Vorinstanz führte keinen zweiten Schriftenwechsel im Sinne von Art. 225 ZPO sondern eine Hauptverhandlung durch. Zwar sind Parteivorträge an der Hauptverhandlung mündlich zu erstatten (Art. 228 ZPO). Die Vorinstanz erläuterte aber im Beschluss vom 4. Juni 2013, weshalb das Verfahren schriftlich fortzusetzen sei (Urk. 31 S. 2). Ob dies prozessual möglich ist, kann offen bleiben. Der Beklagte legt nicht dar, dass er nach dieser Fristansetzung vor Vorinstanz einen Antrag auf Fortsetzung der Hauptverhandlung bzw. auf mündliche Erstattung seiner ausstehenden Parteivorträge gestellt hat. Vielmehr duplizierte er mit Eingabe vom 23. September 2013 schriftlich, ohne irgendwelche Vorbehalte anzubringen; auf Widerklagereplik verzichtete er (Urk. 39). Im Berufungsverfahren kann er sich daher

zufolge Verwirkung nicht mehr darauf berufen, Replik und Duplik hätten in der gleichen Form – seine zweiten Vorträge demzufolge mündlich – erfolgen müssen.

3.1 Auf den Seiten 11 bis 32 seiner Berufung erläutert der Beklagte, weshalb die Klägerin in der Hauptklage und der Widerklage mangels präziser Bezifferung des Gesamtanspruchs "kein gültiges Rechtsbegehren" stellen liess (Urk. 83 Rz 28 S. 32). Er ist der Auffassung, dass seine negative Feststellungswiderklage mit einem weiteren Leistungsbegehren zu beantworten gewesen wäre, dass der klägerische Gesamtanspruch im Missachtung von Art. 84 Abs. 2 ZPO nicht beziffert worden sei und dass die gestellten Rechtsbegehren unverständlich, unsinnig und nicht justiziabel seien. Die Abweisung einer negativen Feststellungsklage sei – so der Beklagte weiter – prozessual gar nicht möglich. Daraus folge, dass die Vorinstanz die Klage hätte abweisen und die Widerklage hätte gutheissen müssen, da dem klägerischen Rechtsbegehren nicht entsprochen werden könne. Zudem habe die Klägerin anlässlich der Hauptverhandlung ihren Verzicht auf Zins erklärt. Der Beklagte sieht auch den Grundsatz von Treu und Glauben, den Anspruch auf rechtliches Gehör und das Gebot der Gleichbehandlung der Parteien durch eine Nachfrage des Vorsitzenden anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung verletzt.

3.2 Die Ausführungen des Beklagten zum Rechtsbegehren der Klägerin gehen an der Sache vorbei. Die Hauptklage der Klägerin wurde auf Franken und Rappen beziffert. Die Erhebung der negativen Feststellungsklage durch den Beklagten änderte an der Hauptklage bzw. an der Bestimmtheit dieses Rechtsbegehrens nichts. Eine negative Feststellungswiderklage zwingt den Kläger lediglich dazu, den Gesamtanspruch, dessen er sich berührt, und dessen Fundament substantiiert darzulegen und zu beweisen. Dafür ist das Rechtsbegehren der Hauptklage aber nicht zu erweitern und der Gesamtanspruch auch nicht mittels Leistungsklage geltend zu machen. Die Hauptklage bleibt eine Teilleistungsklage, auch wenn Streitgegenstand nunmehr der Gesamtanspruch bildet. Der Beklagte übergeht weiter, dass die Klägerin ihren Gesamtanspruch bereits in der Klageschrift beziffert und substantiiert hat. So hat die Klägerin im Einzelnen ausgeführt, dass sie nebst den eingeklagten Fr. 65'629.60 über einen weiteren Rückerstat-

tungsanspruch von Fr. 49'421.75 und einen Schadenersatzanspruch von Fr. 49'500.– verfügt, was eine Gesamtforderung von Fr. 164'551.35 ergibt (Urk. 2 Rz 64 ff., Rz 99 ff.; Prot. I S. 21 f.).

Die Abweisung einer negativen Feststellungsklage ist – wie die Klägerin beantragen liess (Prot. I S. 22) – entgegen der Auffassung des Beklagten grundsätzlich möglich: Das Urteil, das die negative Feststellungsklage abweist, stellt positiv fest, dass der Bestand des fraglichen Rechts oder Rechtsverhältnisses besteht; mit anderen Worten bewirkt die Abweisung der negativen Feststellungsklage Rechtskraft für die Frage des Bestehens des vom Feststellungskläger geleugneten Anspruchs (Füllemann, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Brunner und andere [Hrsg.], 2011, N 27 zu Art. 88 ZPO; KUKO ZPO-Oberhammer, N 30 f. zu Art. 88 ZPO; BSK ZPO-Weber, N 27 f. zu Art. 88 ZPO; Weber, Die Feststellungsklage nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2013, S. 70; Schellhammer, Zivilprozess, 14. Aufl., 2012, Rz 190; Schneider, Die Klage im Zivilprozess, 2. Aufl., Köln 2004, Rz 1992). Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die negative Feststellungsklage aber nicht bereits dann vollumfänglich abzuweisen, wenn sich herausstellen sollte, dass der Beklagte der Klägerin noch etwas schuldet, seien es auch nur Fr. 100.– (Prot. I S. 21). Auch aus der Gutheissung der Teilklage folgt nicht ohne weiteres die gänzliche Abweisung der Widerklage; vielmehr ist der über "den offenen Franken" bzw. über die Teilklage hinaus maximal geschuldete Betrag festzustellen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 24a zu § 59 ZPO/ZH, mit Verweis auf SJZ 44 [1948] S. 192 Nr. 55; Schneider, a.a.O., Rz 1993). Es ist also zu prüfen, in welchem Betrag die ganze Forderung zu Recht besteht, da das Begehren um Feststellung, dass nichts geschuldet sei, als minus ohne weiteres auch das Begehren um Feststellung des maximal geschuldeten Betrags enthält. Auf die Voraussetzungen und Wirkungen der negativen Feststellungswiderklage des Beklagten und auf die Abweisung der Widerklage durch die Vorinstanz wird noch zurückzukommen sein (unten Erw. III/14). Einstweilen genügt die Feststellung, dass die Klägerin eine hinreichend bestimmte Forderungsklage (Hauptklage) erhoben hat.

3.3 Zum gleichen Ergebnis ist bereits die Vorinstanz gelangt (Urk. 84 S. 5). Die Vorinstanz ist auch zutreffend davon ausgegangen, dass aus der Erklärung des Rechtsvertreters der Klägerin, hier und heute nicht mehr als Fr. 65'629.50 einzuklagen (Prot. I S. 22), nicht auf einen Verzicht auf die Zinsforderung geschlossen werden kann (Urk. 84 S. 5). Wie sich aus dem Zusammenhang ergibt, bezog sich die Erklärung auf die Haupt- nicht aber auf die Nebenforderung. Zurückzuweisen ist auch der Vorwurf des Beklagten, die Vorinstanz habe den Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien und das rechtliche Gehör des Beklagten dadurch verletzt, dass sie anlässlich der Hauptverhandlung mit Bezug auf das Hauptklagebegehren die richterliche Fragepflicht ausübte (vgl. Prot. I S. 22: "Auf Nachfrage des Vorsitzenden, erklärt RA X._____, dass es sich um eine Teilklage unter Vorbehalt der Nachklage handle. Er erklärt, dass er hier und heute nicht mehr als Fr. 65'629.60 einklage"). Erstens bestätigte der klägerische Rechtsvertreter lediglich, was aufgrund des in der Klageschrift gestellten Rechtsbegehrens ohnehin schon galt. Die Frage des Vorsitzenden erging im Anschluss an die Ausführungen der Klägerin zu den Eventualbegründungen und zur Widerklage (Prot. I S. 21 f.). Von einer "massiven und unzulässigen Hilfestellung" (Urk. 83 Rz 21 S. 24) zugunsten der Klägerin kann daher nicht gesprochen werden. Zweitens geht der Beklagte selbst davon aus, die Klägerin habe unverständliche Rechtsbegehren gestellt (Urk. 83 Rz 17 S. 16), weshalb die Voraussetzungen für die Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht – trotz anwaltlicher Vertretung (Glasl, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Brunner und andere [Hrsg.], 2011, N 6 zu Art. 56 ZPO) – erfüllt wären (Art. 56 ZPO). Und drittens konnte sich der Beklagte im weiteren Verlauf des Verfahrens zur Antwort des klägerischen Rechtsvertreters äussern (Urk. 39 Rz 5 S. 4 f.). Es sind keine Anzeichen dafür ersichtlich, dass die Fragepflicht einseitig zu Gunsten der Klägerin oder zu Lasten des Beklagten ausgeübt wurde. Folglich ist auch die vom Beklagten geforderte "Nichtigkeit" des angefochtenen Urteils (Urk. 83 Rz 21 S. 24) zu verneinen.

4.1 Die Vorinstanz kam unter Hinweis auf BGer 4A_89/2012 zum Schluss, dass der Rückerstattungsanspruch der Klägerin vertraglicher Natur und noch nicht verjährt ist. Sie erwog, es gebe offenbar keine Schlussrechnung bzw. Saldo-

ziehung, insbesondere sei der schliesslich noch offene Saldobetrag wohl keiner Seite zugeordnet worden. Hinzu komme, dass die Bezahlung einer Rechnung nicht gleich zu stellen sei mit der Anerkennung des Rechnungsbetrages. Ein anfänglich unterlassenes Remonstrieren, wie es der Beklagte geltend machen wolle, vermöge für eine Anerkennung zumindest nicht zu genügen. Mit der Klägerin sei vielmehr davon auszugehen, dass der Umstand, dass ihrerseits bei der Honorarkommission am 18. Dezember 2009 ein Gesuch um Überprüfung aller Honorarrechnungen gestellt worden sei, dafür spreche, dass sie die Rechnungen nicht abschliessend akzeptiert habe (Urk. 84 S. 25).

4.2 Der Beklagte hält in seiner Berufung daran fest, dass die von ihm gestellten Honorarnoten mit ihrer Bezahlung von der Klägerin genehmigt wurden und der eingeklagte Rückerstattungsanspruch aufgrund seiner bereicherungsrechtlicher Natur bereits verjährt ist. Er hält die "Akonto-Rechtsprechung" des Bundesgerichts (4A_89/2012 vom 17. Juli 2012) im vorliegenden Fall nicht für anwendbar. Ein "Akontoverhältnis" bzw. Akontozahlungen seien weder erstellt noch von der Klägerin behauptet worden. Die Erwägungen der Vorinstanz zu Akontozahlungen würden daher die Verfahrensmaxime (gemeint wohl: Verhandlungsmaxime) verletzen (Urk. 83 S. 37 ff., S. 65 und S. 80).

4.3 Die Klägerin hat vor Vorinstanz ausgeführt, der Beklagte habe über die Honorare und Bezahlung von verlangten Kostenvorschüssen persönlich mit der Klägerin eine umfangreiche Korrespondenz geführt (Urk. 2 Rz 45 S. 12). Die Honorare des Beklagten, der sehr fordernd und stets ultimativ die Bezahlung seiner Akontozahlungsgesuche bzw. Teilrechnungen durch die Klägerin eingefordert habe, seien teilweise nicht geschuldet, unangemessen, ja in ihrer Gesamtheit völlig überrissen (Urk. 2 Rz 46 S. 13). Zudem reichte die Klägerin sämtliche Rechnungen und einen vom Beklagten selbst angefertigten Kontoauszug vom 27. August 2009 zu den Akten, der per 27. August 2009 ein Guthaben zugunsten der Klägerin von Fr. 2'711.15 auswies (Urk. 3/43-56). Aus diesem Kontoauszug ergibt sich, dass die Klägerin überwiegend Vorschüsse, vereinzelt aber auch Honorarrechnungen bezahlt hat. Der Beklagte selbst sprach in der Klageantwort verschiedentlich davon, er habe von der Klägerin Kostenvorschüsse verlangt (Urk.

20 Rz 31 S. 19, Rz 117 S. 61). Es bleibt unerfindlich, wie der Beklagte behaupten kann, es seien keine Akontozahlungen behauptet worden und nachgewiesen. Es liegt in der Natur eines Kostenvorschusses, dass nachträglich über die effektiven Kosten abzurechnen und ein allenfalls verbleibender Betrag zurückzuerstatten ist (Fellmann, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2011, N 167 zu Art. 12 BGFA). Eine Verletzung der Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO) liegt nicht vor.

4.4 Letztlich spielt es aber keine Rolle, ob die Klägerin Akontozahlungen geleistet oder Honorarrechnungen beglichen hat oder beides: Das Bundesgericht hat in seiner Entscheidung vom 17. Juli 2012 erwogen, der Rückerstattungsanspruch des Auftraggebers wegen unsorgfältiger Mandatsführung bzw. teilweiser oder vollständiger Unbrauchbarkeit der Leistung des Rechtsanwaltes sei vertraglicher und nicht bereicherungsrechtlicher Natur, unabhängig davon, ob der Auftraggeber Akontozahlungen geleistet oder aber ein Honorar in vereinbarter Höhe bezahlt habe (4A_89/2012 E. 3.2.3). Dies hat zur Folge, dass der Rückerstattungsanspruch der Klägerin wegen unsorgfältiger Mandatsführung – wie bereits die Vorinstanz korrekt festgestellt hat – nicht verjährt ist. Im genannten Entscheid verglich das Bundesgericht die Situation wegen unsorgfältiger Mandatsführung mit derjenigen, wenn im Kauf-, Miet- oder Werkvertrag die Vergütung wegen Mängeln gemindert wird, um das Gleichgewicht im vertraglichen Austauschverhältnis wieder herzustellen. Die dabei entstehenden Rückerstattungsansprüche sind vertraglicher Natur. Indem das Bundesgericht die Rückforderung des vereinbarten und bezahlten Honorars vertraglichen Regeln unterwirft, ist aber auch gesagt, dass allein mit der Bezahlung einer Honorarrechnung noch keine Genehmigung der Mandatsführung bzw. der Leistung des Beauftragten verbunden ist. Ansonsten könnte ein Rückerstattungsanspruch gar nicht entstehen, setzt ein solcher die Bezahlung des Honorars doch gerade voraus. Im Zeitpunkt der Bezahlung einer Honorarrechnung kann der Klient zumeist auch noch gar nicht abschliessend beurteilen, ob sich die (kurz zuvor erbrachten) Leistungen seines Rechtsvertreters als ganz oder teilweise unbrauchbar erweisen und die Mandatsführung als unsorgfältig zu qualifizieren ist. Umso mehr trifft dies auf Vorschüsse zu, die vor dem Tätigwerden des Anwalts geleistet werden. Aufgrund dieser Kons-

tellation durfte der Beklagte nach Treu und Glauben gerade nicht davon ausgehen, dass "jede bezahlte Rechnung als anerkannt gilt" (Urk. 83 Rz 39 S. 41) und die Zahlung einer Honorarnote Billigung bedeutet (Urk. 83 Rz 37 S. 38). Weitere Umstände, aus denen der Beklagte auf eine Anerkennung der Rechnungen im Sinne einer Genehmigung hätte schliessen dürfen, werden in der Berufungsschrift nicht dargetan. Vor Vorinstanz hatte sich der Beklagte mit Hinweis auf die der Klägerin zugestellten Honorarrechnungen auf eine "Saldoziehung" berufen (Urk. 39 Rz 88 S. 37), ohne indes eine eigentliche Saldoforderung (Art. 117 Abs. 2 OR) geltend zu machen. Auf eine Saldoziehung, welche die Vorinstanz verneinte (Urk. 84 S. 25), beruft sich der Beklagte im Berufungsverfahren nicht mehr; er macht vielmehr geltend, es sei kein Akontoverhältnis erstellt (Urk. 83 Rz 38 S. 39).

4.5 Aus dem Entscheid 4A_252/2012 E. 9.1 vermag der Beklagte nichts Gegenteiliges abzuleiten. In jenem Fall warfen die Auftraggeber dem Beauftragten vor, er habe seinen auftragsrechtlichen Rechenschaftspflichten nicht genügt und seinen Aufwand nicht genügend genau beziffert, nachdem sie während rund zwei Jahren die Zustellung der jeweiligen Spesenblätter nie beanstandet hatten, obwohl sie wussten, dass der Beauftragte seine Rechnungen darauf abstützte. Dieser Fall kann mit dem hier zu beurteilenden Sachverhalt nicht verglichen werden, in dem sich die Klägerin auf die Haftungsbestimmung für getreue Ausführung (Art. 398 Abs. 2 OR) beruft (Urk. 2 Rz 97). Die Klägerin wirft dem Beklagten nicht vor, er habe nicht detailliert genug abgerechnet.

5. Die Parteien haben einen Stundenansatz von Fr. 300.– vereinbart. Die Klägerin kann der Honorarforderung des Beklagten daher den Einwand entgegenhalten, er habe mehr Aufwand betrieben, als bei sorgfältigem Vorgehen erforderlich gewesen wäre. Für den Mehraufwand hat der Beklagte keinen Vergütungsanspruch (BK-Fellmann, N 532 zu Art. 394 OR; Fellmann, Anwaltsrecht, Bern 2010, Rz 1220).

6.1 Die Vorinstanz kürzte die Honorarrechnung vom 14. Juni 2007 (Urk. 3/48) um den Betrag von Fr. 447.–. Sie erwog dazu, was folgt (Urk. 84 S. 12):

"Andererseits führt die Klägerin aus, dass von der betreffenden Honorarrechnung rund eineinhalb Arbeitsstunden à Fr. 300.– (Fr. 447.–) zu streichen sei-

en, die der Beklagte für seine Aufwendungen für die Kommunikation mit dem damaligen Gegenanwalt noch vor der Klageeinleitung verrechnet habe, obschon dieser ihm mit Schreiben vom 27. November 2006 mitgeteilt hätte, dass er zukünftig zu Schreiben des Beklagten nicht mehr Stellung nehmen und diese unbeantwortet ablegen werde (act. 2 S. 14). Der Beklagte hält dem einzig entgegen, dass die Kommunikation zwischen ihm und dem damaligen Gegenanwalt nie abgebrochen sei und beispielsweise unmittelbar nach der Referentenaudienz (diese fand erst am 8. April 2008 statt) Gespräche geführt worden seien (act. 20 S. 62). Diesbezüglich ist mit der Klägerin davon auszugehen, dass der Beklagte trotz klarer Haltung der Gegenpartei sich nicht auf das Notwendige beschränkt hat, weshalb von einem unverhältnismässig umtriebigen Wirken des Beklagten auszugehen ist und die geltend gemachten Fr. 447.– (1.49 Stunden) an die Klägerin zurückzuerstatten sind."

6.2 Der Beklagte wendet dagegen zunächst ein, die Aufwendungen für die Kommunikation mit dem Gegenanwalt hätten vor dem 27. November 2006 stattgefunden (Urk. 83 Rz 32 S. 33 f.). Dieser Einwand trifft indes nicht zu. Aus der Honorarrechnung vom 14. Juni 2007 geht hervor, dass für die Kommunikation mit dem Gegenanwalt, Rechtsanwalt E._____, zwischen dem 29. November 2006 und dem 11. Juni 2007 1.49 Stunden aufgewendet und verrechnet wurden (Urk. 3/48). Es trifft daher gerade nicht zu, dass der Beklagte im Zeitpunkt der verrechneten Bemühungen nicht wissen konnte, dass der Rechtsvertreter von C._____ weitere Kommunikation ablehnte (Urk. 83 Rz 40 S. 42).

6.3 Der Beklagte rechtfertigt seine Aufwendungen damit, er habe durch eine Kommunikation mit dem damaligen Gegenanwalt Verteidigungsargumente ausforschen und in Erfahrung bringen wollen, ob die Angaben, die er von der Klägerin erhalten habe, zutreffen würden. Es sei gerichtsnotorisch, dass Prozessanwälte Erklärungen abgäben, auf die sie wieder zurückkommen würden. Es bleibe unerfindlich, weshalb der Beklagte als damaliger Rechtsvertreter der Klägerin in einem Prozess in Millionenhöhe nicht bereits vor der Sühnverhandlung versuchen dürfe, mit dem Gegenanwalt ins Gespräch zu kommen. Selbst wenn der Gegenanwalt angezeigt hätte, er wolle diese Kommunikation nicht, sei es sinnvoll, sie dennoch zu versuchen, da mit dem Vortragen von Tatsachen beide Parteien ein Interesse haben könnten, den Sachverhalt vertiefter abzuklären. Naturgemäss könne mit dem Versuch, mit dem Gegenanwalt in Kontakt zu treten, auch keine Erfolgsgarantie verbunden sein. Worin die Unsorgfalt des Beklagten liegen solle,

wenn er vor Prozessbeginn Vergleichsgespräche führen oder mit dem Gegenanwalt kommunizieren wolle, bleibe unerfindlich (Urk. 83 Rz 33 ff. S. 34 ff.).

6.4 Der Beklagte übergeht, dass sein Versuch, mit dem Gegenanwalt das Gespräch zu pflegen, ab dem 27. November 2006 von vornherein zum Scheitern verurteilt war, weil der Gegenanwalt ihm eröffnet hatte, er werde auf seine Schreiben nicht mehr reagieren. Den vom Gegenanwalt vollzogenen Kontaktabbruch konnte der Beklagte nicht unbeachtet lassen. Angesichts dieser klar geäußerten Haltung muss der Versuch, durch den direkten Kontakt mit dem Gegenanwalt weiterhin "Gegebenheiten in Erfahrung zu bringen" und "Verteidigungsargumente auszuforschen" (Urk. 83 Rz 33 S. 34 f.) als aussichtsloses Unterfangen taxiert werden. Der Beklagte macht denn auch nicht geltend, der Gegenanwalt sei auf seinen Entscheid zurückgekommen. Der Vorwurf des unnötigen Wirkens vermag der Beklagte daher nicht zu entkräften. Die Berufung ist insofern unbegründet.

7.1 Nachdem C._____ am 26. September 2007 die Klageantwort erstattet hatte (Urk. 21/50), fand am 8. April 2008 eine Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung statt (Urk. 3/11). Zuvor hatte der Beklagte namens der Klägerin am 12. November 2007 unaufgefordert eine ergänzende zehenseitige Eingabe verfasst, die mit Verfügung vom 15. November 2007 aus dem Recht gewiesen wurde (Urk. 2 Rz 16, Rz 55; Urk. 3/11 S. 2). Die Vorinstanz kürzte die Honorarrechnung vom 13. Mai 2008 (Urk. 3/50) um den Betrag von Fr. 1'524.- (5.08 Stunden) für eine zurückgewiesene Eingabe ans Gericht und um den Betrag von Fr. 150.- für die diesbezüglichen Kopier- und Portokosten. Sie erwog dazu, was folgt (Urk. 84 S. 14):

"Der Beklagte ist der Ansicht, rechtens gehandelt zu haben und verweist zudem darauf, dass das Gericht nichtsdestotrotz ein Exemplar der 'zurückgewiesenen Eingabe' bei den Akten behalten habe (act. 20 S. 65). Diesbezüglich ist mit der Klägerin davon auszugehen, dass die betreffende Eingabe keine Noveneingabe, sondern lediglich eine (noch vor der Replikschrift) unaufgefordert eingereichte 10-seitige Eingabe war, um "das Gericht auf den neuesten Stand seit Abfassung der Klageschrift zu stellen", die in der Folge samt Beilagen aus dem Recht gewiesen wurde (act. 3/4 S. 9). Ein prozessführender Anwalt hat darum zu wissen, dass das Gericht eine derartige Eingabe nicht akzeptieren wird, weshalb der für diese Eingabe verrechnete Aufwand

als offenkundig unnötig zu qualifizieren und die Honorarrechnung im entsprechenden Umfang zu kürzen ist."

7.2 Mit seiner Berufung wendet der Beklagte ein, Vergleichsgespräche würden nur dann einen Sinn machen, wenn noch vor Abschluss der ersten Novenschranke das Gericht zumindest in Kenntnis gesetzt worden sei, dass im darauffolgenden Schriftenwechsel wesentliche neue Sachverhaltselemente vorgetragen würden. Daher sei es im Interesse einer Vergleichslösung sorgfältig, notwendig und geboten gewesen, dass er diese Eingabe eingereicht habe. Die Vorgehensweise sei (im Hinblick auf Vergleichsgespräche) weder aussergewöhnlich noch unzulässig oder unsorgfältig gewesen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung habe jede Prozesspartei das Recht, zu jeder Eingabe unaufgefordert Stellung zu nehmen. Somit müsse es auch zulässig sein, zur Klageantwort vorläufig Stellung zu nehmen mit dem Hinweis, dass mit der Replik weitere Tatsachenvorbringen erfolgen werden; ansonsten hätte er sich dem Vorwurf ausgesetzt, dass er die Vergleichsverhandlung ins Leere laufen lasse. Dass das Bezirksgericht die Vergleichsgespräche ohne die Berücksichtigung dieser Eingabe geführt habe, obwohl die Novenschranke noch nicht eingetreten sei, habe nicht der Beklagte zu vertreten. Die Vorinstanz habe die Kopier- und Portokosten zudem zweimal abgezogen, indem sie die Kleinspesen auf 3% sämtlicher Honorarrechnungen reduziere (Urk. 83 Rz 43 f. S. 43 ff.).

7.3 In der Klageantwort führte der Beklagte aus, eine "zurückgewiesene" Eingabe sei dennoch bei den Akten des Gerichts behalten worden. Es sei gemäss BGE 133 I 100 gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK zulässig, zu jeder Eingabe Stellung zu nehmen und auch echte Noven ausserhalb der üblichen Rechtsschriften vorzutragen. Das gelte insbesondere, wenn dadurch die Prozessökonomie nicht gefährdet werde. Er habe daher rechtens gehandelt (Urk. 20 Rz 127 S. 65). In der Duplik machte der Beklagte keine Ergänzungen. Soweit seine tatsächlichen Vorbringen in der Berufungsschrift darüber hinaus gehen, können sie nicht berücksichtigt werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

7.4 Aus dem Umstand, dass das unbedingte Replikrecht eine Äusserungsmöglichkeit gestattet, kann noch nicht geschlossen werden, dass eine Eingabe

nicht unnötig ist oder keine blossen Wiederholungen enthält. Auch kann der Beklagte nichts daraus ableiten, dass seine unaufgefordert eingereichte Eingabe zu den Akten genommen wurde. Dazu ist das Gericht verpflichtet, auch wenn es eine Eingabe aus dem Recht (nicht aber aus den Akten) weist. Die Parteien haben zwar Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 53 Abs. 1 ZPO). Die Äusserungsrechte der Parteien werden im erstinstanzlichen Verfahren und im Rechtsmittelverfahren aber durch die Zivilprozessordnung geregelt. Dies gilt insbesondere für die Art und Zahl der jeder Partei zustehenden Vorträge und Rechtsschriften (Art. 220 ff. ZPO). Mehr als die gesetzlich vorgesehenen Äusserungsmöglichkeiten stehen den Parteien nicht zu (ZR 87 [1988] Nr. 65). Die Berufung auf das unbedingte Replikrecht hilft dem Beklagten nicht. Es stand nie zur Diskussion, ob die Klägerin zur Klageantwort Stellung nehmen können oder nicht. Im Prozess gegen C._____ drohte der Klägerin kein Verlust ihrer Äusserungsmöglichkeiten. Der zweite Schriftenwechsel (Art. 225 ZPO), eine Instruktionsverhandlung (Art. 226 ZPO) oder die Hauptverhandlung (Art. 228 f. ZPO) mit unbeschränktem Novenrecht standen noch bevor. Die Frage ist vielmehr, ob eine weitere Eingabe im Hinblick auf die Vergleichsverhandlung geboten war oder nicht.

7.5 Der Beklagte schweigt sich darüber aus, welche "echten Noven" er mit seiner unaufgeforderten Eingabe vorbrachte. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass die Eingabe eine Stellungnahme auf die Klageantwort ausserhalb des vom Gesetz vorgesehenen Verfahrensablaufs darstellte. Solche Eingaben sind verpönt, da sie wiederum der Gegenpartei zugestellt werden müssen, die sich wiederum veranlasst sehen könnte, sich schriftlich dazu zu äussern. Ein solcher Schlagabtausch bzw. "Quasi-Schriftenwechsel" vor einer Vergleichsverhandlung führt zu einer Verzögerung des Prozesses und – je nach Prozess – zu einer Vervielfachung der Zahl von ungebeten eingereichten Rechtsschriften. Die Vorbereitung einer Vergleichsverhandlung basiert auf den von den Parteien prozesskonform eingereichten Rechtsschriften und Beilagen. Dabei ist der Gerichtsdelegation bewusst, dass die eine Seite zum letzten Vortrag der anderen noch nicht hat Stellung nehmen können. Dem Beklagten hätten in der vorliegenden Konstellation andere Möglichkeiten zur Verfügung gestanden, um dem Umstand zu begegnen, dass die Gegenpartei den letzten Vortrag vor der Referentenaudienz hat-

te. Er hätte an der Verhandlung vom 8. April 2008 selbst das Wort für eine kurze Stellungnahme (nicht im Sinne eines Parteivortrags sondern als Information im Hinblick auf den weiteren Verlauf der Verhandlung) beantragen können (ZR 87 [1988] Nr. 65). Oder er hätte im Rahmen der Vergleichsgespräche Gegenbemerkungen und Vorbehalte zum Vergleichsvorschlag des Gerichts anbringen können.

7.6 Der Entscheid des Bezirksgerichts, die zehnsseitige Eingabe des Beklagten aus dem Recht zu weisen, ist insofern nicht zu beanstanden. Den Parteien wurde dadurch bekannt gegeben, dass die Eingabe für die bevorstehende Referentenaudienz nicht berücksichtigt wird. Der Gegenpartei wurde angezeigt, dass sie sich ihrerseits nicht zu äussern brauchte. Die vom Beklagten erstellte zehnsseitige Eingabe stellt ein typisches "Übermarchen" dar und erwies sich mit anderen Worten für die Klägerin als nutzlos. Man kann sich vielmehr fragen, ob sich derartige Eingaben nicht kontraproduktiv auswirken. Der dafür aufgewendete Aufwand kann der Klägerin jedenfalls nicht verrechnet werden. Die Abzüge von Fr. 1'524.– (5.08 Stunden) und Fr. 150.– (Porto und Fotokopien) sind gerechtfertigt. Die Rückerstattung bei Unbrauchbarkeit der Leistung ist vertraglicher Natur. Wie noch zu zeigen sein wird, hat die Vorinstanz die Kopier- und Portokosten auch nicht doppelt abgezogen.

8.1 Die Vorinstanz kürzte die Honorarrechnung vom 13. Mai 2008 (Urk. 3/50) um weitere Fr. 1'425.– (4.75 Stunden) zuzüglich Fr. 24.– (Auslagen) mit folgender Begründung (Urk. 84 S. 14 f.):

"Als weitere Rechnungsposition moniert die Klägerin drei Einträge unter dem Datum vom 8. Januar 2008 für einen Aufwand von insgesamt Fr. 1'425.– (4.75 Stunden) zuzüglich Auslagen von Fr. 24.–, die im Zusammenhang mit einer Referentenaudienz gemacht wurden, obwohl diese im fraglichen Verfahren erst am 8. April 2008 stattgefunden hat (act. 2 S. 15). Der Beklagte führt dazu aus, er erinnere sich an die Referentenaudienz, die insbesondere ihm höchst peinlich gewesen sei, da die Klägerin während der Verhandlung versucht habe, die Liebe von C. _____ wiederzuerlangen. Eine Doppelverbuchung liege im Übrigen nicht vor, da nur einmal eine Referentenaudienz in Rechnung gestellt worden sei (act. 20 S. 65 und act. 39 S. 34). Entgegen dieser Vorbringen des Beklagten findet sich in der betreffenden Rechnung jedoch ein zusätzlich verbuchter Aufwand für die Teilnahme an einer Verhandlung, nämlich 2.67 Stunden unter dem Datum vom 9. April 2008. Somit liegt die Vermutung nahe, dass fehlerhafte Verbuchungen unter dem Datum vom 8. Januar 2008 vorgenommen wurden, welche der Beklagte nicht einmal im

Ansatz zu entkräften vermochte, weshalb die entsprechenden Beträge an die Klägerin zurückzuerstatten sind."

8.2 Der Beklagte rügt, bei der von der Vorinstanz monierten Rechnungsposition vom 8. Januar 2008 handle es sich offensichtlich um einen Verschieb. Die beiden Buchungen seien auf den Umstand zurückzuführen, dass die Referentenaudienz im Prozess gegen C._____ sowohl am Vormittag als auch am Nachmittag stattgefunden habe. Die Zeiten für Vor- und Nachmittag seien mit den Auslagen und den Reisezeiten angegeben. Die Verhandlung habe – wie die Vorinstanz richtig wiedergebe – am 8. April 2008 stattgefunden. Es widerspreche Treu und Glauben, nach Jahren die Rechnungsstellung anzufechten (Urk. 83 Rz 47 S. 46).

8.3 Mit seiner Rüge ergänzt der Beklagte unzulässigerweise den vor Vorinstanz vorgetragenen Sachverhalt (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die Erklärung, weshalb für die Referentenaudienz zwei Buchungen vorliegen, ist neu und kann nicht mehr berücksichtigt werden. Damit bleibt es bei der von der Vorinstanz getroffenen Feststellung, dass der Eintrag vom 8. Januar 2008 nicht zu erklären ist. Die Rückforderung für nicht erbrachte Leistungen ist zudem nicht rechtsmissbräuchlich.

8.4 Der Beklagte macht schliesslich geltend, in Bezug auf die Referentenaudienz sei nur das Quantitativ strittig, womit offensichtlich Bereicherungsrecht gelte und der Eintritt der Verjährung evident sei (Urk. 83 Rz 49 S. 47 mit Verweis auf BGer 4A_89/2012 E. 3.2.1). Der Beklagte will damit wohl sinngemäss vorbringen, es liege keine unsorgfältige Mandatsführung sondern eine Fehlbuchung vor, die über das Bereicherungsrecht auszugleichen sei. Dem kann nicht gefolgt werden. Die korrekte Leistungserfassung und Rechnungsstellung gehört ebenfalls zu den Vertragspflichten des Anwalts (Art. 400 Abs. 1 OR) und ist somit Teilaspekt einer sorgfältigen Mandatsführung und der gehörigen Erfüllung (BK-Fellmann, N 525 zu Art. 394 OR). Davon abgesehen liegt keine anerkannte Saldoziehung vor, die auch im vertraglichen Abrechnungsverhältnis über das Bereicherungsrecht zu korrigieren wäre. Der Beklagte behauptet nicht, die Klägerin habe den nach Zahlung der Honorarnote vom 13. Mai 2008 zu ihren Gunsten lautenden Saldo per 29. Mai 2008 (Urk. 3/50 [Kontoauszug]) oder den zu ihren Gunsten lautenden

Saldo bei Beendigung des Mandats (Urk. 3/43) anerkannt. Nach Auffassung des Beklagten ist nicht einmal ein "Kontoverhältnis" erstellt (Urk. 83 Rz 38 S. 39).

8.5 Demzufolge sind auch die Kürzungen von Fr. 1'425.– und Fr. 24.– zu Recht erfolgt.

9.1 Mit der Honorarnote vom 9. Oktober 2008 stellte der Beklagte der Klägerin Fr. 77'996.30 in Rechnung (Urk. 3/51). Der verrechnete Aufwand für die Erstellung und Einreichung der Replik und der gekürzten Replik beträgt Fr. 58'074.– (193.58 Stunden). Die Vorinstanz kürzte das Honorar antragsgemäss um den Betrag von Fr. 45'000.–. Sie verwies auf den Beschluss des Bezirksgerichts vom 2. Oktober 2008, womit die Replik zur Verbesserung zurückgewiesen worden war (Urk. 3/16). Den Einwand des Beklagten, die Klägerin treffe ein grobes Selbstverschulden, wies die Vorinstanz zurück. Sie ging zusammenfassend davon aus, dass der Beklagte insbesondere mit Bezug auf die erste Fassung der Replik einen übermässig grossen Aufwand betrieben habe und sich dessen Aufwendungen grösstenteils als unbrauchbar erwiesen hätten. Zudem habe der Beklagte die Klägerin über die anstehende erhebliche Veränderung der Honorarkosten in Bezug auf die Replik nicht informiert. Entsprechend reduzierte sie die vertretbaren Aufwendungen des Beklagten auf dessen anfängliche Schätzung von 40 Stunden (Urk. 84 S. 16 ff.).

9.2 Der Beklagte beanstandet zunächst, das Urteil der Vorinstanz enthalte tatsächliche Ausführungen, die in den Rechtsschriften und in der mündlich gehaltenen Replik nie behauptet worden seien:

9.2.1 Die Klägerin – so der Beklagte – habe im Zusammenhang mit der Ausarbeitung der Replik weder einen Betrag von Fr. 58'074.– noch einen solchen von Fr. 77'996.30 genannt (Urk. 83 Rz 52 S. 49 lit. a). Dies trifft indes nicht zu. Wie der Beklagte selbst erwähnt, führte die Klägerin bereits in der Klageschrift unter Verweis auf die Rechnung vom 9. Oktober 2008 aus, von den Honorarrechnungen über Fr. 207'867.30 seien – wie es scheine – Fr. 77'996.30 allein für die zurückgewiesene Replik in Rechnung gestellt worden (Urk. 2 Rz 44 S. 11). Der Zusatz "wie es scheint" lässt den Sachvortrag der Klägerin entgegen der Auffas-

sung des Beklagten nicht als ungenügend erscheinen, zumal die Klägerin weiter ausführte, die Honorarrechnung vom 9. Oktober 2008 beinhalte gemäss Leistungsdetail insgesamt 193.58 Stunden für das Verfassen der Replik (Urk. 2 Rz 57 S. 15). Da die Klägerin einen Stundenansatz von Fr. 300.– behauptete (Urk. 2 Rz 41 S. 10), hat sie implizite ein Honorar von Fr. 58'074.– für das Erstellen der Replik behauptet (193.58 x Fr. 300.–).

9.2.2 Die Vorinstanz weise – so der Beklagte weiter – auf einen angeblich eingereichten Kontoauszug hin, wonach im Mai 2008 noch ein Guthaben von Fr. 12'500.– zugunsten der Klägerin bestanden haben solle. Entsprechende Behauptungen habe die Klägerin aber nie aufgestellt. Die Vorinstanz belege aber, dass gerade kein Akonto-Verhältnis vorgelegen bzw. behauptet worden sei (Urk. 83 Rz 52 S. 49 lit. b). Die Beanstandungen des Beklagten sind unberechtigt. Beim angeblichen Kontoauszug handelt es sich um den Kontoauszug vom 27. August 2009, der – wie die Honorarnote vom 9. Oktober 2008 – ein Guthaben der Klägerin vor Abfassung der Replik von Fr. 12'477.90 ausweist (Urk. 3/43, Urk. 3/51). Die Klägerin hat in der Klageschrift vorgebracht, nachdem sie gemäss Kontoauszug vom 27. August 2009 im Mai 2008 beim Beklagten noch über ein Guthaben von Fr. 12'500.– verfügt habe, habe sie – offenbar mit dem Beklagten, der akribisch auf seine stetige Deckung durch Akontozahlungen bedacht gewesen sei und diese ultimativ durchgesetzt habe – davon ausgehen dürfen, dass für die vorstehende Replik keine weitere Äufnung des Vorschusskontos nötig gewesen sei (Urk. 2 Rz 57 S. 16). Es ist daher unerfindlich, wie der Beklagte vorbringen kann, die Klägerin habe keine entsprechenden Behauptungen aufgestellt. Eine Verletzung der Verhandlungsmaxime durch die Vorinstanz liegt auch insofern nicht vor.

9.3.1 Der Beklagte vermisst überhaupt Behauptungen vor Vorinstanz, "warum und wo spezifisch übermässig viel Aufwand getrieben worden sein soll". Obwohl die Rechnung vom 9. Oktober 2008 äussert detailliert ausgefallen sei, würden Behauptungen fehlen, warum der Rechnungsbetrag um 150 Stunden bzw. Fr. 45'000.– zu kürzen sei. Es sei nicht ausgeführt worden, welche Teile der Replik falsch, unbrauchbar oder übermässig teuer gewesen seien. Stattdessen lasse die Klägerin auf einen "Vergleich" der Honorarkommission verweisen. Damit genüge

sie ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast nicht, weshalb der Anspruch abzuweisen sei. Die Vorinstanz habe ihr Urteil auf nicht behauptete Tatsachen abgestützt (Urk. 83 Rz 53 f. S. 50 f., Rz 63 S. 62).

9.3.2 Auch dieser Vorwurf geht fehl. Die Klägerin hat in der Klageschrift angegeben und belegt, aus welchen Gründen das Bezirksgericht die Replikschrift zur Verbesserung zurückwies. Sie hat ferner auf ein Schreiben des Beklagten vom 5. September 2006 verwiesen, worin dieser den Aufwand für die Replikschrift auf 20 bis 40 Stunden geschätzt habe (Urk. 2 Rz 57); dieses Schreiben wurde vom Beklagten mit der Klageantwort zu den Akten gereicht (Urk. 21/42). Die Klägerin erläuterte, weshalb die Honorarkommission eine Reduktion um 150 Stunden auf die obere Grenze des geschätzten Aufwandes vornahm und weshalb sie diese Auffassung teilt (Urk. 2 Rz 58). An der Hauptverhandlung ergänzte die Klägerin, die Replik sei eine völlige Fehlleistung punkto Quantität und Qualität, eigentlich nichts wert, und ihr "Grundgerüst" sei absolut chancenlos gewesen (Prot. I S. 10, S. 16 und S. 18 f.). Damit ficht die Klägerin die Replik als Ganzes an und macht vollständige Unbrauchbarkeit der Leistung geltend. Wenn die Klägerin in Anlehnung an die ursprüngliche Schätzung des Beklagten und die Empfehlung der Honorarkommission trotzdem einen maximal zulässigen Aufwand von 43.58 Stunden zugesteht und die verrechneten 193.58 Stunden um 150 Stunden reduziert, wird auch deutlich, warum in den Augen der Klägerin der Rechnungsbetrag um 150 Stunden bzw. Fr. 45'000.– zu kürzen ist. Die Anforderungen an die Substantiierungslast würden überspannt, wenn die Klägerin im Einzelnen anhand der 258-seitigen Replik dazulegen hätte, welche konkreten Ausführungen falsch, unsorgfältig und damit unnützlich waren, zumal der Beklagte bereits in der Klageantwort einräumte, dass er eine unmöglich weitschweifende Eingabe mit zahllosen Wiederholungen und sinnlosen "atmosphärischen Behauptungen" verfasst hatte, die jedes normale Gericht wegen unsäglichen Wiederholungen und Weitschweifigkeiten zurückweisen muss (Urk. 20 Rz 84 S. 48). Der Beklagte anerkennt auch in der Berufungsschrift, eine falsche und unfachmännische bzw. nicht fachgerecht erstellte Replik abgeliefert zu haben (Urk. 83 Rz 62 S. 60 f.), auch wenn er nach wie vor der Klägerin die Schuld daran gibt.

9.3.3 Das angefochtene Urteil verletzt insofern weder Art. 55 ZPO noch Art. 8 ZGB. Nachdem der Beklagte zu sämtlichen Vorbringen und Beilagen der Klägerin Stellung nehmen konnte, ist auch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 53 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK) auszumachen (Urk. 83 Rz 54 S. 50 f.).

9.4.1 Weiter macht der Beklagte geltend, die Vorinstanz hätte sämtliche Parteivorträge der Klägerin (Klageschrift, Replik mit Widerklageantwort und die Stellungnahme zur Duplik) zufolge Rechtswidrigkeit aus dem Recht weisen müssen, weshalb das ganze Klagefundament als unvollständig zu qualifizieren und die Berufung mangels Behauptungen und Substantiierungen vor Vorinstanz gutzuheissen sei. Die Rechtswidrigkeit sieht er darin begründet, dass die gesamte Klageschrift, weite Teile der Replik und das angefochtene Urteil im Wesentlichen auf dem den Parteien von der Honorarkommission unterbreiteten Vergleichsvorschlag beruhen würden. Es stelle einen Verstoss gegen Art. 6 und 26 der Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbandes (SSR) dar, dass die Klägerin bzw. deren Rechtsvertreter den vertraulichen Vergleichsvorschlag der Honorarkommission dem Gericht ohne Zustimmung des Beklagten zur Kenntnis gebracht und darauf Bezug genommen habe. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (4A_294/2013 E. 3.1 und 3.2) bedeute jeder Verstoss gegen diese Standesregel eine Verletzung von Art. 12 BGFA und eine schwere zivilprozessuale Rechtswidrigkeit. Im genannten Entscheid habe das Bundesgericht befunden, dass der eingereichte Vergleich aus dem Recht zu weisen sei (Urk. 83 Rz 55 ff., S. 51 ff.). Demzufolge könne der Vergleichsvorschlag auch nicht als Beweismittel zugelassen werden (Urk. 83 Rz 61 S. 55).

9.4.2 Die Klägerin entgegnet, die Empfehlung der Honorarkommission stelle keinen aussergerichtlichen Vergleich der Parteien dar. Die Konstruktion einer Verletzung von Art. 12 BGFA sei ebenso ein blanker Unsinn wie die Behauptung, die Vorinstanz hätte die Empfehlung der Honorarkommission zur gütlichen Einigung aus dem Recht weisen müssen. Die Behauptung, die Vorinstanz habe rechtswidrig gehandelt und die Empfehlung der Honorarkommission sei wegen Befangenheit und Parteilichkeit unbrauchbar, sei haltlos (Urk. 98 S. 17 Rz 62).

9.4.3 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf ein mit einem ausdrücklichen Vertraulichkeitsvorbehalt versehenes Schreiben, selbst schwarz eingeschwärzt, im Gerichtsverfahren nicht eingereicht werden, ausser die Vertraulichkeit beziehe sich offensichtlich nur auf einen Teil des Textes (BGE 140 III 6 = BGer 4A_294/2013 E. 3.1 und 3.2 S. 8 ff.). Das Bundesgericht leitet dies aus Art. 152 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 12 lit. a BGFA und Art. 6 und Art. 26 SSR ab. Zur sorgfältigen und gewissenhaften Ausübung des Anwaltsberufs im Sinne von Art. 12 lit. a BGFA gehört auch, dass der Anwalt den Inhalt von Vergleichsverhandlungen, die ausdrücklich als vertraulich bezeichnet werden, dem Gericht oder anderen Behörden nicht bekanntgibt (Fellmann, a.a.O., Rz 199). Gemäss Art. 6 SSR informieren Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte das Gericht nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Gegenpartei über deren Vorschläge zur Beilegung der Streitsache. Laut Art. 26 SSR müssen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, die Kolleginnen oder Kollegen eine Mitteilung senden, die vertraulich sein soll, diesen Willen in der Mitteilung klar zum Ausdruck bringen und dürfen als vertraulich bezeichnete Dokumente und Gesprächsinhalte keinen Eingang ins gerichtliche Verfahren finden.

9.4.4 Der Empfehlung des Referenten der Honorarkommission zur gütlichen Erledigung des Verfahrens (Urk. 3/4 S. 1 Ziff. 3) kann entgegen der Auffassung des Beklagten kein Vertraulichkeitshinweis entnommen werden. Zudem stellt sie keinen Vorschlag *einer Partei* zur Beilegung der Streitsache im Sinne von Art. 6 SSR ("über deren Vorschläge") dar. Es handelt sich vielmehr um den Vorschlag eines *Dritten*, nämlich des Referenten der Honorarkommission. Der Sinn des Vertraulichkeitsgebots liegt darin, dass sich die Parteien bei der Suche nach einer aussergerichtlichen Lösung frei äussern können müssen (BGE 140 III 6 E. 3.1 S. 9, Fellmann, a.a.O., Rz 200). Im Vorprüfungsverfahren der Honorarkommission kam es aber gar nicht zu Vergleichsverhandlungen. Die freie Äusserungsmöglichkeit der Parteien war daher nicht von Belang. Der Beklagte legt denn auch nicht dar, dass er im Vorprüfungsverfahren vertrauliche Mitteilungen machte, die durch die Offenlegung der Empfehlung hätten preisgegeben werden können. Die Empfehlung enthält denn auch primär eine eigentliche Beurteilung (Vorprüfung) der beanstandeten Honorarrechnungen und erst in zweiter Linie einen Vergleichsvor-

schlag, was in den Ziffern 22 und 23 der Empfehlung klar zum Ausdruck kommt. Damit liegt weder ein Verstoss gegen das Gebot der Vertraulichkeit noch eine rechtswidrige Beweisbeschaffung vor. Die Bekanntgabe der Empfehlung gegenüber dem Gericht verletzt weder das Standesrecht noch Art. 12 BGFA. Demzufolge hätte die Vorinstanz den Rechtsvertreter der Klägerin auch nicht bei der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte verzeigen müssen, wie der Beklagte moniert.

9.5.1 Der Beklagte vermisst sodann Ausführungen der Vorinstanz dazu, "welche Rolle der von der Honorarkommission empfohlene Vergleich überhaupt haben solle". Die Klägerin habe ebenfalls keine Ausführungen dazu gemacht. Stattdessen verweise sie als Ersatz für substantiierte und spezifizierte Behauptungen auf diesen Vergleichsvorschlag, was unzulässig sei. Als Beweismittel könne der Vergleichsvorschlag wegen Verstosses gegen Art. 12 lit. a BGFA auch nicht zugelassen werden, zumal es sich dabei weder um eigene Wahrnehmungen zur Sache noch um ein Gutachten bzw. Parteigutachten handle. Der Beklagte habe zahlreiche schwere Verfahrensfehler der Honorarkommission und deren Arbeitsweise gerügt. Da diese Darlegungen unbestritten geblieben seien, hätte die Vorinstanz den von der Honorarkommission erarbeiteten Vergleichsvorschlag wegen Befangenheit und Parteilichkeit zurückweisen müssen. Indem die Vorinstanz auf seine unbestrittenen Vorbringen nicht eingegangen sei, habe sie die Begründungspflicht und sein rechtliches Gehör verletzt. Da der Anspruch auf rechtliches Gehör formeller Natur und seine Verletzung nicht heilbar sei, müsse seinem Rechtsbegehren entsprochen werden (Urk. 83 Rz 61 S. 55 ff.).

9.5.2 Es trifft zu, dass die eingeklagten Teilbeträge – mit einer einzigen Ausnahme (Urk. 2 Rz 50 S. 14: Fr. 447.– statt Fr. 600.–) – den von der Honorarkommission vorgeschlagenen Honorarreduktionen entsprechen und die Klägerin zur Begründung jeweils ergänzend auf die Ausführungen der Honorarkommission verwies. Aus der Klageschrift selbst wird aber hinreichend deutlich, weshalb die Klägerin den für die Replik verrechneten Aufwand als übersetzt erachtet (Urk. 2 Rz 57 f.). Die Vorinstanz wiederum unterzog sämtliche Positionen einer eigenständigen Beurteilung und übernahm nicht einfach den von der Honorarkommis-

sion eingenommenen Standpunkt. Nur so lässt sich erklären, dass einzelne Honorarrückforderungen im Gesamtumfang von Fr. 8'906.60, welche die Honorarkommission empfohlen hatte, von der Vorinstanz nicht akzeptiert wurden (Urk. 84 S. 21). Was den Aufwand für die Replik anbelangt, kann nicht erstaunen, dass sowohl für die Honorarkommission als auch für die Vorinstanz die anfängliche Schätzung des Beklagten und die vom Bezirksgericht in seinem Beschluss vom 2. Oktober 2008 angestellten Überlegungen im Zentrum standen, wonach die Replik aufgrund einer äusserst weitläufigen, weitschweifigen, äusserst unstrukturierten Vortragsweise mit unzähligen Wiederholungen den Anforderungen von § 131 GVG/ZH nicht genüge und auf maximal 100 Seiten zu kürzen sei (Urk. 3/16). Dem Beklagten war nach eigenen Angaben bewusst, dass seine Eingabe wegen unsäglichen Wiederholungen und Weitschweifigkeiten nicht akzeptiert werden konnte und er keine logische, schlüssig aufgebaute und stringente Replik verfasst hatte (Urk. 20 Rz 84 S. 48; vgl. auch Urk. 83 Rz 62 S. 60 f.). Wenn die Vorinstanz zum Schluss gelangte, der Beklagte habe insbesondere in Bezug auf die erste Fassung der Replik einen übermässig grossen Aufwand betrieben, der sich grösstenteils als unbrauchbar erwiesen habe, stützte sie sich folglich nicht auf die Beurteilung der Honorarkommission, sondern auf das Verdikt des Bezirksgerichts, dem der Beklagte lediglich entgegenzusetzen hatte, die Klägerin habe ihn an der Redaktion einer brauchbaren, fachgerechten Replik gehindert (Urk. 20 Rz 84 S. 49, Urk. 83 Rz 62 S. 60). Die Vorinstanz brauchte daher auch nicht auf die verschiedenen Einwendungen des Beklagten gegen das Verfahren vor der Honorarkommission einzugehen. Wenn der Beklagte rügt, Klage und Urteil beruhten unzulässigerweise auf der von der Honorarkommission abgegebenen Empfehlung, stossen seine Rügen (Verletzung der Begründungspflicht und des rechtlichen Gehörs) ins Leere.

9.6.1 Als Kern seiner Beanstandung trägt der Beklagte auf S. 58 bis S. 67 der Berufungsschrift vor, die Klägerin habe zu verantworten, dass die Replik nicht fachmännisch verfasst worden sei. Er macht geltend, die Klägerin habe ihm einen übermässigen Betreuungsaufwand abverlangt. Zudem habe sie ihm monatelang wichtige Unterlagen und Belege, insbesondere E-Mails, für die einzureichende Replik vorenthalten, die gar nicht oder zu spät eingetroffen seien. Die Klägerin

habe die Abfassung einer ordnungsgemässen, korrekten Replik geradezu sabotiert und ihn erpresst, eine Replik einzureichen, die er für falsch und unfachmännisch gehalten habe. Es sei ihm gar nichts anderes übrig geblieben, als eine der Klägerin gefällige Replik zu redigieren, um endlich an die zahlreichen Belege zu gelangen. Mit dem Zurückhalten von Belegen und dem erpresserischen Einfordern von Entwürfen sei er an einer korrekten Leistungserbringung gehindert worden, zumal es ihm während laufender Frist verwehrt gewesen sei, das Mandat niederzulegen. Statt auf das grobe Selbstverschulden und die Zwangslage des Beklagten abzustellen, habe die Vorinstanz ein Verschulden kreiert, das nicht einmal die Klägerin behauptet habe. Seine Vorbringen vor Vorinstanz seien vielmehr unbestritten geblieben. Er habe die Klägerin sowohl mit Bezug auf den Betreuungsaufwand als auch mit Bezug auf die Replik mehrfach erfolglos abgemahnt. Mit der Abmahnung habe er alles vorgekehrt, um keiner Ersatzpflicht zu unterliegen. Damit sei der Exkulpationsbeweis erbracht und das Selbstverschulden der Klägerin erstellt, weshalb seine Haftung entfalle. Die Vorinstanz habe die Verhandlungsmaxime und sein rechtliches Gehör verletzt; er habe keine Gelegenheit gehabt, zu den Vorwürfen der Vorinstanz Stellung zu nehmen (Urk. 83 Rz 62 ff. S. 58 ff., Rz 160 S. 77).

9.6.2 Der Beklagte brachte bereits vor Vorinstanz vor, die Klägerin habe ihn daran gehindert, eine in sich logische, schlüssig aufgebaute und stringente Replik zu verfassen, indem sie die Ausbreitung des Liebesverhältnisses zu C._____ verlangt und ihm ausserdem wesentliche Dokumente erst kurz vor Ablauf der peremptorischen Frist übermittelt habe. Nachdem er bereits bei Abfassung der Klageschrift mit falschen Instruktionen in die Irre geführt worden sei, habe er sich überlegt, wie das Rechtsbegehren in der Replik noch gestützt werden könne (Urk. 20 Rz 55 S. 32, Rz 57 S. 33). Um die Klägerin völlig schadlos zu stellen und das gestellte Rechtsbegehren mit neuen Vorbringen und Argumenten zu retten, habe er sich weitere Unterlagen bei der Klägerin beschaffen müssen (Urk. 20 Rz 61 S. 35). Hätte die Klägerin ihn rechtzeitig dokumentiert und ihm die erbetene Hilfestellung erteilt, wäre er nicht in einen solchen Zeitdruck geraten und hätte eine logische, schlüssig aufgebaute und stringente Replik, angepasst an alle prozessualen Erfordernisse verfassen können (Urk. 20 Rz 84 S. 48). Die Klägerin habe Entwür-

fe gerade deshalb nicht akzeptiert, weil sie nicht genug Wiederholungen enthalten hätten. Als er versucht habe, Gegensteuer zu geben, habe die Klägerin ihm mitgeteilt, er könne solange auf die von ihm gewünschten Belege warten, bis er ihren Wünschen nachkomme. Aus diesem Grunde habe er der "Erpressung" der Klägerin nachgegeben und eine unmöglich weitschweifende Eingabe mit zahllosen Wiederholungen und sinnlosen "atmosphärischen Behauptungen" verfasst. Die dann Ende August erhaltenen Unterlagen seien zu einem erheblichen Teil neu gewesen. Dieses Vorgehen zeige, dass die Klägerin den Beklagten bewusst an der Redaktion einer brauchbaren Replik habe hindern wollen (Urk. 20 Rz 85 S. 48 f.). Die ganze Misere mit der Replik sei auf die absichtlich selektive und irreführende Instruktion der Klägerin zurückzuführen (Urk. 39 Rz 40 S. 20). Die Klägerin habe den ganzen Zivilprozess gegen C._____ gesteuert (Urk. 39 Rz 54 S. 26).

9.6.3 Die Klägerin stellte vorinstanzlich in Abrede, für den Inhalt der Replik verantwortlich zu sein. Sie habe den Beklagten bei der Abfassung der Replik lediglich etwas unterstützt. Das Grundgerüst der Replik, das der Beklagte gelegt habe, sei indes chancenlos gewesen. Nachdem die Anzeige an die EBK nichts gebracht habe, hätte der vor Bezirksgericht ausgehandelte Vergleich angenommen werden müssen. Da zwischen der Klägerin und C._____ klarerweise ein Auftrag bestanden habe und eine Auftragsverletzung nicht mehr zu beweisen gewesen sei, hätte der Prozess gestoppt werden müssen. Der Beklagte habe aber den Widerruf des Vergleichs befürwortet und die Klägerin zum weiteren Vorgehen gedrängt. Aus den Akten würden keine Abmahnungen hervorgehen. Der Beklagte habe die Klägerin vielmehr überredet und von Erfolgchancen gesprochen, die mehr als realistisch seien. Es sei stur weiter prozessiert worden (Prot. I S. 14, S. 16 ff.). In der Berufungsantwort stellt die Klägerin in Abrede, den Vorwurf der ungenügenden Dokumentation und einer alles aufbauschenden Strategie nicht bestritten zu haben, und weist darauf hin, dass sie mit dem ihr vom Beklagten vorgeworfenen Verhalten nur sich selbst geschadet hätte. Weiter hält sie daran fest, dass die Replik eine absolute Fehlleistung darstelle (Urk. 98 Rz 54 S. 15, Rz 64 S. 18, Rz 66 S. 20, Rz 87 f. S. 25).

9.6.4 Die Vorinstanz erwog zum Selbstverschulden der Klägerin was folgt (Urk. 84 S.17) :

"Nichts zu ändern vermag daran, dass der Beklagte geltend machen will, für die Klägerin sei er mehr ein Sparring-Partner gewesen und sie habe das Mandat eigentlich selbst führen wollen (act. 20 S. 27), denn als Rechtsanwalt gehört es gerade zu seinen Kernaufgaben, seine Mandantin zu beraten und sie über die Gefahren und Erfolgsaussichten eines Rechtsstreites aufgrund seines Fachwissens zu orientieren. Im Rahmen seiner anwaltlichen Sorgfaltspflicht obliegt es denn auch dem Beklagten, sollte er realisieren, dass seine Mandantin ihn tatsächlich mit falschen Informationen irre geleitet hat, diese damit zu konfrontieren, die Risiken für den laufenden Prozess aufzuzeigen und nötigenfalls das Mandat rechtzeitig niederzulegen. Entsprechend kann sich der Beklagte nicht damit aus der Verantwortung ziehen, er sei von der Klägerin zu falschen Behauptungen in der Replik angestiftet worden oder die Replik sei massgeblich das Resultat der von ihr gewählten, alles aufbauenden Strategie (inklusive "ellenlange Ausführungen, Erklärungen, Darlegungen über ihr Liebesverhältnis mit C._____"). Ebenso wenig zu überzeugen vermag die Ansicht des Beklagten, die Klägerin habe ihn daran gehindert, eine logische, schlüssig aufgebaute und stringente Replik zu verfassen, weshalb sie ein grobes Selbstverschulden treffe (act. 20 S. 48). Nicht vertretbar ist zudem die Auffassung des Beklagten, dass das Gericht das Recht (sowieso) von Amtes wegen anzuwenden habe und es entsprechend irrelevant sei, wenn einige rechtliche Subsumtionen seinerseits falsch gewesen sein sollten (act. 39 S. 22)."

9.6.5 Die Parteien stimmen darin überein, dass die 258-seitige Replik objektiv keine gehörige Erfüllung des Auftrags darstellt und der Beklagte den Auftrag damit nicht sorgfältig ausgeführt hat. Die unsorgfältige Mandatsführung ist damit erstellt. Den Beauftragten trifft die Behauptungs- und Beweislast für die mangelnde Vorwerfbarkeit seines Verhaltens (BSK OR I-Weber, N 32 zu Art. 398 OR). Der Beklagte versucht sich unter Hinweis auf ein "grobes Selbstverschulden" der Klägerin zu entlasten und ist der Auffassung, er habe den "Exkulpationsbeweis" erbracht (Urk. 83 Rz 62 S. 61, Rz 65 S. 63). Dies gelingt ihm mit der in der Berufungsschrift vorgetragene Kritik am vorinstanzlichen Urteil jedoch nicht:

- Soweit der Beklagte übermässigen bzw. enormen Betreuungsaufwand moniert, fehlt es an einem Zusammenhang zwischen dem der Klägerin vorgeworfenen Verhalten und der unsorgfältigen Mandatsführung bei Erstellung der Replik. Enormer Betreuungsaufwand mag sich auf die zeitliche Beanspruchung des Anwalts auswirken, führt aber nicht dazu, dass der Rechts-

- anwalt die ihm übertragenen Geschäfte nicht mehr vertragsgemäss besorgen kann.
- Nicht durchzudringen vermag der Beklagte mit dem Einwand, die Klägerin habe nie behauptet, welche Teile der Honorarnote die Arbeit an der Replik und welcher Teil Betreuungsaufwand umfasse, so dass die Ausführungen der Vorinstanz ins Leere zielten, zumal sie wegen mangelnder Aufteilung auch nicht nachvollziehbar seien (Urk. 83 Rz 66 S. 64). Die Klägerin hat in der Klageschrift behauptet, die Honorarnote enthalte gemäss Leistungsdetails 193.58 Stunden für das Erstellen der Replik (Urk. 2 Rz 57 S. 15). Der Beklagte räumte ein, seine Bemühungen seien tatsächlich "immens" gewesen (Urk. 20 Rz 129 S. 65). Die Klägerin hat die Arbeit an der Replik somit exakt beziffert. Die Klägerin war nicht gehalten, darüber hinaus irgendwelchen Betreuungsaufwand zu substantiieren.
 - Soweit der Beklagte geltend macht, die Klägerin habe ihn mit wichtigen Unterlagen für die einzureichende Replik hingehalten, ihm monatelang Unterlagen, insbesondere E-Mails, vorenthalten und ihm die erbetenen Belege nicht geschickt, lässt der Beklagte offen, um welche Dokumente es sich genau handelte und inwiefern sie für die Fertigstellung einer fachmännischen Replik bzw. für den Prozessstandpunkt der Klägerin von massgeblicher Bedeutung waren. Was der Beklagte mit den Belegen genau beweisen wollte und wie sie den Prozessstandpunkt der Klägerin hätten verbessern und dem Verlauf des Prozesses einen anderen Lauf hätten geben können, wird vom Beklagten nicht erläutert. Der Beklagte zeigt in der Berufungsschrift auch nicht auf, dass er die gewünschten Dokumente in den vorinstanzlichen Parteivorträgen näher umschrieben und ihre Bedeutung für den Prozess aufgezeigt hätte. Der Beklagte kann nicht erwarten, die Berufungsinstanz werde die erstinstanzlichen Akten auf ihre Relevanz durchkämmen. Soweit ersichtlich liess der Beklagte aber auch vor Vorinstanz unerwähnt, welche Dokumente ihm noch fehlten (Urk. 20 Rz 79 S. 45 f., Rz 80 S. 47, Rz 84 S. 48, Rz 85 S. 49). In diesem Zusammenhang ist auch daran zu erinnern, dass das Verfahren gegen C._____ noch unter der Herrschaft der zürcherischen Zivil-

prozessordnung stand, gemäss welcher die Beweismittel erst mit der Beweisantretung abschliessend zu bezeichnen waren (§ 137 ZPO/ZH).

- Soweit der Beklagte geltend macht, die Klägerin habe ihm während der Frist zur Erstattung der Replik *verfälschte* Belege bzw. E-Mails geliefert (Urk. 83 Rz 70 S. 66, Rz 62 S. 58), kann ebenfalls nicht nachvollzogen werden, inwiefern dies auf die Ausarbeitung der Replik irgendwelche Auswirkungen gehabt hätte: Der Beklagte verweist auf eine E-Mail von C._____ vom 4. Mai 2005 (Urk. 21/59) und bemängelt, die Klägerin habe ihm ihre dazugehörige Antwort (Urk. 21/57) vorenthalten (Urk. 20 Rz 59 S. 34). Abgesehen davon, dass es völlig deplatziert ist, in diesem Zusammenhang von verfälschten Belegen zu sprechen, war die Antwort der Klägerin Bestandteil der Klageantwort vom 26. September 2007 (Urk. 21/50 S. 24 und S. 50), so dass sie dem Beklagten für die Ausarbeitung der Replik von allem Anfang an zur Verfügung stand. Damit musste dem Beklagten in diesem Moment auch klar sein, dass die Klägerin bereits am 4. Mai 2005 mit dem Investment in den D._____ Fund einverstanden war. Zum gleichen Ergebnis ist denn auch das Bezirksgericht anlässlich der Referentenaudienz vom 8. April 2008 gelangt, wo ausgeführt wurde, es könne aufgrund der Kommunikationsnachweise von einer fehlenden Information durch C._____ nicht die Rede sein (Urk. 3/11 S. 18).
- Inwiefern die Klägerin mit dem "Einverlangen von Entwürfen eine ordnungsgemässe Replik sabotierte" bzw. mit dem "erpresserischen Einverlangen von Entwürfen" den Beklagten an einer korrekten Leistungserbringung hinderte (Urk. 83 Rz 62 S. 61, Rz 69 S. 65), führt der Beklagte nicht näher aus und ist auch nicht ersichtlich. Aus dem Schreiben des Beklagten vom 28. Juli 2008 geht vielmehr hervor, dass der Beklagte der Klägerin zusagte, bis spätestens Ende Juli 2008 den Rohentwurf der Replik vorzulegen (Urk. 21/65). Mit E-Mail vom 24. August 2008 übermittelte der Beklagte der Klägerin den Entwurf II und stellte die letzte Überarbeitung in Aussicht (Urk. 21/72). Gemäss verschiedenen E-Mails des Beklagten vom 27. August bis 31. August 2008 erfolgten weitere Korrekturen und Bereinigungen (Urk.

21/76-80), die schliesslich in die am 1. September 2008 dem Gericht eingereichte definitive Fassung mündeten (Urk. 3/15). Aus den beiden Mitteilungen vom 28. Juli und 24. August 2008 ergeben sich keine Hinweise auf Sabotage und Erpressung. Vielmehr stellte der Beklagte schon am 24. August 2008 bezüglich Entwurf II fest, "alles sei zu repetitiv und zu ausschweifend"; trotzdem hielt er dafür, dass die "F._____-Geschichte" C._____ den Hals brechen sollte, selbst wenn der Nachweis nicht gelänge, dass er F._____'s bezogen habe; dem Gericht stünden mehrere Möglichkeiten offen, die Klage gutzuheissen, welche sei ihm egal (Urk. 21/72). Zusätzlich ersuchte der Beklagte die Klägerin um Hilfe "bei den Tatsachen". Von fehlenden Belegen oder Zeitnot des Beklagten ist nicht die Rede. Vielmehr stellte der Beklagte in Aussicht, die Fassung fertigzustellen und die Belege einzuarbeiten (Urk. 21/72). Dass die Klägerin mit den von ihr zwischen dem 26. und 29. August 2008 übermittelten E-Mails mit Anhängen (Urk. 21/82-92) die "Einreichung einer korrekten Rechtsschrift", die sich bereits im fortgeschrittenen Entwurfsstadium befand, verhinderte (Urk. 83 Rz 62 S. 60), vermag der Beklagte nicht rechtsgenügend darzutun (Urk. 20 Rz 86 bis Rz 96 S. 49 ff.). Dass die vom 27. bis 31. August 2008 übermittelten E-Mails der Klägerin eine korrekte Leistungserbringung verhinderten, kann nicht nachvollzogen werden. In der Klageantwort hatte der Beklagte überdies noch behauptet, die Klägerin habe auf die verschiedenen Entwürfe, die ihr in den letzten Tagen vor dem 1. September 2008 geschickt worden seien, nicht mehr geantwortet (Urk. 20 Rz 84 S. 48). Am 1. September 2008 übermittelte der Beklagte der Klägerin denn auch die definitive Fassung der Replik ohne weiteren Kommentar (Urk. 21/93). Für die vom Beklagten behauptete eigentliche "Erpressungstour" (Urk. 39 Rz 28 S. 15) finden sich keine Anhaltspunkte.

- Untauglich ist auch der Versuch, die misslungene Replik auf den Wunsch der Klägerin nach Stimmungsmache und Herausstreichen des Liebesverhältnisses zu C._____ zurückzuführen (Urk. 83 Rz 70 S. 66, Rz 62 S. 59; Urk. 20 Rz 84 S. 48). Es oblag dem Beklagten, die Klägerin zu beraten und eine zielführende Replik zu verfassen. Es war seine Aufgabe, aus den von der Klägerin erhaltenen Informationen diejenigen Sachverhalte herauszufil-

tern, die er zur Begründung der Klage benötigte. Der Beklagte zeigt nicht auf, dass die Klägerin ihm dies mit ihren Weisungen verunmöglicht hätte. Die erstinstanzliche Behauptung, die Klägerin habe die "Auswälzung des Liebesverhältnisses" von ihm verlangt, wurde weder näher substantiiert noch mit Beweisanträgen untermauert (Urk. 20 Rz 84 S. 48). Aus der Berufungsschrift wird nicht ersichtlich, welche Passagen der 258-seitigen Replik lediglich deshalb eingebaut wurden, weil die Klägerin entgegen der klar geäußerten Bedenken des Beklagten auf Stimmungsmache bestand und welche Teile sich auf das Liebesverhältnis beziehen. Inwiefern die Betonung des Liebesverhältnisses der Abfassung einer logischen, schlüssig aufgebauten und stringenten Replik entgegenstand, ist ganz generell nicht ersichtlich. Die persönlichen Beziehungen der Klägerin zu C._____ hätten in die Replik eingebaut werden können, ohne deren Logik und Schlüssigkeit zu beeinträchtigen und einen angemessenen Umfang zu überschreiten. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das Bezirksgericht die Replik nicht deswegen zurückwies, weil der Beklagte Stimmungsmache betrieb oder das Liebesverhältnis zu weitläufig darstellte. Es kann auf den Beschluss vom 2. Oktober 2008, E. 2.3, verwiesen werden (Urk. 3/16 S. 5 ff.).

- Der Beklagte will die Klägerin mehrfach abgemahnt haben. In der Berufungsschrift beruft er sich – soweit ersichtlich – auf folgende "Abmahnungen" (Urk. 83 Rz 62 S. 58 ff.):
 - Mit E-Mail vom 27. April 2008 (Urk. 21/61) klärte der Beklagte die Klägerin auf, dass bis zur Replik uneingeschränkt "nachgekartet" werden könne (Urk 83 Rz 62 lit. c S. 58).
 - Mit Faxschreiben vom 17. April 2008 (Urk. 21/62) wies der Beklagte die Klägerin darauf hin, dass Stimmungsmache kontraproduktiv sei und sie von ihm einen enormen Betreuungsaufwand verlange. Der Beklagte wies in allgemeiner Form darauf hin, dass erbetene Informationen überhaupt nicht oder zu spät bei ihm eintreffen würden (Urk. 83 Rz 62 lit. d und e S. 59).
 - Mit Faxschreiben vom 28. Juli 2008 (Urk. 21/65) teilte der Beklagte der Klägerin mit, er sehe nicht, inwiefern das Liebesverhältnis für den Ausgang des Prozesses relevant sei. Er habe der Klägerin aber zugesagt, an die Grenze des Möglichen zu gehen zwecks Stimmungsmache, da

sie dies so sehr – gegen seinen Rat – wünsche (Urk. 83 Rz 62 lit. f S. 60).

Auch diese Abmahnungen können nicht dazu führen, dass der Exkulpationsbeweis des Beklagten gelingt. Die Klägerin kann auch angesichts der obigen Mitteilungen nicht dafür verantwortlich gemacht werden, dass der Beklagte eine weitschweifige Replik einreichte, von der er selbst annahm, sie sei falsch und unfachmännisch und werde wegen unsäglichen Wiederholungen und Weitschweifigkeiten etc. zurückgewiesen (Urk. 20 Rz 84 S. 48). Der Beklagte hat die Klägerin nie dahingehend abgemahnt, er könne aufgrund "selektiver und irreführender Instruktion" (Urk. 39 Rz 40 S. 20) und aktiver Einmischung in die typische Anwaltstätigkeit (Urk. 39 Rz 35 S. 18) sein Mandat nicht mehr ausüben und keine sorgfältige Replik mehr verfassen. Der Beklagte hat die Klägerin nie darauf aufmerksam gemacht, das Gericht könnte die Replik wegen ihrer weitschweifigen Form nicht akzeptieren. Der Beklagte konnte nicht davon ausgehen, die Klägerin wünsche ein Resultat, das vom Gericht wegen Weitschweifigkeit zurückgewiesen wird und von 258 Seiten auf 100 Seiten zu kürzen ist.

9.7 Die Vorinstanz hat die Verhandlungsmaxime nicht verletzt, sondern ist zum Schluss gelangt, die vom Kläger vorgebrachten Gründe stellten keine Rechtfertigung für das Übermarchen dar. Die Berufungsinstanz kommt zum gleichen Ergebnis. Indem die Klägerin in der Replik die Ausführungen in der Klageantwort nicht Punkt für Punkt bestritt, sondern lediglich festhielt, sie sei für den Inhalt der Replik nicht verantwortlich, und die Frage stellte, aus welchen Gründen sie den Beklagten hätte behindern sollen (Prot. I S. 16), anerkannte sie kein Selbstverschulden. Es war Sache des Beklagten darzulegen, weshalb ihm eine nicht gehörige Erfüllung nicht zum Vorwurf gereicht. Die vom Beklagten in diesem Zusammenhang vorgetragene Gründe sind unsubstantiiert oder vermögen den Beklagten nicht zu entlasten. Wenn die Vorinstanz den Beklagten an seine Pflichten als Rechtsanwalt erinnerte, stellt dies auch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar.

9.8 Im Quantitativ reduzierte die Vorinstanz die vertretbaren Aufwendungen auf die anfängliche Schätzung von 40 Stunden, zumal es der Beklagte unterlassen habe, die Klägerin über die anstehende erhebliche Veränderung der Honorarkosten in Bezug auf die Replik zu informieren. Werden von den verrechneten Fr. 58'074.– die zurückverlangten Fr. 45'000.– abgezogen, verbleiben dem Beklagten genau genommen 43.58 Stunden (Fr. 13'074.–) für die Erstellung der Replik. Der Beklagte beanstandet das Ausmass der Herabsetzung mit seiner Berufung nicht und macht keine Ausführungen dazu, auf welchen Betrag das Honorar für die Replik bei sorgfältigem Vorgehen oder auf welchen Betrag der nicht entschädigungspflichtige Mehraufwand festzusetzen wäre. Er rügt lediglich eine ungenügende Substantiierung seitens der Klägerin. Darauf wurde bereits eingegangen (Erw. III/9.3). Damit bleibt es bei der von der Vorinstanz vorgenommenen Kürzung von Fr. 45'000.–.

9.9.1 Die Vorinstanz nahm an der Honorarrechnung vom 9. Oktober 2008 eine weitere Kürzung vor und begründete diese wie folgt (Urk. 84 S. 18):

"Weiter moniert die Klägerin in Bezug auf die Honorarrechnung vom 9. Oktober 2008 (act. 3/51), der Beklagte habe trotz schriftlicher Ankündigung des Gerichts, dass unaufgefordert eingereichte Stellungnahmen als unbeachtlich aus dem Recht gewiesen würden, noch eine halbe Stunde (Fr. 150.–) an einer entsprechenden Stellungnahme weitergearbeitet (act. 2 S. 16). Der Beklagte hält dem mit Verweis auf Art. 29 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK entgegen, dass unaufgefordert eingereichte Eingaben gerechtfertigt und rechtlich zulässig seien (act. 20 S. 67). Mit den Ausführungen der Honorarkommission (act. 3/4 S. 11) ist davon auszugehen, dass sich die fragliche halbe Stunde Aufwand als unnütz erwies, weshalb zusätzlich ein Abzug im Umfang von Fr. 150.– vorzunehmen ist."

Mit der Berufung wiederholt der Beklagte, dass aufgrund des unbedingten Replikrechts unaufgeforderte Eingaben stets zulässig seien. Zudem sei die Forderung gemäss Art. 67 Abs. 1 OR verjährt. Schliesslich habe sich die Vorinstanz auch in dieser Hinsicht in unzulässiger Weise auf die Honorarkommission abgestützt (Urk. 83 Rz 72 S. 67).

9.9.2 Auf alle diese Rügen wurde bereits eingegangen. In Erw. III/7.4 wurde erwogen, dass aus dem unbedingten Replikrecht nicht geschlossen werden könne, dass eine Eingabe nötig sei. Die Frage sei vielmehr, ob eine weitere Eingabe geboten sei oder nicht. Dies ist hier zu verneinen, nachdem das Bezirksgericht

den Parteien mit Verfügung vom 18. September 2008 angezeigt hatte, dass un-
aufgefordert eingereichte Stellungnahmen bis zum Erlass des in Aussicht gestell-
ten prozessleitenden Entscheides als unbeachtlich aus dem Recht gewiesen wür-
den (Urk. 3/16 S. 3), und der Beklagte nach Kenntnisnahme dieser Verfügung
noch 1.5 Stunden für eine weitere Stellungnahme aufwendete (Urk. 3/51). In Erw.
III/9.5.2 wurde erwogen, dass die Vorinstanz die einzelnen Honorarkürzungen ei-
ner eigenständigen Beurteilung unterzogen hat und nicht in allen Fällen zum glei-
chen Resultat wie die Honorarkommission gelangt ist. In Erw. III/4 wurde erwo-
gen, dass der Rückerstattungsanspruch aus teilweiser oder vollständiger un-
brauchbarer Leistung vertraglicher Natur und nicht verjährt ist. Damit bleibt es bei
der vorinstanzlichen Kürzung von Fr. 150.–.

10.1 Die Vorinstanz kürzte die Honorarrechnungen vom 26. und 27. August
2009 (Urk. 3/55 und 3/56) um den Betrag von Fr. 603.– Sie erwog dazu, was folgt
(Urk. 84 S. 18 f.):

"Weiter führt die Klägerin aus, der Beklagte habe ihr mit Bezug auf das Re-
kursverfahren vor Obergericht schriftlich die Begrenzung seines Honoraran-
spruches auf Fr. 6'000.– zugesichert (vgl. act. 3/70) und die betreffende Ho-
norarrechnung vom 30. Januar 2009 auch als Pauschalrechnung über den
besagten Betrag ausgestaltet (act. 3/53). Nichtsdestotrotz habe der Beklagte
der Klägerin anschliessend in zwei weiteren Honorarrechnungen vom 26. und
27. August 2009 (act. 3/55 und 56) unter dem Titel 'Rekurs vor Obergericht'
Fr. 375.– bzw. Fr. 228.– zuzüglich Barauslagen in Rechnung gestellt. Da ex-
plizit ein Kostendach von Fr. 6'000.– verabredet worden sei, seien die ent-
sprechenden Beträge an die Klägerin zurückzuerstatten (act. 2 S. 16 und
Prot. S. 19). Der Beklagte hält dazu entgegen, dass die Zusicherung der Pau-
schale sich lediglich auf die gerichtliche Eingabe bezogen habe und die mo-
nierten Honorarnoten andere prozessuale Tätigkeiten betroffen hätten. Das
Kostendach sei nur für die Rekurschrift gewährt worden, die übrigen Auf-
wendungen seien durch die "Betreuung der Klägerin" entstanden und nach
Aufwand abgerechnet worden (act. 20 S. 67 und act. 39 S. 34). Aus dem frag-
lichen Schreiben vom 17. Oktober 2008 ergibt sich, dass der Beklagte seinen
Honoraranspruch für das Rekursverfahren vor Obergericht des Kantons Zü-
rich auf Fr. 6'000.– begrenzte. Weiter ist dem Schreiben zu entnehmen, dass
diese Regelung (wie auch eine gleichlautende für die Ergänzung der Anzeige
bei der EBK) bedeute, dass der Beklagte wie bis anhin Rechnung stelle,
sämtliche Aufwendungen, welche vorstehende Kostendächer übersteigen,
von der Klägerin indes nicht zu begleichen seien (act. 3/70). Diese Formu-
lierung lässt keinen Spielraum offen für 'übrige Aufwendungen im Zusammen-
hang mit dem Rekursverfahren'. Offensichtlich garantierte der Beklagte der
Klägerin die Begrenzung seiner diesbezüglichen Bemühungen auf pauschal
Fr. 6'000.–, so dass die nachträglich unter dem gleichen Titel geltend ge-

machten Honorarforderungen von insgesamt Fr. 603.– an die Klägerin zurückzuerstatten sind."

10.2 Der Beklagte rügt, die Vorinstanz verstehe den Begriff "Kostendach" falsch und verletze damit Art. 1 OR. Der Begriff "Kostendach" beziehe sich ausschliesslich auf prozessuale Bemühungen des Beklagten und nicht auf seinen Betreuungsaufwand. Mit Tilgung des Honoraranspruchs habe die Klägerin sein Verständnis des Begriffs "Kostendach" anerkannt und die Rechnung genehmigt. Mangels Irrtums und zufolge Eintritt der Verjährung sei dem Rückforderungsanspruch der Boden entzogen (Urk. 83 Rz 74 S. 68 f.).

10.3 In den Rechnungen vom 26. und 27. August 2009 verrechnete der Beklagte der Klägerin ausser einer an sie gerichtete E-Mail (0.17 Stunden) ausschliesslich Bemühungen im Verkehr und im Zusammenhang mit dem Obergericht (Urk. 3/55 und 3/56). Die E-Mail steht offensichtlich auch mit dem Rekursverfahren im Zusammenhang (Urk. 3/55: "Dossier: 3250b Rekurs"). Die Rechnungen beinhalten keinen näher substantiierten Betreuungsaufwand. Bereits im Schreiben vom 17. Oktober 2008 hatte der Beklagte der Klägerin mitgeteilt, er begrenze seinen Honoraranspruch in Bezug auf das Rekursverfahren vor Obergericht des Kantons Zürich auf Fr. 6'000.–; sämtliche Aufwendungen, welche dieses Kostendach überstiegen, würden zwar verrechnet, müssten aber nicht von der Klägerin beglichen werden; davon ausgenommen seien allfällige Gerichtskosten, Gerichtskostenvorschüsse oder Parteientschädigungen (Urk. 3/70). Indem die Vorinstanz diese Leistungen der Pauschalregelung unterstellte, verletzte sie Art. 1 OR daher nicht. Die Klägerin hat die beiden Rechnungen auch nicht einfach bezahlt, sondern der Beklagte zog die beiden Rechnungsbeträge von ihrem Guthaben von Fr. 3'371.10 (26. August 2009) ab. Der Rückforderungsanspruch zuviel bezahlter Akontobeiträge ist vertraglicher Natur (BGer 4A_89/2012 E. 3.2.1). Mit der Verrechnung der beiden Beträge verletzte der Beklagte zudem seine Abrechnungspflicht, da er aufgrund seines Schreibens vom 17. Oktober 2008 (Urk. 3/70) und der Pauschalrechnung vom 30. Januar 2009 (Urk. 3/53) bereits vollständig für die entsprechenden Bemühungen abgegolten worden war. Weder liegt eine Genehmigung noch die Bezahlung einer Nichtschuld vor, deren Rückforderung verjährt wäre. Die beiden Abzüge sind zu Recht erfolgt.

11.1 Die Vorinstanz hat die in den Honorarnoten vom 5. Mai und 6. Juni 2006, 14. Juni und 31. Oktober 2007, 13. Mai und 9. Oktober 2008 sowie 30. Januar 2009 verrechneten Barauslagen um gerundet Fr. 7'400.– auf 3% der jeweiligen Honorarrechnungen gekürzt. Sie folgte dabei der Empfehlung der Honorarkommission, welche dieselben Reduktionen vornahm (Urk. 3/4 S. 12 f.). Die Vorinstanz erwog, lediglich aus dem Umstand, dass Kopien teilweise nicht genau unter dem Datum der entsprechenden Arbeit in der Honorarnote belastet worden seien, könne noch nicht geschlossen werden, sie seien gar nicht angefertigt worden. Grundsätzlich könne die Belastung von Kopierkosten beispielsweise auch am Tage des Versandes erfolgen. Die Klägerin moniere primär, dass die in Rechnung gestellten Barauslagen in keinem Verhältnis zum eigentlichen Aufwand des fraglichen Prozesses mehr stehen würden. Der Beklagte spreche in der Klageantwort selbst davon, dass ein "Übermass an Kopien" erstellt worden sei, ohne jedoch eine nachvollziehbare Begründung dafür anzufügen. Ein plausibler Grund für das Erstellen von derart vielen Kopien sei weder vom Beklagten genannt worden noch aus den Akten ersichtlich. Die Anzahl der (tatsächlich) angefertigten Kopien sei nicht zwangsläufig gleichzusetzen mit der Anzahl notwendiger Kopien. Auch die zu entschädigenden Barauslagen hätten verhältnismässig und dem Aufwand für den betreffenden Prozess angemessen zu sein. Die von der Klägerin beantragte (und auch von der Honorarkommission vorgeschlagene) Reduktion der Barauslagen auf eine Kleinspesenpauschale von 3% der jeweiligen Honorarrechnung biete sich vorliegend an, zumal der Beklagte keine substantiierten Ausführungen dazu gemacht habe, welche einzelnen Barauslagen aus seiner Sicht sowohl ausgewiesen als auch angemessen seien. Die von der Honorarkommission vorgenommenen und von der Klägerin übernommenen Abschläge seien unkommentiert geblieben (Urk. 84 S. 20).

11.2 Der Beklagte beanstandet, die Vorinstanz sei der Honorarkommission gefolgt, ohne dass die Klägerin zu den Aufwendungen substantiierte und spezifizierte Behauptungen aufgestellt habe. Die Klägerin habe zu der enorm umfangreichen Korrespondenz zwischen den Parteien keine Behauptungen aufgestellt oder Belege eingereicht. Die Vorinstanz übersehe, dass zahllose Kopien hätten erstellt werden müssen, weil die Klägerin alle Entwürfe, die sie sich mehrfach ha-

be zusenden lassen, habe prüfen wollen. Sie übersehe weiter, dass der Beklagte mit Bezug auf die ausserprozessualen Bemühungen immer abgemahnt habe. Bereits die zahlreichen Hinweise auf verschiedene Versionen von Eingaben, z.B. auf mehrere Entwürfe der über 200 Seiten starken Replik, zeigten, dass ein sehr grosser Aufwand mit entsprechenden Barauslagen habe getätigt werden müssen. Die Vorinstanz hätte sich bereits anhand der Details zu allen eingereichten Honorarnoten ein Bild vom ausserprozessualen Aufwand machen können. Indem die Vorinstanz die fehlenden Tatsachenbehauptungen einfach durch die Meinung der Honorarkommission ersetze, verletze sie die "Verfahrensmaxime". Da die Parteien keine Pauschalierung der Barauslagen vereinbart hätten, habe die Vorinstanz eine unzulässige Vertragsergänzung vorgenommen. Mit "Übermass an Kopien" habe der Beklagte nicht ein "Zuviel an Kopien" sondern den notwendigen Kopierbedarf gemeint, der auch mit der sechsfachen Ausfertigung von Eingaben und dem übermässigen Betreuungsbedarf der Klägerin erklärt worden sei. Sowohl der Honorarkommission als auch der Vorinstanz hätten keine Anhaltspunkte vorgelegen, welche Aufwendungen der Beklagte in Bezug auf die Betreuung der Klägerin gemacht habe und welche Barauslagen damit im Zusammenhang stünden (Urk. 83 Rz 75 f. S. 69 ff.). Auch bezüglich der Barauslagen hält der Beklagte am Einwand der Genehmigung durch Zahlung und an der Verjährungseinrede fest (Urk. 83 Rz 77 S. 72).

11.3 Die Klägerin verweist darauf, dass die von ihr übernommenen und von der Vorinstanz bestätigten Abzüge vom Beklagten unkommentiert und unbestritten geblieben seien. Es könne auch nicht nachvollzogen werden, weshalb bei zwei Prozessparteien sechs Kopien anzufertigen seien. Es stimme auch nicht, dass die Klägerin die immensen und absolut unverhältnismässigen Barauslagen vorbehaltlos und genau bezahlt hätte. Sie habe Akontozahlungen geleistet, die der Beklagte mit seinen Rechnungen verrechnet habe (Urk. 98 Rz 71 f. S. 21).

11.4 Die Vorbringen der Parteien im Berufungsverfahren sind teilweise neu und damit unzulässig. Dies gilt insbesondere dort, wo der Beklagte das Ausmass der Auslagen zu rechtfertigen versucht. Vor Vorinstanz erklärte er dazu lediglich, allein das stetige Zusenden von Eingaben in mehrfacher Ausfertigung habe zu

den in Rechnung gestellten Auslagen geführt; zudem rechtfertigte er den am 20./21. April 2006 in Rechnung gestellten Betrag von Fr. 365.– für Kopien damit, dass Unterlagen kopiert worden seien, welche die Klägerin wieder im Original habe zurückhaben wollen (Urk. 20 Rz 136 ff. S. 67 f., Urk. 39 Rz 58 S. 34 f.).

11.5 Unstrittig ist, dass die Parteien ein Stundenhonorar von Fr. 300.– nebst Barauslagen vereinbart haben (Urk. 3/41 S. 9, Urk. 3/42 S. 4). Gemäss Art. 402 Abs. 1 OR hat der Auftraggeber dem Beauftragten die Auslagen und Verwendungen, die dieser in richtiger Ausführung des Auftrags gemacht hat, samt Zinsen zu ersetzen. Soweit der beauftragte Anwalt vom Auftraggeber Ersatz seiner Auslagen und Verwendungen fordert, hat er deren Höhe und Notwendigkeit unter Vorlage von Belegen wie Rechnungen, Quittungen etc. darzutun und nötigenfalls zu beweisen, soweit die Parteien keine Kleinspesenpauschale vereinbart haben oder die zur Diskussion stehenden Kosten davon nicht erfasst werden (Fellmann, a.a.O., Rz 1246; BK-Fellmann, N 50 zu Art. 402 OR). Darin liegt der Nachteil einer Abrechnung und der Vorteil einer Kleinkostenpauschale. Insofern verkennt der Beklagte die Verteilung der Behauptungs- und Beweislast, wenn er der Klägerin in der Berufung vorwirft, sie habe entgegen Art. 8 ZGB substantiierte und spezifizierte Behauptungen unterlassen.

11.6 Die Klägerin akzeptiert die verrechneten Barauslagen (Kopien, Fax, Telefon und Porti) lediglich insoweit, als sie 3% des Honorars nicht übersteigen und beantragt eine Reduktion um (gerundet) Fr. 7'400.–. Zur Begründung brachte sie vor, es seien insbesondere für Kopien immense und häufig unerklärliche Kosten im Umfang von 7% bis 10%, einmal sogar von 18% des Honorars verrechnet worden. Es bleibe zum Beispiel unergründlich, weshalb am 20./21. April 2006 für Fr. 356.–, am 2. Mai 2006 für Fr. 207.– und am 5. Januar 2007 Kopien hätten angefertigt werden müssen, habe an diesen Tagen gemäss Arbeitsrapporten doch kein Grund für das Erstellen von Kopien bestanden. Der Umfang der Kopierkosten sei unerklärlich, selbst wenn gerichtliche Eingaben jeweils in sechsfacher Ausführung einzureichen gewesen seien, wie der Beklagte – bei zwei Prozessparteien freilich zu Unrecht – behauptet habe. Von Beginn weg habe der Beklagte der Klägerin massive Kosten für Kopien usw., die nicht belegt seien, fakturiert, obwohl

der Prozess erst ca. ein Jahr nach Mandatsübernahme überhaupt begonnen worden sei. Die offenkundig unverhältnismässig hohen Kosten seien auf ein angemessenes Mass, nämlich auf 3% der jeweiligen Honorarrechnungen, herabzusetzen.

11.7 Der Beklagte hat vor Vorinstanz mit einer einzigen Ausnahme keinerlei Angaben zu den im Einzelnen verrechneten Auslagen, die unbestrittenermassen erheblich mehr als 3% des Honorars ausmachen, geliefert (Urk. 20 Rz 136 f. S. 67 f.; Urk. 39 Rz 81 S. 34 f.). Vielmehr erläuterte er,

- dass lediglich die effektiven Barauslagen in Rechnung gestellt worden seien,
- dass Kopien nicht notwendigerweise am Tag der entsprechenden Arbeit belastet worden seien,
- dass Kopien mit Fr. 1.– verrechnet werden dürften,
- dass sich aus Beilagenverzeichnissen und dem Umfang der Eingaben ergebe, dass ein Übermass an Eingaben habe erstellt werden müssen.

Damit kommt der Beklagte seiner Substantiierungspflicht nicht nach. Aber auch die am 20./21. April 2006 verrechneten Fr. 365.– für "Unterlagen, welche die Klägerin wieder im Original zurückhaben wollte", sind hinsichtlich Höhe und Notwendigkeit nicht genügend dargetan. Ob diese Kosten unnötig bzw. objektiv sinnvoll und nach den Umständen geboten waren, lässt sich anhand der Angaben des Beklagten nicht beurteilen. Es war nicht Sache der Vorinstanz zu prüfen, ob sich anhand der einzelnen Honorarnoten eine gehörige Substantiierung bewerkstelligen liesse. Die Auslagen für Fotokopien wurden in den Leistungsübersichten ohnehin nicht näher spezifiziert, sondern erscheinen einfach unter der Aktivität "Fotokopien". Aus der über 200 Seiten starken Replik – ein erstmals mit der Berufung vorgetragenes Argument – vermag der Beklagte auch nichts zu seinen Gunsten abzuleiten, da diese weitschweifige Eingabe nicht "in richtiger Ausführung des Auftrags" gemacht wurde.

11.8 Der Beklagte wirft der Vorinstanz vor, bei der Honorarnote vom 13. Mai 2008 (Urk. 3/50) einen doppelten Abzug vorzunehmen. Die Vorinstanz reduziere die Honorarnote um Kopier- und Portokosten (9. November 2007) von Fr. 150.– und nehme noch einmal generelle Abzüge für den gleichen Vorgang vor (Urk. 83 Rz 45 S. 45). Der Einwand ist nicht stichhaltig: Die Honorarnote weist ein Honorar von Fr. 38'394.– und Spesen von Fr. 2'466.55 aus. Es sind Kürzungen gemäss

Erw. III/7 Fr. 1'524.- (Honorar) und Fr. 150.- (Spesen) und gemäss Erw. III/8 Fr. 1'425.- (Honorar) und Fr. 24.- (Spesen) vorzunehmen. Damit verbleiben ein Honorar von Fr. 35'445.- und Spesen von Fr. 2'292.-. 3% Pauschalspesen auf Fr. 35'445.- ergeben Fr. 1'063.35; es resultiert eine Differenz (Reduktion) zum gekürzten Spesenbetrag (Fr. 2'292.-) von Fr. 1'228.65. Die Vorinstanz hat – wie die Honorarkommission – die Barauslagen aber lediglich um Fr. 1'130.75 reduziert. Die Differenz erklärt sich dadurch, dass Honorarkommission und Vorinstanz die 3% Kleinspesenpauschale vom ungekürzten Honorar von Fr. 38'394.- berechneten (Urk. 3/4 S. 13; Fr. 2'466.55 abzüglich Fr. 1'151.82 abzüglich Fr. 184.- ergibt Fr. 1'130.73).

11.9 Die Generierung unnötiger Kosten stellt ein pflichtwidriges, unsorgfältiges Vorgehen dar. Der Rückerstattungsanspruch ist daher vertraglicher Natur und nicht verjährt. Es liegt auch keine Genehmigung vor, soweit die Spesenforderungen bezahlt und nicht mit Vorschüssen verrechnet wurden (Erw. III/4). Demzufolge sind die vom Beklagten vorgetragene Berufungsgründe nicht geeignet, die Reduktion der Barauslagen als fehlerhaft erscheinen zu lassen. Das angefochtene Urteil ist auch insofern zu bestätigen.

12.1 Die Vorinstanz befand, dass der Beklagte seine Sorgfaltspflicht als Anwalt verletzt habe, da er der Klägerin zu einer Anzeige an die Eidgenössische Bankenkommision (EBK) geraten habe, und seine auf dieser Fehleinschätzung beruhenden, mit Fr. 12'468.- in Rechnung gestellten Arbeiten für die Klägerin insgesamt nutzlos und unbrauchbar gewesen seien (Urk. 84 S. 23). Die Vorinstanz begründete dies wie folgt:

"Im Forderungsprozess gegen C._____ am Bezirksgericht Zürich ging es um dessen Verhältnis zur Klägerin. Grundlage dazu bildete der Vertrag vom 1. Februar 2005 (act. 30/6), der von der damaligen Referentin anlässlich der Referentenaudienz als Treuhandvertrag i.S. eines Auftrags qualifiziert wurde (act. 3/11 S. 29). C._____ wird darin ausdrücklich als Treuhänder bezeichnet, der in eigenem Namen aber auf Rechnung der Klägerin handelt. Auf dieser Basis wurden ihm von der Klägerin USD 1 Mio. indirekt anvertraut. Nach Beendigung der persönlichen Beziehung zwischen der Klägerin und C._____ wurde zwischen den Parteien am 18. Oktober 2005 ein Auflösungsvertrag geschlossen, mittels welchem die Auflösung der bisherigen Vertragsverhältnisse geregelt werden sollte. Vorgesehen war dabei insbesondere die Liquidation aller für die Klägerin getätigten Investitionen und die Rückzahlung der beanspruchten Kredite sowie die Auflösung der treuhänderisch genutzten

Bankkonti (act. 30/8). Zuzolge Annahme eines Auftragsverhältnisses bejahte die Referentin entsprechende auftragsrechtliche Ansprüche der Klägerin, eine Rückzahlungspflicht des Beklagten C._____ wurde indes verneint (act. 3/11 S. 31 f.). Soweit ersichtlich spielten finanzmarktrechtliche Aspekte im fraglichen Forderungsprozess keine direkte Rolle. Gemäss Darstellung des Beklagten durfte damals nach Klageantwort die berechnigte Vermutung gehegt werden, dass C._____ nicht nur selbst im D._____ Fund investierte, sondern auch mit Geldern von Dritten. Welche Strategie der Beklagte mit der Anzeigerstattung an die EBK verfolgte und insbesondere welchen direkten Nutzen er sich für seine damalige Klientin versprach, ergibt sich aus seinen Ausführungen im vorliegenden Verfahren jedoch nicht. Ebenso wenig finden sich konkrete Anhaltspunkte dafür, dass ein aufsichtsrechtlich relevanter Sachverhalt vorgelegen hatte, noch werden vom Beklagten solche angeführt. Vielmehr ergibt sich aus der 16-seitigen Eingabe an die EBK, dass wohl acht verschiedene Rechtsbegehren gestellt wurden, indes beispielsweise zur Frage des 'öffentlichen Vertriebs' wenig Substantielles ausgeführt wurde (act. 3/27). Der Antwort der EBK ist denn auch unmissverständlich zu entnehmen, dass aufgrund der geschilderten Verhältnisse nicht davon auszugehen sei, dass es sich um einen aufsichtsrechtlichen Sachverhalt handeln würde, da infolge der persönlichen Beziehung der Klägerin zum damaligen Beklagten wohl kaum von einem öffentlichen Vertrieb (Werbung) auszugehen und auch ein gewerbmässiges Handeln einzig aufgrund der Vertragsbeziehungen zwischen C._____ und der Klägerin nicht gegeben sei (act. 3/28). Inwiefern die schriftliche Ergänzung zu seiner EBK-Anzeige an dieser Einschätzung etwas hätte zu ändern vermögen, konnte der Beklagte weder darlegen noch ergibt sich solches aus der fraglichen Eingabe (vgl. act. 3/29)."

12.2 Der Beklagte wirft der Vorinstanz eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, aktenwidrige Feststellungen, eine Verletzung der "Verfahrensmaxime" und von Art. 8 ZGB vor. Zudem verneint er eine Verletzung der Sorgfaltspflicht. Die Aufwendungen für die Anzeige seien bei der Erstellung der Replik nutzbringend und honorarmässig berücksichtigt worden (Urk. 83 Rz 78 ff. S. 73 ff.).

12.3.1 Der Beklagte rügt, die Klägerin habe die von der Vorinstanz vorgenommenen Feststellungen nie behauptet. Die Klägerin habe lediglich ausgeführt, die EBK habe mitgeteilt, dass der Klägerin keine Parteistellung zukomme und aufgrund der vorgelegten Fakten nicht davon auszugehen sei, es liege ein aufsichtsrechtlicher Sachverhalt vor. Nicht vorgetragen habe die Klägerin, dass das Verfahren vor der EBK von vornherein nutzlos gewesen sei. Das vorinstanzliche Urteil beruhe daher auf nicht behaupteten Tatsachen (Urk. 83 Rz 79 f. S. 73 ff.).

12.3.2 Die Klägerin schilderte vor Vorinstanz das Verfahren vor der EBK unter Hinweis auf die Eingabe des Beklagten vom 24. Februar 2008 (Urk. 3/27), das Schreiben der EBK vom 7. März 2008 (Urk. 3/28) und die Eingabe des Beklagten

vom 12. März 2008 (Urk. 3/29). Sodann taxierte sie die EBK-Anzeige als insgesamt und von vornherein aussichtslos und unnötig, da C._____ schliesslich nichts anderes als der mit der Klägerin verbundene Treuhänder gewesen sei und aufgrund der persönlichen Beziehung der Klägerin zu C._____ weder von einem öffentlichen Vertrieb noch von einem gewerbsmässigen Handeln auszugehen gewesen sei. Die finanzmarktrechtlichen Aspekte hätten gemäss Exposé der Referentin (Urk. 3/11) denn auch im gesamten Zivilprozess keine Rolle gespielt. Es müsse der gesamte betriebene Aufwand für die Anzeige als unnötig und unbrauchbar qualifiziert werden (Urk. 2 Rz 29 f. S. 8 f.; Rz 67 S. 18). Anlässlich der Hauptverhandlung umschrieb die Klägerin die vertraglichen Beziehungen zu C._____ unter Hinweis auf die Verträge vom 11. Februar und 18. Oktober 2005 (Prot. I S. 6; Urk. 30/6 und 30/8). Für das EBK-Verfahren – so die Klägerin – sei gar nichts geschuldet. Es habe sich um eine chancenlose "Fishing-Expedition" gehandelt, die absolut nutzlos gewesen sei (Prot. I S. 20).

12.3.3 Die Vorinstanz prüfte die von der Klägerin hinreichend substantiiert behauptete Sorgfaltspflichtverletzung anhand der angerufenen Beweismittel (Urk. 3/11, Urk. 3/27-29, Urk. 30/6 und Urk. 30/8) und kam zum Schluss, die Bemühungen des Beklagten seien für die Klägerin nutzlos und unbrauchbar gewesen. Dass die Klägerin die Erwägungen der Vorinstanz nicht tel quel behauptet hatte, vermag ihr nicht zu schaden. Der Vorwurf der Verletzung der Verhandlungsmaxime ist unberechtigt. Einen Schaden und einen Kausalzusammenhang zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und Schaden brauchte die Klägerin bei einem Rückerstattungsanspruch wegen unsorgfältiger Leistung entgegen der Auffassung des Beklagten nicht zu beweisen. Eine Verletzung von Art. 8 ZGB ist nicht ersichtlich (Urk. 83 Rz 79 S. 74, Rz 82 S. 78).

12.4.1 Die Vorinstanz – so der Beklagte weiter – habe übersehen, dass mit der Anzeige an die EBK ein Erkenntnisgewinn für den Zivilprozess beabsichtigt gewesen sei. Es habe sich dabei um einen Versuch gehandelt. Der Aufwand sei gerechtfertigt gewesen, da die vor die EBK getragenen Rügen auch im Prozess gegen C._____ bei Abfassung der Replik nutzbringend hätten verwendet werden können. Im Prozess gegen C._____ seien die kapitalmarktrechtlichen Gegeben-

heiten eine wesentliche Grundlage gewesen, um das dort gestellte Rechtsbegehren mit der Replik zu stützen. Die Relevanz kapital- und aufsichtsrechtlicher Gegebenheiten habe der Beklagte vor Vorinstanz unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung belegt. Auch das Bezirksgericht habe sich anlässlich der Referentenaudienz "entschlossen", dass die Replik mit kapitalmarktrechtlichen Behauptungen erweitert werde, da solche von grosser Relevanz seien. Der Beklagte berief und beruft sich insbesondere auf Art. 11 BEHG, der Mindestanforderungen an das Verhalten gegenüber Kunden enthalte, die grundsätzlich auch für nicht beaufsichtigte Marktteilnehmer wie C._____ gelten würden (Urk. 83 Rz 81 f. S. 75 ff.; Urk. 39 Rz 19 S. 12).

12.4.2 Die EBK hat dem Beklagten mit Schreiben vom 7. März 2008 klipp und klar mitgeteilt, sie gehe davon aus, dass mangels öffentlichem Vertrieb und gewerbsmässigem Handeln bzw. auf Grund der persönlichen Beziehung zwischen der Klägerin und C._____ kein aufsichtsrechtlich relevanter Sachverhalt vorliege (Urk. 3/28). Dass sein Ergänzungsschreiben vom 12. März 2008 an dieser Einschätzung hätte etwas ändern können, legt der Beklagte auch im Berufungsverfahren nicht dar.

12.4.3 Mit Schreiben an die EBK vom 24. Februar 2008 warf der Beklagte C._____ vor, er habe gegen das Anlagefondsgesetz bzw. das Kollektivanlagengesetz (KAG) verstossen (Urk. 3/27). Trotz der eindeutigen Absage der EBK vertrat der Beklagte in der Replik vom 1. September 2008 erneut den Standpunkt, bei C._____ habe es sich um einen Vertriebsträger im Sinne des KAG und um einen Effektenhändler im Sinne des Börsengesetzes (BEHG) gehandelt. Zudem hielt er daran fest, dass die Parteien keinen Auftrag und kein Treuhandverhältnis eingehen sondern ein – nicht näher definiertes – partiarisches Rechtsgeschäft abschliessen und die gemeinsame Zukunft aufgrund des Liebesverhältnisses finanzieren wollten (Urk. 3/15 Rz 15, Rz 43 ff., Rz 50, Rz 305 ff., Rz 465). Eine Erkenntnis aus dem EBK-Verfahren wäre aber gerade gewesen, die kapitalmarktrechtliche Schiene zu verlassen. Angesichts der Tatsache, dass der Beklagte einen – von der EBK zurückgewiesenen – und daher aussichtslosen Standpunkt in der Replik wiederholte und vertiefte, kann nicht von einer nutzbringenden Ver-

wendung seiner Arbeit gesprochen werden. Die Berufung auf Art. 11 BEHG hilft dem Beklagten nicht (Urk. 39 Rz 19 S. 11 f.). Art. 11 BEHG mag eine sog. Doppelnorm (privat- und verwaltungsrechtliche Verhaltensregel) darstellen. Die Bestimmung regelt indes die Verhaltenspflichten des *gewerbsmässig tätigen Effekthändlers im Sinne von Art. 2 lit. d BEHG* gegenüber seinen Kunden. Ein gewerbsmässiges Handeln wurde von der EBK bei C._____ aber gerade verneint. Aufgrund der "Liebesbeziehung" der Klägerin zu C._____ (Urk. 20 Rz 33 S. 20, Urk. 3/27 S. 6 und S. 9) und eines einzigen dokumentierten Vertragsverhältnisses (nämlich desjenigen zwischen der Klägerin und C._____) war die Anzeige an die EBK – trotz den "ins Blaue hinein" aufgestellten Behauptungen eines "Investmentclubs" und des unerlaubten Poolings – von allem Anfang an kein zielführender Weg, um die Interessen der Klägerin mit Blick auf den hängigen Zivilprozess zu fördern. Wenn der Beklagte der Klägerin zur Anzeige riet, was mit der Berufung nicht in Frage gestellt wird und belegt ist (Urk. 30/24), stellte dies keine sorgfältige und fachgemässe Führung des Mandates mehr dar.

12.4.4 Der Beklagte versuchte vor Vorinstanz, die Relevanz kapital- und aufsichtsrechtlicher Gegebenheiten unter Hinweis auf zwei Aufsätze und einen Entscheid des Bundesgerichts zu untermauern (Urk. 83 Rz 81 S. 77: "mehrfach vor Vorinstanz belegt"). Darauf ist die Vorinstanz zwar nicht näher eingegangen, was am Ergebnis aber nichts zu ändern vermag. Der angebliche "Artikel von Prof. Dr. G._____" (Urk. 83 Rz 81 S. 77) kann nicht identifiziert werden. An der in der Berufungsschrift bezeichneten Stelle der Klageantwort wird der genannte Hochschullehrer als sachverständige Person angerufen (Urk. 20 Rz 140 S. 69). Der von Rolf Weber verfasste Aufsatz existiert zwar (Finanzdienstleistungen im Spannungsfeld von Zivil- und Aufsichtsrecht, SJZ 109 [2013] 405 ff.). Doch kommt Weber an der vom Beklagten angegebenen Stelle keineswegs zum Schluss, dass die Mindestanforderungen gemäss Art. 11 BEHG auch für nichtbeaufsichtigte Marktteilnehmer wie C._____ gelten würden (Urk. 39 Rz 19 S. 20). Vielmehr verweist der genannte Autor auf einen Hearingbericht des eidgenössischen Finanzdepartements vom 18. Februar 2013, wonach in einem zu erlassenden Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) auch nicht beaufsichtigte Marktteilnehmer Verhaltensregeln unterworfen werden sollen, wenn sie Finanzdienstleistungen für ihre Kun-

den erbringen. Art. 11 BEHG findet aber – auch in seiner Gestalt als Norm des Privatrechts – ausschliesslich auf Transaktionen von schweizerischen und ausländischen Effekthändlern Anwendung (BSK BEHG-Bahar/Strupp, N 27 zu Art. 11 BEHG). Nichts anderes ergibt sich aus dem vom Beklagten genannten Entscheid des Bundesgerichts vom 28. September 2010 (BGer 4A_213/2010 E. 4).

12.4.5 Entgegen der Auffassung des Beklagten kann auch keine Rede davon sein, dass sich das Bezirksgericht dazu "entschloss", die Replik mit kapitalmarktrechtlichen Behauptungen, die von grosser Relevanz seien, zu erweitern. Den Inhalt der Replik bestimmte der Beklagte und nicht das Bezirksgericht. Im Exposé der Referentin fehlt jeglicher Hinweis auf kapitalmarktrechtliche Bestimmungen. Es wird darin vielmehr der Schluss gezogen, dass die Klage aufgrund des aktuellen Aktenstandes mangels einer Vertragsverletzung abzuweisen wäre (Urk. 3/11 S. 36 f.).

12.4.6 Der Beklagte vermag somit die Relevanz kapital- und aufsichtsrechtlicher Gegebenheiten im Prozess gegen C._____ und damit einen Nutzen seiner Anzeige an die EBK nicht aufzuzeigen. Die Parteien sind denn auch übereinstimmend der Meinung, dass es sich bei der Anzeige an die EBK um eine sog. "fishing expedition", d.h. eine Suche nach Informationen, gehandelt hat (Urk. 20 Rz 141 S. 70, Prot. I S. 20). Die Klägerin stellt einen Erkenntnisgewinn daher mit Recht auch deshalb in Frage, weil dem Anzeigeerstatter im Verfahren vor der EBK keine Parteistellung zukommt und über das weitere Vorgehen nicht informiert wird (Urk. 98 Rz 81 S. 23), was dem Beklagten bekannt war (Urk. 20 Rz 139 S. 68). Ein Erkenntnisgewinn war daher auch aus diesem Grunde von vornherein nicht zu erwarten.

12.4.7 Die Vorinstanz hat sich weder eine Aktenwidrigkeit zu schulden kommen lassen, noch hat sie überspannte Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Anwaltes gestellt. Es bleibt somit dabei, dass die kein brauchbares Resultat zeitigende Anzeige bei der EBK auf einer Fehleinschätzung des Beklagten beruhte und die dafür verrechneten Fr. 12'468.– – im Rahmen des von der Klägerin gestellten Rechtsbegehrens – vom Beklagten zurückzuerstatten sind.

13. Die Vorinstanz hat die Hauptklage demnach zu Recht gutgeheissen. In Bestätigung von Dispositiv Ziffer 1 des angefochtenen Urteils ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 65'629.60 zuzüglich Zins zu 5% seit 31. Januar 2012 zu bezahlen.

14.1 Die Vorinstanz wies die Widerklage (negative Feststellungsklage) des Beklagten ab. Sie erwog, die Einreichung einer Teilklage reiche aus, um ein Feststellungsinteresse zu begründen. Davon unabhängig treffe aber auch in diesen Konstellationen die klagende Partei einer negativen Feststellungsklage die Behauptungs- und Substantiierungslast. Vorliegend habe es der Beklagte gänzlich unterlassen, substantiierte Behauptungen darüber aufzustellen, dass er der Klägerin (wohl aus dem fraglichen Mandatsverhältnis) nichts mehr schulde. Seine Ausführungen im Zusammenhang mit der seinerseits geltend gemachten "Abstrafung" bzw. der grossen Einschränkung in der Ausübung des Anwaltsberufs würden nicht weiterhelfen und seien auch schwer nachvollziehbar. Hinzu komme, dass der Beklagte in seiner letzten Stellungnahme vom 21. März 2014 festhalte, dass nun auch ihm bekannt geworden sei, dass seitens der Honorarkommission das Verfahren abgeschlossen und das Inkassoverbot aufgehoben worden sei. Vor dem Hintergrund, dass der Beklagte gerade das vermeintlich andauernde Inkassoverbot als einen Hauptgrund für seine Widerklage angeführt und er sein Feststellungsinteresse damit begründet habe, stelle sich zudem die Frage eines impliziten Wegfalls des schutzwürdigen Interesses. Aufgrund der fehlenden Substantiierung erübrigten sich jedoch weitere Ausführungen und sei die Widerklage abzuweisen (Urk. 84 S. 26 f.).

14.2 Der Beklagte ficht die Abweisung der Widerklage mit folgenden Argumenten an (Urk. 83 Rz 22 ff. S. 25 ff.):

- Die Widerklage müsse bereits deshalb gutgeheissen werden, weil von der Klägerin kein bzw. ein unzulässiges Rechtsbegehren gestellt worden sei; die Abweisung der negativen Feststellungsklage sei prozessual nicht möglich. Der Feststellungsbeklagte habe ein Rechtsbegehren mit einem Leistungs- oder Gestaltungsbegehren zu stellen, um dem Antrag des negativen Feststellungsklägers auf Nichtbestand der Schuld oder eines

Rechts entgegenzutreten. Die Klägerin habe es unterlassen, ihren Gesamtanspruch zu beziffern bzw. geltend zu machen. Mangels genügendem Gegenantrag müsse das Urteilsdispositiv lauten: "Der Beklagte schulde der Klägerin nichts". Da die Klägerin dem Antrag des Beklagten nichts "Gültiges" entgegengesetzt habe, sei das Rechtsbegehren des Beklagten, wonach er der Klägerin nichts schulde, gutzuheissen, auch wenn die Klägerin einen Antrag auf Abweisung der Widerklage gestellt habe.

- Das schutzwürdige Interesse ergebe sich aus dem Umstand, dass die Klägerin eine Teilklage erhoben habe; die Überlegungen der Vorinstanz zum Inkasoverbot zielten ins Leere, da mit der negativen Feststellungsklage keine Forderungen des Beklagten zu beurteilen seien.
- Die negative Feststellungsklage ändere nichts an der Behauptungs- und Beweislast, die sich aus dem materiellen Recht ergebe bzw. nach Art. 8 ZGB richte. Bei der negativen Feststellungsklage obliege es dem Beklagten, die rechtsbegründenden Tatsachen für den Bestand des von der klagenden Partei bestrittenen Rechts bzw. Rechtsverhältnisses aufzuzeigen. Die klagende Partei trage demgegenüber die Behauptungs- und Beweislast für die rechtshindernden und rechtsaufhebenden Tatsachen.

14.3 Es wurde bereits dargelegt, dass die Klägerin mit Bezug auf die Hauptklage kein unzulässiges oder ungenügendes Rechtsbegehren stellte und dass die Widerklage nicht mangels gültigem Rechtsbegehren gutzuheissen ist. Es kann darauf verwiesen werden (Erw. III/3.2).

14.4 Das Widerklagebegehren des Beklagten lautet:

"Es sei widerklageweise festzustellen, dass der Beklagte der Klägerin nichts schuldet."

Auch die negative Feststellungsklage muss einen bestimmten Klageantrag enthalten und einen bestimmten Klagegrund nennen, denn auch der Gegenstand der negativen Feststellungsklage muss von anderen Streitgegenständen unterschieden werden können. Unzulässig ist deshalb die Klage auf Feststellung, der Kläger schulde dem Beklagten nichts, denn sie hat keinen Gegenstand (Schell-

hammer, a.a.O., N 189). Das Widerklagebegehren des Beklagten ist jedoch unter Berücksichtigung seiner Begründung auszulegen. Darin wurde der konkrete Schuldgrund bzw. Schuldgegenstand angegeben, führte der Beklagte doch aus, es habe zwischen den Parteien ausschliesslich ein Anwalt-Klient-Verhältnis bestanden; somit beziehe sich die Widerklage auf den identischen Lebensvorgang wie die Klage, die unbestrittene Mandatsbeziehung der Parteien (Urk. 2 Rz 4 S. 3 f.). Die negative Feststellungsklage ist damit genügend individualisiert.

14.5 Die Klägerin hat eine Teilklage anhängig gemacht (Urk. 2 S. 2). Die Vorinstanz hat das Feststellungsinteresse des Beklagten zu Recht bejaht, weil das Bundesgericht "das rechtliche Interesse der beklagten Partei, gegen die eine Teilklage erhoben wurde, durch Widerklage den Nichtbestand des ganzen behaupteten Anspruchs bzw. des Schuldverhältnisses feststellen zu lassen" in ständiger Rechtsprechung grundsätzlich bejaht (BGer 4A_80/2013 E. 6.4, 4A_255/2010 E. 5.5, 5C.252/2006 E. 5.1; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 24a zu § 59 ZPO/ZH; BK-Markus, N 9 zu Art. 86 ZPO und N 45 zu Art. 88 ZPO). Dies gilt nach überwiegender Meinung auch im Fall der unechten Teilklage, zumal dann, wenn sich wie hier die Ansprüche aus demselben Rechtsgrund ergeben (Bopp/Bessenich, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., N 8 zu Art. 86 ZPO, mit weiteren Hinweisen; Mohs, OFK-ZPO, N 3 zu Art. 86 ZPO). Aber selbst wenn die Interessen einer Teilleistungsklägerin nicht von vornherein unbeachtlich wären (vgl. BGE 131 III 319 E. 3.5, S. 325), ist nicht erkennbar, inwiefern die Klägerin durch Zulassung einer negativen Feststellungswiderklage übermässig benachteiligt wird. Sie macht auch nichts dergleichen geltend, sondern hat die Ansprüche, derer sie sich über das gestellte Rechtsbegehren hinaus berührt, in der Klageschrift aufgeführt und begründet (Eventualbegründungen 1 bis 7, Schadenersatzanspruch). Auch die Aufhebung des Inkassoverbotes durch die Honorarkommission vermag am Rechtsschutzinteresse des Beklagten nichts zu ändern. Zu präzisieren ist immerhin, dass sich eine nach der Leistungsklage erhobene negative Feststellungswiderklage nur auf den die Hauptklage übersteigenden Teil des Gesamtanspruchs beziehen kann, denn im Umfang der Leistungsklage wäre sie zufolge anderweitiger Rechtshängigkeit unzulässig (Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO).

14.6 Die Umkehr der Parteirollen bei der negativen Feststellungsklage ändert nichts an der Behauptungs- und Beweislast. Dem Feststellungsbeklagten obliegt es, die rechtsbegründenden Tatsachen für den Bestand des vom Feststellungskläger bestrittenen Rechts bzw. Rechtsverhältnisses darzulegen. Der Feststellungskläger kann sich darauf beschränken, das Klagefundament zu bestreiten und den Gegenbeweis zu leisten oder gegebenenfalls den Hauptbeweis für rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen zu erbringen (Füllemann, a.a.O., N 21 zu Art. 88 ZPO; BK-Markus, N 52 zu Art. 88 ZPO; KUKO ZPO-Oberhammer, N 29 zu Art. 88 ZPO; BSK ZPO-Weber, N 25 zu Art. 88 ZPO; Schneider, a.a.O., Rz 1990). Dies hat die Vorinstanz verkannt, indem sie vom Beklagten substantiierte Behauptungen darüber verlangte, dass er der Klägerin nichts mehr schulde. Die Vorinstanz hat die Behauptungslast für den Nichtbestand der Gesamtforderung zu Unrecht dem Beklagten zugewiesen und insofern das Recht falsch angewendet.

14.7 Es war demnach Sache der Klägerin, ihren gesamten Anspruch, dessen sie sich berührt, zu beziffern und zu begründen. Dies hat die Klägerin bereits in der Klageschrift getan. Sie hat im Einzelnen begründet, dass ihr nebst den eingeklagten Fr. 65'629.60 weitere Ansprüche zustehen, nämlich:

- Fr. 49'421.75 weitere Rückerstattungsansprüche/Honorarkürzungen gemäss den Eventualbegründungen 1 bis 7 (Urk. 2 Rz 98 S. 27)
- Fr. 49'500.– Schadenersatz (Urk. 2 Rz 101 S. 28)

Der Beklagte hat diese weiteren Ansprüche in der Klageantwort, mit welcher er Widerklage erhob, bestritten (Urk. 20 Rz 139 ff. S. 68 ff.), worauf die Klägerin in der Widerklageantwort auf die Klageschrift verwies (Prot. I S. 21). Die Vorinstanz hat lediglich den Eventualananspruch 1 (EBK-Verfahren) näher geprüft und geschützt. Die Eventualanprüche 2 bis 7 und den Schadenersatzanspruch hat die Vorinstanz nicht näher auf ihre Begründetheit hin untersucht, obwohl sie die Widerklage abwies und damit positiv feststellte, dass diese weiteren Ansprüche der Klägerin bestehen (Erw. III/3.2). Die Abweisung der Widerklage beruhte indes darauf, dass die Vorinstanz fälschlicherweise annahm, sie sei mangels hinreichender Substantiierung seitens des Beklagten nicht zur weiteren Prüfung der von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche verpflichtet. In der vorliegenden Konstel-

lation hätte die Vorinstanz auch die Eventualanprüche 2 bis 7 und den Schadenersatzanspruch anhand der Vorbringen der – für die rechtsbegründenden Tatsachen beweisbelasteten – Klägerin und der vom Beklagten erhobenen Einwendungen im Einzelnen beurteilen müssen.

14.8 Da ein wesentlicher Teil der Widerklage nicht behandelt wurde, ist die Sache zur weiteren Prüfung der Widerklage und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO). Wie bereits erwähnt, wird die Vorinstanz die Widerklage nicht bereits dann abweisen können, wenn sich ergeben sollte, dass die weiteren Ansprüche der Klägerin *zum Teil* begründet sind. Vielmehr ist über die Höhe sämtlicher Ansprüche zu entscheiden (Erw. III/3.2).

15. Nebst Dispositiv Ziffer 2 sind auch die Dispositiv Ziffern 3 bis 6 aufzuheben. Die Vorinstanz wird aufgrund des Gesamtergebnisses (Haupt- und Widerklage) über die Kosten- und Entschädigungsfolgen neu zu befinden haben.

16.1 Der Beklagte stellt *für den Fall der Rückweisung* vorsorglich einen Befangenheitsantrag gegen die 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich, da aufgrund der vielen Aktenwidrigkeiten und das ständige Flickern an der Rechtsschrift der Klägerin von richterlicher Unabhängigkeit nicht mehr die Rede sein könne (Urk. 83 Rz 83 S. 78 f.). Ein solches Begehren wäre – da es nur für die Zukunft gestellt wird – gegebenenfalls bei der Vorinstanz zu stellen (Art. 50 ZPO). Der Beklagte behielt sich denn auch vor, den Befangenheitsantrag zu wiederholen, sobald dafür ein schutzwürdiges Interesse erstellt und die 4. Abteilung des Bezirksgerichts wieder mit der Angelegenheit betraut worden sei. Auf das Ausstandsgesuch kann nicht eingetreten werden. Im Übrigen wäre es abzuweisen gewesen, weil die der Vorinstanz in diesem Zusammenhang gemachten Vorwürfe nicht stichhaltig sind.

16.2 Der Beklagte rügt die unterlassene Verzeigung des Rechtsvertreters der Klägerin bei der Aufsichtskommission über die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte wegen dessen Bezugnahme auf die Vergleichsbemühungen der Honorarkommission (Urk. 83 Rz 60 S. 54 f., Rz 87 S. 81). Für eine solche Anzeige bestand und besteht – wie sich aus Erw. III/9.4 ergibt – kein Anlass.

IV.

1. In einem Rückweisungsentscheid kann die obere Instanz die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Die Lösung erscheint bei objektiver Klagenhäufung oder Widerklage auch für Teilentscheide sinnvoll (BK-Sterchi, N 2 zu Art. 104 ZPO). Es ist folglich lediglich eine Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren festzusetzen. Die Verteilung der Gerichtskosten und der Entscheid über die Parteientschädigungen ist dem Entscheid der Vorinstanz über die Widerklage vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO; KUKO-Schmid, N 7 zu Art. 104 ZPO).

2. In der Verfügung vom 4. März 2015 wurde der Streitwert von Haupt- und Widerklage angesichts der weiteren von der Klägerin behaupteten Rückerstattungs- und Schadenersatzansprüche von Fr. 49'421.75 (Fr. 44'245.75 zuzüglich Fr. 5'176.–) und Fr. 49'500.– (Urk. 2 S. 27 f., Prot. I S. 22) auf Fr. 164'551.35 veranschlagt (KUKO ZPO-van de Graaf, N 3 zu Art. 94 ZPO; CPC-Tappy, N 17 zu Art. 94 ZPO). Dabei wurde nicht berücksichtigt, dass die Vorinstanz Ansprüche von insgesamt Fr. 8'906.60 abgewiesen hat, ohne dass die Klägerin in der Berufungsantwort dagegen Einwendungen erhoben hätte. Der Streitwert des Berufungsverfahrens beläuft sich damit noch auf Fr. 155'644.75. Trotz des leicht tieferen Streitwerts ist die Entscheidgebühr – wie bevorschusst – auf Fr. 11'350.– festzusetzen, da der Beschluss vom 21. August 2015 getroffen werden musste (Urk. 111 S. 5 Dispositiv Ziffer 2).

Es wird erkannt:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 65'629.60 zuzüglich Zins von 5% seit 31. Januar 2012 zu bezahlen.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

3. 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 Teilentscheid im Sinne von Art. 91 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 155'644.75.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

und sodann beschlossen:

1. Die Dispositiv Ziffern 2 bis 6 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 12. Dezember 2014 werden aufgehoben. Die Sache wird zur weiteren Prüfung der Widerklage und zu neuem Entscheid über die Widerklage und die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Auf das Ausstandsgesuch gegen die 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 11'350.– festgesetzt.
4. Im Übrigen wird die Regelung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens dem neuen Entscheid des Bezirksgerichts vorbehalten.

Es wird vorgemerkt, dass der Beklagte für das Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 11'350.– geleistet hat.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG (Dispositiv Ziffer 1) und ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG (Dispositiv Ziffer 2).

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 155'644.75.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 28. Oktober 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

Dr. D. Oser

versandt am:
se