

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP160031-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter Prof. Dr. P. Higi und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Urteil vom 21. Dezember 2016

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Advokatin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG**,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes (10. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. März 2016; Proz. FV130031

Rechtsbegehren (act. 2 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger mindestens CHF 30'000.– zuzüglich Zins von 5% seit dem 28.12.2011 zu bezahlen.
2. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass Mehrforderungen und Nachklagerecht ausdrücklich vorbehalten werden.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten, sowohl für das Schlichtungsverfahren (GV 2012.00519 / SB 2012.00625) als auch für das vorliegende Verfahren."

**Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung – Einzelgericht
(act. 97 = act. 98 = act. 90):**

- "1. Die Klage wird abgewiesen.
 2. Die Entscheidunggebühr wird auf Fr. 5'267.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
 3. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet. Der Fehlbetrag von Fr. 1'317.– wird von der klagenden Partei nachgefordert.
 4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteientschädigung von Fr. 7'500.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilung / Rechtsmittel".

Berufungsanträge:

des Klägers (act. 95):

- "1. Es sei die Ziffer 1 des Dispositivs des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 16. März 2016 aufzuheben und die Beklagte in Gutheissung der Klage zu verurteilen, dem Kläger einen Betrag von CHF 30'000.–, nebst Zins zu 5 % seit dem 28. Dezember 2011 zu bezahlen.

2. Es seien die Ziffern 3 und 4 des Dispositivs des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 16. März 2016 aufzuheben. Es seien der Beklagten die Kosten des Schlichtungsverfahrens und die ordentlichen und ausserordentlichen Kosten des vorinstanzlichen und des vorliegenden Verfahrens aufzuerlegen".

Erwägungen:

I.

1. Zwischen den Parteien – einer Anwaltskanzlei und ihrem Klienten – ist streitig, ob mit einer Honorarvereinbarung mit Erfolgsbeteiligung die ganzen Anwaltskosten abgegolten sein sollten oder ob zunächst eine Honorierung nach Zeitaufwand vereinbart worden war und erst in einem späteren Zeitpunkt auf eine Honorierung auf Erfolgsbasis übergegangen wurde. Streitig ist auch, wie ein vom Klienten unstreitig geleisteter Kostenvorschuss von Fr. 30'000.– anzurechnen ist.

2. Die Vorinstanz hat die Klage abgewiesen. Das vorinstanzliche Urteil ging dem Kläger am 14. Juni 2016 (act. 91) zu, wogegen er am 14. Juli 2016 rechtzeitig Berufung einreichte (act. 95).

3. In der Folge wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen, und der Kläger wurde mit Verfügung vom 20. Juli 2016 zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 3'950.– aufgefordert (act. 99), welcher rechtzeitig geleistet wurde (act. 101). Ausserdem wurde die Prozessleitung an die Referentin delegiert.

4. Gemäss Art. 312 Abs. 1 ZPO kann von der Einholung einer Berufungsantwort abgesehen werden, wenn die Berufung offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist. Das bedeutet, dass neben der schriftlichen Berufungsbegründung kein weiterer obligatorischer Verfahrensschritt vorgesehen ist (ZK-ZPO Reetz, 3. Aufl. 2016, Vorbemerkungen zu den Art. 308-318 N. 4, sowie eingehend Art. 312 N. 5 ff. und insbesondere N. 14 ff.; BGer 5A_849/2015 vom 27. Juni 2016 E. 3). Weil der Fall spruchreif ist, konnte auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden.

5. Mit der Berufung gemäss Art. 308 ff. ZGB kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden. Unrichtige Rechtsanwendung liegt auch vor, wenn das Gericht das ihm zustehende Ermessen nicht pflichtgemäss ausgeübt hat. Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel frei und uneingeschränkt prüfen, vorausgesetzt, dass sich der Berufungskläger mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz – soweit für die Berufung relevant – auseinandersetzt (ZR 110/2011 Nr. 80). Die entsprechenden Beanstandungen sind in der Berufungsschrift zu begründen (vgl. BGE 138 III 374 = Pra 2013 Nr. 4 E. 4.3.1). Die Begründung muss genügend ausführlich sein, so dass die Berufungsinstanz sie ohne weiteres verstehen kann. Soweit eine genügende Beanstandung vorgebracht wird, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Die Berufungsinstanz ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1 m.w.H.). Sie darf sich auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen sie sich hat leiten lassen (BK ZPO-Hurni, N. 60 f. zu Art. 53).

II.

1. Der Kläger verlangt von der Beklagten Fr. 30'000.– nebst Zins, weil die Beklagte nicht berücksichtigt habe, dass sie nicht 20 % von der ganzen, beim Prozessgegner des Klägers einkassierten Vergleichszahlung behalten dürfe, sondern dass sie, weil der Kläger bereits Fr. 30'000.– an Kostenvorschüssen geleistet habe, sich diese hätte anrechnen lassen müssen. Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass die Klage gutzuheissen sei, wenn der Kläger beweisen könne, dass die von ihm vorab geleisteten Fr. 30'000.– an das (Erfolgs-)Honorar anzurechnen seien. Andernfalls sei die Klage abzuweisen. Der Kläger habe verschiedene Beweismittel offeriert, die jedoch nichts zur Frage der Anrechenbarkeit ergeben würden (act. 97 S. 10 E. 2), so dass es bei den Parteibefragungen des Klägers und von Rechtsanwalt C._____, der das hier abzurechnende Mandat für den Kläger geführt habe, sein Bewenden habe.

Zur Entstehung der Honorarstreitigkeit hat die Vorinstanz Folgendes angeführt: Im Rahmen der Vertragsverhandlungen sei klar gewesen, dass es dem Kläger wichtig sei, den finanziellen Aufwand abschätzen zu können und möglichst keine Prozessrisiken einzugehen (act. 97 S. 11 E. 2.). Der Kläger und Rechtsanwalt Dr. C._____ von der Beklagten hätten sich lange nicht auf ein konkretes Vergütungsmodell einigen können. Dr. C._____ habe Leistungen erbracht und habe u.a. eine vollständig ausgefertigte Klageschrift verfasst. Der Kläger habe "Kostenvorschüsse" im Umfang von Fr. 30'000.– geleistet, welche in der Folge für bereits angefallene Arbeiten verrechnet worden seien (act. 97 S. 11 E. 4. und 5.). An der Schlichtungsverhandlung vom 28. November 2011 betreffend die Schlechterfüllung des zwischen dem Kläger und dem von ihm mit dem Bankinstitut geschlossenen Vermögensverwaltungsvertrages (act. 2 Rz 5), in welcher der Kläger von Dr. C._____ vertreten worden sei, sei ein Vergleich geschlossen worden, woraus der Kläger Fr. 250'000.– erhalten habe. Dieser Betrag sei auf das Konto der Beklagten (bzw. der Kollektivgesellschaft) überwiesen worden, welche zusätzlich zu den bereits vereinnahmten Zahlungen des Klägers von Fr. 30'000.– den (Erfolgshonorar)-Anteil von Fr. 51'776.– auf der Vergleichssumme, mithin ein Gesamthonorar von Fr. 81'776.– vereinnahmt habe (act. 97 S. 11 f.).

Der Kläger habe vor Vorinstanz geltend gemacht, Rechtsanwalt Dr. C._____ habe ihm schon beim ersten Telefonat eine Erfolgshonorierung angeboten, wobei die konkreten Modalitäten erst in einem späteren Zeitpunkt geklärt werden sollten. Es sei eine Forderung von Fr. 500'000.– im Raum gestanden. Erst nach Einarbeitung in den Fall hätte für das Honorar eine Formel mit allen Komponenten aufgestellt werden sollen (act. 97 S. 12 E. 1.1.). Nach Darstellung der Beklagten habe der Kläger sich bei der telefonischen Anfrage am 16. April 2009 erkundigt, ob eine Erfolgshonorierung möglich sei. Dr. C._____ habe dies grundsätzlich bejaht, jedoch erklärt, dass in der Regel zunächst eine Honorierung nach Stundenaufwand verrechnet bzw. mit der Vereinbarung eines Erfolgshonorars zugewartet werde, bis abschätzbar sei, was es zur Erzielung des gewünschten Erfolgs brauche (act. 97 S. 12 E. 1.2). Es sei zunächst denn auch eine Honorierung nach Zeitaufwand mit Fr. 380.– (exkl. MWST zuzüglich Kleinkostenpauschale von 3 %) vereinbart worden. Dr. C._____ habe den Kläger auch darauf hingewiesen, dass das

BGFA ein reines Erfolgshonorar verbiete; nur ein Vergütungsmodell, bei dem ein gewisser Betrag unabhängig vom Prozessausgang geschuldet sei, sei zulässig. Weiter sei der Kläger auf die Leistung angemessener Kostenvorschüsse hingewiesen worden (act. 97 S. 13 E. 1.3.). Zusätzlich zu den anderen Argumenten habe Dr. C._____ darauf hingewiesen, dass kein Anwalt mehr als 100 Stunden anwaltliche Dienstleistungen erbringen würde, ohne eine konkrete Erfolgsquote festgelegt zu haben. Der Kläger habe ja auch selber eingeräumt, dass man sich erst im Mai 2010 auf eine Erfolgsbeteiligung von 20 % geeinigt habe. Bei der Mandatierung sei Dr. C._____ nicht bekannt gewesen, ob es sich um eine durchsetzbare Forderung von ca. Fr. 500'000.– handle (act. 97 S. 14 E. 1.5.). Der Kläger sei mit dem vorgeschlagenen Stundenansatz grundsätzlich einverstanden gewesen und habe gegen die Leistung eines (ersten) Kostenvorschusses von Fr. 5'000.– zur Deckung des bereits angefallenen Aufwands nichts eingewendet. Die Vereinbarung nach Zeitaufwand zum Stundenansatz von Fr. 380.– (zzügl. 3%) sei mit zwei Emails von Dr. C._____ klar belegt, was der Kläger allerdings bestreite (act. 97 S. 14 E. 1.6.). Am 26. Juli 2009 habe Dr. C._____ dem Kläger mitgeteilt, dass das aufgelaufene Honorar bisher rund Fr. 24'396.– (exkl. MWST und Auslagen) betrage, entsprechend 64.2 Stunden à Fr. 380.–; Dr. C._____ sei damals ausschliesslich von einer Honorierung nach Stundenbasis ausgegangen. Und der Kläger habe sich nicht nach den Gründen für die Bekanntmachung der Bemühungen zum Stundenansatz von Fr. 380.– erkundigt (act. 97 S. 15 E. 1.8). Das bestreite allerdings der Kläger, der geltend mache, er habe sich umgehend nach den Gründen für die Zusammenstellung der Bemühungen zu Fr. 380.– pro Stunde erkundigt, eine Honorierung nach Aufwand oder ein Stundenansatz zu Fr. 380.– seien nie vereinbart worden. Dr. C._____ habe die Abrechnung nur als Information bezeichnet; er müsse die erbrachten Leistungen auch bei einer Honorierung auf Erfolgsbasis festhalten (act. 97 S. 15 E. 1.9.). Am Folgetag, 27. Juli 2009, habe sich der Kläger nochmals bei Dr. C._____ bezüglich der Möglichkeit einer Erfolgsbeteiligung erkundigt und dieser habe ihm zugesagt, dass er ihm gelegentlich einen Vorschlag unterbreite, was sich aus einer elektronischen Aktennotiz ergebe (act. 97 S. 15 E. 1.10.). Nach der Beklagten habe sie dem Kläger am 2. November 2009 zwei Rechnungsentwürfe zur Information über die bisherigen

Aufwendungen zugestellt: vom 21. April 2009 bis und mit 26. Juli 2009 64.2 Stunden und vom 27. Juli 2009 bis und mit 31. Oktober 2009 zusätzlich 12.5 Stunden. Die finale Rechnung sei am 13. Februar 2010 erstellt worden (act. 97 S. 16 E. 1.11).

Die Vorinstanz hält den Standpunkt der Beklagten, dass eine Erfolgshonorarvereinbarung ohne Kenntnis des Falles und ohne Bestimmung der Erfolgsquote absurd wäre, für nachvollziehbar. Verschiedene näher bezeichnete Mails, die Aktennotiz sowie die diversen Rechnungen würden die Honorarvereinbarung nach Zeitaufwand zu Fr. 380.– pro Stunde zzgl. Kleinspesenpauschale von 3 % belegen. Der Kläger könne sich – so die Vorinstanz – lediglich auf seine eigene Behauptung stützen und aufgrund der nachvollziehbaren Gegenargumente und Gegenbeweismittel der Beklagten nicht beweisen, dass es bereits zu Beginn des Mandates eine Einigung auf Erfolgsbasis gegeben habe (act. 97 S. 17 E. 1.15). Ausser mit der eigenen Parteibehauptung bzw. der Parteibefragung vermöge der Kläger nicht zu beweisen, dass die Kostenvorschüsse schlussendlich an das Erfolgshonorar anzurechnen gewesen seien (act. 97 S. 17 E. 1.16.). Mit der (nach dem Erstellungsdatum vom 27. Juli 2009, 15.40 h, unverändert gebliebenen) elektronischen Aktennotiz, der volle Beweiskraft zukomme, könne die Beklagte nachweisen, dass sich der Kläger nach der Möglichkeit eines Erfolgshonorars erkundigt habe (act. 97 S. 18 E. 1.17.). Hingegen habe der Kläger nicht beweisen können, dass es am 27. Juli 2009 bereits eine Honorarvereinbarung auf Erfolgsbasis gegeben habe (act. 97 S. 18 E. 1.18). "Kostenvorschüsse" habe der Kläger am 24. April 2009, Mitte Mai 2009, am 26. Juni 2009 und am 9. November 2009 (5'000 + 5'000 + 10'000 + 10'000) geleistet (act. 97 S. 18 E. 2.1.). Dr. C. _____ habe am 13. Februar 2010 der für den Kläger leistenden D. _____ GmbH Fr. 30'000.– in Rechnung gestellt und mittels der bereits geleisteten Zahlungen in jener Höhe verrechnet (act. 97 S. 19 E. 2.2.). Der Kläger habe behauptet, es sei vereinbart worden, die Kostenvorschüsse an die noch zu bestimmende Erfolgshonorierung anzurechnen (act. 97 S. 19 Rz 23.). Die Beklagte mache geltend, dass die Rechnungsstellung zur Vereinnahmung eines bestimmten Entgelts nach geleistetem Aufwand von 71.25 Stunden absprachegemäss gewesen sei (act. 97 S. 19 E. 2.4.). Dagegen führe der Kläger an, dass die überwiesenen Beträge als

Kostenvorschüsse bezeichnet worden seien. Vorschüsse seien anrechenbare Zahlungen, und zwar an das schlussendlich resultierende Honorar. Wegen der Höhe des Pauschalbetrages sowie der Erfolgsbeteiligung, beide im oberen Bereich des Üblichen, könne nach den Vorbringen des Klägers nicht von einer Kumulierung der Beträge, sondern nur von einer Anrechnung des Pauschalbetrages ausgegangen werden (act. 97 S. 19 f. E. 2.5.). Dagegen bringe die Beklagte vor, dass es sich bei den erwähnten Leistungen betreffend Kostenvorschuss nur um die Bezahlung des Vorschusses für das Schlichtungsverfahren gehandelt habe (act. 97 S. 20 E. 2.6.). Der Kläger behaupte, Dr. C. _____ habe ihm gesagt, dass Vorschüsse auch bei Erfolgshonoraren, unter Anrechnung an diese, zu leisten seien (act. 97 S. 20 Rz 2.7.). Die Beklagte habe entgegnet, ein zu leistendes Mindesthonorar von Fr. 30'000.– sei damals kein Thema gewesen und die Zahlung sei nicht vorab erfolgt, sondern erst nachdem bereits ein erheblicher Aufwand angefallen sei. Usanzgemäss sei das die Sicherstellung des nach Zeitaufwand zu berechnenden Honoraranspruchs gewesen, womit der Kläger einverstanden gewesen sei. Der Kläger behaupte, dass an der telefonischen Besprechung vom 6. November 2009 nochmals explizit festgehalten worden sei, dass dieser Betrag von einem später zu berechnenden Prozentsatz vom Prozesserlös abgezogen würde (act. 97 S. 21 E. 2.10.), wofür der Kläger im vorinstanzlichen Verfahren lediglich die Leistungsübersicht der Beklagten vom 1. November 2009 bis 7. Dezember 2012 als Beweismittel genannt habe. Angesichts der Gegenargumente bzw. der Gegenbeweise der Beklagten, insbesondere des Emails vom 9. April 2010, mit dem C. _____ zwei Vergütungsvorschläge gemacht und für die Abrechnung auf reiner Erfolgsbasis sämtliche zukünftigen Arbeiten genannt habe sowie angesichts der Gutschriftenanzeige des Kontokorrents vom 11. November 2009 sowie der Rechnung 5000929 mit dem Vermerk "bezahlt" mit Datum vom 9. November 2009 scheitere der Beweis des Klägers, dass die zu leistenden bzw. geleisteten Zahlungen vom Prozentsatz des Prozesserlöses abzuziehen seien (act. 97 S. 21 f. E. 2.12.).

In rechtlicher Hinsicht hält die Vorinstanz fest, dass sich die Parteien bezüglich der vereinbarten Vergütungsregelung nicht einig seien, so dass der Vertragsinhalt mittels Vertragsauslegung i.S.v. Art. 1 OR zu ermitteln sei. Im Rahmen der

obigen Ausführungen sei erstellt worden, dass die Parteien folgende Vergütungsregelung vereinbart hätten: Zu Beginn des Mandatsverhältnisses sei eine Honorierung nach Zeitaufwand von Fr. 380.– pro Stunde zuzüglich Kleinspesenpauschale von 3 % vereinbart worden. Am 5. Mai 2010 habe man sich auf eine Honorierung mit Erfolgsbeteiligung zu 20 % geeinigt, zusätzlich zu den bereits geleisteten Fr. 30'000.– (gerechnet zum Stundensatz von Fr. 380.–) als Grundhonorar (act. 97 S. 30). Die Honorarvereinbarung sei nach Art. 12 lit. e BGFA zu beurteilen. Ein Erfolgshonorar liege dann vor, wenn die Bezahlung der Leistungen vom Ausgang des Mandats abhängt und das endgültige Honorar im Zeitpunkt der Mandatserteilung noch nicht feststehe. Unabhängig vom Ausgang des Verfahrens müsse der Anwalt ein Honorar erzielen, das nicht nur seine Selbstkosten decke, sondern einen angemessenen Gewinn abwerfe. Unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung (act. 97 S. 31 f.) stellt die Vorinstanz Berechnungen an, basierend auf dem Honorar für amtliche Mandate (act. 97 Rz 32 E. 3.3.5., E. 3.4.). Das Grundhonorar von Fr. 30'000.– entspreche bei einem Stundenansatz von Fr. 200.– einem Zeitaufwand von 150 Stunden, was als gewinnbringend anzusehen wäre. Die Beklagte mache für die Dauer des Mandates 161.3 Arbeitsstunden geltend, was bei einem Honorar von Fr. 30'000.– einen etwas tieferen Stundenansatz von Fr. 186.– ergäbe. Angesichts der Tatsache, dass auf den zu erwartenden Stundenaufwand abzustellen sei, sei eine Abweichung von rund 10 Stunden hinzunehmen, so dass keine reine Erfolgshonorierung i.S.v. Art. 12 lit. e BGFA vorliege und die Honorarvereinbarung daher als zulässig anzusehen sei (act. 97 S. 33 f.).

2. Der Kläger macht in seiner Berufung geltend, die Vorinstanz habe die Beweislast falsch verteilt, wie sich aus act. 97 E. IV Ziff. 1 ergebe (act. 95 Rz 6): Dort werde ausgeführt: "Vorliegend geht es deshalb um die Ermittlung und Beurteilung der vereinbarten Honorierung im Rahmen des Vertragsverhältnisses. Sollte der Kläger beweisen können, dass vereinbart wurde, diese Fr. 30'000.– an das schlussendlich resultierende Honorar anzurechnen bzw. von diesem abzuziehen, ist die Klage gutzuheissen, ist ihm das nicht möglich, ist die Klage abzuweisen".

Der Kläger beanstandet am vorinstanzlichen Urteil weiter, dass der Begriff des Kostenvorschusses in "Gänsefüsschen" gesetzt worden sei, womit der unbestrittene Sachverhalt tendenziös hinterfragt werde (act. 95 Rz 8). Auch sei der unstrittige Sachverhalt unvollständig erfasst worden. Entscheidrelevant sei, dass sich die Parteien von Anfang an und im Zeitpunkt der Zahlung der Kostenvorschüsse über die Anrechenbarkeit der geleisteten Kostenvorschüsse von Fr. 30'000.– geeinigt hätten bzw. zweifelsfrei von der Anrechenbarkeit derselben ausgegangen seien. Im Zusammenhang mit der von ihr behaupteten anfänglichen Honorierung nach Stundenaufwand habe die Beklagte erklärt, dass die Kostenvorschüsse usanzgemäss für geleistete Arbeit erbracht worden seien, womit sie unzweifelhaft die Anrechenbarkeit an ein resultierendes Endhonorar erklärt habe. In der Parteibefragung habe die Beklagte explizit zu Protokoll gegeben, dass die geleisteten Kostenvorschüsse allesamt anrechenbar gewesen seien (act. 95 Rz 9). Dass beide Parteien unstrittig und im Zeitpunkt der Zahlung von einer Anrechenbarkeit der geleisteten Kostenvorschüsse an das resultierende Honorar ausgegangen seien, sei eine relevante Tatfrage. Eine allfällige spätere Änderung dieser Abrede sei von der behauptenden Partei zu beweisen. Ein Beweis sei erbracht, wenn für das Gericht die Richtigkeit der Behauptung anhand objektiver Gesichtspunkte feststehe. Aussagen zu eigenen Gunsten in der Parteibefragung hätten nur geringe Beweiskraft und bedürften einer Bestätigung durch zusätzliche Beweismittel. Wenn die Vorinstanz mehrfach ausführe, dass der Kläger nicht habe beweisen können, die geleisteten Akonto vom vereinbarten Honorar abziehen zu können, so verkenne sie die Beweislastverteilung; der Kläger sei nicht beweispflichtig. Unhaltbar sei die Annahme, die Beklagte habe den Gegenbeweis erbracht. Das sei – zusätzlich zur falschen Beweislastverteilung – willkürlich (act. 95 Rz 10 f.). Aus dem Email vom 9. April 2010 und der internen Aktennotiz vom 5. Mai 2010 ergebe sich nicht – so die Vorinstanz – dass die vereinnahmten Fr. 30'000.– von der Erfolgsbeteiligung abzuziehen seien (act. 95 Rz 12), insbesondere weil sich die beiden Urkunden nicht zur Anrechenbarkeit äussern würden. Das spreche für die Behauptung des Klägers, dass es nur noch um die Festlegung der Erfolgshonorierung gegangen sei, während die Anrechnung von Anfang an festgestanden habe (act. 95 Rz 13). Die interne Aktennotiz belege nur,

dass das Honorar auf 20 % vereinbart worden sei, sage aber nichts aus zur Anrechenbarkeit (act. 95 Rz 15). Die Beklagte behaupte selber, es sei nach den Vorschlägen im Email vom 9. April 2010 ausführlich über die Anrechnung diskutiert/gestritten worden. Wäre über die Anrechenbarkeit eine Einigung erfolgt, so hätte diese ebenfalls Eingang in die Aktennotiz gefunden (act. 95 Rz 15). Die Vorinstanz gehe zu Unrecht davon aus, dass die Beklagte den Gegenbeweis habe erbringen können, dass vorerst ein Vergütungsmodell nach Zeitaufwand und schlussendlich eine Erfolgshonorierung mit 20 % und ein Grundhonorar von Fr. 30'000.– vereinbart worden sei (act. 95 Rz 17). Das für den Anfang behauptete Vergütungsmodell nach Zeitaufwand belege, dass die geleisteten Kostenvorschüsse nach Zeitaufwand anrechenbar gewesen seien (act. 95 Rz 18). Die Erfolgshonorierung mit 20 % sowie ein Grundhonorar von Fr. 30'000.– seien unbestritten und seien unabhängig von der Anrechenbarkeit. Über Unbestrittenes müsse kein Beweis geführt werden. Den relevanten Gegenbeweis bezüglich Nichtanrechenbarkeit der Zahlung bleibe die Beklagte schuldig (act. 95 Rz 19). Die ökonomische Sichtweise der Vorinstanz sei parteiisch und unhaltbar. Die Bandbreite des möglichen Erfolges sei bei einer eingeklagten Forderung von Fr. 480'000.– gross, entsprechend auch die Bandbreite des möglichen Honorars. Das Prozessergebnis im Schlichtungsverfahren widerspreche der beklagischen Behauptung hinsichtlich der schlechten Gewinnaussichten. Die ebenfalls ökonomische Behauptung des Klägers, er hätte bei Nichtanrechenbarkeit nicht zugestimmt, sei von der Vorinstanz nicht berücksichtigt worden. Dass die Beklagte selber den Kläger als kostenscheu bezeichnet habe, sei nicht in die Würdigung eingeflossen (act. 95 Rz 20). Durch das Inkasso des Prozessergebnisses durch die Beklagte sei der Kläger, der das nicht gewollt habe, in die Klägerrolle gedrängt worden. Dass die Beklagte so vorgegangen sei, indiziere, dass sie sich bewusst gewesen sei, dass ihr das Prozessergebnis im Umfang von Fr. 30'000.– nicht zustehe (act. 95 Rz 21). Von der Vorinstanz unberücksichtigt geblieben sei ausserdem die anwaltliche Aufklärungspflicht. Mit ihrem Vorgehen habe die Beklagte unklare Verhältnisse geschaffen. Sollte sich ein bisher anrechenbarer Kostenvorschuss rückwirkend in einen nicht anrechenbaren Pauschalbetrag umgewandelt haben, so dürfte diese höchst ungewöhnliche Honorarabrede einer klaren und

eindeutigen Vereinbarung (BGer 2C_247/2010). Eine Nichtanrechnung wäre ausserdem nicht usanzgemäss und daher nicht zu vermuten (act. 95 Rz 22).

Wer aus Vertrag fordere, müsse dessen Inhalt beweisen (act. 95 Rz 25), für die Honorarhöhe sei demnach die Beklagte beweispflichtig. Auf die Parteirolle komme es nicht an (act. 95 Rz 26). Dem Herausgabeanspruch betreffend das vereinnahmte Prozessergebnis des Klägers stehe (verrechnungsweise) der Honoraranspruch der Beklagten gegenüber; die Verrechnungsforderung müsse von der Beklagten bewiesen werden. Für die von der Vorinstanz angenommene Änderung der Honorarvereinbarung sei ebenfalls die Beklagte beweispflichtig, weil sie daraus einen Anspruch ableite (act. 95 Rz 27). Die Beklagte müsse die rechtsbegründenden Tatsachen beweisen und damit die streitige Honorarforderung von Fr. 30'000.–, was den Beweis der Nichtanrechenbarkeit bedeute. Die Nichtanrechnung von Kostenvorschüssen sei nicht zu vermuten (act. 95 Rz 28). Allenfalls bestehe ein partieller Dissens betreffend die Nichtanrechenbarkeit, sodass es bei der ursprünglichen unstrittigen Vereinbarung der Parteien mit Anrechnung der Vorschüsse von Fr. 30'000.– bleibe (act. 95 Rz 29). Bei Unterstellung des Sachverhalts im Sinne der Vorinstanz wäre ausserdem von einer unzulässigen Erfolgshonorierung auszugehen, da die Beklagte dem Kläger mit Email vom 9. April 2010 eine reine Erfolgshonorierung für sämtliche künftigen Arbeiten offeriert habe. Es sei offenbar die Intention der Beklagten gewesen, durch Änderung der Honorarabrede von einer Entschädigung nach Stundenaufwand zu einem künftigen reinen Erfolgshonorar zu wechseln. Bei behaupteten 163.1 Stunden und einem vom Kläger zugestandenen Honorar von Fr. 51'776.– bliebe der Beklagten mit einem Ansatz von Fr. 317.45 pro Stunde eine mehr als angemessene Entschädigung (act. 95 Rz 30).

III.

1. Der Kläger beklagt sich darüber, dass die Vorinstanz – tendenziös – den Begriff Kostenvorschüsse in Anführungs-/Schlusszeichen gesetzt habe. Worauf genau diese besondere Kennzeichnung beruht, lässt sich nicht mit Sicherheit

feststellen. Meistens handelt es sich dabei um die Wiedergabe eines Zitates, und aus den Akten ergibt sich, dass der Kläger selber diese laufenden Zahlungen als Kostenvorschuss bezeichnet hat (z.B. act. 27/5, act. 27/7 und act. 27/9). Da der Kläger nichts Konkretes daraus ableitet und nicht ersichtlich ist, wozu – mangels Bestreitung seitens der Beklagten – die vorbehaltlose Feststellung, der Kläger habe Kostenvorschüsse in der Höhe von Fr. 30'000.– geleistet (act. 95 Rz 8), dienen könnte, ist der Frage nicht weiter nachzugehen.

2. Die Beklagte hat den aufgrund des Vergleiches von der Gegenpartei des Klägers geschuldeten Betrag bei dieser eingezogen und – nach Abzug des ihr nach ihrer Meinung nach zustehenden Honorars – an den Kläger weitergeleitet. Der Kläger bemerkt, dass dieses Vorgehen der Beklagten, die um die Schwäche ihrer Position gewusst habe, dazu geführt habe, dass er in die unkomfortable Klägerrolle gedrängt worden sei. Dazu ist zu bemerken, dass es sich um ein in der Anwaltsbranche völlig übliches Vorgehen handelt, zu welchem der Kläger die Beklagte zudem in der Vollmacht vom 21. April 2009 (act. 4/2) ermächtigt hat ("Vollzug von Urteilen und abgeschlossenen Vergleichen, Empfangnahme und Herausgabe von Wertschriften, Zahlungen und anderen Streitgegenständen, Anhebung und Durchführung von Schuldbetreibungen [...]").

3. Der Kläger hat der Beklagten Zahlungen in der Höhe von Fr. 30'000.– geleistet, welche er in seinen Emails jeweils als Kostenvorschuss bezeichnete (act. 27/5, act. 27/7 und act. 27/9), und in den Gutschriftanzeigen der Bank wird erwähnt "Zahlungsgrund Akonto-Vorschusszahlung i.S. Bank ...". Die Beklagte bestreitet nicht, dass diese Zahlungen bei ihr eingegangen sind; beide Parteien sind sich auch einig, dass die geleisteten Zahlungen in der Höhe von Fr. 30'000.– im Zusammenhang mit dem Streit betreffend den Vermögensverwaltungsauftrag E._____ erfolgt sind. Anlass zur vorliegenden Streitigkeit ist demnach nicht die Tatsache oder die Höhe der vom Kläger geleisteten Zahlungen, sondern die Frage, woran die Fr. 30'000.– anzurechnen sind. Zu klären ist demnach die Höhe des Honorars, welches die Beklagte beanspruchen kann. Der Kläger moniert, die Vorinstanz habe die Beweislast falsch verteilt, weil die Beklagte – unabhängig von Parteirollenverteilung – einen Honoraranspruch geltend mache und sie dafür nach

den allgemeinen Regeln beweispflichtig sei. Das ist zutreffend, wobei die Frage, woran der geleistete Kostenvorschuss anzurechnen ist, nicht den Honoraran-spruch, sondern die Tilgung des Honorars betrifft, wofür der Honorarschuldner die Beweislast trägt. Richtig ist – worauf auch der Kläger in act. 95 Rz 6 und Rz 11 hinweist –, dass die Parteirolle keinen Einfluss auf die Beweislast hat (ZK ZPO-Sutter-Somm/Schrank, 3. Aufl. 2016, N. 15 zu Art. 55; Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 325 Anm. 42). Anzumerken ist allerdings, dass sich die Frage der Beweislast, definiert als "Folgen der Beweislosigkeit", im Nachhinein nicht (mehr) stellt, wenn das, was bewiesen werden muss, als bewiesen angesehen werden kann. Wie zu zeigen sein wird (unten E. IV.), geht die Kammer davon aus, dass der Sachverhalt rechtsgenügend erstellt ist, so dass es keine Beweislosigkeit gibt.

4. a) Der Kläger hatte vor Vorinstanz geltend gemacht, dass sich die Parteien auf ein erfolgsabhängiges Honorar von 20 % des Nettoerlöses des Prozessergebnisses geeinigt hätten, wobei ein vorab zu leistender Sockelbetrag von Fr. 30'000.– als Mindesthonorar vereinbart worden sei; ein sog. "Sockelbetrag" deshalb, weil es einer Kanzlei formell nicht erlaubt sei, nur auf Erfolgsbasis zu arbeiten (act. 2 Rz 6, 17 und 18). Die Beklagte stand hingegen auf dem Standpunkt, dass der Kläger an der ersten persönlichen Begegnung, am 21. April 2009, mit einer Abrechnung nach Zeitaufwand zu einem Stundenansatz von Fr. 380.– (exkl. MWST) einverstanden gewesen sei. Nach Zahlung von (drei) Kostenvorschüssen von insgesamt Fr. 20'000.– (act. 26 Rz 29 und 30) und Information über das bisher aufgelaufene Honorar durch die Beklagte von Fr. 24'396.– (exkl. MWST und Auslagen bis und mit 26. Juli 2009; act. 26 Rz 31) und der erneuten Anfrage bezüglich eines Erfolgshonorar und der Zustellung eines zusätzlichen Rechnungsentwurfs für Aufwendungen von insgesamt über 75 Stunden bis zum 31. Oktober 2009 habe der Kläger zusätzlich Fr. 10'000.– als weiteren Kostenvorschuss geleistet. Nach verschiedenen Diskussionen über die Vereinbarung eines Erfolgshonorars habe Rechtsanwalt Dr. C. _____ dem Kläger zwei Varianten betreffend Honorierung vorgelegt, darunter Variante A, dass sämtliche zukünftigen Arbeiten den Zivilprozess betreffend ohne weitere Rechnungsstellung auf "reiner" Erfolgsbasis ausgeführt würden mit Beteiligung von 25 % am "Nettoerlös" (act. 26

Rz 44). Den Wunsch, die bereits bezahlten Fr. 30'000.– (vom Erfolgshonorar) in Abzug zu bringen, habe Rechtsanwalt Dr. C._____ entschieden abgelehnt (act. 26 Rz 53 ff.). Schliesslich habe man sich auf Variante A mit Reduktion der Erfolgsbeteiligung auf 20 % geeinigt (act. 26 Rz 58). Zusammengefasst behauptet die Beklagte, dass das Honorar zunächst zum Stundenansatz abgerechnet und aus dem geleisteten Vorschüssen des Klägers gedeckt worden sei und, dass die Parteien sich dann für das zukünftige Honorar auf der Erfolgsbasis von 20 % vom Nettoerlös einigten (act. 26 Rz 56).

b) Die Vorinstanz hat ein Beweisverfahren mit folgenden Beweissätzen durchgeführt und wie folgt Beweis auferlegt:

- der Beklagten, "dass sich die Parteien anlässlich der ersten persönlichen Begegnung am 21. April 2009 in Zürich darauf einigten, dass vorab nach Zeitaufwand zum Ansatz von Fr. 380.00 pro Stunde abzurechnen ist, zuzüglich einer Kleinspesenpauschale von 3 %" (Beweissatz 1; Prot. VI S. 14). Als Hauptbeweismittel der Beklagten wurde eine grössere Anzahl Urkunden sowie die Befragung von Rechtsanwalt Dr. C._____, als Gegenbeweismittel die Parteibefragung des Klägers aufgeführt.
- der Beklagten, "dass sich der Kläger anlässlich des Telefonats vom 27. Juli 2009 erneut nach der Möglichkeit einer Erfolgsbeteiligung erkundigte, wobei vereinbart worden sei, dass C._____ dem Kläger diesbezüglich gelegentlich einen Vorschlag unterbreiten würde" (Beweissatz 3; Prot. VI S. 16). Als Hauptbeweismittel wurde act. 27/12 sowie die Parteibefragung von Rechtsanwalt Dr. C._____, als Gegenbeweismittel die Parteibefragung des Klägers vorgesehen.
- dem Kläger, "dass sich die Parteien bereits anlässlich des ersten Telefonats auf eine Erfolgshonorierung geeinigt haben, wobei vereinbart worden sei, dass die vom Kläger zu zahlenden Kostenvorschüsse an die schlussendlich resultierende und noch zu bestimmende Erfolgshonorar angerechnet werden" (Beweissatz 2; Prot. VI S. 15). Als Hauptbeweismittel des Klägers wur-

de seine (Partei-)Befragung, als Gegenbeweismittel wurden diverse Urkunden sowie die Parteibefragung von Rechtsanwalt Dr. C._____ zugelassen.

- dem Kläger, "dass die Honorierung auf Erfolgsbasis zu diesem Zeitpunkt bereits vereinbart war, und sich der Kläger nach der konkret noch festzulegenden Beteiligung erkundigte" (Beweissatz 4; Prot. VI S. 16). Als Hauptbeweismittel des Klägers wurde seine eigene Parteibefragung, als Gegenbeweismittel die Parteibefragung von Rechtsanwalt Dr. C._____ sowie act. 27/12 und act. 27/22 erwähnt.
- dem Kläger, "dass die Parteien, als der Kläger insgesamt Fr. 30'000.– geleistet hatte (9. November 2009) explizit festgehalten hätten, dass dieser Betrag von einem später zu berechnenden Prozentsatz des Prozenterlöses abgezogen würde" (Beweissatz 5; Prot. VI S. 17). Als Beweismittel des Klägers wurden act. 27/28 sowie die Parteibefragung des Klägers, als Gegenbeweismittel wurden der Beklagten act. 27/19 und act. 27/24 sowie die Parteibefragung von Rechtsanwalt Dr. C._____ vorgesehen.

c) Die Parteibefragung des Klägers hat im Wesentlichen Folgendes ergeben (Prot. VI S. 19 ff.):

Frage	Aussage
Behauptung der Beklagten, vorab nach Zeitaufwand zum Stundenansatz von Fr. 380.– zzgl. Kleinspesenpauschale abzurechnen:	Kläger: Am 21. April 2009 sei nie von einer Honorierung nach Zeitaufwand die Rede gewesen (Prot. VI S. 21). Auf Vorhalt von act. 27/4 (Email vom 17. April 2009 betreffend Vergütung von Fr. 380.– [zzgl. Pauschale] mit Hinweis auf die Möglichkeit anderer Vergütungsmodelle): Beim ersten mündlichen Kontakt habe der Kläger sein Interesse an einer angepassten Honorarlösung mit Bindung des Streitergebnisses an eine Erfolgskomponente bekundet. "Es war bereits zum damaligen Zeitpunkt klar, dass die Mandatsübernahme – diese Möglichkeit musste zuerst von ihm intern abgeklärt werden [...] im Rahmen einer erfolgsabhängigen Honorierung stattfinden würde. Ich wollte von Anfang an eine überschaubare Kostenperspektive" (Prot. VI S. 22).

<p>"Hat man anlässlich der Besprechung vom 21. April 2009 überhaupt von einer konkreten Vergütung gesprochen?"</p>	<p>Kläger: "Nein, Wir haben vereinbart, dass ich Kostenvorschüsse auf ein später abzurechnendes Gesamthonorar leiste, und dass diese Kostenvorschüsse mit dem später abzurechnenden Gesamthonorar zu verrechnen sind. Man hat sich über die Höhe der Erfolgshonorierung noch nicht geeinigt. Die Kanzlei, respektive Herr Dr. C. _____, wollte zuerst einen möglichst grossen Überblick über das Mandat erhalten. Diesen hatte er im damaligen Zeitpunkt noch nicht" (Prot. VI S. 22).</p>
<p>"Wurde bei dieser Besprechung auch über die Höhe der Kostenvorschüsse geredet?"</p>	<p>"Nein, damals wurde darüber nicht gesprochen". (Prot. VI S. 22).</p>
<p>"Auf welcher Vergütungsbasis hätte denn Rechtsanwalt C. _____ tätig sein sollen?"</p>	<p>Kläger: "Seine Vergütung hätte eine Prozentzahl x in Bezug des erzielbaren Streitergebnisses sein sollen [...]" (Prot. VI S. 23).</p>
<p>"Verstehe ich somit richtig, dass nie eine Vereinbarung getroffen wurde, dass Rechtsanwalt C. _____ mit einem Honorar auf Zeit zu einem vereinbarten Stundenansatz tätig wird?"</p>	<p>Kläger: "Ich sagte damals ganz klar, dass ich das nicht will und nicht machen werde. Dadurch wäre für mich das Verhältnis «mögliches Ergebnis zum Kostenaufwand» nicht mehr einschätzbar gewesen" (Prot. VI S. 23).</p>
<p>"Wenn ein Erfolgshonorar vereinbart wurde, waren denn die wesentlichen Berechnungsgrundlagen und die Erfolgchancen dafür im Zeitpunkt vom 21. April 2009 bekannt?"</p>	<p>Kläger: "Nein [...]. Er sagte es sei erst dann sinnvoll [nach Verschaffung eines Überblicks über die Erfolgsaussichten], über eine endgültige Quote zu sprechen" (Prot. VI S. 23).</p>
<p>"Im Rahmen des Prozesses und im Zusammenhang mit der Vergütung wurde der Begriff «Sockelbetrag» verwendet. Was verstehen Sie unter einem Sockelbetrag?"</p>	<p>[...] Damals [im Frühjahr 2010 als der Kläger sich aufgrund der Ergebnisse der Strafuntersuchung fragte, ob er den Verlust hinnehmen sollte, Prot. VI S. 24] "wurde folgende Abmachung getroffen: "Die Kanzlei behält alles, was für die geleistete Arbeit an sie bezahlt wurde. Das ist der Sockelbetrag, den die Kanzlei für ihre Arbeit hat. Später würde dieser Betrag in prozessualer Form übertrage werden, damit wie vereinbart nur noch eine prozentuale Vergütung in Bezug auf das zu erzielende Ergebnis stattfindet. Von diesem Ergebnis werden alle bis dahin entstandenen Kosten in Abzug gebracht. Dann hätte es für mich kostenmässig Sinn gemacht, weil mein Risiko gedeckelt sein würde" (Prot. VI S. 25).</p>
<p>"Ist der Begriff «Sockelbetrag» erst im Zusammenhang mit diesen Honorarverhandlungen oder bereits in Gesprächen vor dem Jahr 2010 aufgetaucht?"</p>	<p>Kläger: "[...] Der Sockelbetrag wurde in dem Zusammenhang erwähnt, als Herr Dr. C. _____ mir erklärte, dass die Kanzlei – auch im Falle einer erfolgsorientierten Honorierung aus aufsichtsrechtlichen Gründen, weil in der Schweiz ein Anwalt nicht nur auf Erfolgsbasis arbeite</p>

	dürfe – eine Faktura ausstellen müsse. Diese Faktura werde mit dem Betrag erstellt werden, welcher die Kanzlei für ihre Aufwendungen gehabt habe, sprich mit dem Sockelbetrag" (Prot. VI S. 25).
Auf die Frage nach der erneuten telefonischen Erkundigung nach der Möglichkeit der Erfolgsbeteiligung:	Kläger: "Es ging nicht um die generelle Möglichkeit der Erfolgsbeteiligung, denn das war vom ersten Telefonat an geklärt [...] Es ging um folgende Frage: "Machen wir es nun so oder nicht? Oder will die Kanzlei nun eine andere Form der Vergütung? Als die Kanzlei sagte, sie sei bei einer erfolgsabhängigen Honorierung dabei, wurde abgemacht, dass sie entsprechende Vorschläge in Bezug auf die Höhe machen sollte" (Prot. VI S. 26).
"Verstehe ich Sie richtig, dass nach Ihrer Ansicht die Kanzlei vor diesem Telefonat bereits von einer Vergütung auf Erfolgsbasis ausgegangen ist und bei diesem Telefonat vom 27. Juli 2009 es nur darum ging, die Höhe der erfolgsabhängigen Vergütung zu bestimmen?"	Kläger: "Ja, genau. Ich wollte natürlich über die Höhe Bescheid wissen, das war ein wesentlicher Punkt für mich".
"Waren im Juli 2009 die Erfolgschancen des Prozesses bereits absehbar?"	Kläger: "Das war ein fließender Prozess. Herr Dr. C. _____ musste sich zu Beginn ein Bild vom Fall aneignen und die umfangreichen Akten studieren. Diese wurden positiv eingestuft. Dieses Mandat wäre ansonsten nicht erteilt worden. Beim ersten Kontakt mit der Kanzlei B. _____ [...] verlangte ich von dieser, dass sie mir die Erfolgsaussichten für den vorliegenden Fall einschätzt. Falls zu dem Zeitpunkt die Erfolgsaussichten schlecht eingestuft worden wären, dann hätte ich kein Interesse daran gehabt, diesen Prozess zu führen".
Am 27. Juli 2009 sei die Honorierung auf Erfolgsbasis bereits vereinbart gewesen, es sei nur noch um die konkrete Erfolgsquote gegangen:	Kläger: "Ja".
Vorhalt von act. 27/22, Mail des Klägers vom 18.03.2010 (wo der Kläger hinsichtlich einer "abschliessenden Vereinbarung bezüglich des Honorars" schrieb: "[...] bin ich durchaus zu einer Erfolgsvergütung (orientiert am Nettoerlös) bereit, kann mir aber auch eine geregelte Festvergütung vorstellen, sofern hier eine Deckelung nach oben möglich ist; das Prozesskostenrisiko müsste halt insgesamt «kalkulierbar» sein".	Kläger: "Es kam einfach zu keinem Vorschlag des Beklagten. [...] Ich wurde immer wieder auf eine mögliche Lösung vertröstet, die jedoch nie kam. Es gab ja nicht nur dieses, sondern sehr viele Telefonate. Es gab nie eine konkrete Aussage, wie wir es nun machen. [...] Deshalb war ich auch für eine Lösung mit einer Festvergütung bereit. Herr Dr. C. _____ wollte mich vielleicht nicht enttäuschen und war doch zurückhaltender, weshalb ich ihm diese Brücke anbot. [...] Ich wollte mein wirtschaftliches Risiko einkalkulieren und wollte wissen, wie wir es

	nun machen. Das war mit diesem E-Mail [act. 27/22 vom 18.03.2010] gemeint" (Prot. VI S. 8).
"Schliesslich wird geltend gemacht, dass die Parteien im Zeitpunkt vom November 2009, als Sie insgesamt Zahlungen von Fr. 30'000.– geleistet hatten, explizit festgehalten haben, dass dieser Betrag von einem später zu berechnenden Prozentsatz des Prozesslöhnes abgezogen würde. Wo wurde dies explizit festgehalten?"	"Das haben wir mündlich miteinander besprochen. Nur mündlich [...]. Damals wurde in der Weise argumentiert, dass bereits viel geleistet wurde, folglich viele Kosten aufgelaufen waren und die wesentlichen Arbeiten gemacht wurden und in die Klageschrift übernommen werden könnten [...]"

d) Die Parteibefragung von Rechtsanwalt Dr. C. _____ hat im Wesentlichen Folgendes ergeben (Prot. VI S. 29 ff.):

Frage	Aussage
Behauptung der Beklagten, dass es (am 21. April 2009) Einigung betreffend vorab Abrechnung nach Zeitaufwand zu Fr. 380.–/h zzgl. Pauschale gegeben habe	RA C. _____: "Das ist richtig. Der Kläger kontaktierte unsere Kanzlei zum ersten Mal am 16. April 2009 [...]. Er fragte nach, ob wir grundsätzlich Interesse an diesem Mandat hätten und ob wir flexibel seien in Bezug auf ein erfolgsbasiertes Vergütungssystem [...]. Ich habe ihm unmittelbar an diesem Telefonat erklärt, dass es dafür gesetzliche Einschränkungen gebe. [...] Ich habe ihm gesagt, dass falls es zu einem späteren Zeitpunkt immer noch seinem Wunsch entspreche, wir dann schauen könnten. Er hat darauf hin am 17. April 2009 ein E-Mail nachgereicht, in welchem er den Sachverhalt ausführlich darstellte, so wie er ihn verstanden hat. In diesem E-Mail ging er noch einmal auf den Punkt "Gebühren" ein, dass diese noch einmal erörtert werden müssen und er wissen will, wie genau diese nun abgerechnet werden. Ich habe ihm daraufhin am gleichen Tag ein E-Mail [act. 27/4] zugesandt". [...]. Wir haben uns daraufhin am 21. April 2009 persönlich getroffen und der Kläger hat mir die Akten übergeben. Anlässlich dieses Treffens haben wir vereinbart, dass wir zu diesen Konditionen starten. Wir haben abgemacht, dass Kostenvorschüsse geleistet werden, damit die Aufwände gedeckt sind [...]" (Prot. VI S. 30).
"Sie führten aus, dass sie an diesem Treffen nicht nur über das Vergütungsmodell, welches Sie ein paar Tage davor dem Kläger per E-Mail zugesandt haben, geredet haben, sondern es auch vereinbart haben. Ist das richtig?"	RA C. _____: "Ja, das war so vereinbart. Das war der Grund, weshalb ich ihm in der Folge ein E-Mail am 25. oder 26. Juli 2009 mit einem Zwischenbericht zugesandt habe. Darin teilte ich ihm mit, dass bis zu dem Zeitpunkt Kosten von ungefähr Fr. 24'000.– [...] aufgelaufen sei-

	<p>en. [...] Mitte April 2009 erfolgte die Strafanzeige. Es war völlig klar, dass es sich um Tätigkeiten handelte, die ursprünglich vom Kläger nicht so erwartet wurden. Das aufgelaufene Honorar habe ich ihm im Sinne der Transparenz deshalb mitgeteilt. Zu dem Zeitpunkt über ein entsprechendes Erfolgshonorar zu reden, wäre einfach völlig verfrüht gewesen. Wir wussten gar nicht, wo wir standen. Wir waren in der Ausarbeitung der Klageschrift, dazu liefen parallel noch ein strafrechtliches und ein aufsichtsrechtliches Verfahren" (Prot. VI S. 31).</p>
<p>"Wann wurde aus Ihrer Sicht zum ersten Mal konkret über ein Erfolgshonorar gesprochen?"</p>	<p>RA C.____: "Das war am 9. April 2010, als ich dem Kläger konkrete Vorschläge unterbreitet habe" (Prot. VI S. 31).</p>
<p>Vergütung auf Erfolgsbasis am 9. April 2010 bereits vereinbart oder ging es um den Grundsatz, ob überhaupt Vergütung auf Erfolgsbasis?</p>	<p>RA C.____: "Wenn ein Erfolgshonorar vereinbart wird, jedoch die Quote offen gelassen wird, ist das mit dem Fall vergleichbar, wie wenn Sie ein Auto verkaufen und vereinbaren, dass Sie den Preis erst später festlegen [...]. Es handelte sich lediglich um einen Vorschlag. Wir konnten es heute wieder vom Kläger hören, dass es ihm einfach wichtig war, dass er die Prozesskosten gedeckelt haben konnte. Er hätte am liebsten ein Pauschalhonorar für die Arbeit und Vertretung aller seiner Verfahren erhalten. [...]. Es wurde jedoch nicht gemacht" (Prot. VI S. 31 f.).</p>
<p>"Wurde jemals vereinbart, dass die vom Kläger zu zahlenden Kostenvorschüsse an die schlussendlich resultierende und noch zu bestimmende Erfolgshonorierung angerechnet werden sollte?"</p>	<p>RA C.____: "Nein, so war das nicht [...]. Dem Kläger war bewusst, dass ich bereits einen relativ grossen Aufwand, weit mehr als für ein Honorar von Fr. 30'000.–, tätig war. Wir sind darauf so verblieben, dass der Kläger einen Betrag leistet, damit wir diesen Teil abrechnen können. Das hat er dann gemacht. Er hat weitere Fr. 10'000.– überwiesen. Ich habe diese Überweisung mit dem 9. November 2009 datiert [...]. Die Tätigkeit wurde in der Folge von uns weitergeführt, weitere Vorschüsse wurden von uns nicht mehr verlangt. [...] Als ich ihm am 9. November 2010 die Vorschläge unterbreitete, weitere Arbeiten basierend auf einer Pauschale oder auf Erfolgsbasis auszuführen, habe ich ebenfalls vermerkt – das war ihm bewusst – dass weiterer Aufwand in der Höhe von ungefähr Fr. 10'000.– oder 14'000.– angefallen ist. Wir haben daraufhin gesagt, dass man einen Teil davon abschreiben werde (Prot. VI S. 33).</p>

<p>Auf Vorhalt von act. 27/19:</p>	<p>RA C. ____: "Das ist eine Pro-forma-Rechnung vom 9. November 2009. Wir haben uns darüber geeinigt, dass wir diese Fr. 30'000.– als vereinnahmt abrechnen. Es stand jedoch noch offen, an wen die Rechnungsstellung erfolgen soll [...]. Daraufhin wurde die finale Rechnung vom 10. oder 13. Februar 2010 erstellt. Diese zeigt genau auf, dass dem Kläger 71.25 Stunden à Fr. 380.– in Rechnung gestellt wurden" (Prot. VI S. 34).</p>
<p>"Sie führen aus, dass der Grundsatz, ob überhaupt eine Honorierung auf Erfolgsbasis hätte erfolgen sollen oder nicht, zum Zeitpunkt dieses Telefonats noch nicht geklärt gewesen sei. Ist das richtig?"</p>	<p>RA C. ____: "Ja, dieser Grundsatz war zu dem Zeitpunkt noch nicht geklärt. [...] Ich habe gesagt, dass diese zur gegebenen Zeit vereinbart werden kann. [...] Es galt die Stundenvereinbarung bis etwas anders geregelt wird" (Prot. VI S. 35).</p>
<p>"Schliesslich wird geltend gemacht, dass die Parteien im Zeitpunkt vom 9. November 2009, als der Kläger insgesamt Zahlungen von Fr. 30'000.– geleistet hatte, dieser Betrag von einem später zu berechnenden Prozentsatz des Prozesserslöses abgezogen würde. Diese Abmachung, sagte der Kläger vorher aus, sei jedoch nur mündlich erfolgt. Was sagen sie dazu?"</p>	<p>RA C. ____: "Das stimmt nicht und macht auch keinen Sinn. Es ist lebens- und sachfremd, am 9. November 2009 diese Vereinbarung zu treffen, wenn bereits der grösste Teil der Arbeit erbracht wurde, beziehungsweise zu dem Zeitpunkt, als ich schon mehr Aufwand hatte, als mit Zahlungen gedeckt sein würde. Im übrigen waren die Prozesschancen unklar und die Arbeit im Zivilprozess, d.h. die Ausfertigung der Klageschrift, stand ebenfalls noch bevor. [...] Der Kläger sagte, man sei schon immer von einem Betrag von Fr. 500'000.– ausgegangen. Aber da widerspricht er sich selbst, in einem E-Mail vom 26. Juni bezifferte er den Streitwert neu mit Fr. 800'000.– oder sogar mehr [...]".</p>

e) In der Beweisverfügung (Beweissatz 5) wird als (einziges weiteres) Beweismittel des Klägers folgende Urkunde erwähnt:

27/28		Leistungsübersicht vom 1.11.2009 bis 7. Dezember 2012
-------	--	---

f) Die nachfolgenden Urkunden sind in der Beweisverfügung als Beweis- bzw. Gegenbeweismittel der Beklagten aufgelistet:

27/4	Email Anwalt an Kläger vom 17.04.2009	Angebot der Mandatsübernahme zum Stundenansatz 380.– (exkl. MWST, zzgl. Kleinpostenpauschale 3 %). Hinweis, dass die Kanzlei offen sei für andere Vergütungsmodelle (etwa Beteiligung auf Erfolgsbasis)
27/11	Email Anwalt an Kläger vom 26.07.2009	Insgesamt aufgelaufenes Honorar Fr. 24'396 (exkl. MWST und Auslagen, entsprechen 64.2 h à Fr. 380.– im Zeitraum 21.04. bis 24.07.

27/12	Notiz 27.07.09, verfasst vom Anwalt	Honorar: Möglichkeit einer Erfolgsbeteiligung, gelegentlich Vorschläge unterbreiten
27/13	Email Anwalt an Kläger vom 02.11.2009	Zustellung Entwürfe zweier Rechnungen als Überblick über bisher angefallenen Arbeiten, datiert vom 26.07.2009: Total 24'543.00 + MWSt = 26'408.30 und datiert vom 2.11.2009
27/17	Email Anwalt an Kläger vom 13.02.2010	"Die «grosse» Rechnung über insgesamt 30K wurde bereits bezahlt mittels Verrechnung von Vorschüssen". Beilage: Rechnung Nr. 5000995 an D.____ Total 27'881.05, MWSt 2'118.96 Total 30'000.–
27/19	Gutschriftenanzeige von B.____ an B.____, datiert vom 11.11.2009	Zahlungsgrund RG50000929 A.____ 30'000.– Beilage: Rechnung lautend auf A.____ Fr. 30'000.–
27/21	Notiz 17.03.2010, verfasst von Anwalt	Bis spätestens am 7.5. 2010 sollte ich ihm ein Vergütungsmodell basierend auf Erfolgshonorar unterbreiten.
27/22	Email Kläger an Anwalt 18.03.2010	"Sicherlich finden wir dann auch bis Mitte April oder längstens bis zu unserer nächsten Besprechung eine abschliessende Vereinbarung bezüglich des Honorars, die für uns beide in Ordnung ist. Wie bereits bestätigt, bin ich durchaus zu einer Erfolgsvergütung (orientiert am Nettoerlös) bereit, kann mir aber auch eine geregelte Festvergütung vorstellen, sofern hier eine Deckelung nach oben möglich ist; das Prozesskostenrisiko müsste halt insgesamt «kalkulierbar» werden".
27/23	Email Anwalt an Kläger vom 19.03.2010 (Antwort auf act. 27/22)	Antwort auf act. 27/22: "erhalten (ein Vorschlag betr. Erfolgsbeteiligung folgt, wie besprochen [...])".
27/24	Email Anwalt an Kläger vom 09.04.2010	2 Vorschläge, durchaus offen auch für anderen Ansatz: "A - Sämtliche zukünftigen Arbeiten den Zivilprozess betreffend werden auf reiner Erfolgsbasis ausgeführt. Auch zwischenzeitlich angefallener Aufwand wird nicht mehr in Rechnung gestellt. Im Gegenzug partizipiere ich am Nettoerlös (d.h. Erlös nach Abzug der Gerichtskosten, Parteischädigung etc.) mit 25 %. B - Klageschrift wird zum Pauschalpreis von Fr. 15'000.– exkl. MWSt fertig gestellt und eingereicht (zwischenzeitlicher Aufwand wird nicht mehr in Rechnung gestellt). Für weiteren zukünftigen Aufwand (Teilnahme Vergleichsverhandlung, weiterer Schriftenwechsel) wird eine separate Vergütungsregelung getroffen".
27/25	Email Anwalt an Kläger vom 09.04.2010	Leistungsübersicht à 380.– vom 02.11.09 - 22.04.10 = 26 h = 9'880.– zuzüglich Kleinkosten = 10'176.40
27/28	Anwalt an Kläger	Leistungsübersicht 2.11.09 - 07.12.11 84.6 h x 380.– = 32148.– + Spesen 964.44 = 33112.44

g) Den Parteien wurde im Anschluss an die Beweisverhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben (act. 84).

aa) Der Kläger hat sich wie folgt geäussert (act. 86): Rechtsanwalt Dr. C._____ habe bestätigt, dass der Kläger die Kosten nach oben gedeckelt haben wollte, dass über das Erfolgshonorar diskutiert und eine Erfolgshonorierung vereinbart worden sei (act. 86 S. 1). Er bestätige, dass es sich um das Grundhonorar resp. den Sockelbetrag der abgerechneten Erfolgshonorierung handle (Prot. VI S. 36 Mitte). Das Grundhonorar von 30'000.– sei Bestandteil der Gesamthonorierung und damit anrechenbar (act. 86 S. 2 b). Die Zahlungen von Fr. 30'000.– habe der Kläger als Kostenvorschüsse auf ein später abzurechnendes Gesamthonorar geleistet; Dr. C._____ bezeichne die von Kläger geleisteten Akontozahlungen ebenfalls als Kostenvorschüsse und bezeichne diese Zahlungen als anrechenbar (act. 86 S. 2 c). Eine "Vertragsänderung" in Bezug auf die Honorierung habe es nicht gegeben (act. 86 S. 2). Insbesondere sei nie eine Honorierung nach Stundenaufwand vereinbart worden (act. 86 S. 2 c). Dr. C._____ selber behaupte, dass neben dem Erfolgshonorar ein Pauschalhonorar vereinbart worden sei. "Dementsprechend hat Dr. C._____ mit Rechnungsstellung vom 09. November 2009 das Pauschalhonorar von Fr. 30'000.– (ohne Stundenaufwand, resp. Abrechnung 1 Stunde) eingefordert (vgl. Beilage 19 der Klageantwort vom 28. Oktober 2013 [= 27/19])". Die geleisteten Kostenvorschüsse von Fr. 30'000.– resp. der Sockelbetrag/das Grundhonorar sind dementsprechend vereinbarungsgemäss an die Erfolgshonorierung von 20 % anzurechnen".

bb) Die Beklage hatte sich in act. 88 zusammengefasst wie folgt geäussert: Die Aussagen von Dr. C._____ seien glaubwürdig, konzis, in sich schlüssig und würden durch zahlreiche Urkunden belegt (act. 88 Rz 6 f.). Bereits vor der Besprechung habe dieser dem Kläger mitgeteilt, dass für solche Fälle ein Stundenhonorar zu 380.– [...] verrechnet werde (act. 88 Rz 8). Das ergebe sich auch aus der Mitteilung des bis anhin aufgelaufenen Honorars (act. 88 Rz 8). Bei der anschliessenden Kontaktaufnahme wegen der Höhe des aufgelaufenen Honorars sei es dem Kläger um die Deckelung des Aufwandes gegangen, was zeige, dass er auch von einem bereits aufgelaufenen Honoraranspruch ausgegangen sei

(act. 88 Rz 9). Die Urkunden act. 27/15 und 27/17 zeigten, dass zu Fr. 380.– [...] fakturiert und vereinnahmt worden sei (act. 88 Rz 10). In act. 17/24 sei auf zwischenzeitlich angefallenen Aufwand verzichtet worden, was nichts anderes heisse, als dass im Rahmen der dem Kläger unterbreiteten erfolgsbasierten Honorarabrede auf damals noch ausstehendes Honorar verzichtet worden sei (act. 88 Rz 11). Dass an der Besprechung vom 21. April 2009 nicht vom Stundenhonorar die Rede gewesen sein solle, sei schon deshalb nicht glaubwürdig, weil dieser Abrechnungsmodus bereits vor der Besprechung mitgeteilt worden sei (act. 27/4; act. 88 Rz 12 f.). Eine Einigung auf die Erfolgshonorierung bereits vor der Besprechung vom 21. April 2009 widerspreche act. 27/4. Dass man sich am 21. April 2009 zwar auf die Anrechenbarkeit der zu leistenden Kostenvorschüsse, nicht aber auf die Höhe der Erfolgshonorierung geeinigt habe, stehe im Widerspruch zu den Aussagen des Klägers, wonach die "generelle Möglichkeit der Erfolgsbeteiligung geklärt worden" sei. Die Aussage, dass es am 27. Juli 2009 darum gegangen sei, ob man es nun so mache oder nicht, passe nicht zur Aussage, dass ja bereits verbindlich vereinbart worden sei, dass "man es macht" und eine andere Form der Vergütung nicht in Frage gekommen sein solle (act. 88 Rz 17). Diese und weitere Aussagen des Klägers seien widersprüchlich, nicht plausibel und unglaubwürdig (act. 88 Rz 20). Es sei über Monate hinweg nicht klar gewesen, ob überhaupt geklagt werde; es liege auf der Hand, dass ohne Honorarabrede und bei bestehender Unklarheit über die Klage nicht über Monate hinweg anwaltliche Dienstleistungen erbracht worden wären. Es sei erwiesen, dass sich die Parteien an der ersten Besprechung vom 21. April 2009 auf das genannte Stundenhonorar geeinigt hätten (act. 88 Rz 21 - 26).

Die Antwort des Klägers zu Beweissatz 2 sei nicht geeignet, den ihm auferlegten Hauptbeweis (Einigung auf eine Erfolgshonorierung aufgrund des ersten Telefonates) zu erbringen. Der Kläger räume auch ein, dass über die Höhe der Kostenvorschüsse nicht gesprochen worden sei (act. 88 Rz 27 und 29 f.). Das Email vom 17. April 2009 (d.h. act. 27/4) würde keinen Sinn machen, wenn bereits zuvor eine Erfolgshonorierung verabredet worden wäre. Und auch die Mitteilung des zwischenzeitlich aufgelaufenen Honorars wäre angesichts einer Erfolgshonorierung sinnlos, ebenso wie die Aktennotiz, dass dem Kläger spätestens bis

am 7. April 2010 ein Vergütungsmodell basierend auf Erfolgshonorar unterbreitet werden solle (act. 88 Rz 42). Auch die Mitteilung des Klägers vom 18. März 2010, dass er durchaus zu einer Erfolgsvergütung bereit sei, wäre sinnlos gewesen, wenn diese vorher schon vereinbart gewesen wäre (act. 88 Rz 43). Wäre nur noch die Quote offen gewesen, hätte die Mitteilung vom 19. März 2010, dass ein Vorschlag betreffend Erfolgsbeteiligung folge, keinen Sinn gemacht (act. 88 Rz 44).

Bei Beweissatz 3 hätten Dr. C._____ sowie die zum Beweisthema eingereichten Urkunden überzeugt, während der Kläger nicht habe erklären können, welchen Sinn die Frage in act. 27/22 mache, wenn doch bereits eine Honorierung auf Erfolgsbasis vereinbart worden sei. Die Beklagte habe daher den Beweis erbracht, dass sich der Kläger anlässlich des Telefonats vom 27. Juli 2009 erneut über die Möglichkeit einer Erfolgsbeteiligung erkundigt hatte, worauf vereinbart worden sei, dass C._____ dem Kläger gelegentlich Vorschläge unterbreite (act. 88 Rz 53).

Bei Beweissatz 4, bei dem es darum gegangen sei, ob sich der Kläger am 27. Juli 2009 bloss nach der Höhe der erfolgsabhängigen Vergütung erkundigt habe: Der Kläger habe ausgesagt, dass er sich bloss nach der Höhe der Vergütung erkundigt habe (act. 88 Rz 54), er habe jedoch nicht klar bestätigt, dass es im Juli 2009 nur noch um die konkrete Quote gegangen sei. Dr. C._____ habe seinerseits ausgesagt, dass er dem Kläger lediglich mitgeteilt habe, dass er zu gegebener Zeit Vorschläge unterbreiten werde, weil es noch zu früh gewesen sei; es habe bis auf Weiteres die Stundenvereinbarung gegolten (act. 88 Rz 57). Im Juli 2009, also noch mehr als zwei Jahre vor Einleitung der Klage am 15. August 2011, sei es noch zu früh gewesen, weil Rechtsanwalt Dr. C._____ unbestrittenmassen Mitte Juli 2009 noch Strafakten studiert habe, so dass sich die Prozesschancen damals noch nicht hätten eruieren lassen (act. 88 Rz 58). Zu Beweissatz 5 betreffend die Behauptung, dass die Parteien explizit festgehalten hätten, dass der Betrag von dem später zu berechnenden Prozentsatz des Prozessermittels abgezogen werden könne, führt die Beklagte aus, dass es lebensfremd wäre, wenn die Beklagte anlässlich des Telefonats vom 6. November 2009 eine

vorbehaltlose Zustimmung erteilt hätte, ohne dass der Erfolg und die Quote festgelegt worden wären. Der Kläger habe die Urkunde act. 27/28 nicht im vorliegenden Zusammenhang als Beweismittel offeriert. Hätte die Vereinbarung tatsächlich so gelautet, wie der Kläger behauptet, so hätte dies sicherlich im Email vom 9. April 2010 (act. 27/24) Eingang gefunden. Gemäss dem klaren Wortlaut dieses Emails (act. 27/24) sei die Zahlung von Fr. 30'000.– eben gerade nicht anrechenbar (act. 88 Rz 70).

IV.

1. Vorab ist festzuhalten, dass die Parteien den Vertragsschluss nicht grundsätzlich in Frage stellen, sondern dass sich der Rechtsstreit darum dreht, welches Honorar der Kläger der Beklagten für ihre anwaltlichen Bemühungen schuldet. Das betrifft nicht das Zustandekommen, sondern den Inhalt des Vertrages (vgl. dazu Peter Gauch/Walter R. Schluop/Jörg Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Zürich 2014, a.a.O., Rz 1272). Daran ändert auch nichts (act. 95 Rz 29), dass der Kläger behauptet, gehe man von den divergierenden Sachverhaltsdarstellungen der Parteien aus, bestehe kein Konsens, sondern ein partieller Dissens betreffend die behauptete Nichtanrechenbarkeit der geleisteten Kostenvorschüsse.

Anzumerken ist, dass es sich beim Rechtsverhältnis zwischen den Parteien um einen Auftrag handelt, bei dem in Art. 394 Abs. 3 OR die Vergütungsfrage gesetzlich geregelt ist. Fehlt eine Abrede, so werden die Vergütungspflicht und das Mass der Vergütung durch die Übung bestimmt. Dabei ist gegebenenfalls das Berufsrecht, hier das Anwaltsrecht, zu beachten (KuKo OR-Weber, N. 17 f. zu Art. 394; vgl. besonders zum Anwaltshonorar: Walter Fellmann, in: Fellmann/Zindel [Herausgeber], Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Auflage, Zürich 2011, § 12 N. 158 [S. 300]). Der Kläger beruft sich im Zusammenhang mit der Höhe der Vergütung – wenn auch nur beiläufig – auf die kantonale Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 6. September 2010; die jeweilige kantonale Gebührenordnung wird tatsächlich als Ausdruck der im Verkehr herrschenden Übung angese-

hen, wobei abweichende Honorarvereinbarungen selbstverständlich durchaus zulässig sind (Walter Fellmann, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Auflage, Zürich 2011, § 12 N. 106a).

2. Der Kläger spricht die Beweismittelsituation an (act. 95 Rz 10 ff.). In der Tat ist sie nicht komfortabel, konnten doch nur der Kläger sowie Rechtsanwalt Dr. C._____ (als Organ der Beklagten; Art. 159 ZPO) als Parteien befragt werden. Bei der Parteibefragung i.S.v. Art. 191 ZPO handelt es sich allerdings um ein eigentliches, vollwertiges Beweismittel (KuKo ZPO-Schmid [2. Auflage 2014], N. 1 zu Art. 191-193; DIKE-Komm-ZPO-Müller, 2. Auflage 2016, N. 34 zu Art. 191), erfolgt sie doch unter Ermahnung zur Wahrheit und Androhung von Ordnungsbussen (KuKo ZPO-Schmid [2. Auflage 2014], N. 4 zu Art. 191-193). Richtig ist dennoch, dass eine Parteibefragung ein eher "schwaches" Beweismittel ist (was auch der Kläger erwähnt; act. 95 Rz 10), weil die Parteien persönlich oder als Organ der Partei am Prozessausgang interessiert sein könnten und dies häufig auch sind. Dennoch kann allein aufgrund der Parteibefragung eine bestimmte Tatsache für bewiesen oder widerlegt angesehen werden. Massgeblich ist, ob eine Aussage einer Partei in der Parteibefragung glaubhaft ist, was sich im Rahmen der Beweiswürdigung aufgrund der im konkreten Verhältnisse ergeben muss (DIKE-Komm-ZPO-Müller, 2. Auflage 2016, N. 34 zu Art. 191).

Im vorliegenden Fall stehen dem Gericht zur Feststellung der Tatsachen – neben den Parteibefragungen – diverse, näher bezeichnete Urkunden zur Verfügung, die geeignet sind, die Parteibefragungen zu unterlegen. Anzumerken ist, dass in der Beweisverfügung auf Seiten des Klägers lediglich eine Urkunde genannt wird (act. 27/28; die Beklagte macht diesbezüglich ausserdem ein Versehen der Vorinstanz geltend, weil der Kläger diese Urkunde in einem anderen Zusammenhang als Beweismittel angerufen habe [act. 88 Rz 67]. Da es auf diese Urkunde nicht ankommt, muss der Frage nicht weiter nachgegangen werden).

Zu den Urkunden ist zu bemerken, dass sie mit einer Ausnahme – act. 27/22 stammt vom Kläger – durchwegs von der Beklagten bzw. von Dr. C._____ selber stammen. Von Parteibefragungen, die im Rahmen eines pendenten Rechtsstreits und in einem Zeitpunkt durchgeführt werden, wenn klar ist, was es zu beweisen

gilt, unterscheiden sich die zum Beweis verstellten Urkunden insofern, als sie jeweils in der aktuellen Situation entstanden sind und damit in einer Phase, in der die Parteien noch nicht im Streit waren und prozessierten. Soweit solche Urkunden nicht aus sich selbst heraus Beweis erbringen, sind sie geeignet, die Parteiaussagen zu bestätigen bzw. zu entkräften. Anzumerken ist, dass der Kläger nicht geltend macht, dass ihm die Emails und Zusendungen der Beklagten nicht zugegangen seien, und ebenso wenig, dass sie abgeändert oder verfälscht worden wären oder dergleichen.

a) Die Beklagte behauptet, dass sich der Kläger am 16. Mai 2009 als möglicher Klient wegen eines Streites aus einem Vermögensverwaltungsmandates bei Dr. C._____ gemeldet habe. Er habe insbesondere auch wissen wollen, ob eine Honorargestaltung auf Erfolgsbasis möglich sei. Dr. C._____ habe auf die gesetzlichen Einschränkungen bezüglich dieser Honorierungsart hingewiesen und gesagt, dass – auf Wunsch – später nochmals geschaut werden könne. Aufgrund eines Emails des Klägers vom 17. April 2009 mit der Schilderung des Sachverhalts und nochmaliger Frage betreffend Honorierung habe ihm Dr. C._____ am gleichen Tag per Email (act. 27/4) (u.a.) geschrieben: "Was unser Honorar für solche Fälle angeht, so verrechnen wir unseren Zeitaufwand zum Stundenansatz von CHF 380 (exkl. MWST) zuzüglich einer Kleinkostenpauschale von 3 %. [...] Wir sind auch offen für andere Vergütungsmodelle (etwa Beteiligung auf Erfolgsbasis), sollte hierzu seitens des Klienten ein Bedürfnis oder eine Notwendigkeit bestehen". Am 21. April 2009 sei es zu einem persönlichen Treffen gekommen und es sei vereinbart worden, dass zu den genannten Konditionen gestartet werde.

b) Der Kläger macht für den Beginn des Mandates geltend, dass am (ersten persönlichen) Treffen vom 21. April 2009 nie von einer Honorierung nach Zeitaufwand die Rede gewesen sei. Der Kläger habe sein Interesse an einem Honorar mit Erfolgskomponente bekundet und es sei von Anfang an klar gewesen, dass die noch zu klärende Mandatsübernahme im Rahmen einer erfolgsabhängigen Honorierung erfolgen werde. Daran ist aus der Sicht der Kammer wenig plausibel, dass vier Tage nach dem Email von Rechtsanwalt C._____, in dem die Honorie-

rung auf Stundenbasis offeriert worden war, diese nicht einmal zur Sprache gekommen sein soll. Weiter ist unklar, was die Aussage, dass **es** von Anfang an klar gewesen sei, dass nur ein Erfolgshonorar erfolgen werde, im Hinblick auf die erforderliche Einigung genau bedeutet.

Gemäss dem Kläger soll an jener Begegnung vereinbart worden sein, dass er Kostenvorschüsse leiste, ohne dass diese quantifiziert worden seien. Ebenso wenig habe man sich – so der Kläger – über die Höhe des Erfolgshonorars geeinigt. Zusammengefasst behauptet der Kläger, dass sich die (rechtskundige) Beklagte ein (Erfolgs-)Honorar in unbekannter Höhe und daran zu leistende Kostenvorschüsse in ebenfalls unbestimmter Höhe habe versprechen lassen, und das, obwohl ein reines Erfolgshonorar gemäss dem BGFA nicht zulässig ist.

Zur behaupteten Vereinbarung eines Erfolgshonorars in unbekannter Höhe ist anzufügen, dass – wäre es so gewesen – gar kein Honorar hätte erhältlich gemacht werden können, weil es bei einer "unbezifferten" Erfolgshonorarvereinbarung keinen Rückgriff auf das Übliche gemäss Art. 394 Abs. 3 OR gegeben hätte. Dazu kommt, dass der Kläger am 18. April 2010 und damit fast ein Jahr nach der ersten persönlichen Begegnung mit Dr. C._____ in seiner einzigen zu beurteilenden schriftlichen Äusserung seinerseits schrieb: "Sicherlich finden wir dann [...] eine abschliessende Vereinbarung bezüglich des Honorars, die für uns beide in Ordnung ist. Wie bereits bestätigt, bin ich durchaus zu einer Erfolgsvergütung (orientiert am Nettoerlös) bereit, kann mir aber auch eine geregelte Festvergütung vorstellen, sofern hier eine Deckelung nach oben möglich ist; das Prozesskostenrisiko müsste halt insgesamt «kalkulierbar» werden". Der Text dieses Emails lässt keinen anderen Schluss zu, als dass die Aussage, dass bereits ein Erfolgshonorar vereinbart worden sei, nicht zutreffen kann. Er passt auch zu den Behauptungen der Beklagten bzw. den Angaben von Dr. C._____, dass für eine spätere Phase des Verfahrens ein Erfolgshonorar keineswegs ausgeschlossen worden war. Was der Kläger dazu in Prot. VI S. 28 f. aussagt, spricht dafür, dass es im April 2010 um den Übergang zu einem möglichen Erfolgshonorar gegangen ist ("Es kam einfach zu keinem Vorschlag des Beklagten. [...] Ich wurde immer wieder auf eine möglich Lösung vertröstet, die jedoch nie kam. Es gab ja nicht nur

dieses, sondern sehr viele Telefonate. Es gab nie eine konkrete Aussage, wie wir es nun machen. [...] Deshalb war ich auch für eine Lösung mit einer Festvergütung bereit. Herr Dr. C._____ wollte mich vielleicht nicht enttäuschen und war doch zurückhaltender, weshalb ich ihm diese Brücke anbot. [...] Ich wollte mein wirtschaftliches Risiko einkalkulieren und wollte wissen, wie wir es nun machen. Das war mit diesem E-Mail [act. 27/22 vom 18.03.2010] gemeint".

c) Dass sich die Parteien nicht von Anfang an auf ein Erfolgshonorar geeinigt hatten, heisst allerdings nicht zwingend, dass es die zwischen den Parteien umstrittene Einigung auf das Stundenhonorar gegeben hat. Dafür, dass es doch so war, gibt es neben der Aussage von Dr. C._____ auch konkrete Anhaltspunkte: Im Email vom 26. Juli 2009 heisst es: "Das bis heute insgesamt aufgelaufene Honorar beläuft sich auf rund CHF 24'396 (exkl. MWST und Auslagen; entsprechend Fr. 64.2h a CHF 380 im Zeitraum vom 21.4 bis 24.7)". Im Anhang zu act. 27/13 findet sich ein Entwurf für zwei Rechnungen betreffend anwaltliche Leistungen, basierend auf einem Ansatz von Fr. 380.–. Im Anhang zu act. 27/17 erfolgte die Anfrage von Dr. C._____ an den Kläger, ob er die genannten Rechnungen an "D._____ Herrn F._____" weiterleiten solle mit dem Hinweis: "Die «grosse» Rechnung über insgesamt CHF 30K wurde bereits bezahlt mittels Verrechnung", was bedeutete, dass Dr. C._____ die vom Kläger geleisteten vier Kostenvorschüsse (Fr. 5'000/5'000/10'000/10'000) von insgesamt Fr. 30'000.– vom Klientenkonto der Beklagten auf ein anderes Konto der Beklagten überweisen liess (act. 27/18), was dem Kläger auch mitgeteilt wurde. Im vorliegenden Prozess hat der Kläger nicht nachvollziehbar erklärt, warum er – als die Beklagte zum Stundenhonorar Rechnung stellte – sich offenbar nie in einer dem Gericht vorzeigbaren Form dagegen zur Wehr gesetzt hat, wenn er doch der Meinung gewesen sein will, dass eine andere Honorarvereinbarung getroffen worden war.

d) Der Übergang zum Erfolgshonorar wurde gemäss Dr. C._____ am 9. April 2010 eingeleitet, als er dem Kläger konkrete Vorschläge gemacht habe (Prot. VI S. 31). Das von ihm verfasste Email vom 9. April 2010 (act. 27/24) lautet in der hier interessierenden Passage wie folgt: "Ich mache nun einfach einmal 2 Vorschläge, wobei ich für andere Ansätze durchaus offen bin:

A – Sämtliche zukünftigen Arbeiten den Zivilprozess betreffend werden auf reiner Erfolgsbasis ausgeführt. Auch zwischenzeitlich angefallener Aufwand wird nicht mehr in Rechnung gestellt. Im Gegenzug partizipiere ich am Nettoerlös (d.h. Erlös nach Abzug von Gerichtskosten, Parteientschädigung etc.) mit 25 %.

B – Die Klageschrift wird zum Pauschalpreis von CHF15'000 (exkl. MWST) fertiggestellt und eingereicht (zwischenzeitlich angefallener Aufwand wird nicht mehr in Rechnung gestellt). Für weiteren zukünftigen Aufwand (Teilnahme Vergleichsverhandlung, weiterer Schriftenwechsel etc.) wird eine separate Vergütungsregelung getroffen [...]".

Ausschlaggebend für das Verhältnis von der Stunden- zur Erfolgshonorierung ist, dass im Vorschlag "A" von "sämtliche[n] zukünftigen Arbeiten den Zivilprozess betreffend" die Rede ist, die auf reiner Erfolgsbasis ausgeführt würden. Dieser Bezug auf die **zukünftigen Arbeiten** kann nur so verstanden werden, dass das bisherige Abrechnungsverhältnis davon nicht berührt wurde. Die unmittelbar daran anschliessenden Aussage: "Auch zwischenzeitlich angefallener Aufwand wird nicht mehr in Rechnung gestellt", kann nur bedeuten, dass sich am vorher angefallenen Aufwand von "gerundet" Fr. 30'000.– und dem entsprechenden Stundenhonorar nichts geändert hat. Dass im Vorschlag von einem Erfolgshonorar von 25 % die Rede ist und die Beklagte in der Folge einer Reduktion auf 20 % zugestimmt hat, betrifft einzig den Prozentanteil und nicht die Vereinbarung als solche. Dass am Vorschlag "A" aus dem Email vom 9. April 2010 noch andere Punkte modifiziert wurden, behauptet der Kläger nämlich nicht.

e) Zusammengefasst ist aufgrund des vorinstanzlichen Beweisverfahrens davon auszugehen, dass die Parteien vereinbart hatten, dass die Beklagte bzw. Dr. C. _____ – zunächst – auf Stundenhonorarbasis tätig werden sollte und dies auch tat. Weiter ist davon auszugehen, dass die Beklagte aufgrund des Vorschlags vom 9. April 2010 für ein Erfolgshonorar von 20 % tätig war. Damit waren vom Kläger sowohl das gerundete Stundenhonorar von total Fr. 30'000.–, welches durch Verrechnung mit den geleisteten Kostenvorschüssen von Fr. 30'000.– getilgt wurde, sowie der Erfolgshonoraranteil, welcher mit Fr. 51'776.– beziffert wird, geschuldet und eine nochmalige Anrechnungsmöglichkeit besteht damit nicht.

Der Kläger wendet in der Berufung ein (act. 95 Rz 14 f.), dass das Email der Beklagten vom 09. April 2010 lediglich Vorschläge der Beklagten betreffend des von ihr "gewünschten" Honorars wiedergäben. Die Vorschläge seien unbestritten nicht Inhalt einer Honorarabrede geworden, weder Variante 1 (25 % Erfolgsbeteiligung) noch Variante 2 (Pauschalpreis von 15'000), könnten die Honorierung zwischen den Parteien belegen, schon gar nicht betreffend der mit keinem Wort erwähnten Kostenvorschüsse von CHF 30'000.–. [...] "Honorar: 20 % vereinbart" äussert sich einzig über den unbestrittenen Sachverhalt der Erfolgsquote von 20 %. Es werde mit keinem Wort die Nichtanrechenbarkeit der geleisteten Kostenvorschüsse oder der Betrag von CHF 30'000.– erwähnt. Die Beklagte selbst behauptet, man hätte nach den Vorschlägen im Email vom 9. April 2010 über die Anrechenbarkeit ausführlich diskutiert, gar gestritten, und der Kläger hätte die bereits bezahlten Fr. 30'000.– in Abzug bringen wollen. Dazu bezieht sich der Kläger auf das vorinstanzliche Urteil (act. 97 S. 25 f. Ziff. 3.15 und 3.16). Dort nimmt die Vorinstanz auf die Beklagte Bezug, die ausgeführt hatte, dass der Kläger mit der Reduktion der Erfolgsbeteiligung (von 25 auf 20 % noch) nicht zufrieden gewesen sei und erstmals die von ihm bereits bezahlten Fr. 30'000.– in Abzug haben bringen wollen, was Dr. C._____ abgelehnt habe (act. 26 S. 12 Rz 53 und S. 31 Rz 152). Die Beklagte hatte dies u.a. damit erklärt, dass die vom Kläger bereits bezahlten Fr. 30'000.– bereits vereinnahmt worden seien. Schliesslich seien der Kläger und Dr. C._____ hinsichtlich der Vergütungsmodalitäten dahingehend übereingekommen, dass vom Nettoerlös auf Erfolgsbasis nichts in Abzug gebracht werden kann.

Im Rahmen der Gesamtsituation, wie sie bereits dargestellt wurde, ist davon auszugehen, dass der Kläger der Beklagten den Nettoerlösanteil von 20 % ohne Abzug schuldet. Das basiert nicht allein auf der Würdigung der Aussage von Dr. C._____, sondern vor allem darauf, dass – und das ist bereits erwähnt worden – das "gerundete" Stundenhonorar mit dem Erfolgshonorar kumuliert werden konnte, was darauf beruht, dass letzteres – vom Kläger unbestritten – für zukünftige Arbeiten vereinbart worden war. Gibt es ein Honorar für zukünftige Arbeiten, muss das Honorar für zurückliegende Arbeiten davon unberührt belieben sein, wogegen der Kläger nichts Überzeugendes vorbringt. Wenn die geleisteten Vor-

schüsse – wie dargestellt – mit dem Stundenhonorar verrechnet wurden, so erklärt sich ohne weiteres, dass es die Beklagte bzw. Dr. C._____ abgelehnt hat, den bereits einmal angerechneten Betrag von Fr. 30'000.– ein zweites Mal auf das Erfolgshonorar anzurechnen. Dass der gleiche Kostenvorschuss nicht zweimal angerechnet wird, ist zu erwarten und bedarf keiner besonderen Erklärung (act. 95 Rz 22).

3. Zur Zulässigkeit von Honorarvereinbarungen auf Erfolgsbasis, welche der Kläger in Frage stellt, hat die Vorinstanz breite Ausführungen gemacht, auf die verwiesen werden kann (act. 97 E. VII./3., S. 30 ff.) In Kürze rekapituliert: Die Beteiligung am Prozessgewinn darf das Honorar nicht ersetzen, jedenfalls nicht vor Abschluss des Rechtsstreits (Art. 12 lit. e BGFA; Walter Fellmann, in: Fehlmann/Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011, N. 118). Verboten ist nur das reine Erfolgshonorar (Fellmann, a.a.O., N. 122); der Honoraranspruch des Anwalts darf nicht derart mit dem Prozesserfolg verknüpft sein, dass er überhaupt nicht entsteht, wenn der Erfolg ausbleibt (Fellmann, a.a.O., N. 122 zu Art. 12; ZR 105/2006 Nr. 46: "Die Vereinbarung einer [zusätzlichen Sieges-/Erfolgsprämie, «pactum de palmario»] wird dagegen als zulässig erachtet". Zulässig ist es demnach, neben der Erfolgskomponente auch erfolgsabhängige Bemessungskriterien einzubeziehen, etwa die Vereinbarung eines Stundenhonorars, gekoppelt mit einer Erfolgskomponente. Unabhängig vom Ausgang des Verfahrens muss der Anwalt "Anspruch auf ein kostendeckendes Honorar mit angemessenem Gewinnanteil haben" (ZR105/2006 Nr. 46 S. 220). Die Vorinstanz hat Berechnungen dazu angestellt, ob diesen Anforderungen genüge getan ist und hat dies bejaht. Der Kläger kritisiert die Honorarvereinbarung und leitet seine Kritik wie folgt ein: "Würde man der Sachdarstellung der Beklagten folgen, weil die Beklagte im Email vom 9. April 2010 eine **reine** Erfolgshonorierung für sämtliche künftigen Arbeiten offeriert habe [...]". Unbestrittenermassen hat die anwaltliche Vertretung des Klägers einen einzigen Fall umfasst und die Aufteilung des Honorars in einen Teil mit Stundenhonorar und einen zweiten Teil mit Erfolgshonorar ist unter anderem gerade deshalb erfolgt, um den einschlägigen Regeln Genüge zu tun.

4. Aus den vorstehenden Gründen ist die Klage abzuweisen.

V.

1. Wird der vorinstanzliche Entscheid bestätigt, so bleibt es auch bei der darin vorgesehenen Kostenregelung. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens sind dem Kläger als unterliegender Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; §§ 4 Abs. 1 und 12 Abs. 2 GerGebV).

2. Der Kläger verlangt, dass der Beklagten – so oder so – keine Prozessentschädigung ausgerichtet werde, weil diese – reichlich mit rechtskundigen Anwälten bestückt – keiner anwaltlichen Hilfe bedurft hätte (act. 95 Rz 31). Es könne ausserdem davon ausgegangen werden, dass nicht der "formelle" Rechtsvertreter die Rechtsschrift verfasst habe, sondern Dr. C._____ mit viel Detailwissen, der Schriftsatz dann aber vom "formellen" Rechtsvertreter eingereicht worden sei. Der bevollmächtigte Rechtsvertreter habe keine Honorarnote eingereicht und bekanntlich seien die "eigenen" Aufwendungen einer Partei nicht zu ersetzen, was für eine Anwalts-AG ebenfalls gelte.

Der Kläger hat im vorinstanzlichen Verfahren soweit ersichtlich nicht darauf hingewiesen, dass er davon ausgeht, die Beklagte bzw. Dr. C._____ selber habe die Rechtsschrift verfasst, obwohl er nach der Klageantwort in der Replik dazu Gelegenheit gehabt hätte. Aber auch wenn man davon ausgeht, dass er erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Entscheides wusste, wie und mit wieviel die Beklagte entschädigt wurde, wäre er für die Tatsache, dass die Rechtsschriften nicht vom "formellen" Rechtsvertreter stammen, beweispflichtig und hätte entsprechend eine Beweisofferte machen müssen. Das ist in act. 95 Rz 31 - 33 nicht geschehen, so dass auch kein Beweisverfahren zu dieser Frage durchzuführen ist.

Für das erstinstanzliche Verfahren bleibt es damit bei der Entschädigung der Beklagten. Im obergerichtlichen Berufungsverfahren sind ihr keine Aufwendungen entstanden, so dass eine Parteientschädigung aus diesem Grund entfällt.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichtes (10. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. März 2016 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'950.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von act. 95, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. O. Canal

versandt am: