



Geschäfts-Nr. PN060002/U/Wi

III. Zivilkammer

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Th. Seeger, Vorsitzender,
Dr. iur. H. Schmid und lic. iur. P. Helm
sowie die juristische Sekretärin lic. iur. V. Girsberger

Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 21. März 2006

in Sachen

C.-K.,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt (...)

gegen

F.,

(...) Rechtsanwalt, (...)

Kläger und Beschwerdegegner

betreffend **Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Einzelrichters im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Uster (BR lic. iur. M. Moser) vom 30. November
2005**

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger und Beschwerdegegner war in den neunziger Jahren wiederholt als Rechtsvertreter für die Beklagte und Beschwerdeführerin tätig. Am 16. Juni 1999 stellte er ihr eine Honorarrechnung im Betrage von Fr. 5'270.50 (...) für anwaltliche Bemühungen "*gemäss Brief vom 21. Mai 1999*" zu; es handelte sich um insgesamt neun verschiedene Mandate, für welche sich ein Zeitaufwand von knapp 34 Stunden ergeben habe. Nachdem keine Zahlung eingegangen war, ersuchte der Kläger die Beklagte am 13. Oktober 1999 um Unterzeichnung eines *Darlehensvertrags*, wonach sie anerkennen würde, dem Kläger Fr. 5'000.-- zu schulden und dieser ihr ein Darlehen in dieser Höhe gewähren würde. Das Darlehen war zinslos gestellt, von der Darlehensnehmerin jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist teilweise oder ganz rückzahlbar und vom Darlehensgeber jederzeit unter Einhaltung einer Frist von einem Monat kündbar. Nach Kündigung durch den Darlehensgeber war ohne weitere Mahnung der gesetzliche Verzugszins von 5% geschuldet. Die Beklagte unterzeichnete den Darlehensvertrag am 16. Januar 2000. Am 5. April 2001 kündigte der Kläger das Darlehen. Die Beklagte leistete daraufhin in der Zeit vom 12. Juni 2002 bis 7. Februar 2003 Teilzahlungen von insgesamt Fr. 450.--. Als keine weiteren Zahlungen erfolgten, leitete der Kläger die Betreuung ein. Die Beklagte erhob gegen den Zahlungsbefehl vom 8. Juli 2004 Rechtsvorschlag; das provisorische Rechtsöffnungsbegehren des Klägers wurde mit Verfügung vom 29. September 2003 abgewiesen. In einer zweiten Betreuung (Zahlungsbefehl vom 8. Juli 2004) erhob die Beklagte erneut Rechtsvorschlag, worauf der Kläger beim Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirks Uster Klage auf Zahlung des Betrags von Fr. 4'550.--, zuzüglich Verzugszins von 5% seit 17. April 2003 sowie Zahlungsbefehls- und Weisungskosten erhob. Mit Verfügung vom 30. November 2005 wurde die Klage gutgeheissen und der Rechtsvorschlag (...) aufgehoben.

2. Mit Nichtigkeitsbeschwerde vom 5. Januar 2006 wurde beantragt, das angefochtene Urteil vom 30. November 2005 aufzuheben und der Beschwerde ohne Anhörung der Gegenpartei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Mit Präsidialverfügung vom 9. Januar 2006 wurde der Nichtigkeitsbeschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt. Mit Beschwerdeantwort vom 16. Februar 2006 wurde die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin beantragt. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet.
3. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist ein ausserordentliches Rechtsmittel, das nicht der Fortsetzung des vor erster Instanz abgeschlossenen Verfahrens dient. Im Gegensatz zur Berufung zielt sie daher auch nicht auf eine freie Nachprüfung des angefochtenen Entscheids in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht, sondern gestattet nur eine Überprüfung daraufhin, ob der angefochtene Entscheid zum Nachteil der beschwerdeführenden Partei an einem Nichtigkeitsgrund leide. Nichtigkeitsgründe sind gemäss § 281 Ziff. 1 bis 3 ZPO die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (Ziff. 1), aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahmen (Ziff. 2) und die Verletzung klaren materiellen Rechts (Ziff. 3). In der Beschwerdeschrift ist darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid mit einem der erwähnten Mängel behaftet sei, damit die Kassationsinstanz den Entscheid des Sachrichters auf den geltend gemachten Nichtigkeitsgrund hin überprüfen kann (§ 290 ZPO). Die Nichtigkeitsbeschwerde nach § 281 Ziff. 3 ZPO dient nicht der Durchsetzung der materiellen Rechtseinheit, sondern lediglich der Korrektur offener schwerer Irrtümer bei Anwendung des Gesetzes. Über die Auslegung einer Rechtsnorm darf kein begründeter Zweifel bestehen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 51 zu § 281 Ziff. 3 ZPO). Ist die Nichtigkeitsbeschwerde begründet, hebt die Kassationsinstanz den angefochtenen Entscheid auf und weist den Prozess zur Verbesserung des Mangels und zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurück. Sie kann aber auch einen neuen Entscheid in der Sache selbst fällen, wenn diese spruchreif ist (§ 291 ZPO). Soweit die Kassationsinstanz daher einen Nichtigkeitsgrund bejaht, ist sie gestützt auf § 291 ZPO auch berechtigt, von der Vorin-

stanz erhobene Beweise frei zu würdigen, deren mit Nichtigkeitsgründen behafteten Erwägungen zu ergänzen und den angefochtenen Entscheid aus anderen rechtlichen Gründen zu schützen (GULDENER, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, 1942, S. 175).

Die Beschwerdeführerin ruft alle drei Nichtigkeitsgründe i.S. von § 281 ZPO an. Zu den einzelnen Rügen ergibt sich, was folgt:

4. (...)
5. (...)
6. Absichtliche Täuschung (Art. 28 OR)
 - a) Von der Beschwerdeführerin wird eventualiter vorgetragen, die Vorinstanz habe sich mit den Ausführungen der Beklagten zur absichtlichen Täuschung seitens des Klägers nicht auseinandergesetzt und damit erneut einen Nichtigkeitsgrund gesetzt. Damit wird (sinngemäss) eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gerügt (§ 56 ZPO); eine solche stellt einen Nichtigkeitsgrund i.S. von § 281 Ziff. 1 ZPO dar (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 35 zu § 281 ZPO). Der Kläger habe gegenüber der Beklagten gestützt auf das Mandatsverhältnis erhöhte *Aufklärungspflichten* missachtet, da er sie nicht über die Rechtsfolgen der Unterzeichnung des Darlehensvertrags, insbesondere nicht über den Verlust der Verjährungseinreden aufgeklärt habe (m. Hinw. auf OR-SCHWENZER, Art. 28 N 8 und BGE 116 II 434 E. 3a). Damit wird erneut die Verletzung klaren materiellen Rechts i.S. von § 281 Ziff. 3 ZPO gerügt.
 - b) (...)
 - c) Das Verschweigen von Tatsachen ist i.S. von Art. 28 OR nur verpönt, soweit eine Aufklärungspflicht besteht; eine solche kann sich aus besonderer gesetzlicher Vorschrift oder aus Vertrag ergeben, oder wenn eine Mitteilung nach Treu und Glauben und den herrschenden

Anschauungen geboten ist. Wann dies zutrifft, ist im konkreten Einzelfall zu bestimmen (BGE 116 II 434 E. 3a). Die Aufklärungspflichten des mandatierten Anwalts hinsichtlich des geschuldeten Honorars beurteilen sich nach Massgabe von Art. 398 OR i.V.m. Art. 12 lit. i BGFA. Nach Art. 12 lit. i BGFA klären die Anwälte ihre Klientschaft bei Übernahme des Mandats über die Grundsätze ihrer Rechnungsstellung auf und informieren sie periodisch oder auf Verlangen über die Höhe des geschuldeten Honorars. Dabei kann Sinn der Norm nur sein, dass diese periodische Informationspflicht lediglich auf *Anfrage des Klienten* ausgelöst wird. Eine Informationspflicht ohne eine solche Anfrage ist nur in denjenigen Fällen gerechtfertigt, wo sich für die Wahrnehmung der Interessen des Klienten unvorhergesehene wesentliche Mehraufwendungen abzeichnen. In der Vernehmlassung zu Art. 12 lit. i BGFA wurde auch die Auffassung vertreten, die Norm sei ungenau gefasst, die Anwältin sollte aber jedenfalls verpflichtet sein, ihren Klienten *auf Verlangen* und nach Beendigung des Mandats zu informieren (TESTA, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, Diss. Zürich 2001, S. 234 Abs. 2; FELLMANN in: FELLMANN/ZINDEL, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 12 N 171). Es ist demnach zu prüfen, ob der Kläger durch die unterlassene Aufklärung der Beklagten über den - allfälligen - Verlust von Verjährungseinreden im Rahmen der fünfjährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 128 Ziff. 3 OR und über den mit Abschluss des Darlehensvertrags mit Novationswirkung entstehenden neuen zehnjährigen Fristenlauf gemäss Art. 127 OR *klares* Recht im Bereich von Art. 398 i.V.m. Art. 12 lit. i BGFA verletzte. Dabei gilt es zu beachten, dass die Nichtigkeitsbeschwerde gemäss § 281 Ziff. 3 ZPO - im Gegensatz zur Berufung - nicht die Durchsetzung der Rechtseinheit anstrebt, sondern lediglich offenbare schwere Irrtümer bei Anwendung des Gesetzes vermeiden soll; vorausgesetzt wird, dass über die Auslegung einer Rechtsvorschrift kein begründeter Zweifel bestehen kann (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 51 zu § 281 mit zahlreichen

Hinweisen auf die Rechtsprechung). Der Beschwerdegegner verneint eine absichtliche Täuschung mit der Begründung, er habe der Beschwerdeführerin mit dem Darlehensvertrag eine "*generöse Offerte*" unterbreitet, wobei er mangelnde Aufklärung über die rechtlichen Konsequenzen bestreite. Die Beschwerdeführerin habe als Gründerin und Geschäftsführerin einer GmbH gewusst, was ein Darlehen sei; zudem habe sie auch schon Grundpfandrechte an ihrem Grundeigentum begründet. Diese Tatsachen wurden vom Kläger in den Prozess vor Vorinstanz eingebracht und wurden nicht bestritten, so dass von einer gewissen Geschäftserfahrenheit der Beklagten ausgegangen werden darf. Das Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA) ist am 1. Juni 2002 in Kraft getreten. Eine gefestigte Rechtsauffassung zu Art. 12 lit. i BGFA ist seither im hier interessierenden Punkt weder von der Lehre noch von der Praxis entwickelt worden. Wenn der Kläger die Beklagte nicht *von sich aus* und *ausdrücklich* auf die Verlängerung der Verjährungsfristen hingewiesen hat, so ist die Rechtsauffassung vertretbar, dass er damit noch keine Aufklärungspflicht verletzt hat. Denn von den Klienten ist im Rahmen von Art. 12 lit. i BGFA wie schon während des laufenden Mandats grundsätzlich zu verlangen, dass sie sich auch bei Abschluss des Mandats aktiv um Auskunftserteilung bemühen, insbesondere wenn sich hinsichtlich der Regelung der Honorarforderung Interessenkonflikte abzeichnen oder (wie vorliegend) manifest werden. Die Vertragsparteien verfolgen - anders als in Bezug auf das abgeschlossene Mandat - bei der Festsetzung der Höhe des geschuldeten Honorars keine gleichgelagerten, sondern entgegengesetzte Interessen. Die Aufklärungspflichten müssen daher eine Einschränkung insofern erfahren, als es legitim erscheint, dass der Anwalt seine Honoraransprüche zu sichern und durchzusetzen sucht.

7. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist aus den dargelegten Gründen abzuweisen. Damit entfällt die ihr gewährte aufschiebende Wirkung. (...)