

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB160086-O/U

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

Beschluss und Urteil vom 9. Oktober 2017

in Sachen

A._____, Dr. iur.,
Beklagter, Widerkläger und Berufungskläger

gegen

B._____,
Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen die Urteile des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung,
vom 12. Dezember 2014 und vom 1. November 2016 (CG120116-L und
CG160024-L)**

Rechtsbegehren der Hauptklage:

(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.

Rechtsbegehren der 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.

**Erstes Urteil des Bezirksgerichts Zürich (4. Abteilung)
vom 12. Dezember 2014 (Proz.-Nr. CG120116):**

(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 Entscheidegebühr wird auf Fr. 7'500.– (Pauschalgebühr) 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. [Mitteilungen].
8. [Rechtsmittelbelehrung].

Teilurteil und Rückweisungsbeschluss des Obergerichts des Kantons Zürich (I. Zivilkammer) vom 23. Oktober 2015 (Proz.-Nr. LB150007):

(Urk. 112):

Teilurteil zur Hauptklage:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 65'629.60 zuzüglich Zins von 5% seit 31. Januar 2012 zu bezahlen.
2. [Mitteilungen].
3. [Rechtsmittelbelehrung].

Rückweisungsbeschluss:

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. [Mitteilungen].
6. [Rechtsmittelbelehrung].

Erstes Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts (I. zivilrechtliche Abteilung) vom 30. März 2016 (Proz.-Nr. 4A 658/2015):

(Urk. 115)

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.-- werden dem Beschwerdeführer [= Beklagter] auferlegt.
3. Der Beschwerdeführer [= Beklagter] hat die Beschwerdegegnerin [= Klägerin] für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 1'000.-- zu entschädigen.
4. [Mitteilungen].

Zweites Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts (I. zivilrechtliche Abteilung) vom 20. Juni 2016 (Proz.-Nr. 4F 11/2016):

(Urk. 165)

1. Das Revisionsgesuch wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Gesuchsteller [= Beklagter] auferlegt.
3. Es wird keine Parteienschädigung zugesprochen.
4. [Mitteilungen].

Zweites Urteil des Bezirksgerichts Zürich (4. Abteilung) vom 1. November 2016 (Proz.-Nr. CG160024):

(Urk. 131)

1. In teilweiser Gutheissung der Widerklage wird festgestellt, dass der Beklagte der Klägerin vom gesamthaft noch strittigen Betrag aus dem Mandatsverhältnis von Fr. 90'015.15 den Betrag von Fr. 32'253.75 nicht schuldet. Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr für das vorliegende Verfahren sowie das Verfahren CG120116-L wird auf Fr. 15'000.-- (Pauschalgebühr) festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten zu $\frac{3}{4}$ und der Klägerin zu $\frac{1}{4}$ auferlegt.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Parteienschädigung von Fr. 9'800.-- (inkl. Kosten des Schlichtungsverfahrens) zu bezahlen.
5. [Mitteilungen].
6. [Rechtsmittelbelehrung].

Berufungsanträge im zweiten Berufungsverfahren:

des Beklagten, Widerklägers und Berufungsklägers (Urk. 130 S. 2):

Es seien die Urteile des BGZ CG160024 vom 1. November 2016 und CG120116 vom 12. Dezember 2014 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. 150):

1. Es sei die Berufung vom 12. Dezember 2016 abzuweisen und es seien die angefochtenen Urteile des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 12. Dezember 2014 und vom 1. November 2016 (CG120116-L und CG160024-L) zu bestätigen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten, Widerklägers und Berufungsklägers.

Inhaltsverzeichnis:

1. Sachverhalt	5
2. Prozessverlauf	7
3. Die Zusammensetzung des vorinstanzlichen Spruchkörpers	10
4. Weitere prozessuale Fragen	18
5. Materielle Beurteilung der Widerklage	24
6. Kosten- und Entschädigungsfolgen	40

Erwägungen:

1. Sachverhalt

1.1. Der Beklagte ist ein im Anwaltsregister des Kantons Zürich eingetragener Rechtsanwalt. In dieser Eigenschaft nahm er die Interessen der Klägerin im Rechtsstreit zwischen ihr und C._____ wahr. Mit diesem Rechtsstreit hatte es folgende Bewandtnis:

1.1.1. Die Klägerin schloss am 1. Februar 2015 mit C._____ einen Vertrag (Urk. 30/6). Gestützt auf diesen Vertrag nutzte C._____ einen Bankkredit, den die Klägerin mit einem Drittpfand über € 1'000'000.– sicherstellte, um treuhänderisch im eigenen Namen aber auf Rechnung 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 Schwie-

rigkeiten geriet. In der Folge kam es zur Verwertung des von der Klägerin gestellten Pfandes durch die Bank im Umfang der ausstehenden Kreditsumme.

1.1.2. Am 8. Juni 2007 reichte der Beklagte namens der Klägerin beim Bezirksgericht Zürich gegen C._____ Klage 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. 3/12). Nachdem der Vergleich seitens der Klägerin durch den Beklagten widerrufen worden war, verfasste der Beklagte für die Klägerin eine 258-seitige Replik (Urk. 3/15), die vom Bezirksgericht mit Beschluss vom 2. Oktober 2008 wegen Weitschweifigkeit gestützt auf § 131 GVG/ZH zur Verbesserung zurückgewiesen wurde (Urk. 3/16). Gegen diesen Beschluss erhob der Beklagte namens der Klägerin am 17. Oktober 2008 Rekurs an das Obergericht des Kantons Zürich (Urk. 3/17). Dennoch reichte er mit Eingabe vom 27. Oktober 2008 dem Bezirksgericht eine auf 100 Seiten gekürzte Replik ein (Urk. 3/20). Am 12. Dezember 2008 erstattete die Gegenpartei die Duplik (Urk. 30/21).

1.1.3. Am 24. August 2009 legte der Beklagte das Mandat nieder (Urk. 21/95). In der Folge betraute die Klägerin Rechtsanwalt lic. iur. X._____ mit ihrer Vertretung im Prozess gegen C._____ (Urk. 2 Rz 6; Urk. 20 Rz 105). Am 25./26. Januar 2010 schloss die Klägerin, vertreten durch ihren neuen Anwalt, mit der Gegenpartei einen Vergleich. C._____ verpflichtete sich gemäss diesem Vergleich, der Klägerin einen Betrag von USD 529'770.95 zu bezahlen. Dagegen verpflichtete sich die Klägerin der Gegenpartei eine Prozessentschädigung für das bezirksgerichtliche Verfahren von Fr. 76'000.00 und für das obergerichtliche Rekursverfahren eine solche von Fr. 4'000.00 zu bezahlen. Ferner verpflichtete sich die Klägerin zur Übernahme der Gerichtskosten (Urk. 3/21). In der Folge wurden die pendenten Verfahren abgeschrieben, das bezirksgerichtliche Verfahren am 8. Februar 2010 und das obergerichtliche Rekursverfahren am 5. Februar 2010 (Urk. 3/22 und Urk. 3/26).

1.2. Für seine anwaltliche Tätigkeit stellte der Beklagte der Klägerin zwischen dem 5. Mai 2006 und dem 27. August 2009 13 Rechnungen im Gesamtbetrag von

Fr. 207'867.40 (Urk. 3/44-3/56; vgl. Urk. 3/4 S. 3). Die Klägerin bezahlte dem Beklagten die in Rechnung gestellte Summe.

1.3. Am 18. Dezember 2009 gelangte die Klägerin an die Honorarkommission des Zürcher Anwaltsverbandes (ZAV) 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 (Geschäft 29/2009; Urk. 3/4). Im Vergleichsvorschlag wurde jede einzelne Rechnung kommentiert. In der Folge kam es weder zu einem Vergleich noch verlangte eine der Parteien eine formelle Begutachtung, wie das nach dem Reglement des ZAV möglich gewesen wäre.

2. Prozessverlauf

2.1. Gestützt auf die Klagebewilligung vom 14. Juni 2012 (Urk. 1) erhob die Klägerin mit Klageschrift vom 15. Oktober 2012 (Urk. 2) gegen den Beklagten Klage über das oben vermerkte Rechtsbegehren der Hauptklage. In der Folge verband der Beklagte mit seiner Klageantwort vom 4. Februar 2013 eine Widerklage mit dem oben vermerkten negativen Feststellungsbegehren. Alsdann ergingen die folgenden Entscheide verschiedener Gerichtsstufen, wobei für den exakten Verfahrensverlauf vor diesen Instanzen auf die betreffenden Entscheide verwiesen sei:

- CG120116-L: Erstes Urteil des Bezirksgerichts Zürich (4. Abteilung) vom 12. Dezember 2014 (Urk. 84): Gutheissung der Hauptklage und Abweisung der Widerklage.
- LB150007: Teilurteil und Rückweisungsbeschluss des Obergerichts des Kantons Zürich (I. Zivilkammer) vom 23. Oktober 2015 (Urk. 112): Bestätigung des angefochtenen Urteils hinsichtlich der Hauptklage (Teilurteil) und Rückweisung der Sache bezüglich der Widerklage und der Kosten- und Entschädigungsfolgen an das Bezirksgericht (Rückweisungsbeschluss).
- 4A_658/2015: Erstes Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts (I. zivilrechtliche Abteilung) vom 30. März 2016 (Urk. 115): Abweisung der Beschwerde bezüglich der Hauptklage (gemäss Teilurteil des Obergerichts)

und Nichteintreten auf die Beschwerde bezüglich der Widerklage (gemäss Rückweisungsbeschluss des Obergerichts).

- 4F_11/2016: Zweites Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts (I. zivilrechtliche Abteilung) vom 20. Juni 2016 (Urk. 165): Abweisung des Revisionsgesuchs bezüglich der Hauptklage.
- CG160024-L: Zweites Urteil des Bezirksgerichts Zürich (4. Abteilung) vom 1. November 2016 (Urk. 131): Teilweise Gutheissung der Widerklage; Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bezüglich Haupt- und Widerklage.

2.2. Das zweite Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 1. November 2016 wurde dem Beklagten am 11. November 2016 zugestellt (Urk. 127). Mit Eingabe vom 12. Dezember 2016 (zur Post gegeben gleichentags) erhob er Berufung mit dem oben vermerkten Antrag (Urk. 130).

2.2.1. Nach Leistung eines Kostenvorschusses durch den Beklagten wurde der Klägerin mit Verfügung vom 10 Februar 2017 (Urk. 138) Frist angesetzt, die Berufung zu beantworten (Dispositiv-Ziff. 1). Ferner wurde der Vorinstanz aufgegeben, der Berufungsinstanz "schriftlich die Gründe für die vorgenommenen Änderungen im Spruchkörper bekanntzugeben" (Dispositiv-Ziff. 2). Die Verfügung wurde dem Beklagten am 24. Februar 2017 zugestellt (Urk. 138 letzte Seite).

2.2.2. Mit Eingabe vom 27. Februar 2017 (Urk. 139) stellte der Beklagte die folgenden Anträge:

1. Die Verfügung vom 10. Februar 2017 sei in Bezug auf Ziff. 2 des Dispositives aufzuheben und damit sämtliche zwischen den Parteien ergangene Urteile aufzuheben und die Klage der Klägerin (B._____) ohne weitere Prüfung abzuweisen und die Widerklage gutzuheissen;
2. Eventualiter sei die Berufungsschrift vom 14. September 2016 im Zivilprozess LB 160067 vor Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, beizuziehen und in Abänderung von Ziff. 2 des Dispositives der Verfügung vom 10. Februar 2017 (LB160086) der Vorinstanz und dem Gesamtgericht des Bezirksgerichtes Zürich erneut Frist zur Stellungnahme zu setzen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin, soweit der Beklagte überhaupt eine Prozessbeschädigung beantragte.

2.2.3. Unterm 28. Februar 2017 erstattete das Bezirksgericht Zürich (4. Abteilung) der Berufungsinstanz einen Amtsbericht, den es mit "Stellungnahme zum Wech-

sel im Spruchkörper" überschrieb (Urk. 142). In der Folge wurde den Parteien mit Verfügung vom 2. März 2017 (Urk. 143) Gelegenheit gegeben, um zum Amtsbericht des Bezirksgerichts Zürich Stellung zu nehmen. Die Klägerin tat dies ein erstes Mal durch Eingabe vom 7. März 2017 (Urk. 144; 3 Seiten) und der Beklagte durch Eingabe vom 8. März 2017 (Urk. 145; 9 Seiten). In der Folge erstatte die Klägerin unterm 22. März 2017 dazu eine unverlangte sog. "Replik" (Urk. 148; 1 Seite), und der Beklagte verlangte mit Eingabe vom 23. März 2017 (Urk. 149; 2 Seiten), dass ihm Frist bis zum 17. April 2017 anzusetzen sei, damit er prüfen könne, ob im Hinblick auf die erwähnte sog. "Replik" "überhaupt eine Stellungnahme abzugeben ist" (Urk. 149). Mit Verfügung vom 29. März 2017 (Urk. 151) wurde dem Beklagten das bis zum 18. April 2017 gewährt. Hierauf verlangte der Beklagte mit Eingabe vom 5. April 2017 die Sistierung des Prozesses und allenfalls die Abnahme der bis zum 18. April 2017 laufenden Frist, eventuell deren Erstreckung (Urk. 152; 8 Seiten). Mit Verfügung vom 11. April 2017 wurden Sistierungs- und Fristerstreckungsgesuch abgewiesen (Urk. 154). Mit Eingabe vom 12. April 2017 stellte der Beklagte darauf die folgenden Anträge (Urk. 155B; 8 Seiten):

1. Auch aufgrund der unfallbedingten 100% Arbeitsunfähigkeit von Herrn Dr. A._____ (Beklagter) ist ihm die Frist für die Einreichung einer Stellungnahme zu allen Eingaben der Klägerin des Jahres 2017 auf 2. Mai 2017 zu erstrecken;
2. Es sei von Amtes wegen zu entscheiden, ob die Eingabe der Klägerin vom 7. März 2017 aus dem Recht zu weisen ist und ob Rechtsanwalt X._____ gemäss Art. 15 BGFA bei der Aufsichtskommission der Anwältinnen und Anwälte zu verzeigen ist.
3. Es ist mit der Bewilligung des Fristerstreckungsgesuches gemäss vorstehender Ziff. 1 dem Beklagten mitzuteilen, welche Eingaben der Klägerin des Jahres 2017 vom OG ZH beachtet werden.

Mit Verfügung vom 18. April 2017 (Urk. 157) wurde dem Beklagten die Frist gemäss Verfügung vom 29. März 2017 (Urk. 151) im Sinne einer "einmaligen Nachfrist" bis zum 2. Mai 2017 erstreckt. Unterm 30. April 2017 erstattete der Beklagte schliesslich seinerseits eine unverlangte sog. "Replik" (Urk. 158; 34 Seiten) zur "Replik" der Klägerin, d.h. zu ihrer Eingabe vom 22. März 2017 (Urk. 148; 1 Seite).

2.2.4. Die Klägerin erstattete auf die Verfügung vom 10. Februar 2017 hin am 28. März 2017 rechtzeitig die Berufungsantwort (Urk. 150). Diese wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 29. März 2017 zugestellt (Urk. 151; Dispositiv-Ziff. 1). Mit seiner Eingabe vom 30. April 2017 replizierte der Beklagte dazu, und zwar ausserhalb eines zweiten Schriftenwechsels (Urk. 158 S. 6 ff.).

2.2.5. Mit Verfügung vom 30. August 2017 wurde den Parteien mitgeteilt, dass zufolge der Pensionierung von Oberrichterin Dr. M. Schaffitz neu Oberrichter Dr. H.A. Müller im Spruchkörper mitwirke, wobei dieser (anstelle von Oberrichter lic. iur. M. Spahn) aus Gründen der Geschäftslast neu die Funktion des Referenten wahrnehme (Urk. 162). Und mit Verfügung vom 1. September 2017 (Urk. 163) wurde den Parteien angezeigt, dass weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Berufungsverhandlung stattfinde und dass die Sache in die Phase der Urteilsberatung gehe. Diese Verfügung wurde der Klägerin am 5. September und dem Beklagten am 12. September 2017 zugestellt (Urk. 163 Anhang).

2.2.6. Mit Eingabe vom 18. September 2017 erstattete der Beklagte der Berufungsinstanz eine weitere Eingabe, mit der er weitere Vorbringen in der Sache vortrug (Urk. 166). Ferner übermittelte er der Berufungsinstanz die Kopie seiner gleichentags der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat erstatteten Eingabe samt Beilagen, mit der er die gegen die Klägerin bereits früher eingereichte Strafanzeige ergänzte (Urk. 167, 168/1-11). Diese neuen Unterlagen wurden der Klägerin nicht mehr zur Kenntnis gebracht.

3. Die Zusammensetzung des vorinstanzlichen Spruchkörpers

3.1. Der Beklagte stellt sich mit seiner Berufung auf den Standpunkt, sowohl das angefochtene Urteil der Vorinstanz vom 1. November 2016 als auch das erste Urteil der Vorinstanz vom 12. Dezember 2014 seien nichtig, weil den Parteien vom Gericht die Änderungen im Spruchkörper nicht bekannt gegeben worden seien. Verletzt sei der Anspruch aus Art. 30 Abs. 1 BV. Die Verletzung dieses Anspruchs sei formeller Natur und führe ohne weiteres zur Aufhebung der angefochtenen Entscheide. Die Vorinstanz hätte nach der Meinung des Beklagten nämlich

"aktiv informieren müssen" (Urk. 130 Rz 11 f., 20, 24 sowie S. 27). In der Berufung begründete der Beklagte seine Haltung u.a. wie folgt (Urk. 130 Rz 20):

"Da auch die Kosten- und Entschädigungsfolgen für den formal rechtskräftigen Teil des Prozesses beurteilt werden müssen, an welchem ausser A. Kessler keiner der Richter überhaupt mitwirkte, der das Urteil vom 1. November 2016 fällte, müsste doch wenigstens begründet werden, warum derart viele Gerichtspersonen ausgewechselt wurden. Da dies nicht geschah, ist das Urteil vom 1. November 2016 nichtig. Zusammenfassend: Präsident P. Ernst wurde im Verfahren CG120116 unmittelbar nach der Hauptverhandlung durch Präsident A. Kessler ersetzt. Nach der Rückweisung wirkte nur Präsident A. Kessler mit. Die beiden Richterinnen Aldag und Marthaler stiessen neu dazu (CG 160024). Somit hat keine Gerichtsperson, die die Urteile (Beilagen 1 und 3) des BGZ fällte, die HV miterlebt, anlässlich welcher nach langem und heftigem Streit mit Präsident P. Ernst der Beklagte nach stundenlangen Worten den Entscheid erhielt, doch schriftlich die nächste Rechtsschrift einreichen zu dürfen."

An anderer Stelle führte der Beklagte aus, dass er die Vorinstanz mit Eingabe vom 5. September 2016 darauf hingewiesen habe, "dass ihm die Auswechslung von Frau Bezirksrichterin M. Holzer schadet" (Urk. 130 Rz 25 mit Hinweis auf Urk. 120 S. 3).

3.2. Das erste bezirksgerichtliche Urteil vom 12. Dezember 2014 erging in der folgenden Zusammensetzung: Bezirksrichter lic.iur. Kessler, Bezirksrichterin lic.iur. Lieb Heeb und Ersatzrichterin lic.iur. Holzer (Urk. 84 S. 1). Nach der teilweisen Rückweisung der Sache durch das Obergericht und der Beurteilung der vom Beklagten erhobenen Beschwerde durch das Bundesgericht ging die Sache am 15. April 2016 bei der Vorinstanz wieder ein, wo sie unter der Geschäftsnummer CG160024 neu registriert wurde. Mit Schreiben vom 6. Juli 2016 teilte die Vorinstanz dem Beklagten mit, dass neu "Bezirksrichterin lic. iur. S. Marthaler als Referentin zuständig" sei (Urk. 115A). Gemäss den Akten wandte sich Bezirksrichterin lic. iur. S. Marthaler am 9. August 2016 telefonisch an den Anwalt der Klägerin sowie an den Beklagten, um zu sondieren, ob hinsichtlich der Widerklage eine Vergleichsbereitschaft gegeben sei (Urk. 116). Auf dieses Telefonat reagierte der Beklagte am 12. August 2016 mit einer fünfseitigen Eingabe an die Vorinstanz, ohne aber den Umstand in Frage zu stellen, dass Bezirksrichterin Marthaler fürderhin als Referentin fungierte (Urk. 117). Dort führte er unter anderem aus (Urk. 117 S. 4):

"Ich habe vor OG ZH in rubrizierter Angelegenheit einen Befangenheitsantrag gegen die Angehörigen der 4. Abt. des BGZ gestellt für den Fall der Rückweisung an

diese Abteilung. Er wurde vom OG ZH rechtskräftig abgewiesen, obwohl das OG ZH gar nicht zuständig war: Bekanntlich sind Befangenheitsanträge an die Personen zu richten, die vom Ausstandsgesuch erfasst sind. In der Folge hat das Gesamtgericht des BGZ den Fall wiederum der 4. Abt. zugewiesen, ohne dass das Gesamtgericht des BGZ mir das rechtliche Gehör gewährte. Speziell ist, dass die 4. Abt. BGZ den Prozess betreute, indem ich die Klägerin vertrat und nun diese 4. Abt. BGZ meine Vertretung und meine als Vertreter geübte Kritik an dieser Abt. selbst beurteilte und in Unkenntnis der Begründung des Klaganspruches nun möglicherweise wiederum zu beurteilen hat. Es steht m.E. den Mitgliedern der 4. Abt. des BGZ frei, von sich aus in den Ausstand zu treten. Sie erhalten diese Eingabe 3-fach, damit ein Exemplar ans Gesamtgericht weitergeleitet werden kann, da es verfahrensbeteiligt ist."

Fest steht, dass die Berufungsinstanz mit ihrem Beschluss vom 23. Oktober 2015 auf das Ausstandsgesuch des Beklagten gegen die 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich nicht eintrat, weil für die Beurteilung eines solchen Gesuches das Bezirksgericht zuständig sei. Der Beklagte habe sich allerdings vorbehalten, so die Berufungsinstanz in ihren Erwägungen, ein solches Gesuch zu stellen, sobald (nach einer Rückweisung) "dafür ein schutzwürdiges Interesse erstellt und die 4. Abteilung des Bezirksgerichts wieder mit der Angelegenheit betraut worden sei" (Urk. 112 S. 55 und S. 57 Dispositiv-Ziff. 2). Schliesslich erging das zweite bezirksgerichtliche Urteil vom 1. November 2016 (Urk. 131) in der folgenden Zusammensetzung: Bezirksrichter lic. iur. Kessler, Bezirksrichterin lic. iur. Aladag und Bezirksrichterin lic. iur. Marthaler. Im Prozess-Nr. CG070112, welchen der Beklagte für die Klägerin gegen C._____ angestrengt hatte, hatte die 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich gemäss dem Abschreibungsbeschluss vom 8. Februar 2010 (Urk. 3/22) in der folgenden Besetzung geamtet: Bezirksrichter lic. iur. Ph. Ernst, Bezirksrichterin A. Dimitrov Horlacher und Ersatzrichter lic. iur. K. Peter.

3.3. Die am Verfahren beteiligten Personen haben gemäss Art. 52 ZPO nach Treu und Glauben zu handeln. Das gilt auch für den Beklagten, der am Verfahren als Partei teilnimmt. Fest steht, dass der Beklagte sowohl im Verfahren vor Obergericht als auch durch seine Eingabe vom 12. August 2016 an die Vorinstanz (Urk. 117) zum Ausdruck gebracht hatte, dass er die weitere Amtstätigkeit der Mitglieder der 4. Abteilung in seiner Sache missbillige. Sein förmliches Ausstandsgesuch gegen diese Gerichtsmitglieder hat er nach dem Rückweisungsentscheid des Obergerichts aber nie erneuert. Von der beschriebenen Missbilligung des Beklagten konnten aber von vornherein nur solche Gerichtsmitglieder getrof-

fen sein, die entweder am ersten bezirksgerichtliche Verfahren zwischen den Parteien oder aber an jenem zwischen der Klägerin und C._____ mitgewirkt hatten. Wenn der Beklagte mit der Berufung nach dem zu seinen Ungunsten ausgefallenen Urteil vom 1. November 2016 in seiner Argumentation eine Kehrtwendung von 180 Grad vollzog und dort nicht mehr beanstandet, dass die früher mitgewirkt habenden Gerichtsmitglieder noch immer tätig sind, sondern im Gegenteil, dass sie am angefochtenen Entscheid nicht mitgewirkt haben, dann ist das klarerweise rechtsmissbräuchlich. Die Rüge des Beklagten ist daher bereits aus diesen Überlegungen unbeachtlich.

3.4. Im Sinne einer ergänzenden Eventualerwägung sei sodann Folgendes ausgeführt: Der Beklagte verweist für seine These, dass die Zusammensetzung der Vorinstanz ungesetzlich sei, auf die Rechtsprechung gemäss BGE 142 I 93. Dieser Entscheid betrifft einen Fall, in dem vier erstinstanzliche Richter während des Verfahrens ausgewechselt wurden und die Berufungsinstanz auf die entsprechende Rüge nicht einging. Das Bundesgericht führte im erwähnten Entscheid aus (E. 8.2), dass es im Zusammenhang mit dem aus Art. 30 Abs. 1 BV sich ergebenden Anspruch auf einen unabhängigen und unparteiischen Richter nicht Sache der Parteien sei, nach möglichen Einwendungen gegen die betroffenen Richter zu forschen, die sich nicht aus den öffentlich zugänglichen Informationen ergäben. Es rechtfertige sich daher, die Frage der Durchsetzung des Anspruchs auf eine gesetzmässige Besetzung des Spruchkörpers sinngemäss gleich zu beurteilen wie im Rahmen der Praxis zur Unabhängigkeit des Gerichts. Es sei daher Sache des Gerichts, auf eine beabsichtigte Auswechslung von mitwirkenden Richtern sowie auf die Gründe dafür hinzuweisen. Wenn aber den Parteien die Gründe für die Besetzungsänderung bekannt gegeben worden seien, liege es an ihnen, deren Sachlichkeit substantiiert zu bestreiten. Dieser Obliegenheit hätten, so das Bundesgericht im erwähnten Leitentscheid, die Parteien nicht nachkommen können, da das Bezirksgericht den Parteien weder die beabsichtigte Änderung des Spruchkörpers bekannt gegeben noch sich zu deren Gründen geäussert habe. Die Berufungsinstanz hätte daher nach der Auffassung des Bundesgericht die geltend gemachte Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV prüfen müssen. Mangels Angabe von Gründen für die Auswechslung hätte sie das Bezirksgericht zumin-

dest im Rahmen einer Vernehmlassung zur Berufung auffordern müssen, die Gründe für den Wechsel nachträglich anzugeben. Indem die Berufungsinstanz dies unterlassen habe, habe sie ihrerseits gegen Art. 30 Abs. 1 BV verstossen.

3.4.1. Im vorliegenden Fall verhält es sich indessen anders: Die Berufungsinstanz hat – anders als in dem BGE 142 I 93 zugrunde liegenden Fall – mit ihrer Verfügung vom 10. Februar 2017 (Urk. 138 Dispositiv-Ziff. 2) die Vorinstanz durchaus aufgefordert, die Gründe für die im Spruchkörper vorgenommenen Wechsel bekanntzugeben. Dieser Aufforderung kam die Vorinstanz mit ihrem Amtsbericht vom 28. Februar 2017 nach (Urk. 142). Aus dem Amtsbericht ergibt sich, dass *Konstituierungsgründe* zu den Änderungen im Spruchkörper geführt haben. Im Einzelnen:

- Bezirksrichter Ernst war bis zum 30. September 2013 Vorsitzender der 4. Abteilung. Per 1. Oktober 2013 wechselte er als Ersatzrichter an das Obergericht und Bezirksrichter Kessler übernahm seine Funktion in der 4. Abteilung.
- Die Anstellung von Ersatzrichterin Holzer am Bezirksgericht Zürich endete per 30. November 2015.
- Die Stelle von Ersatzrichterin Holzer in der 4. Abteilung wurde per 1. Februar 2016 von Bezirksrichterin Baumann-Bas übernommen.
- Nach dem Wiedereingang des vorliegenden Prozesses unter der Geschäftsnummer CG160024 wurde das Verfahren zunächst "intern" Bezirksrichterin Baumann-Bas zugeteilt.
- Kurze Zeit nach dieser "internen" Zuteilung wurden die beiden je in einem 50%-Pensum tätigen Bezirksrichterinnen Baumann-Bas und Dr. Stump Wendt von der 4. Abteilung in andere Bereiche des Bezirksgerichts Zürich konstituiert.
- Aus diesem Grund wechselte Bezirksrichterin Lieb Heeb innerhalb der 4. Abteilung in die andere Halbabteilung. Das führte dazu, dass der Prozess neu Bezirksrichterin Marthaler als Referentin zugeteilt wurde, welche die Bezirksrichterinnen Baumann-Bas und Dr. Stump Wendt ersetzt hatte.

3.4.2. Mit Verfügung vom 2. März 2017 wurde dem Beklagten der Amtsbericht des Bezirksgerichts Zürich zugestellt und es wurde den Parteien Frist angesetzt, sich zu äussern (Urk. 143). Die Parteien waren damit gehalten, im Sinne von BGE 142 I 93 E. 8.2, die Sachlichkeit der vom Bezirksgericht ins Feld geführten Gründe

substanziert zu bestreiten. Der Beklagte tat das mit seiner Eingabe vom 8. März 2017 (Urk. 145).

3.4.2.1. Bezirksrichter Ernst und Kessler. Der Beklagte beanstandet zunächst die Verhandlungsführung des vorsitzenden Bezirksrichters Ernst anlässlich der Hauptverhandlung vom 3. Juni 2013 (vgl. Prot. I S. 5 ff.), der in Rage geraten sei. Weiter führte er aus, dass es der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich ohne weiteres möglich gewesen wäre, "den Austausch vom Bezirksgerichtspräsidenten Ernst zum Bezirksgerichtspräsidenten Kessler den Parteien zur Kenntnis zu bringen und ihnen so die Möglichkeit offen zu halten, Ausstandsbegehren zu stellen". Der Beklagte sei überzeugt, dass der damalige Bezirksgerichtspräsident Ernst wegen seiner prozessualen Fehler alles daran gesetzt habe, an der Urteilsfällung nicht mitwirken zu müssen. Die Tätigkeit als Ersatzoberrichter hätte es Bezirksrichter Ernst sehr wohl erlaubt, die weitere Prozessleitung vor Bezirksgericht auszuüben (Urk. 145 Rz 1).

Die Stellungnahme des Beklagten ist in hohem Masse widersprüchlich: Einerseits beanstandet er die prozessualen Fehler von Bezirksrichter Ernst und andererseits vermutet er, dass diese prozessualen Fehler wohl dazu geführt hätten, dass Bezirksrichter Ernst an der Urteilsfällung nicht mehr habe teilnehmen wollen. Offenbar möchte er an jenem Richter festhalten, der aus seiner Sicht sich prozessuale Fehler hat zuschulden kommen lassen. Im Übrigen ist es keineswegs so, dass Bezirksrichter Ernst nach dem 30. September 2013 seine Tätigkeit an der 4. Abteilung hätte weiterführen können, wurde er doch nach dem Amtsbericht der Vorinstanz ab dem 1. Oktober 2013 in seiner Funktion durch Bezirksrichter Kessler ersetzt. Bezirksrichter Ernst wurde im Übrigen am Obergericht als vollamtlicher Ersatzrichter eingesetzt; für eine Tätigkeit am Bezirksgericht blieb daher auch aus diesem Grunde kein Raum mehr.

3.4.2.2. Ersatzrichterin Holzer. Der Beklagte macht geltend, den Parteien seien das Teilurteil und der Rückweisungsbeschluss des Obergerichts am 30. Oktober 2015 zugestellt worden. In der Folge sei den Parteien nicht eröffnet worden, dass Ersatzrichterin Holzer ausgeschieden sei. Bezeichnenderweise würden die Gründe für das Ausscheiden von Ersatzrichterin Holzer im Bericht des Bezirksgerichts

nicht genannt. Ersatzrichterin Holzer sei eben für Bezirksrichter Ernst – an dem er notabene offenbar festhalten will – eine unangenehme Kollegin gewesen. Das Bezirksgericht Zürich habe wohl das Ausscheiden von Ersatzrichterin Holzer gewünscht, weil sie im vorliegenden Prozess anlässlich der Hauptverhandlung Bezirksrichter Ernst "die mehrfachen Abmahnschreiben des Beklagten an die Klägerin" gezeigt habe, was Bezirksrichter Ernst verärgert habe (Urk. 145 Rz 2).

Die Ausführungen des Beklagten sind geradezu mutwillig. Aus dem Bericht der Vorinstanz ergibt sich klipp und klar, dass das Anstellungsverhältnis von Ersatzrichterin Holzer per 30. November 2015 zu Ende ging. Ersatzrichter an den Bezirksgerichten werden vom Obergericht ernannt (§ 11 Abs. 1 GOG). Endet die Anstellung, so findet auch die Befugnis ihr Ende, richterlich tätig zu sein.

3.4.2.3. Bezirksrichterin Bas-Baumann. Zu ihr führt der Beklagte aus, der Stellungnahme der Vorinstanz sei nicht zu entnehmen, ob Bezirksrichterin Bas-Baumann "gar Referentin wurde". Die angebliche interne Zuteilung heisse, dass sie das Kollegium beeinflusst habe, ohne aber in den Akten erschienen zu sein. Den Parteien sei verunmöglicht, ein Ausstandsbegehren zu stellen. Das Gericht sei "als verbotenes Femegericht (Geheimericht) besetzt" gewesen (Urk. 145 Rz 3).

Auch hier gerät der Beklagte an die Grenze dessen, was noch toleriert werden kann. Aus der Stellungnahme der Vorinstanz ergibt sich, dass der Prozess in der Tat für kurze Zeit Bezirksrichterin Bas-Baumann zugeteilt war. Prozessuale Handlungen sind weder aus dem Protokoll noch aus den übrigen Akten ersichtlich. Eine derartige Zuteilung an eine Referentin für nur kurze Zeit ist ein Vorgang, der in einem grossen Gericht, wie das Bezirksgericht Zürich eines ist, nicht aussergewöhnlich ist. Die Unterstellungen des Beklagten sind offensichtlich haltlos.

3.4.2.4. Bezirksrichterinnen Marthaler und Dr. Stump Wendt. Der Beklagte unterstellt der Vorinstanz, sie mache in ihrem Amtsbericht falsche Darlegungen und die "Neuorganisationen" seien nicht begründet (Urk. 145 Rz 4 und 5). Mit diesen oberflächlichen Hinweisen wird die Sachlichkeit der von der Vorinstanz ins Feld geführten Gründe nicht substantiiert bestritten. Die Vorinstanz war weder gehal-

ten, dem Beklagten die Personaldossier der beteiligten Richter zu öffnen noch die Gründe für organisatorische Änderungen darzulegen.

3.4.2.5. Bezirksrichterin Lieb Heeb. Der Beklagte beanstandet, dass Bezirksrichterin Lieb Heeb zwar an der ersten Urteilsfällung teilgenommen hat, nicht aber an der zweiten, obwohl sie die 4. Abteilung nicht verlassen habe (Urk. 145 Rz 6). Der Beklagte übergeht dabei, dass die Abteilungen des zweitgrössten Gerichts der Schweiz in Halbabteilungen aufgeteilt sind. Bei einem Wechsel der Halbabteilung kann das zu Besetzungsänderungen führen. Auch hier vermag der Beklagte nicht darzutun, dass die Ausführungen der Vorinstanz in ihrem Amtsbericht unsachlich sind. Wenn der Beklagte unterstellt, dass mit diesem Wechsel habe erreicht werden sollen, dass "niemand die Verantwortung für den gesamten Prozess vor BGZ persönlich mittragen muss", weil die "aus eigener Wahrnehmung nicht protokollierten Äusserungen an der HV" verborgen bleiben sollten, ist das wiederum haltlos. An der Hauptverhandlung vom 3. Juni 2013 sowie am ersten Urteil der Vorinstanz hat Bezirksrichterin Lieb Heeb immerhin mitgewirkt und die Verantwortung übernommen. Diese Verantwortung ist nach Vorliegen des Rückweisungsbeschlusses des Obergerichts jedenfalls nicht schwerer geworden.

3.4.2.6. Der Beklagte führt sodann aus, dass Ersatzrichterin Holzer und Bezirksrichterin Marthaler intensiv auf ihn eingewirkt hätten, um seine Vergleichsbereitschaft zu erlangen (Urk. 145 Rz 11). Seine Resistenz hätten sie dann mit den Worten "Ja denn halt ... !" quittiert, um alsdann diese klare Drohung in den beiden Urteilen der Vorinstanz umzusetzen. Auch das sind haltlose Unterstellungen. Der Beklagte sah sich jedenfalls nie dazu veranlasst, in diesem Zusammenhang ein förmliches Ausstandsgesuch gegen die beiden Richterinnen zu stellen. Auffallen muss allerdings, dass der Beklagte in anderen Passagen seiner Rechtschrift Ersatzrichterin Holzer in ganz anderem Licht erscheinen lässt (vgl. oben E. 3.4.3.), als er es hier tut.

3.4.2.7. Die weiteren Ausführungen des Beklagten, mit denen er der Vorinstanz falsche Rechtsanwendung vorwirft (vgl. Urk. 145 Rz 7), vermögen in diesem Zusammenhang nicht zu interessieren. Ebenso wenig interessieren die Klagen des Beklagten darüber, dass er von der Vorinstanz in seiner Eigenschaft als Parteiver-

treter ungerecht behandelt worden sei. Nicht zielführend sind sodann seine Klagen, dass es die Justiz generell darauf abgesehen habe, ihn zu vernichten (Urk. 145 Rz 7 und 8: "Brotkorb entziehen", Urk. 145 Rz 9: "Stecker ... ziehen") und dass die Justiz ihm gegenüber das Recht anders anwende als gegenüber allen andern (vgl. Urk. 145 Rz 12). Es sind dies blosser Vorwürfe, die nicht mit Tatsachen unterlegt werden.

3.4.3. Mit ihrer Eingabe vom 2. März 2017 verteidigte die Klägerin den Amtsbericht der Vorinstanz und hält diesen für sachlich (Urk. 144). Die vom Beklagten schliesslich unterm 30. April 2017 erstattete unverlangte sog. "Replik" dazu (Urk. 158 S. 3-6) führt nicht weiter.

3.5. Insgesamt ergibt sich, dass die Zusammensetzung des Spruchkörpers der Vorinstanz vom Beklagten in rechtsmissbräuchlicher Art und Weise beanstandet wird. Im übrigen hat die Vorinstanz mit ihrem Amtsbericht klarerweise sachliche Gründe für die Änderungen in der Zusammensetzung des Spruchkörpers dargelegt. Diese sachlichen Gründe vermag der Beklagte nicht zu widerlegen.

4. Weitere prozessuale Fragen

4.1. Berufungsverfahren; Bindung an den Rückweisungsentscheid. Das Berufungsverfahren ist ein eigenständiges Verfahren. Es dient nicht etwa der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern vielmehr der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheides im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 311 N 36). 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 vorgebracht und wo er die massgeblichen Beweisangebote gestellt hat. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine

pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz allerdings 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 (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 310 N 6).

Für das vorliegende zweite Berufungsverfahren ist allerdings zusätzlich zu beachten, dass die Berufungsinstanz am 23. Oktober 2015 bezüglich der vom Beklagten erhobenen Widerklage einen Rückweisungsentscheid gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO erlassen hat (Urk. 112). Ein solcher Rückweisungsentscheid ist nach allgemeinen Grundsätzen nicht nur für die erste Instanz verbindlich, sondern er kann auch von der rückweisenden Instanz später nicht mehr in Frage gestellt werden. Dies gilt namentlich auch für Rückweisungsentscheide, die von oberen kantonalen Gerichten auf Rechtsmittel nach der ZPO hin ergehen. Soweit in einem kantonalen Rechtsmittel gegen den erstinstanzlichen Endentscheid die Erwägungen im früheren Rückweisungsentscheid der oberen kantonalen Instanz angefochten werden, fehlt der betreffenden Partei das Rechtsschutzinteresse am Rechtsmittel, weshalb die obere kantonale Instanz auf solche Rügen von vornherein nicht eintritt (BGer 4A_662/2016 vom 11. Mai 2017 E. 1.5., zur Publikation bestimmt).

4.2. Berufungsantrag Ziff. 1. Die Kammer hat mit ihrem Teilurteil vom 23. Oktober 2015 die Hauptklage der Klägerin in vollem Umfange gutgeheissen (Urk. 112 S. 56 Dispositiv-Ziff. 1). Der vom Beklagten dagegen an das Bundesgericht erhobene Beschwerde blieb der Erfolg versagt (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 30. März 2016, Urk. 115). Das vom Beklagten gegen diesen Bundesgerichts-

scheid erhobene Revisionsgesuch wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 20. Juni 2016 abschlägig beschieden (Urk. 165). Mit diesem Entscheid setzte das Bundesgericht dem Beklagten auseinander, dass es mit seinem Urteil vom 30. März 2016 "die Gutheissung der Teilklage der Gesuchsgegnerin [= Klägerin] bestätigte und im Übrigen auf die Beschwerde nicht eintrat" (Urk. 165). Damit steht fest, dass über die von der Klägerin erhobene Hauptklage rechtskräftig entschieden wurde.

4.2.1. Dennoch stellt der Beklagte mit dem Berufungsantrag Ziff. 1 den Antrag, es sei "die Klage abzuweisen". Avisiert ist damit die von der Klägerin im Sinne einer Teilklage anhängig gemachte Hauptklage, die nach dem Gesagten vom Bundesgericht am 30. März 2016 rechtskräftig gutgeheissen wurde. Die Überprüfung dieses Bundesgerichtsentscheides ist im Rahmen dieses Berufungsverfahrens selbstredend nicht möglich. Auf den Berufungsantrag Ziff. 1 ist daher ohne weiteres nicht einzutreten.

4.2.2. Der Beklagte scheint sich allerdings mit dem Argument über die prozessuale Ordnung hinwegsetzen zu wollen, dass sämtliche ergangenen Urteile wegen der falschen Besetzung des bezirksgerichtlichen Spruchkörpers nichtig seien und dass eine solche "Nichtigkeit ... jederzeit und unabhängig von der Rechtskraft vorgebracht werden" könne (vgl. Urk. 130 Rz 12). Dem ist allerdings nicht so. Eine Partei, die der Auffassung ist, dass die verfassungsmässige Garantie auf ein durch Gesetz geschaffenes Gericht gemäss Art. 30 Abs. 1 BV verletzt sei, hat das sowohl im kantonalen als auch gegebenenfalls im eidgenössischen Rechtsmittelverfahren zu rügen. Das jedenfalls hat der Beklagte im ersten Berufungsverfahren und im daran anschliessenden bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren unterlassen, wie sich aus den Entscheiden der Berufungsinstanz vom 23. Oktober 2015 (Urk. 112) und des Bundesgerichts vom 30. März 2016 (Urk. 115) ohne weiteres ergibt. Ein Gerichtsurteil, das wegen unzulässiger Auswechslung von Richtern in Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV ergangen ist, ist ohnehin lediglich anfechtbar und nicht etwa nichtig. Dazu kommt, dass der Beklagte rechtsmissbräuchlich bzw. zu Unrecht geltend macht, es sei im vorliegenden Fall Art. 30 Abs. 1 BV verletzt worden (vgl. dazu oben E. 3).

4.2.3. Eine andere Begründung für die angebliche Nichtigkeit aller bisher ergangenen Urteile liefert der Beklagte sodann auch im Zusammenhang mit der Beurteilung seiner ersten Berufung durch die Berufungsinstanz. Die mit seiner ersten Berufung vorgetragene prozessualen Argumente bezüglich der Widerklage habe die Berufungsinstanz – so der Beklagte – einfach übergangen. Eine solche schwere Gehörsverletzung führe zur Nichtigkeit aller ergangener Urteile (Urk. 130 Rz 14 S. 8; vgl. dazu auch unten E. 4.4.). Auch diese Darlegungen sind unhaltbar. Sollte die Berufungsinstanz zu Unrecht massgebliche Argumente des Beklagten übergangen haben, so hätte der Beklagte sich mit den vom Gesetz vorgesehenen Rechtsmitteln wehren müssen. Die vom Beklagten geschilderten Gehörsverletzungen führen bestenfalls zur Anfechtbarkeit gerichtlicher Entscheide, nicht aber zu deren absoluter Nichtigkeit, wie das dem Beklagten vorschwebt.

4.3. Antrag auf Aufhebung des Urteils des Bezirksgerichts vom 12. Dezember 2014. Mit dem Ingress seines Berufungsantrages verlangt der Beklagte unter anderem die Aufhebung des ersten bezirksgerichtlichen Urteils vom 12. Dezember 2014. Auch auf diesen Antrag ist nicht einzutreten, denn dem Beklagten geht ein schutzwürdiges Interesse von vornherein ab (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO): Hinsichtlich der Hauptklage erging im Berufungsverfahren durch die Bestätigung des angefochtenen Urteils (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO) ein neuer, den bezirksgerichtlichen Entscheid ersetzender Sachentscheid der Berufungsinstanz; und im Übrigen wurde das Urteil des Bezirksgerichts vom 12. Dezember 2014 hinsichtlich seiner Dispositiv-Ziff. 2 bis 6 durch den Entscheid der Berufungsinstanz vom 25. Oktober 2015 aufgehoben. Für die vom Beklagten angebehrte zweite Aufhebung dieses Urteils gibt es keinen Raum. Der Beklagte verlangt mit dem Ingress seines Berufungsantrages überdies auch die förmliche Aufhebung des bezirksgerichtlichen Urteils vom 1. November 2016. Diesem Antrag ist keine selbständige Bedeutung zuzumessen, ist es doch Aufgabe der Berufungsinstanz dieses Urteil im Rahmen des Berufungsverfahrens zu überprüfen.

4.4. Prozessuale Fragen der Widerklage. Der Beklagte beanstandet mit seiner Berufung den Rückweisungsentscheid der Berufungsinstanz. So führt er aus, dass sowohl für die Parteien als auch für die Vorinstanz und das Bundesgericht

eine missliche Lage entstanden sei, weil die Berufungsinstanz mit ihrem Rückweisungsentscheid den Sinn und Gehalt einer negativen Feststellungswiderklage als Antwort auf eine Teilklage nicht verstanden habe. Mit der negativen Feststellungswiderklage verlange der Feststellungswiderkläger die Beurteilung des Gesamtanspruches des Klägers mit der Feststellung, dass er im Übrigen nichts schulde. Damit werde nach Lehre und Rechtsprechung eine Klageprovokation vorgenommen, mit welcher der Kläger aufgefordert werde, seinen Gesamtanspruch zu beziffern. Die negative Feststellungswiderklage sei zulässig, damit die beklagte Partei sich nicht mit zahlreichen Teilklagen abgeben müsse und der Gesamtanspruch in einem einzigen Prozess abgehandelt werde. Obwohl der Berufungsinstanz "die Rechtslage bei der negativen Widerfeststellungsklage mit nicht zu überbietender Deutlichkeit dargelegt wurde", dass nämlich mit der Widerklageantwort der Gesamtanspruch zu beziffern sei, habe *die Berufungsinstanz "mit der unsinnigen Rückweisung" an die erste Instanz die Ausführungen in der Berufungsschrift einfach ignoriert*. Der Berufungsinstanz sei es offensichtlich *"um eine Abstrafung des nicht vergleichswilligen Beklagten"* gegangen, indem die Beurteilung des Gesamtanspruches verweigert und stattdessen *"dem Beklagten zur Strafe" weitere prozessuale Schritte auferlegt* worden seien. Die Berufungsinstanz habe die klaren und unmissverständlichen Hinweise des Beklagten einfach ignoriert und die Vorinstanz mit falschen Vorgaben verpflichtet, eine *"Feststellung (ohne Leistungspflicht!) über ein Schuldverhältnis auf Geld zu fällen"*. Eine derart schwere Gehörsverletzung führe zur Nichtigkeit aller ergangener Urteile (Urk. 130 Rz 14).

Auf all das ist nicht einzugehen. Nach dem Gesagten ist die Berufungsinstanz an ihre Argumentation im Rückweisungsbeschluss gebunden. Die Berufung wird daher bezüglich der Widerklage im Rahmen der Vorgaben des Rückweisungsbeschlusses vom 23. Oktober 2015 zu prüfen sein.

4.5. Sog. "Etappierung" des Berufungsverfahrens. Der Umstand, dass der Beklagte mit der Berufung die Besetzung des vorinstanzlichen Spruchkörpers beanstandete, veranlasste die Berufungsinstanz im Sinne von BGE 142 I 93 E. 8.2, das Bezirksgericht aufzufordern, "die Gründe für den Wechsel nachträglich anzu-

geben". Die Vorinstanz tat das dann mit ihrem Amtsbericht vom 28. Februar 2017 (Urk. 142). Mit Verfügung vom 2. März 2017 wurde den Parteien in der Folge Frist angesetzt, um zu diesem Amtsbericht Stellung zu nehmen (Urk. 143). Die Klägerin tat das mit Eingabe vom 7. März 2017 (Urk. 144).

Der Beklagte stellt sich nun auf den Standpunkt, mit dieser Eingabe vom 7. März 2017 habe die Klägerin ihre Berufungsantwort erstattet. Die Berufungsantwort dürfe "nicht etappiert eingereicht werden", weshalb alle Eingaben der Klägerin, die nach dem 7. März 2017 erstattet wurden, "aus dem Recht zu weisen" seien (Urk. 155B S. 4). Das ist abwegig: Die erwähnte Eingabe der Klägerin vom 7. März 2017 war nicht die Berufungsantwort, sondern erfolgte auf die besondere Fristansetzung der Berufungsinstanz vom 2. März 2017 hin. Die Berufungsantwort erstattete die Klägerin demgegenüber rechtzeitig am 28. März 2017 (Urk. 150), und zwar auf die frühere Fristansetzung gemäss Verfügung vom 10. Februar 2017 hin (Urk. 138). Dem erwähnten Antrag des Beklagten kann daher keine Folge gegeben werden.

4.6. Die Frage der Verzeigung von Rechtsanwalt X. _____ gemäss Art. 15 BGFA. In ihrer Stellungnahme zum Amtsbericht der Vorinstanz betreffend die Zusammensetzung des Spruchkörpers liess die Klägerin durch ihren Anwalt ausführen, dass von einer Verletzung des Rechts auf einen verfassungsmässigen Richter keine Rede sein könne (Urk. 144 S. 2). Und sie fuhr fort:

"Wenn der Berufungskläger dies anders sieht, ist es seiner subjektiven Wahnvorstellung zuzuschreiben, er werde von allen Instanzen, angefangen bei der Honorarkommission des Zürcher Anwaltsverbands bis hin zum Bundesgericht, benachteiligt und ungerecht behandelt".

Der Beklagte verlangt nun, dass von der Berufungsinstanz die Verzeigung des Anwaltes der Klägerin, Rechtsanwalt lic. iur X. _____, "von Amtes wegen" bei der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte zu prüfen sei (Urk. 155B S. 2). Der erwähnte Passus in der Rechtschrift der Klägerin, für den anwaltsrechtlich in der Tat ihr Anwalt geradezustehen hat, beinhaltet durchaus eine harte Wertung des Verhaltens des Beklagten in einer allerdings auch sehr harten prozessualen Auseinandersetzung. Die Berufungsinstanz ist nicht der Meinung, dass hier die Voraussetzungen für eine Meldung gemäss Art. 15 BGFA gegeben

sind. Wenn der Beklagte anderer Meinung sein sollte, steht es ihm frei, der zuständigen Aufsichtsbehörde von sich aus und in eigener Verantwortung eine Meldung zu machen.

4.7. Eingabe des Beklagten in der Phase der Urteilsberatung. Mit Verfügung vom 1. September 2017 wurde den Parteien eröffnet, dass im Berufungsverfahren weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Berufungsverhandlung stattfindet und dass die Sache in die Phase der Urteilsberatung gehe (Urk. 163 Dispositiv-Ziff. 1 und 2). Diese Verfügung wurde dem Beklagten am 12. September 2017 zugestellt (Urk. 163 Anhang). Wenige Tage später, am 18. September 2017, erstattete der Beklagte der Berufungsinstanz eine weitere Eingabe und machte Ausführungen zur Sache. Er legte dabei umfangreiche weitere Unterlagen vor (Urk. 166, 167, 168/1-11).

Nach der Rechtsprechung können neue Tatsachen und Beweismittel, die bis zum Beginn der oberinstanzlichen Beratungsphase entstehen, unter den Voraussetzungen des Art. 317 Abs. 1 ZPO noch im Berufungsprozess vorgebracht werden. Nach diesem Zeitpunkt können solche Noven nur noch im Rahmen einer Revision nach Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO geltend gemacht werden (BGE 143 III 42 E. 5.1, 142 III 413 E. 2.2.6). Auf die Vorbringen des Beklagten gemäss seiner Eingabe vom 18. September 2017 ist daher von vornherein nicht einzugehen. Davon abgesehen, unternimmt der Beklagte nicht einmal den Versuch, der Berufungsinstanz darzulegen, weshalb seine Vorbringen während der Phase der Urteilsberatung zulässig sein sollen. Die Eingabe des Beklagten vom 18. September 2017 (Urk. 166) ist unter allen Titeln unzulässig. Sie ist zusammen mit den Beilagen (Urk. 167 und 168/1-11) aus dem Recht zu weisen.

5. Materielle Beurteilung der Widerklage

5.1. Die erstinstanzlichen Vorträge zur Widerklage. Im erstinstanzlichen Verfahren haben die Parteien ihre Vorträge zur Widerklage wie folgt erstattet:

- Beklagter und Widerkläger zur Begründung der Widerklage: Urk. 20 Rz 175 und 176;

- Klägerin und Widerbeklagte zur Widerklageantwort: Prot. I S. 21 f. (mündlicher Vortrag anlässlich der Hauptverhandlung vom 3. Juni 2013);
- Beklagter und Widerkläger zur Widerklagereplik: Urk. 39 S. 2 (*Verzicht auf Widerklagereplik gemäss der Rechtsschrift vom 23. September 2013*);
- Wahrung des sog. "Replikrechts" (Stellungnahme Widerbeklagte gemäss Eingabe vom 10. Dezember 2013, Urk. 51; Stellungnahme Widerkläger gemäss Eingabe vom 18. März 2014, Urk. 66).

5.2. Die Vorgaben des Rückweisungsbeschlusses vom 23. Oktober 2015 (Urk. 112). Mit ihrem Rückweisungsbeschluss vom 23. Oktober 2015 machte die Berufungsinstanz die folgenden für das zweite Berufungsverfahren verbindlichen Vorgaben:

5.2.1. Zunächst erwähnte die Berufungsinstanz im Beschluss vom 23. Oktober 2015 die These des Beklagten, wonach die Klägerin mit Haupt- und Widerklage mangels präziser Bezifferung des Gesamtanspruchs "kein gültiges Rechtsbegehren" habe stellen lassen. Der Beklagte sei der Auffassung, dass seine negative Feststellungswiderklage mit einem weiteren Leistungsbegehren zu beantworten gewesen wäre. Demgegenüber sei der klägerische Gesamtanspruch im Missachtung von Art. 84 Abs. 2 ZPO nicht beziffert worden. Die von der Klägerin gestellten Rechtsbegehren seien unverständlich, unsinnig und nicht justiziabel. Die Abweisung einer negativen Feststellungsklage sei – so der Beklagte weiter – prozessual gar nicht möglich. Aus diesem Grunde sei die Widerklage gutzuheissen (Urk. 112 E. III/3.1 S. 11). Diese These des Beklagten wies die Berufungsinstanz zurück. Einerseits sei die Hauptklage sehr wohl beziffert worden. Eine negative Feststellungsklage zwingt den Hauptkläger einzig dazu, den Gesamtanspruch, dessen er sich berühme, und dessen Fundament substantiiert darzulegen und gegebenenfalls auch zu beweisen. Dazu sei das Rechtsbegehren der Hauptklage indessen weder zu erweitern noch sei der Gesamtanspruch mittels Leistungsklage geltend zu machen. Die Hauptklage bleibe eine Teilleistungsklage, auch wenn nunmehr der Gesamtanspruch den Streitgegenstand bilde. Der Beklagte gehe darüber hinweg, dass die Klägerin ihren Gesamtanspruch bereits in der Klageschrift beziffert und substantiiert habe. So habe die Klägerin im Einzelnen ausgeführt, dass sie nebst den mit der Hauptklage eingeklagten Fr. 65'629.60 über ei-

nen weiteren Rückerstattungsanspruch von Fr. 49'421.75 und einen Schadenersatzanspruch von Fr. 49'500.– verfüge. Das ergebe eine Gesamtforderung von Fr. 164'551.35. Eine negative Feststellungsklage könne durchaus abgewiesen werden. Ein Urteil, mit dem eine negative Feststellungsklage abgewiesen werde, stelle positiv fest, dass das fragliche Recht oder Rechtsverhältnis bestehe, denn die Abweisung einer negativen Feststellungsklage bewirke die Rechtskraft bezüglich des vom Feststellungskläger geleugneten Anspruchs. Entgegen der Auffassung der Klägerin sei die negative Feststellungsklage allerdings nicht bereits dann vollumfänglich abzuweisen, wenn sich herausstellen sollte, dass der Beklagte der Klägerin irgendetwas noch schulde. Auch aus der Gutheissung einer Teilklage folge nicht ohne weiteres die gänzliche Abweisung der Widerklage; vielmehr sei der über "den offenen Franken" bzw. über die Teilklage hinaus maximal geschuldete Betrag festzustellen. Es sei daher zu prüfen, in welchem Betrag die ganze Forderung zu Recht bestehe, da das Begehren um Feststellung, dass nichts geschuldet sei, als Minus ohne weiteres auch das Begehren um Feststellung des maximal geschuldeten Betrags enthalte (Urk. 112 E. III/3.2 S. 11 f.).

5.2.2. Weiter führte die Berufungsinstanz im Rückweisungsbeschluss vom 23. Oktober 2015 aus, auch eine negative Feststellungsklage müsse einen bestimmten Klageantrag enthalten und einen bestimmten Klagegrund nennen, denn auch der Gegenstand der negativen Feststellungsklage müsse von anderen Streitgegenständen unterschieden werden können. Unzulässig sei deshalb die Klage auf Feststellung, dass der Kläger dem Beklagten nichts schulde, denn eine solche Klage habe keinen Gegenstand. Das Widerklagebegehren des Beklagten sei jedoch unter Berücksichtigung seiner Begründung auszulegen. Darin werde der konkrete Schuldgrund bzw. Schuldgegenstand angegeben. Nach den Ausführungen des Beklagten habe nämlich zwischen den Parteien ausschliesslich ein Anwalt-Klienten-Verhältnis bestanden. Daher beziehe sich die Widerklage auf den gleichen Lebensvorgang wie die Klage, nämlich die unbestrittene Mandatsbeziehung der Parteien. Damit sei die negative Feststellungsklage genügend individualisiert (Urk. 112 E. 14.4 S. 52 f.).

5.2.3. Im Rückweisungsbeschluss vom 23. Oktober 2015 wurde weiter ausgeführt, dass die Vorinstanz das Feststellungsinteresse des Beklagten zu Recht bejaht habe, denn das Bundesgericht bejahe in ständiger Rechtsprechung "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". Nach überwiegender Meinung gelte das auch im Fall der unechten Teilklage, zumindest in Fällen, wie dem vorliegenden, in dem sich alle Ansprüche aus demselben Rechtsgrund ergäben. Im vorliegenden Fall habe die Klägerin die Ansprüche, derer sie sich über das gestellte Rechtsbegehren hinaus berühme, "in der Klageschrift aufgeführt und begründet (Eventualbegründungen 1 bis 7, Schadenersatzanspruch)". Zu präzisieren sei allerdings, dass sich eine nach der Leistungsklage erhobene negative Feststellungswiderklage nur auf den die Hauptklage übersteigenden Teil des Gesamtanspruchs beziehen könne, denn im Umfang der Leistungsklage wäre sie zufolge anderweitiger Rechtshängigkeit unzulässig (Urk. 112 E. 14.5 S. 53).

5.2.4. Alsdann führte die Berufungsinstanz im Rückweisungsbeschluss vom 23. Oktober 2015 aus, dass die Umkehr der Parteirollen bei der negativen Feststellungsklage nichts an der Behauptungs- und Beweislast ändere. Dem Feststellungsbeklagten obliege es, die rechtsbegründenden Tatsachen für den Bestand des vom Feststellungskläger bestrittenen Rechts bzw. Rechtsverhältnisses darzulegen. Der Feststellungskläger könne sich demgegenüber darauf beschränken, das Klagefundament zu bestreiten und den Gegenbeweis zu leisten oder gegebenenfalls den Hauptbeweis für rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen zu erbringen. Das habe die Vorinstanz mit ihrem ersten Urteil vom 12. Dezember 2014 verkannt, indem sie vom Beklagten und Widerkläger substantiierte Behauptungen darüber verlangt habe, dass er der Klägerin nichts mehr schulde. Damit habe die Vorinstanz die Behauptungslast für den Nichtbestand der Gesamtforderung zu Unrecht dem Beklagten zugewiesen und insofern das Recht falsch angewendet (Urk. 112 E. 14.6 S. 54).

5.2.5. Schliesslich legte die Berufungsinstanz mit ihrem Rückweisungsbeschluss vom 23. Oktober 2015 dar, dass es Sache der Klägerin sei, ihren gesamten An-

spruch, dessen sie sich berühme, zu beziffern und zu begründen. Dies habe die Klägerin allerdings bereits mit der Klageschrift getan. Dort habe sie nämlich im Einzelnen begründet, dass ihr nebst dem mit der Hauptklage eingeklagten Anspruch von Fr. 65'629.60 weitere Ansprüche zustünden, nämlich:

- in Urk. 2 Rz 98 S. 27: Fr. 49'421.75 weitere Rückerstattungsansprüche/Honorarkürzungen gemäss den Eventualbegründungen 1 bis 7;
- in Urk. 2 Rz 101 S. 28: Fr. 49'500.00 Schadenersatz.

Diese weiteren Ansprüche habe der Beklagte mit seiner Klageantwort, mit der er gleichzeitig auch Widerklage erhoben habe, bestritten, worauf die Klägerin in der Widerklageantwort auf die Klageschrift verwiesen habe. Die Vorinstanz habe lediglich den Eventualanspruch 1 ("EBK-Verfahren") näher geprüft und geschützt. Demgegenüber habe die Vorinstanz die Eventualansprüche 2 bis 7 und den Schadenersatzanspruch nicht näher auf ihre Begründetheit hin untersucht, obwohl sie mit ihrem ersten Urteil vom 12. Dezember 2014 die Widerklage abgewiesen und damit positiv festgestellt habe, dass diese weiteren Ansprüche der Klägerin bestünden. Diese Abweisung der Widerklage habe indes darauf beruht, dass die Vorinstanz fälschlicherweise angenommen habe, dass sie mangels hinreichender Substantiierung seitens des Beklagten nicht zur weiteren Prüfung der von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche verpflichtet sei. In der vorliegenden Konstellation hätte die Vorinstanz auch die Eventualansprüche 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 (Urk. 112 E. III/14.7 S. 54 f.). In Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO wurde die Sache daher bezüglich der vom Beklagten erhobenen Widerklage an die Vorinstanz zurückgewiesen.

5.2.6. Massgebend ist schliesslich auch ein neuester und zur Publikation bestimmter Bundesgerichtsentscheid BGer 4A_576/2016 vom 13. Juni 2017. Dort wird festgehalten, dass mittels negativer Feststellungswiderklage der Beklagte und Widerkläger im Sinne von Art. 88 ZPO verlange, dass der über die Teilklage hinausgehende, nichteingeklagte Teilanspruch nicht bestehe (E. 4.1.). Die mit einer Teilklage konfrontierte beklagte Partei habe ein rechtliches Interesse daran, durch Widerklage den Nichtbestand des behaupteten Anspruches oder des

Schuldverhältnisses feststellen zu lassen. Die Erhebung einer Leistungsklage bedeute nicht nur die Anmassung des eingeklagten Teilanspruchs selbst, sondern zugleich auch des gesamten Forderungsrechts als deren notwendige Grundlage, weshalb der Beklagte in diesem vollen Umfang durch die gegen sie erhobene Klage in ihrer Privatrechtssphäre beeinträchtigt werde (E. 4.3.1.). Dies muss namentlich auch dann gelten, wenn – wie das hier die Klägerin getan hat – eine unechte Teilklage mit verschiedenen Eventualpositionen begründet wird.

5.3. Übersicht über die Ansprüche der Klägerin. Die Vorinstanz gibt im angefochtenen Urteil abschliessend einen zutreffenden Überblick über die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche (Urk. 131 S. 32 E. 3.): Geltend gemacht wurde mit der rechtskräftig vollständig gutgeheissenen Hauptklage ein Betrag von Fr. 65'629.60. Der mit der Hauptklage geltend gemachte Betrag wurde im Sinne einer Eventualbegründung hilfsweise mit Eventualpositionen bzw. Eventualanträgen im Betrage von Fr. 49'421.75 begründet, und zwar wie folgt:

Eventualantrag 1	Fr. 12'468.00
Eventualantrag 2	Fr. 3'506.00
Eventualantrag 3	Fr. 4'449.00
Eventualantrag 4	Fr. 600.00
Eventualantrag 5	Fr. 20'222.75
Eventualantrag 6	Fr. 3'000.00
Eventualantrag 7	Fr. 5'176.00
Total	Fr. 49'421.75

Dazu kommt ein von der Klägerin zur Begründung der Hauptklage hilfsweise geltend gemachter Schadenersatzanspruch von Fr. 49'500.00, so dass sich die negative Feststellungswiderklage des Beklagten auf von der Klägerin angemassete Ansprüche von insgesamt Fr. 98'921.75 bezieht. Haupt- und Widerklage haben damit einen Streitwert von Fr. 164'551.35. Da für die Guttheissung der Hauptklage von dem widerklageweise bestrittenen Eventualantrag 1 ein Betrag von Fr. 8'906.60 bereits herangezogen wurde (vgl. unten E. 5.4.), geht es bei der negativen Feststellungswiderklage nur noch um einen Betrag von Fr. 90'015.15.

Soweit die Vorinstanz die Widerklage gutgeheissen hat, ist das vorinstanzliche Urteil unangefochten geblieben, weshalb insoweit das angefochtene Urteil

rechtskräftig ist. Gemäss dem Dispositiv des angefochtenen Urteils wurde die negative Feststellungswiderklage im Umfange von Fr. 32'253.75 gutgeheissen, und zwar wie folgt:

	Gutheissung durch Vorinstanz	vgl. unten Erwägung:
Eventualanspruch 1	Fr. 0.00	5.4.
Eventualanspruch 2	Fr. 3'506.00	5.5.
Eventualanspruch 3	Fr. 4'449.00	5.6.
Eventualanspruch 4	Fr. 0.00	5.7.
Eventualanspruch 5	Fr. 18'222.75	5.8.
Eventualanspruch 6	Fr. 900.00	5.9.
Eventualanspruch 7	Fr. 5'176.00	5.10.
Schadenersatz	Fr. 0.00	5.11.
Total	Fr. 32'253.75	

5.4. Eventualanspruch 1 (vgl. Urk. 2 Rz 65-68). Unter dem Titel "*Unnötiges und unnützes EBK-Verfahren*" verlangt die Klägerin vom Beklagten eine Rückerstattung von Fr. 12'468.00. Die Berufungsinstanz hat sich mit ihrem Urteil zur Hauptklage vom 23. Oktober 2015 sehr einlässlich mit diesem Posten auseinandergesetzt und ist dabei zum Schlusse gekommen, dass der Beklagte der Klägerin den Betrag von Fr. 12'468.00 "im Rahmen des von der Klägerin gestellten Rechtsbegehrens" zurückzuerstatten habe (Urk. 112 E. III/12 S. 45-50).

5.4.1. Im angefochtenen Urteil vom 1. November 2016 verwies die Vorinstanz zunächst auf ihr erstes Urteil vom 12. Dezember 2014, wo ausgeführt worden sei, dass der Beklagte seine Sorgfaltspflicht als Anwalt verletzt habe, da er der Klägerin zur Anzeige an die EBK geraten habe und seine auf dieser Fehleinschätzung beruhenden, mit Fr. 12'468.00 in Rechnung gestellten Arbeiten für die Klägerin insgesamt nutzlos und unbrauchbar gewesen seien. Da der Beklagte nach der "dortigen" Beurteilung dieser Forderungsposition jedoch nur zur Zahlung eines Teilbetrages von Fr. 8'906.60 verpflichtet worden sei, was der Differenz des bis dorthin als gegeben erachteten Rückforderungsanspruches der Klägerin von insgesamt Fr. 56'723.00 und der von ihr eingeklagten Gesamtsumme von Fr. 65'629.60 entsprochen habe, sei im Rahmen der Beurteilung der Widerklage festzuhalten, dass der Beklagte mit derselben Begründung auch zur Rückzahlung des Restbetrages von Fr. 3'561.40 verpflichtet sei. An anderer Stelle verwendete

die Vorinstanz die Wendung, dass der Betrag von Fr. 8'906.60 zum "Auffüllen" der "Hauptforderung" herangezogen worden sei (Urk. 131 S. 3, 7 und 32).

5.4.2. Mit der Berufung beanstandet der Beklagte, dass die Vorinstanz einfach auf ihr erstes Urteil vom 12. Dezember 2014 verweise (Urk. 130 S. 30). Die Rüge ist insoweit zutreffend, dass es auf das erwähnte vorinstanzliche Urteil gar nicht ankommen kann, sondern einzig auf das Urteil und den Rückweisungsbeschluss der Berufungsinstanz vom 23. Oktober 2015. In der Sache hat indessen – mit etwas anderer Begründung – die Berufungsinstanz gleich entschieden, wie das die Vorinstanz mit ihrem ersten Urteil getan hat. So wie die Vorinstanz hat die Berufungsinstanz die Hauptklage im Umfange von Fr. 65'629.60 gutgeheissen. Sie ging dabei davon aus, dass der Eventualanpruch gemäss Ziff. 1 ausgewiesen sei. Andererseits ging auch die Berufungsinstanz davon aus, dass für die vollumfängliche Gutheissung der Hauptklage im Umfange von Fr. 8'906.60 auf einen Eventualanpruch zurückgegriffen werden müsse (Urk. 112 S. 6 E. II/2.1, E. III/9.5.2. S. 29 und E. IV/2 S. 56). Auf diese rechnerischen Überlegungen geht der Beklagte mit seiner Berufung mit keinem Wort ein. Statt dessen möchte er das, was die Berufungsinstanz am 23. Oktober 2015 bereits beurteilt hat, neu beurteilt haben, was unzulässig ist (vgl. Urk. 130 Rz 28-30).

5.4.3. Die Vorinstanz kommt daher zum Schluss, dass der Beklagte "zur Rückzahlung des Restbetrages von Fr. 3'561.40 verpflichtet ist" (Urk. 131 S. 8). Der Beklagte ortet in diesem Zusammenhang einen Widerspruch zu Dispositiv-Ziff. 1 des angefochtenen Urteils, denn dieses enthalte keine Zahlungsverpflichtung (Urk. 130 Rz 29). Der Beklagte übersieht indessen, dass er eine negative Feststellungsklage erhoben hat. Eine solche ist insoweit abzuweisen, als den Beklagten eine Zahlungspflicht trifft. Ob aber ein Urteil, das eine negative Feststellungsklage abweist, als Vollstreckungstitel gegen den Feststellungskläger gelten kann, ist eine Frage, die in diesem Verfahren nicht zu beantworten ist (vgl. dazu aber immerhin BGE 134 III 656). Insgesamt ergibt sich, dass die Widerklage bezüglich eines Betrages von Fr. 8'906.60 gegenstandslos geworden ist. Die Vorinstanz hat das Verfahren nicht abgeschlossen; das ist nachzuholen. Bezüglich des Restbetrages von Fr. 3'561.40 ist die Widerklage aber abzuweisen.

5.5. Eventualanspruch 2 (vgl. Urk. 2 Rz 69-71). Unter dem Titel "*Verzeigung von RA E. _____ vor der Aufsichtskommission und Betreuung von RA E. _____*" verlangt die Klägerin die Rückerstattung eines Betrages von Fr. 3'506.00. Die Vorinstanz kam mit dem angefochtenen Urteil zum Schluss, dass der von der Klägerin geltend gemachte Rückforderungsanspruch nicht bestehe (Urk. 131 E. 2.2., S. 8-11). Das blieb vor Obergericht unangefochten. Damit steht fest, dass der Beklagte der Klägerin unter diesem Titel nichts schuldet. Insoweit wurde die Widerklage rechtskräftig gutgeheissen.

5.6. Eventualanspruch 3 (vgl. Urk. 2 Rz 72-74). Unter dem Titel "*Streitverkündungen und Schreiben an RA F. _____, an G. _____ AG und an H. _____ AG*" erhebt die Klägerin gegenüber dem Beklagten einen Rückerstattungsanspruch von Fr. 4'449.00. Die Vorinstanz kam mit dem angefochtenen Urteil auch hier zum Schluss, dass der von der Klägerin geltend gemachte Rückforderungsanspruch nicht bestehe (Urk. 131 E. II/2.3., S. 11-15). Auch insoweit blieb das Urteil der Vorinstanz vor Obergericht unangefochten. Damit steht fest, dass der Beklagte der Klägerin auch unter diesem Titel nichts schuldet. Auch insoweit wurde die Widerklage rechtskräftig gutgeheissen.

5.7. Eventualanspruch 4 (vgl. Urk. 2 Rz 75 f.). Unter dem Titel "*Einbezug eines deutschen Anwalts zur Erstattung eines Rechtsgutachtens über die Auslegung schweizerischem Recht unterstehender Verträge*" verlangt die Klägerin vom Beklagten die Rückerstattung eines Betrages von Fr. 600.00 (Urk. 2 Rz 75f.). Die Vorinstanz kam mit dem angefochtenen Urteil zum Schluss, dass der Beklagte der Klägerin diesen Betrag zurückzuerstatten habe (Urk. 131 E. II/2.5.S. 15-17). Zu diesem Punkt äussert sich der Beklagte mit der Berufung nicht (vgl. Urk. 130 Rz 30 f.). Es muss daher bei der Beurteilung der Vorinstanz sein Bewenden haben. Die Widerklage erweist sich damit in diesem Punkte als unbegründet. Insoweit ist sie daher abzuweisen.

5.8. Eventualanspruch 5 (vgl. Urk. 2 Rz 77-80). Unter dem Titel "*Gesamte Kosten des Rekursverfahrens vor Obergericht*" verlangt die Klägerin vom Beklagten die Erstattung eines Betrages von Fr. 20'222.75. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass der Beklagte der Klägerin von diesem Betrag den Teilbetrag von

Fr. 2'000.00 zu erstatten habe (Urk. 131 E. II/2.5. S. 17-23, insbesondere E. II/2.5.3. S. 21). Der Beklagte äussert sich mit der Berufung dazu nicht (vgl. Urk. 130 Rz 30 f.), weshalb es auch in diesem Punkte bei der vorinstanzlichen Beurteilung sein Bewenden haben muss. Die Widerklage wurde daher im Umfange von Fr. 18'222.75 durch das angefochtene Urteil rechtskräftig gutgeheissen. Im Umfange von Fr. 2'000.00 ist die Widerklage aber mit der Vorinstanz abzuweisen.

5.9. Eventualanpruch 6 (vgl. Urk. 2 Rz 81). Unter dem Titel "*Fragenkatalog für Referentenaudienz*" verlangt die Klägerin vom Beklagten die Erstattung eines Betrages von "knapp" Fr. 3'000.00 (in diesem Sinne die Klageschrift, vgl. Urk. 2 Rz 81). Es geht hier um das Honorar für den Aufwand des Beklagten im Hinblick auf die vom Bezirksgericht im Prozess zwischen der Klägerin und C. _____ auf den 16. April 2008 anberaumte Referentenaudienz.

5.9.1. Die Vorinstanz wies – im Berufungsverfahren unwidersprochen – zwei Positionen der Rechnung des Beklagten vom 13. Mai 2008 (Urk. 3/50) der Referentenaudienz vom 16. April 2008 zu, nämlich:

- 01.04.2008; "Vorbereitung - Instruktion"; 1,67 Stunden; Fr. 501.00;
- 07.04.2008; "Arbeit an Fragenkatalog"; 5.33 Stunden; Fr. 1'599.00.

Mit dem angefochtenen Urteil kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die beiden erwähnten Positionen vom 1. und 7. April 2008 der Klägerin zu Unrecht in Rechnung gestellt worden seien, weshalb der Beklagte der Klägerin den Betrag von Fr. 2'100.00 zurückzuerstatten habe (Urk. 131 E. II/2.6 S. 23-25). Der Beklagte beanstandet das mit seiner Berufung (Urk. 130 Rz 31-35), während die Klägerin in diesem Punkte die Bestätigung des angefochtenen Urteils verlangt (Urk. 150 Rz 50-53).

5.9.2. Weder im angefochtenen Urteil noch in den Rechtsschriften des Berufungsverfahrens wird darauf hingewiesen, dass das Bezirksgericht im Prozess zwischen der Klägerin und C. _____ im Hinblick auf die Referentenaudienz vom 16. April 2008 besondere Anordnungen getroffen hätte. Referentenaudienzen sind zu unterscheiden von blossen Vergleichsverhandlungen gemäss § 62

ZPO/ZH. Auszugehen ist daher von der gesetzlichen Ordnung gemäss § 118

ZPO/ZH. Diese Gesetzesvorschrift lautet wie folgt:

"Referentenaudienz

§ 118. ¹Das Gericht kann zur Vorbereitung oder Vereinfachung des Hauptverfahrens Referentenaudienzen anordnen, in denen die Parteien unter Androhung von Ordnungsstrafe gehalten sind, ihre sämtlichen Angriffs- und Verteidigungsmittel vorläufig bekannt zu geben.

²Eine Referentenaudienz kann auch angeordnet werden, um eine Partei zu veranlassen, ihr Vorbringen zu verdeutlichen, zu ergänzen, zu berichtigen oder zu vereinfachen, insbesondere im Sinne von § 55.

³Die Referentenaudienz kann mit einem Augenschein und mit einer Vergleichsverhandlung verbunden werden."

Auszugehen ist davon, dass die Referentenaudienz im Sinne von § 118 ZPO/ZH vor Abschluss des Hauptverfahrens, d.h. vor Erstattung von Replik und Duplik durch die Parteien, durchgeführt wurde. Der Beklagte macht geltend, dass der umfangreiche Fragenkatalog gemäss Urk. 3/72 anlässlich der Referentenaudienz dazu hätte dienen sollen, "mehr Informationen aufgrund der Rechenschaftspflicht von Herrn C._____ [= C._____] gemäss Art. 400 Abs. 1 OR zu erlangen für die Abfassung der Replik" (Urk. 130 S. 32 unten). Zu diesem Behufe war der Fragenkatalog allerdings untauglich: Die Referentenaudienz dient nicht dem Zwecke, die Gegenpartei in einem gemäss § 54 Abs. 1 ZPO/ZH vom Verhandlungsgrundsatz beherrschten Verfahren gleichsam in einem Kreuzverhör zur Rechenschaftsablage im Sinne von Art. 400 OR zu zwingen. Ein solcher materiellrechtlicher Anspruch wäre vielmehr zum Gegenstand eines besonderen Rechtsbegehrens zu machen gewesen, allenfalls im Rahmen einer Stufenklage (vgl. dazu Art. 85 Abs. 2 ZPO). Der Beklagte tut aber nicht dar, dass im Prozess der Klägerin gegen C._____ ein Begehren auf Rechenschaftsablage gestellt war. Und selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, wäre eine Referentenaudienz gemäss § 118 ZPO/ZH nicht eine Verhandlung gewesen, an der die Gegenpartei beliebig hätte befragt werden können. Das Gesetz sieht in § 118 Abs. 2 ZPO/ZH einzig die Ausübung der richterlichen Fragepflicht vor, welche indessen ausschliesslich in der Hand des Gerichts und nicht etwa in jener der Parteien liegt. Dazu kommt, dass die richterliche Fragepflicht an die engen Voraussetzungen von § 55 ZPO/ZH gebunden ist; über sie darf namentlich der Verhandlungsgrundsatz nicht ausser Kraft gesetzt werden. Somit ist der Vorinstanz im Ergebnis darin zuzustimmen, dass der vom Beklagten für die Referentenaudienz vorbereitete

Fragenkatalog untauglich war. Es gibt denn auch keine Hinweise dafür, dass der Beklagte vom Gericht zur Fragestellung gemäss seinem Katalog überhaupt zugelassen wurde. War aber die Arbeit des Beklagten in diesem Zusammenhang von vornherein untauglich, dann stand ihm für solches Bemühen auch keine Entschädigung zu. Der Fragenkatalog betrifft die Position vom 7. April 2008. Der entsprechende Betrag von Fr. 1'599.00 steht dem Beklagten daher nicht zu, was insoweit zu Abweisung der Widerklage führt. Dagegen gibt es keinen Anlass, auch die Position vom 1. April 2008 zu streichen. Sich auf die Referentenaudienz vorzubereiten und von der Klägerin Instruktionen einzuholen, hatte der Beklagte allemal. Damit steht der Klägerin unter diesem Titel lediglich ein Betrag von Fr. 1'599.00 und nicht ein solcher von Fr. 2'100.00 zu. Im Umfange von Fr. 501.00 ist die Widerklage daher gutzuheissen.

5.9.3. Auf Grund der Darlegungen der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass sie in diesem Zusammenhang einen weiteren Betrag von Fr. 900.00 keiner konkreten, von der Klägerin beanstandeten Position zuzuweisen vermochte. Das führte in diesem Punkte implizit zur Gutheissung der negativen Feststellungsklage. Vor Obergericht bleibt das unbeanstandet, weshalb das angefochtene Urteil in diesem Punkte in Rechtskraft erwachsen ist.

5.10. Eventualanspruch 7 (vgl. Urk. 2 Rz 82-88). Die Klägerin stellt sich sodann auf den Standpunkt, dass ihr unter dem Titel "*Übermässiger Aufwand für Kommunikation mit der Klägerin*" ein Rückerstattungsanspruch zustehe. Im angefochtenen Urteil wird in diesem Zusammenhang ein Betrag von Fr. 15'528.00 erwähnt (Urk. 131 S. 25). Allerdings ergibt sich aus der Klage, dass die Klägerin der Auffassung ist, der Beklagte habe ihr einen Drittel dieses Betrages, d.h. Fr. 5'176.00, zu erstatten (Urk. 2 Rz 88). Mit dem angefochtenen Urteil lehnte die Vorinstanz in diesem Zusammenhang eine Reduktion des dem Beklagten zustehenden Honorars ab (Urk. 131 E. II/2.7. S. 25-27). Das blieb vor Obergericht unangefochten. Damit steht fest, dass der Beklagte der Klägerin unter diesem Titel nichts schuldet. Insoweit wurde die Widerklage von der Vorinstanz rechtskräftig gutgeheissen.

5.11. Schadenersatzanspruch. Die Klägerin berührt sich weiter eines Schadenersatzanspruchs von Fr. 49'500.00. Sie stellt sich auf den Standpunkt, dass der

Beklagte bei vertragsgemäsem Handeln den anlässlich der Referentenaudienz vom 7. April 2008 abgeschlossenen Vergleich nicht für die Klägerin hätte widerrufen dürfen. Nach dem widerrufenen Vergleich hätte die Klägerin Prozesskosten von Fr. 53'500.00 tragen müssen. Gemäss dem schliesslich am 25. Januar 2010 unter Mitwirkung ihres derzeitigen Prozessanwalts abgeschlossenen Vergleich hätten die Prozesskosten demgegenüber Fr. 103'000.00 betragen. Die Differenz von Fr. 49'500.00 sei Schaden, den der Beklagte zu erstatten habe (Urk. 2 Rz 99-101). Zu dieser Thematik plädierten die Parteien vor Aktenschluss wie folgt:

- Klägerin: Urk. 2 Rz 99-101 (Klageschrift);
- Beklagter: Urk. 20 Rz 165-169 (Klageantwort bzw. Widerklagebegründung);
- Klägerin: Prot. I S. 22 (Hauptklagereplik bzw. Widerklageantwort);
- Beklagter: Urk. 39 S. 2: Verzicht auf Widerklagereplik.

Mit dem angefochtenen Urteil kam die Vorinstanz zum Schluss, dass der Beklagte der Klägerin schuldhaft einen Schaden von Fr. 49'500.00 verursacht habe (Urk. 131 S. 27-32). Demgemäss wies sie die Widerklage in diesem Punkte ab. Das wird vom Beklagten mit der Berufung angefochten.

5.11.1. Im interessierenden Zusammenhang waren die Parteien durch ein Anwaltsmandat verbunden, das die Klägerin dem Beklagten erteilt hatte. Im Rahmen dieses Mandates haftet der Beklagte der Klägerin nicht etwa für den Erfolg seiner Tätigkeit, sondern gemäss Art. 398 Abs. 1 und 2 OR einzig für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes, d.h. für "kunstgerechtes Tätigwerden". Ein Anwalt hat nicht für jede Massnahme oder Unterlassung einzustehen, welche gemäss nachträglicher Betrachtung den Schaden bewirkt bzw. vermieden hätte, denn das Prozessrisiko hat allein der Mandant zu tragen; er kann es nicht über die Verantwortlichkeit des Anwalts auf diesen verlagern. Der Sorgfaltsmassstab richtet sich daher nach den Fähigkeiten, Fachkenntnissen und Eigenschaften des Beauftragten, die der Auftraggeber gekannt hat oder hätte kennen müssen. Ob eine Verletzung der anwaltlichen Sorgfaltspflichten vorliegt, ist stets anhand des konkreten Falls zu prüfen. Dabei liegt die Grenze zwischen vertretbarem und unvertretbarem Vorgehen im Spannungsfeld zwischen der gefahrgeneigten Tätigkeit des Anwalts und seiner obrigkeitlich bekräftigten Fach-

kunde (BGE 127 III 397 E. 1b). Die Sorgfaltspflicht umfasst insbesondere auch die sorgfältige Beratung des Klienten, wobei der Hauptgegenstand dieser Beratung das Prozessrisiko ist. In der Vergleichssituation dauert die Belehrungspflicht des Anwaltes an, "erlangt aber einen breiteren Ermessensspielraum". Von einem objektiv ungünstigen Vergleich hat der Anwalt – trotz abweichender Stellungnahme des Gerichts – abzuraten (WALTER/SCHMID, Unsorgfältige Führung eines Anwaltsmandats, in: Haftung und Versicherung, Hrsg. Weber/Münch, 2.A., 2015, Rz 20.46 und 20.48). In der Literatur wird auf die "bedenkliche Entwicklung" in Deutschland hingewiesen, wo Anwälte vermehrt wegen angeblich unvoreilhafter Vergleichsabschlüsse belangt würden. So werde Anwälten vorgeworfen, sie hätten vom Vergleichsabschluss abraten müssen, weil im Entscheidfall mit einem wesentlich besseren Ergebnis hätte gerechnet werden können, als durch den Vergleich erzielt (SUMMERMATTER/GERBER, in: HAVE 2017, S. 4 FN 11). SUMMERMATTER/GERBER (a.a.O.) ist jedenfalls zuzustimmen, wenn sie schreiben, dass man sich – von klaren Fällen abgesehen – hüten sollte, einer solchen Praxis den Weg zu ebnen. Eine solche Praxis stehe nämlich "nicht nur der hiesigen Streitbeilegungskultur diametral entgegen, sondern blendet komplett aus, dass es meist nicht (nur) rechtliche Aspekte sind, die die Parteien nach einem raschen Verfahrensabschluss suchen lassen". Nicht grundsätzlich anders verhält es sich, wenn dem Anwalt, wie hier, als Sorgfaltswidrigkeit vorgeworfen wird, dass er *nicht* zu dem vom Gericht vorgeschlagenen Vergleich geraten hat.

Der Klägerin, die sich im vorliegenden Prozess auf den Standpunkt stellt, ihr stehe wegen mangelhafter Erfüllung des Auftrages im Sinne von Art. 97 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 398 OR Schadenersatz zu, obliegt im Zusammenhang mit der vom Beklagten erhobenen negativen Feststellungsklage gemäss Art. 8 ZGB die Behauptungs- und Beweislast hinsichtlich des Schadens, der Vertragsverletzung sowie des Kausalzusammenhanges zwischen der Vertragsverletzung und dem geltend gemachten Schaden (vgl. BGer 4A_588/2011 vom 3. Mai 2012, E. 2.2.2).

5.11.2. Fest steht, dass die bezirksgerichtliche Referentin in dem von der Klägerin gegen C._____ geführten Prozess anlässlich der Referentenaudienz vom 8. April 2008 einen Vergleich vorschlug, welcher von den Parteien anlässlich der erwähn-

ten Verhandlung unterzeichnet wurde, wobei in den Vergleich ein bis zum 29. April 2008 befristeter Widerrufsvorbehalt aufgenommen wurde (Urk. 2 Rz 17, Urk. 3/12). In der Folge wandte sich der Beklagte mit Brief vom 16. April 2008 an die Klägerin (Urk. 3/13) und schlug ihr den Widerruf des Vergleichs vor. Entsprechend der Instruktion der Klägerin widerrief der Beklagte in der Folge den Vergleich (Urk. 2 Rz 18). Im Zeitpunkt des Widerrufs des Vergleichs lag nach dem zürcherischen Prozessrecht der Aktenschluss noch nicht vor. Vielmehr konnten die Parteien mit ihren zweiten Vorträgen unbeschränkt weitere Tatsachen in den Prozess einführen. Der Beklagte verfasste jedenfalls für die Klägerin am 1. September 2008 eine erste – wegen Weitschweifigkeit vom Bezirksgericht am 5. Oktober 2008 zurückgewiesene – 258-seitige Replikschrift (Urk. 3/15 und 3/18). Am 27. Oktober 2008 erstattete der Beklagte für die Klägerin eine verbesserte 100-seitige Replikschrift, worauf die Gegenpartei mit einer 54-seitigen Rechtsschrift duplizierte (Urk. 2 Rz 23; Urk. 3/20). Schliesslich wurde – nach der Niederlegung des Mandates durch den Beklagten – am 25. Januar 2010 von der Klägerin und C. _____ ein Vergleich geschlossen (Urk. 3/21), worauf der Prozess vom Bezirksgericht Zürich am 8. Februar 2010 abgeschrieben wurde (Urk. 3/22).

5.11.3. Es trifft zu, dass der am 25. Januar 2010 abgeschlossene Vergleich der Klägerin Fr. 49'500.00 höhere Prozesskosten eintrug als der frühere am 8. April 2008 abgeschlossene und von der Klägerin auf Empfehlung des Beklagten widerriefene Vergleich. Es greift indessen deutlich zu kurz, allein aus diesem Umstand auf eine Sorgfaltswidrigkeit des Beklagten zu schliessen. Wie sich ein Prozess ohne Vergleichsabschluss entwickeln könnte, lässt sich kaum je mit Sicherheit voraussagen. Zu bedenken ist auch, dass jedem Prozess ein aleatorisches Element anhaftet. Aus dem Umstand allein, dass das referierende Gerichtsmitglied auf die Erledigung eines Prozess in einem bestimmten Sinne drängt, lässt sich weder schliessen, dass im Entscheidfall auch so entschieden worden wäre und dass der gegenteilige Prozessstandpunkt geradezu als aussichtslos angesehen werden muss. Im vorliegenden Fall ist sodann von Belang, dass der erste Vergleich vor Aktenschluss und der zweite Vergleich aber erst nach Aktenschluss abgeschlossen wurde. Die Klägerin äussert sich weder dazu, weshalb der Widerruf des abgeschlossenen Vergleichs sorgfaltswidrig gewesen sein soll, noch dazu,

ob der Prozessstoff nach dem zweiten Schriftenwechsel unverändert blieb. Demgegenüber wiederholt der Beklagte vor Obergericht seinen schon vor der Vorinstanz eingenommenen Standpunkt, dass der Prozess mit der Replik auf eine neue Grundlage gestellt worden sei (Urk. 130 Rz 41 und vor erster Instanz Urk. 20 Rz 57 ff., 167). Dazu fehlt aber im erstinstanzlichen Verfahren eine Stellungnahme der Klägerin (Prot. I S. 20). Entgegen ihrer Meinung ist dieses vom Beklagten mit der Berufung vorgetragene Argument nicht neu (Urk. 130 Rz 64). Nicht weiter führt der Hinweis der Klägerin in der Berufungsantwort, dass die namens des C._____ erstattete Duplik schonungslos aufgezeigt habe, dass die Argumente der vom Beklagten verfassten Replik nicht zum Obsiegen der Klägerin hätten führen können (vgl. Urk. 150 Rz 66). Es genügt nicht einfach auf diese Rechtsschrift hinzuweisen, die im Rahmen der erstinstanzlichen Replik ins Recht gelegt wurde (Urk. 30/21). Vielmehr wäre es Sache der Klägerin gewesen, die vom Beklagten Schadenersatz verlangt, in ihren erstinstanzlichen Parteivorträgen dieses Prozesses darzutun, warum dem so war und weshalb der Prozess bei Aktenschluss noch immer am gleichen Punkte stand wie anlässlich der Referentenaudienz vom 8. April 2008. Neu und damit unzulässig ist auch das Argument, dass die vom Beklagten für die Klägerin eingereichte Klage ohnehin hätte abgewiesen werden müssen, weil in falscher Währung geklagt worden sei (Urk. 150 Rz 66). Der Klägerin hilft es daher nicht, wenn sie mit der Berufungsantwort ausführt, dass die bezirksgerichtliche Referentin am 8. April 2008 die Rechtsauffassung des Beklagten als "klar falsch" taxiert habe (Urk. 150 Rz 56). Eine solche Rechtsauffassung eines einzelnen Gerichtsmitglieds bildet ohnehin keine absolute Richtschnur für das weitere Geschehen im Prozess. Am 25. Januar 2010, als der den Prozess beendende Vergleich schliesslich geschlossen wurde, war der Prozessstand ein anderer als noch am 8. April 2008. Nach dem Gesagten kann jedenfalls aus dem blossen Umstand, dass am 25. Januar 2010 ein Vergleich abgeschlossen wurde, der für die Klägerin zu höheren Prozesskosten führte als der im April 2008 widerrufenen, nicht auf eine Sorgfaltswidrigkeit des Beklagten geschlossen werden. Der Schadenersatzanspruch steht der Klägerin daher nicht zu, und die Widerklage ist im ganzen Umfange von Fr. 49'500.00 gutzuheissen.

5.12. Zusammenfassung Widerklage (negative Feststellungsklage). Nach dem Gesagten ergibt sich die folgende Übersicht:

	Gutheissung durch Vorinstanz	weitere Gutheissung durch Berufungsinstanz	Abweisung der Widerklage
Eventualanspruch 1	Fr. 0.00	Fr. 0.00	Fr. 3'561.40
Eventualanspruch 2	Fr. 3'506.00	Fr. 0.00	Fr. 0.00
Eventualanspruch 3	Fr. 4'449.00	Fr. 0.00	Fr. 0.00
Eventualanspruch 4	Fr. 0.00	Fr. 0.00	Fr. 600.00
Eventualanspruch 5	Fr. 18'222.75	Fr. 0.00	Fr. 2'000.00
Eventualanspruch 6	Fr. 900.00	Fr. 501.00	Fr. 1'599.00
Eventualanspruch 7	Fr. 5'176.00	Fr. 0.00	Fr. 0.00
Schadenersatz	Fr. 0.00	Fr. 49'500.00	Fr. 0.00
Total	Fr. 32'253.75	Fr. 50'001.00	Fr. 7'760.40

Hinsichtlich eines Betrages von Fr. 8'906.60 ist das Verfahren bezüglich der Widerklage abzuschreiben (vgl. oben E. 5.4.3.). Ferner ist die Teilrechtskraft der negativen Feststellungswiderklage festzuhalten. Diese Teilrechtskraft ist am Tag nach Ablauf der Frist für die Anschlussberufung, d.h. am 30. März 2017, eingetreten (vgl. Urk. 138). Es betrifft das jenen Betrag, für den die negative Feststellungswiderklage bereits von der Vorinstanz gutgeheissen worden ist.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Die Kosten sind nach Obsiegen und Unterliegen zu verteilen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

6.2. Die von der Vorinstanz festgesetzten Gerichtskosten sind ohne weiteres zu bestätigen. Bezüglich des erstinstanzlichen Verfahrens ist von einem Streitwert von Fr. 164'551.35 (Fr. 65'629.60 für die Hauptklage und Fr. 98'921.75 für die Widerklage) auszugehen. Die Klägerin ist bezüglich jenes Betrages als unterliegend zu betrachten, in dem das Verfahren betreffend die Widerklage abzuschreiben ist (Fr. 8'906.60), da ihre Hauptklage teilweise abgewiesen worden wäre, wenn nicht auf ihren vom Beklagten mit der Widerklage bestrittenen Eventualanspruch 1 im Umfange von Fr. 8'906.60 hätte Rückgriff genommen werden können. Die Parteien sind daher bezüglich der folgenden Beträge als obsiegend zu betrachten:

<i>Obsiegen</i>	<i>Klägerin</i>	<i>Beklagter</i>
Hauptklage	Fr. 65'629.60	Fr. 0.00
Abschreibung Widerklage	Fr. 0.00	Fr. 8'906.60
Gutheissung Widerklage durch Vorinstanz	Fr. 0.00	Fr. 32'253.75
weitere Gutheissung der Widerklage durch Berufungsinstanz	Fr. 0.00	Fr. 50'001.00
Abweisung Widerklage	Fr. 7'760.40	Fr. 0.00
Total	Fr. 73'390.00	Fr. 91'161.35

Damit ergibt sich, dass die Klägerin bezüglich des erstinstanzlichen Verfahrens zu 44,6% und der Beklagte zu 55.4% als obsiegend zu betrachten ist. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten sind daher der Klägerin zu 55% aufzuerlegen und dem Beklagten zu 45%. Der von der Klägerin geleistete Vorschuss von Fr. 6'800.00 für das erstinstanzliche Verfahren ist daher mit ihrem Kostenanteil, soweit möglich, zu verrechnen.

Der Beklagte verlangt mit der Berufung, dass "alles unter Kostenfolgen zu lasten der Klägerin" zu entscheiden sei (Urk. 130 S. 2). Damit stellt der Beklagte keinen Antrag auf Zusprechung einer Parteientschädigung. Der Beklagte vertritt sich selber, weshalb ihm ohnehin keine Parteientschädigung zusteht, greift er doch nicht im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO auf eine berufsmässige Vertretung zurück. Der Beklagte macht auch nicht geltend, dass die Voraussetzungen für eine Umtriebsentschädigung im Sinne Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO gegeben sind. Angesichts des überwiegenden Obsiegens des Beklagten rechtfertigt es sich nicht, der Klägerin eine Parteientschädigung zuzusprechen. Es ist daher keiner Partei eine Entschädigung zuzusprechen.

6.3. Die Kosten des ersten Berufungsverfahrens LB150007 wurden von der Berufungsinstanz rechtskräftig auf Fr. 11'350.00 festgesetzt. Für dieses Verfahren ist von einem Streitwert von Fr. 155'644.75 auszugehen (vgl. Urk. 112 S. 56 E. IV/2). Die Parteien obsiegen insoweit wie folgt:

<i>Obsiegen</i>	<i>Klägerin</i>	<i>Beklagter</i>
Hauptklage	Fr. 65'629.60	Fr. 0.00
Gutheissung Widerklage durch Vorinstanz	Fr. 0.00	Fr. 32'253.75
weitere Gutheissung der Widerklage durch Berufungsinstanz	Fr. 0.00	Fr. 50'001.00
Abweisung Widerklage	Fr. 7'760.40	Fr. 0.00
Total	Fr. 73'390.00	Fr. 82'254.75

Das führt dazu, dass die Kosten dieses Verfahrensabschnittes zu 53% der Klägerin und zu 47% dem Beklagten aufzuerlegen sind. Der Beklagte hat für dieses Verfahren Vorschüsse von insgesamt Fr. 11'350.00 geleistet (Prot. in LB150007 S. 2 und 4). Die Gerichtskosten sind daher mit den Vorschüssen des Beklagten zu verrechnen. Die Klägerin ist aber zu verpflichten, diesen Vorschuss dem Beklagten im Umfange von Fr. 6'015.50 zu ersetzen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

Auch für dieses Verfahren ist angesichts des Umstandes, dass der Beklagte mehrheitlich obsiegt und überdies weder eine Partei- noch eine Umtriebsentschädigung verlangt, keine Entschädigung zuzusprechen (vgl. oben E. 6.2.).

6.4. Im zweiten zweitinstanzlichen Verfahren LB160086 ist noch von einem Streitwert von Fr. 123'991.00 auszugehen, weil sowohl der gegenstandslos gewordene Teil der Widerklage (Fr. 8'906.60) als auch der gutgeheissene Teil der Widerklage (Fr. 32'253.75) nicht mehr im Streite liegen. Streitwertmässig fällt allerdings nach wie vor die Hauptklage von Fr. 65'629.60 ins Gewicht, da der Beklagte die Hauptklage mit seinem Berufungsantrag Ziff. 1 auch zum Gegenstand des zweiten Berufungsverfahrens gemacht hat. Insoweit unterliegt der Beklagte aber. Die Parteien obsiegen daher wie folgt:

<i>Obsiegen</i>	<i>Klägerin</i>	<i>Beklagter</i>
Hauptklage	Fr. 65'629.60	Fr. 0.00
weitere Gutheissung der Widerklage durch Berufungsinstanz	Fr. 0.00	Fr. 50'001.00
Abweisung Widerklage	Fr. 7'760.40	Fr. 0.00
Total	Fr. 73'390.00	Fr. 50'001.00

Damit obsiegt die Klägerin im zweiten Berufungsverfahren zu ca. 60% und der Beklagte zu ca. 40%. Damit hat die Klägerin 40% und der Beklagte 60% der Kosten des zweiten Berufungsverfahrens zu bezahlen. Die Gerichtsgebühr ist auf Fr. 10'000.00 festzusetzen und mit dem vom Beklagten geleisteten Vorschuss (Fr. 10'975.00) zu verrechnen. Die Klägerin hat dem Beklagten den Vorschuss allerdings im Umfange von Fr. 4'000.00 zu ersetzen.

Der Beklagte schuldet daher der Klägerin für dieses Verfahren eine auf $\frac{1}{5}$ reduzierte Parteientschädigung. Die Mehrwertsteuer ist nicht zu berücksichtigen, da die Klägerin im Ausland wohnt. Auszugehen ist von einer vollen Parteientschädigung von Fr. 5'000.00. Das ergibt zu Lasten des Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.00.

Es wird beschlossen:

1. Die Eingabe des Beklagten vom 18. September 2017 (Urk. 166) wird zusammen mit ihren Beilagen (Urk. 167 und 168/1-11) aus dem Recht gewiesen.
2. Auf den Berufungsantrag Ziff. 1 des Beklagten wird nicht eingetreten.
3. Auf den Antrag des Beklagten, es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Dezember 2014 aufzuheben, wird nicht eingetreten.
4. Bezüglich der negativen Feststellungswiderklage (Fr. 98'921.75) wird
 - a) das Verfahren bezüglich eines Betrages von Fr. 8'906.60 abgeschlossen;
 - b) vorgemerkt, dass die teilweise Gutheissung der Widerklage durch das Urteil der Vorinstanz vom 1. November 2016 (Dispositiv-Ziff. 1, Satz 1; Fr. 32'253.75) am 30. März 2017 in Rechtskraft erwachsen ist.
5. Mitteilungen gemäss nachstehendem Urteil.
6. Rechtsmittel gemäss nachstehendem Urteil.

Und sodann wird erkannt:

1. In weiterer teilweiser Gutheissung der negativen Feststellungswiderklage wird festgestellt, dass der Beklagte der Klägerin einen weiteren Betrag von Fr. 50'001.00 nicht schuldet. Bezüglich eines Betrages von Fr. 7'760.40 wird die negative Feststellungswiderklage abgewiesen.
2. Gerichtskosten der erstinstanzlichen Verfahren CG120116-L und CG160024-L:
 - a) Die Gerichtskosten gemäss dem angefochtenen Urteil CG160024-L (Dispositiv-Ziff. 2) werden bestätigt.
 - b) Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden zu 55% der Klägerin und zu 45% dem Beklagten auferlegt.
 - c) Der von der Klägerin geleistete Vorschuss von Fr. 6'800.00 wird, soweit möglich, mit den von ihr zu bezahlenden Kosten verrechnet.
3. Gerichtskosten des ersten Berufungsverfahrens LB150007:
 - a) Die Gerichtskosten gemäss Dispositiv-Ziff. 3 des Urteils vom 23. Oktober 2015 von Fr. 11'350.00 werden zu 53% der Klägerin und zu 47% dem Beklagten auferlegt.
 - b) Die Gerichtskosten gemäss lit. a) hiavor werden mit dem vom Beklagten geleisteten Vorschuss verrechnet. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten diesen Vorschuss im Umfange von Fr. 6'015.50 zu ersetzen.
4. Gerichtskosten des zweiten Berufungsverfahrens LB160086:
 - a) Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 10'000.00 festgesetzt.

- b) Die zweitinstanzlichen Gerichtskosten gemäss lit. a hiavor werden zu 40% der Klägerin und zu 60% dem Beklagten auferlegt, indessen mit dem vom Beklagten geleisteten Vorschuss verrechnet.
 - c) Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten den Vorschuss gemäss lit. b hiavor im Umfange von Fr. 4'000.00 zu ersetzen.
- 5. Für die erstinstanzlichen Verfahren CG120116-L und CG160024-L sowie für das zweitinstanzliche Verfahren LB150007 werden keine Entschädigungen zugesprochen.
 - 6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren LB160086 eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'000.00 zu bezahlen.
 - 7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

- 8. 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 bezüglich der Hauptklage Fr. 65'629.60 und bezüglich der Widerklage Fr. 57'761.40.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 9. Oktober 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

Dr. D. Oser

versandt am:
sf