

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB130051-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Ersatzoberrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Urteil vom 17. Dezember 2013

in Sachen

A. _____,

Beklagter, Widerkläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger, Widerbeklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 15. August 2013 (CG110098-L)

Rechtsbegehren der Klage:

(Urk. 1 S. 2)

"Es sei der Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 1'892.70 nebst 5 % Verzugszinsen ab 1. August 2010 zu bezahlen."

Rechtsbegehren der Widerklage:

(Urk. 1 S. 2)

"Der Kläger und Widerbeklagte sei zu verpflichten, dem Beklagten und Widerkläger Fr. 150'000.-- nebst 5 % Zins seit dem 28. September 2010 zu bezahlen."

Präzisiertes Rechtsbegehren der Widerklage:

(Urk. 11 S. 2)

- "1. Der Widerbeklagte sei zu verpflichten, zugunsten des Widerklärgers Fr. 151'428.65 nebst 5 % Schadenszins ab 15.4.2010 (Schadendatum) sowie 5 % Verzugszins auf den verzinnten Betrag ab 4.10.2010 (Verzugsdatum) an die "C. _____" (zugunsten Freizügigkeitspolice ...), ... [Adresse] zu bezahlen;
2. unter Kosten -und Entschädigungsfolge (zuzüglich MWST) zu Lasten des Widerbeklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes vom 15. August 2013 (Urk. 61 S. 33 f.):

1. In Gutheissung der Klage wird der Beklagte und Widerkläger verpflichtet, dem Kläger und Widerbeklagten Fr. 1'892.70 nebst Zins zu 5 % seit 1. August 2010 zu bezahlen.
2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 10'750.--. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
4. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten und Widerkläger auferlegt.
5. Der Beklagte und Widerkläger wird verpflichtet, dem Kläger und Widerbeklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 16'680.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Kosten des Schlichtungsverfahrens) zu bezahlen.
- 6./7. Schriftliche Mitteilung/Rechtsmittel".

Berufungsanträge:

des Beklagten (Urk. 60 S. 2):

- "1. Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 15.8.2013 sei vollumfänglich aufzuheben;
2. der Widerbeklagte sei zu verpflichten, zugunsten des Widerklägers Fr. 149'535.95 nebst 5% Schadenszins ab 15.4.2010 (Schadendatum) sowie 5% Verzugszins auf den verzinsten Betrag ab 4.10.2010 (Verzugsdatum) an die «C._____» (zugunsten Freizügigkeitspolice ...), ... [Adresse] zu bezahlen;
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MWST) zu Lasten des Widerbeklagten".

des Klägers (Urk. 66 S. 2):

"Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen soweit darauf einzutreten ist unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuern zulasten des Berufungsklägers".

Erwägungen:

I.

1. Der Kläger (und Widerbeklagte) ist Rechtsanwalt und der Beklagte (und Widerkläger) war sein Klient, den er gegen die ehemalige Arbeitgeberin des Beklagten in einem Arbeitsprozess sowie in einem sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, bei dem es um ausstehende BVG-Beitragszahlungen dieser Arbeitgeberin ging, anwaltlich vertrat.

Bei der Klage im vorinstanzlichen Verfahren ging es um die Restanz der Honorarforderung des Klägers aus diesem Mandatsverhältnis in der Höhe von Fr. 1'892.70, der der Beklagte eine Verrechnungsforderung entgegenhielt. Ausserdem erhob der Beklagte Widerklage in der Höhe von Fr. 151'428.65 (samt Zinsen). Diesem Betrag liegt folgende Berechnung zugrunde: Fr. 293'650.65 (= ge-

samtes behauptetes BVG-Guthaben des Beklagten aus den beiden Vorsorgeverträgen) abzüglich Fr. 142'222.-- (= in der Klage beim Sozialversicherungsgericht substantiiertes BVG-Beitrag). Die Widerklageforderung begründet der Beklagte damit, dass der Kläger seine Rechte im sozialgerichtlichen Verfahren nur unzureichend wahrgenommen habe, indem er lediglich etwa die Hälfte der dem Beklagten zustehenden BVG-Beiträge substantiiert geltend gemacht habe. Bei einem aussergerichtlichen Vergleich, den der Beklagte allein und ohne Mitwirkung des Klägers mit seiner ehemaligen Arbeitgeberin abgeschlossen hat, habe er – basierend auf den Angaben in der vom Kläger verfassten Klageschrift – auf einem zu tiefen Niveau verhandelt, was für ihn zu einem ungünstigen Ergebnis (nur ca. die Hälfte der effektiv geschuldeten BVG-Nachzahlungen) geführt habe. Im Berufungsverfahren ist nur noch die Widerklageforderung streitig.

2. Die Vorinstanz hat die Klage gutgeheissen und die Widerklage abgewiesen (Urk. 61). Der Beklagte focht das Urteil der Vorinstanz vom 15. August 2013 an und stellte die eingangs erwähnten Anträge (Urk. 60 S. 2).

3. Dem Beklagten als Berufungskläger wurde ein Kostenvorschuss auferlegt und dieser ging innert erstreckter Frist rechtzeitig ein (Urk. 62 bis 64). Der Kläger erstattete ebenfalls rechtzeitig die Berufungsantwort (Urk. 66). Die Berufungsantwort wurde dem Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 67). Ausserdem wurde den Parteien vom Referentenwechsel Kenntnis gegeben (Urk. 68/1 und 68/2).

Die Sache ist spruchreif. Auf die Parteivorbringen wird im jeweiligen Zusammenhang eingegangen.

II.

1. Anzumerken ist, dass für das vorinstanzliche Verfahren noch die zürcherische ZPO anwendbar war (Art. 404 Abs. 1 ZPO; Urk. 61 S. 3 E. 3), da die Klage am 18. November 2010 – wenn auch beim unzuständigen Gericht – eingeleitet

worden war (Urk. 1). Für das Rechtsmittelverfahren gilt die schweizerische Zivilprozessordnung (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

2. Dem Kläger wurde vor Vorinstanz der eingeklagte Betrag von Fr. 1'892.70 (nebst 5 % Zins seit 1. August 2010) zugesprochen (Dispositiv-Ziffer 1). Im Berufungsverfahren ersucht der Beklagte um vollumfängliche Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils, verlangt dann allerdings die Zusprechung eines gegenüber dem erstinstanzlichen Widerklagebegehren von Fr. 151'428.65 reduzierten Betrages von noch Fr. 149'535.95 (nebst Zinsen). Die Differenz besteht im Betrag der Klage von Fr. 1'892.70. Zur Begründung führt der Beklagte aus, dass er die Klage an sich anerkenne, die Klageforderung jedoch mit seiner widerklageweise geltend gemachten Forderung verrechne. Auf den Inhalt der Klage und die bezügliche Urteilsbegründung werde deshalb nicht eingegangen. Die Klage an sich bilde nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens. Ziff. 1 des angefochtenen Urteils werde nicht selbständig, sondern zusammen mit dem Entscheid über die Widerklage angefochten. Der Klagebetrag von Fr. 1'892.70 gehe somit unter, so dass darauf keine Zinsen zu berechnen seien (Urk. 60 S. 3).

Der Beklagte hat den Antrag gestellt, das vorinstanzliche Urteil vollumfänglich aufzuheben (Urk. 60 S. 2), hat dann aber die Klageforderung (ohne Zinsen) anerkannt und sie vom Widerklagebetrag in Abzug gebracht (Urk. 60 S. 3). Die Widerklage wird – wie zu zeigen sein wird – abzuweisen sein. Die Tragweite der Anerkennung ist für diesen Fall letztlich nicht klar und umfasst jedenfalls nicht die Zinsen. Sie ist daher nochmals in gutheissendem Sinne, samt Zinsen, ins Dispositiv des Berufungsentscheides aufzunehmen. Da sich der Beklagte – wegen des von ihm gewählten Vorgehens – in der Berufungsbegründung inhaltlich in keiner Weise mit der Klage auseinandergesetzt hat, kann dies ohne weitere Begründung geschehen.

3. Im Rechtsstreit zwischen dem Beklagten und seiner Arbeitgeberin gab es zwei Arten von Vergleichen: Einen gerichtlichen Vergleich beim Arbeitsgericht und einen aussergerichtlichen Vergleich im Zusammenhang mit dem sozialversicherungsgerichtlichen Verfahren. Der gerichtliche Vergleich spielt im Berufungsverfahren keine Rolle mehr.

Wird ein Vergleich ausserhalb eines Prozesses abgeschlossen, so beruht dies auf einem Vergleichsvertrag (Matthias Maurer, Der Vergleichsvertrag, Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 255, Zürich 2013, Rz 60), d.h. einem privatrechtlichen Innominatkontrakt, dessen Inhalt dem Gericht nicht bekannt gegeben wird (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 394). Definiert wird er als "Vertrag, mit dem ein Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Zugeständnissen beigelegt wird" (BGE 105 II 273). In gerichtliche und aussergerichtliche Vergleiche können irgendwelche Streitpunkte zwischen den Parteien einbezogen werden, auch solche, die (noch) nicht gerichtlich geltend gemacht wurden. Wird ein aussergerichtlicher Vergleich geschlossen, so erfolgt die Erledigung des Prozesses mittels eines Klagerückzuges bzw. einer Klageanerkennung (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N. 13 zu § 188 ZPO/ZH). Im vorliegenden Fall hat der Kläger die Klage beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit dem Hinweis, es sei ein aussergerichtlicher Vergleich geschlossen worden, zurückgezogen (Urk. 2/4/27).

III.

1. a) Die Vorinstanz hat sich zur Widerklage wie folgt geäußert (Urk. 61 S. 26): Es wäre die anwaltliche Pflicht des Klägers gewesen, die geschuldeten BVG-Beiträge auf der Grundlage beider Vorsorgeverträge zu berechnen und substantiiert geltend zu machen. Bei der weiteren Analyse des Vorgehens des Klägers im sozialgerichtlichen Verfahren kommt die Vorinstanz zum Schluss (Urk. 61 S. 26 f.), dass allerdings das Rechtsbegehren auf die Nachzahlungen aus beiden Vorsorgeverträgen gerichtet war, so dass trotz der lückenhaften Klagebegründung diesbezüglich keine anwaltliche Sorgfaltspflichtverletzung vorliege (Urk. 61 S. 28). Mit Blick auf die trotz der Untersuchungsmaxime bestehende Mitwirkungspflicht und die einschlägige Gerichtspraxis erwog die Vorinstanz dennoch eine Pflichtverletzung wegen unterlassener Substantiierung, liess die Frage letztlich aber offen (Urk. 61 S. 29): Zum Einen, weil die Unterlassung mit einer zulässigen Klageänderung im zweiten Schriftenwechsel hätte behoben werden können, und zum andern, weil nach Ansicht der Vorinstanz die Einleitung eines Zweitprozesses of-

fen gestanden hätte (Urk. 61 S. 29). Dass sich dieser Weg verschlossen habe, habe sich der Beklagte selber zuzuschreiben, weil er selbständig einen Vergleich mit einer Saldoerklärung ausgehandelt habe. Den behaupteten beklagischen Schaden von Fr. 151'428.65, bestehend aus den auf den Tantiemen geschuldeten BVG-Beiträgen aus dem zweiten Vorsorgevertrag, habe er daher selber verursacht (Urk. 61 S. 30). Zur Frage, ob die Versäumnisse des Klägers in der Klagebegründung objektiv geeignet seien, den Vergleichsabschluss bei einem Betrag von Fr. 150'000.-- verursacht zu haben, erwog die Vorinstanz, dass der Beklagte nicht geltend mache, dass seine frühere Arbeitgeberin ihren in der Klageantwort beim Sozialversicherungsgericht eingenommenen Standpunkt, dass die Forderung des Beklagten rechtsmissbräuchlich sei und ihr die Saldoklausel aus dem Aufhebungsvertrag vom 25. September 2008 entgegenstehe, nicht in die Vergleichsverhandlungen eingebracht habe (Urk. 61 S. 30). Es sei auffallend, dass die Vergleichssumme von Fr. 150'000.-- über dem beim Sozialversicherungsgericht namhaft gemachten Betrag von Fr. 142'222.-- liege (Urk. 61 S. 30 f.). Auf die Zinsen könne die Differenz nicht zurückgeführt werden, weil der Beklagte angebe, auf Zinsen verzichtet zu haben (Urk. 60 S. 31). Auch sei aus einer näher bezeichneten Äusserung aus der Zeit kurz nach dem Vergleichsschluss zu schliessen, dass sich der Beklagte durchaus der Existenz von zwei Vorsorgeverträgen bewusst gewesen sei (Urk. 60 S. 31). Die Versäumnisse des Klägers seien daher für das Erzielen einer um Fr. 151'428.65 zu tiefen Vergleichssumme nicht adäquat kausal (Urk. 61 S. 31).

b) In diesem Zusammenhang wirft der Beklagte der Vorinstanz vor, diese sei auf Grund einer irrtümlichen Annahme zum (falschen) Schluss gelangt, "dass die Frage der Unsorgfalt/anwaltlichen Pflichtverletzung offen gelassen werden könne" (Urk. 60 S. 7). Die Vorinstanz sei nämlich aufgrund einer (aktenwidrigen) Fehlüberlegung (ohne Beweisverfahren!) zum Schluss gekommen, dass dem Widerkläger beim Abschluss des Vergleiches auch die Ansprüche aus dem zweiten Vorsorgevertrag bekannt gewesen seien und dass die BVG-Forderungen aus beiden Verträgen dem Vergleich zugrunde gelegt worden sein müssten (Urk. 60 S. 7). Die Vorinstanz begründe diese (falsche und unzulässige) Schlussfolgerung mit der Tatsache, "dass die ... erzielte Vergleichssumme von netto Fr. 150'000.--

die vom Kläger in der Klagebegründung auf der Grundlage eines Vorsorgevertrages berechnete Forderungssumme von Fr. 142'222.-- überstieg" (Urteil IV.B. Ziff. 4.3, S. 30 unten). Und weiter: "Weshalb die ehemalige Arbeitgeberin vergleichsweise ... zur Bezahlung eines die Forderung gar übersteigenden Betrages bereit gewesen sein sollte, bleibt bei dieser Sachlage schleierhaft" (Urteil IV.B.Ziff.4.3, S. 30 unten, S. 31 oben). Die Vorinstanz habe bei diesen «Schnellschuss»-Folgerungen offensichtlich vergessen, dass sie in der Urteilsbegründung 15 Seiten weiter vorne den Widerbeklagten durchaus richtig zitiert hatte, nämlich dass die Forderung aus der ersten Versicherungspolice unbestritten! richtigerweise auf Fr. 150'267.50 (nebst Zinsen) gelautet hätte (Urteil IV.B.Ziff.2.1, S. 15 Mitte). Der vergleichsweise vereinbarte Betrag von Fr. 150'000.-- sei somit, ganz abgesehen von den Zinsen, tiefer als die zugrundeliegende Forderungssumme gewesen. Daher handle es nicht um einen "übersteigenden Betrag" und die Sachlage sei auch keineswegs "schleierhaft". Sie sei höchstens unter der aktenwidrigen Betrachtungsweise schleierhaft, dass die korrekte Berechnung der Forderungssumme von Fr. 150'267.50 vergessen gegangen sei (Urk. 60 S. 7).

c) Der Kläger nimmt zur Rüge des Beklagten u.a. wie folgt Stellung (Urk. 66): Es treffe nicht zu, dass der Beklagte "auf der Basis des eingeklagten Betrags mit der Gegenpartei einen Vergleich ausgehandelt habe" (Urk. 66 Rz 4 S. 3) und dass der Beklagte "erst nach Erhalt des Abschreibungsentscheids des Sozialversicherungsgerichts realisiert habe, dass er neben der ordentlichen Vorsorgeeinrichtung noch über eine weitere Vorsorgeeinrichtung (...) verfügte" (Urk. 66 Rz 4 S. 4). Die Vorinstanz lasse ausdrücklich offen, ob der Kläger verpflichtet gewesen wäre, die Forderung aus dem zweiten Versicherungsvertrag bereits in der Klageschrift detailliert darzulegen, oder ob es genüge, die beiden Vorsorgeverträge einzureichen. Das Rechtsbegehren umfasse beide Policen; dieses Vorgehen habe der Kläger gewählt, nachdem ihm der Sozialversicherungsspezialist Dr. D._____ versichert habe, dass das prozessual ausreiche. Der Beklagte mache geltend, er habe sich auf die Angaben in der Klageschrift verlassen (Urk. 60 S. 11), führe dann aber (auf Urk. 60 S. 5) aus, dass er den Vergleich nicht auf Basis des in der Klageschrift erwähnten Betrages von Fr. 142'222.--, sondern auf Grund des von ihm berechneten und korrigierten Betrages von Fr. 150'267.50 ab-

geschlossen habe. Das sei widersprüchlich und werde bestritten. Für den auf Grund eigener Überlegungen vom Beklagten geschlossenen Vergleich sei der Kläger nicht verantwortlich (Urk. 66 Rz 6 S. 5 f.). Der Beklagte habe es versäumt, in erster Instanz darzulegen, auf welcher Grundlage und mit welchen Argumenten er die Vergleichsgespräche geführt habe; was er neu vorbringe, sei unzulässig (Urk. 66 S. 6 f.). Ausserdem habe der Beklagte nicht nachgewiesen, in welcher Höhe ihm Ansprüche gegen seine frühere Arbeitgeberin zugestanden hätten und er behaupte nicht, er hätte im Prozess vor Sozialversicherungsgericht mehr erhalten, als ihm der Vergleich eingebracht habe. Daher sei die Vorinstanz zu Recht zum Schluss gekommen, dass kein Kausalzusammenhang zwischen angeblicher Pflichtverletzung und geltend gemachtem Schaden nachgewiesen sei. Es spreche viel für die Folgerung der Vorinstanz, dass der Beklagte von der tatsächlichen Höhe seiner Ansprüche Kenntnis gehabt habe und die auf dieser Basis geführten Verhandlungen zu einem "vernünftigen" Vergleich führten (Urk. 66 S. 7).

2. a) Die Vorinstanz hat ihren Entscheid u.a. damit begründet, dass die ehemalige Arbeitgeberin die BVG-Nachzahlung im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren vollumfänglich bestritt, weil sie diese für rechtsmissbräuchlich gehalten habe. Ausserdem habe der Aufhebungsvertrag vom 25. September 2008 eine Saldoklausel enthalten. Der Beklagte mache nicht geltend, dass die Gegenpartei bei den Vergleichsverhandlungen diese Argumente nicht eingebracht und dass sie nicht berücksichtigt worden seien. Vor allem falle aber auf, dass die "bezüglich der fraglichen BVG-Beiträge erzielte Vergleichssumme von netto Fr. 150'000.-- die vom Kläger in der Klagebegründung auf der Grundlage eines Vorsorgevertrages berechnete Forderungssumme von Fr. 142'222.-- überstieg. Weshalb die ehemalige Arbeitgeberin, welche die Forderung im sozialversicherungsgerichtlichen Verfahren vehement bestritten hatte, vergleichsweise vor Abschluss des Schriftenwechsels zur Bezahlung eines die Forderung gar übersteigenden Betrages bereit gewesen sein sollte, bleibt bei dieser Sachlage schleierhaft. Die Differenz kann auch nicht auf die miteingeklagten Zinsen zurückzuführen sein, räumt der Beklagte selbst ein, dass er im Vergleich auf die Zinsen verzichtete" (Urk. 61 S. 31 mit Verweis auf die Widerklagebegründung [Urk. 2/12 S. 24], wo steht: "Die

dortige Beklagte anerkannte die eingeklagte Forderung. Der dortige Kläger verzichtete auf die Zinsen").

b) Zu den von der Vorinstanz ihren Überlegungen zu Grunde gelegten Zahlen führt der Beklagte in der Berufung an (Urk. 60 S. 5), dass die Vorinstanz von falschen Zahlen ausgegangen sei. Der Kläger habe im sozialversicherungsgerichtlichen Verfahren fälschlicherweise den Betrag von Fr. 142'222.-- nebst Zins eingeklagt. Der Beklagte habe mit dem E-Mail vom 29. Oktober 2009 auf den ihm zugestellten Klageentwurf reagiert und postwendend reklamiert, dass sein Anspruch richtigerweise Fr. 150'257.50 (nebst Zins) betrage und nicht – wie eingeklagt – Fr. 142'222.-- (nebst Zins). Der Betrag von Fr. 150'257.50 ergebe sich auch aus der Widerklagebegründung (Urk. 12 S. 11 unten und S. 20 unter Ziff. 6).

Richtig ist, dass der Beklagte den seiner Ansicht nach zutreffenden Betrag von Fr. 150'267.50 in der Widerklagebegründung genannt hat (Urk. 2/12 S. 20; vgl. Urk. 60 S. 5). Das ist jedoch nicht im Zusammenhang mit den Ausführungen zum Vergleichsschluss geschehen. Der Beklagte verwendet an der angeführten Stelle, wo es um die Klageschrift beim Sozialversicherungsgericht geht, den Konjunktiv ("mit den richtigen Zahlen ... hätte sich hier vorläufig ... der Klageanspruch von Fr. 150'267.50 ergeben"). Und aus der Widerklagebegründung (Urk. 2/12 S. 16 bei Ziff. 6) ist ersichtlich, dass der "konkretisierte" Klagebetrag Fr. 142'222.-- war. Bezüglich des Vergleichsschlusses nimmt er auf den *Klagebetrag* [Hervorhebung durch die Kammer] Bezug und darauf, dass die Arbeitgeberin "*den eingeklagten Betrag*" [Hervorhebung durch die Kammer] anerkannt habe (Urk. 2/12 S. 10) bzw. dass der Vergleich auf der Basis der *eingeklagten Summe* [Hervorhebung durch die Kammer] geschlossen worden sei (Urk. 40 S. 13). Seine erstinstanzliche Sachdarstellung ändert er im Berufungsverfahren ab: Der Beklagte "**handelte** darauf mit der Gegenpartei (ehemalige Arbeitgeberin) auf Basis des eingeklagten Betrages (Fr. 142'222.-- nebst Zins bzw. **des korrigierten Betrages von Fr. 150'267.50 nebst Zins**) einen Vergleich aus" (Urk. 60 S. 5 bei 4.). Dass der Vergleich auf Grund des korrigierten höheren Betrages ausgehandelt worden sein soll, widerspricht den vorinstanzlichen Behauptungen des Beklagten, der

damit (im nachhinein) dartun will, dass die Argumentation der Vorinstanz falsch sein müsse. Darauf kann nicht abgestellt werden.

Der Rückschluss, den die Vorinstanz aus den vorinstanzlichen Vorbringen des Beklagten gezogen hat, ist nicht aktenwidrig; im Gegenteil ist er durchaus überzeugend. Tatsächlich stellt sich die Frage, wie ein Vergleichsschluss mit einem Betrag von Fr. 150'000.-- zustande gekommen sein kann, wenn der Beklagte nur den Klagebetrag aus dem sozialversicherungsgerichtlichen Verfahren, d.h. Fr. 142'222.-- (2/16/1 S. 5) geltend gemacht haben will. Damit ist der Betrag, bei dem der Vergleich abgeschlossen wurde, höher ist als derjenige, von dem der Beklagte ausgegangen sein will. Zwar ist es nicht völlig ausgeschlossen, dass aus einer Vergleichsverhandlung für eine Partei mehr resultiert als die von ihr geltend gemachte Ausgangssumme. Dann müssen aber andere Streitigkeiten mitverhandelt worden sein, was bei gerichtlichen und aussergerichtlichen Vergleichen durchaus zulässig ist (Guldener, a.a.O., S. 393; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N. 18 zu § 188 ZPO/ZH). Wurden keine zusätzlichen Forderungen verhandelt, so handelt es sich um eine Schenkung. Dass er eine zusätzliche Zuwendung erhalten hätte, ist vom Beklagten nicht behauptet worden. Bleibt damit noch das Verhandeln um zusätzliche streitige Forderungen. Da der Beklagte nicht geltend gemacht hat, dass zwischen den Parteien noch weitere Punkte streitig gewesen seien als die BVG-Beiträge aus dem zweiten Vorsorgevertrag (die beiden Einmaleinlagen bezeichnet er ausdrücklich als unbestritten, Urk. 40 S. 14), ist die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass über die BVG-Beiträge aus beiden Vorsorgeverträgen verhandelt worden sein müsse, nicht zu beanstanden. Auf das E-Mail des Beklagten vom 17.5.2010 (Urk. 2/4/30), das die Vorinstanz als zusätzliches Indiz erwähnt (vgl. dazu Urk. 60 S. 16 bei 3.), kommt es bei dieser Sachlage nicht an.

c) Die Vorinstanz hat auch geprüft, ob die höhere Ausgangssumme allenfalls auf die Zinsen zurückzuführen sein könnte. Der Beklagte hat im sozialversicherungsgerichtlichen Verfahren unbestrittenermassen 5 % Verzugszinsen seit dem 1. Januar 2007 (Urk. 2/16/1 S. 2, S. 5) eingeklagt, so dass im Zeitpunkt der Klageeinleitung (2. November 2009), berechnet auf der eingeklagten Summe von

Fr. 142'222.--, bereits ca. Fr. 20'000.-- an Zinsen aufgelaufen waren; im Zeitpunkt des Vergleichsschlusses (auf Urk. 2/4/37 ist der 6. April 2010 erwähnt) hätten die Zinsen dann noch etwas mehr ausgemacht, so dass die Ausgangssumme, wären die Zinsen dazugekommen, einiges höher als Fr. 150'000.-- gewesen wäre. Die Vorinstanz hat sich bezüglich der Zinsen allerdings auf die Ausführungen des Beklagten bezogen (Urk. 61 S. 3), welcher in Urk. 2/12 S. 24 darauf hinwies, er habe im Vergleich auf die Zinsen verzichtet. Weil die Vorinstanz ohne weiteres auf diese Behauptung des Beklagten abstellen konnte, bleibt es trotzdem dabei, dass die Vergleichssumme höher ist als die Ausgangssumme, welche bei einem Verzicht auf die Zinsen bei Fr. 142'222.-- geblieben ist. Der Beklagte führt in der Berufungsschrift (Urk. 60 S. 7) aus: "Der vergleichsweise vereinbarte Betrag von Fr. 150'000.-- lag somit tiefer als die zugrundeliegende Forderungssumme (ganz abgesehen von den Zinsen)". Wenn er damit geltend machen wollte, dass auf die Zinsen eben doch abzustellen sei, so steht das im Widerspruch zu seinen erstinstanzlichen Ausführungen, wo er explizit auf den Zinsverzicht hinwies (Urk. 12 S. 24; vgl. auch Urk. 60 S. 8). Aus den Ausführungen des Beklagten ist denn auch im Übrigen nicht ersichtlich, warum in der Berufung der Zinsverzicht in Frage gestellt worden sein könnte.

d) Der Beklagte hat in der Widerklagebegründung (Urk. 2/12 S. 20) darauf hingewiesen, dass der Kläger das Guthaben auf jener Police, die er im sozialversicherungsgerichtlichen Verfahren zahlenmässig konkretisiert habe, fälschlicherweise mit Fr. 142'222.-- angegeben habe. Bei richtiger Berechnung hätte ein Betrag von Fr. 150'257.50 resultiert. Darauf nimmt er in der Berufungsschrift Bezug (Urk. 60 S. 7 f.). Der Beklagte habe bezogen auf die eine Police bis auf Fr. 267.50 seine (ganze vermeintliche) Forderung erhalten und nur (aber immerhin) auf die Zinsen verzichtet, so dass er nachvollziehbar von einem "sehr vernünftigen Vergleich" gesprochen habe (Urk. 60 S. 8). Dass der Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren behauptet hat, dass er auf der Basis der in der Klageschrift beim Sozialversicherungsgericht konkretisierten Basis von Fr. 142'222.-- verhandelt habe, ist bereits hingewiesen worden (E. III./2.b), so dass die vorstehenden Äusserungen widersprüchlich und damit nicht zu berücksichtigen sind.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Folgerung der Vorinstanz, dass die Vergleichsverhandlungen über einen höheren Betrag als über den Betrag aus der Klageschrift geführt wurden, nicht aktenwidrig und ausserdem überzeugend ist. Anzumerken ist, dass die Klage – auch wenn auf die Behauptungen des Beklagten abzustellen gewesen wäre – nicht hätte erledigt werden können. Dann wäre der Fall zur Durchführung eines Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen gewesen.

3. a) Der Vollständigkeit halber sei noch kurz auf die weiteren Kritikpunkte des Beklagten am vorinstanzlichen Urteil einzugehen. Der Beklagte macht geltend, die Vorinstanz habe nicht darauf verzichten können, über die anwaltliche Pflichtverletzung/Unsorgfalt zu befinden. Ausserdem weist er darauf hin, dass die anwaltliche Unsorgfalt des Klägers im sozialversicherungsgerichtlichen Verfahren nicht mehr hätte behoben werden können (Urk. 60 S. 12 ff.). Der Kläger sei zusätzlich unsorgfältig gewesen, als er den ihm zugewandten Vergleich nicht geprüft habe (Urk. 60 S. 16 ff.). Den erlittenen Schaden hätte der Beklagte nicht dadurch abwenden können, dass er den Vergleich erfolgreich hätte angefochten können (Urk. 60 S. 18 ff.).

b) Inwieweit es im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren möglich und nötig gewesen wäre, die BVG-Summe aus dem beigelegten zweiten Vorsorgevertrag nachträglich zu konkretisieren bzw. zu substantiieren, kann dahingestellt bleiben. Der behauptete Schaden ist dem Beklagten nicht aus der Prozessführung des Klägers vor dem Sozialversicherungsgericht erwachsen, sondern gemäss seinen eigenen Behauptungen aus dem nach seinem Dafürhalten ungünstigen Vergleich. Der Prozess beim Sozialversicherungsgericht spielt im Zusammenhang mit dem Vergleich höchstens insofern eine Rolle, als sich der Beklagte auf den dort eingeklagten Betrag verlassen haben will. Das ist allerdings eine (bestrittene) Tatsache, die mit dem Prozess als solchem nichts zu tun hat, so dass es auf das prozessuale Tun oder Lassen nicht ankommt. Ein Interesse an der Klärung der anwaltlichen Sorgfalt des Klägers besteht nur insoweit, als dies für die Entscheidung des Haftpflichtprozesses von Bedeutung ist. Die Vorinstanz hat also nichts unterlassen, wenn sie die Sorgfaltsfrage nicht abschliessend klärte.

c) Bezüglich der Prüfung der Angemessenheit der Vergleichssumme hat die Vorinstanz eine Pflichtwidrigkeit des Klägers verneint (Urk. 61 S. 31 E. 4.4.), weil er nicht an den Vergleichsverhandlungen beteiligt war und der Beklagte im Übrigen nicht um eine materielle Prüfung und Stellungnahme gebeten habe. Es habe danach genügt, wenn der Kläger den ihm von der Anwältin der Gegenseite zur Kenntnis gebrachten Vergleich in formeller Hinsicht überprüft habe.

Der Beklagte räumt ein, dass er seinem Anwalt mitgeteilt habe, dass ein Vergleich erzielt worden sei, so dass das Mandat abgeschlossen werden könne. Allerdings habe er dem Kläger auch aufgegeben, dafür zu sorgen, dass die Frist zur Einreichung der Replik gewahrt werde, wenn der Vergleich nicht vor Ablauf der Frist eingereicht werde. Damit habe sich das Mandatsverhältnis noch in einer "Liquidationsphase" befunden. Dem Kläger, dem der Vergleich zugestellt worden sei und der ihn anerkanntermassen gelesen und zehn Minuten für seine Prüfung eingesetzt habe (Urk. 60 S. 16 f.), hätte – als sorgfältigem Rechtsvertreter – ein- und auffallen müssen, dass bei diesem Vergleich ganz offensichtlich die BVG-Beiträge aus der zweiten Police nicht berücksichtigt worden seien. So oder so wäre der Kläger verpflichtet bzw. mindestens gehalten gewesen, den Beklagten auf das für ihn ungünstige Resultat hinzuweisen (Urk. 60 S. 17).

d) Der Kläger bestreitet jegliche Verpflichtung und jeglichen Anlass, den Vergleich inhaltlich zu überprüfen, habe der Beklagte doch die Höhe seiner Ansprüche selber am Besten gekannt, was er durchaus auch habe erkennen lassen. Ausserdem habe er den Vergleich eigenmächtig ausgehandelt und sei selber der Meinung gewesen, dass ein "vernünftiger" Vergleich vorliege.

Wie es sich mit der Pflicht zur Prüfung der Angemessenheit des Vergleichs verhält, kann letztlich ebenfalls offen bleiben. Aber auch wenn er die Angemessenheit zu prüfen gehabt hätte, könnte dem Kläger kein Vorwurf gemacht werden, weil das Ergebnis bei Berücksichtigung der BVG-Beiträge aus beiden Vorsorgeverträgen nicht unangemessen erscheinen musste. Unbestritten ist, dass sich die Arbeitgeberin des Beklagten im sozialversicherungsgerichtlichen Verfahren gegen weitere Zahlungen aus dem Arbeitsverhältnis wehrte (abgesehen von den beiden Einmaleinlagen, die offenbar unbestritten waren, vgl. E. III./3.c). Dies geschah

insbesondere mit Verweis auf die Saldoklausel im Aufhebungsvertrag. Sind die rund Fr. 142'000.-- in etwa die Hälfte dessen, was der Beklagte aus den beiden Vorsorgepolice zu gute hatte, so ist eine Einigung bei etwa der Hälfte nicht offensichtlich unangemessen. Dass Zinsen, Kosten etc. in einem Vergleich unberücksichtigt bleiben, ist nicht unüblich, so dass der Vergleichsbetrag von Fr. 150'000.-- nicht in einer Bandbreite liegt, der einen nicht ins Vergleichsverfahren einbezogenen Rechtsvertreter veranlassen müsste, Alarm zu schlagen, so dass dem Kläger diesbezüglich keine Sorgfaltspflichtenverletzung vorgeworfen werden kann.

e) Die Vorinstanz hat auf die Schadensminderungspflicht hingewiesen (Urk. 61 S. 32 Mitte), allerdings ohne diese zu klären. Der Beklagte weist darauf hin, dass der Vergleich als Massnahme der Schadensminderung nicht hätte angefochten werden können (Urk. 60 S. 18 ff.). Ist davon auszugehen, dass der Beklagte im Rahmen des Vergleiches über eine höhere Summe verhandelt hat als er im vorliegenden Verfahren einräumt (E. III./2.b), dann kann der Kläger für das Ergebnis des Vergleichsabschlusses nicht verantwortlich sein. Damit ist es auch ohne Belang, ob und inwieweit für den Beklagten Möglichkeiten bestanden hätten, den Vergleich anzufechten.

Damit bleibt es auch bei Berücksichtigung der weiteren vom Beklagten angeführten Gründe bei der Abweisung von Berufung und Klage.

IV.

Wird der vorinstanzliche Entscheid bestätigt, ist die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositiv Ziffer 3 bis 5) ebenfalls zu bestätigen. Ausgangsgemäss wird der Beklagte für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 ZPO) und er hat den Kläger als obsiegende Partei angemessen zu entschädigen (§§ 4 Abs. 1, 11 Abs. 1, 13 Abs. 1 und 2). In der Entschädigung von Fr. 7'500.-- sind 8 % Mehrwertsteuer inbegriffen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Klage wird der Beklagte und Widerkläger verpflichtet, dem Kläger und Widerbeklagten Fr. 1'892.70 nebst Zins zu 5 % seit 1. August 2010 zu bezahlen.
2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 3 -5) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 10'730.-- festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
6. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 7'500.-- zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, 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 Fr. 149'535.95.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 17. Dezember 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. S. Notz

versandt am:

mc