

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT140166-O/U.doc

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

Urteil vom 17. März 2015

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____, lic. iur.,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 18. September 2014 (EB140340-I)

Erwägungen:

1.1. Mit (zunächst unbegründetem) Urteil vom 18. September 2014 (Urk. 18) erteilte die Vorinstanz der Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Uster (Zahlungsbefehl vom 21. Juli 2014) für Fr. 165'379.35 nebst Zins zu 5% seit 15. Juli 2014, für Fr. 874.90 (Fr. 600.– Arrestbefehl und Fr. 274.90 Arresturkunde), für die Betreibungskosten sowie für Kosten- und Entschädigungsfolgen ihres Entscheides provisorische Rechtsöffnung. Auf den Antrag des Beklagten und Beschwerdeführers (fortan Beklagter) betreffend Anweisung des Grundbuchamtes C._____ auf Löschung der Verfügungsbeschränkung infolge Arrest wurde nicht eingetreten. Die Spruchgebühr wurde auf Fr. 650.– festgesetzt und dem Beklagten auferlegt. Der Beklagte wurde sodann verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zu bezahlen (Urk. 18 S. 2f.). Gemäss Zuschrift vom 25. September 2014 liess der Beklagte fristgerecht um Begründung des Urteils ersuchen (Urk. 19 und 21). Die begründete Fassung des Urteils vom 18. September 2014 (Urk. 22 bzw. Urk. 25) nahm der Beklagte am 30. Oktober 2014 in Empfang (Urk. 23).

1.2. Mit Eingabe vom 6. November 2014 erhob der Beklagte gegen den begründeten Entscheid der Vorinstanz vom 18. September 2014 (Urk. 25) rechtzeitig Beschwerde mit folgendem Antrag (Urk. 24 S. 2):

"Das vorinstanzliche Urteil (Dispositiv Ziff. 1, 4 und 5) sei aufzuheben und die Klage abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Beschwerdegegnerin."

Gemäss Präsidialverfügung vom 12. November 2014 wurde dem Beklagten Frist anberaumt, um für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss über Fr. 1'500.– zu leisten (Urk. 28). Dieser Vorschuss wurde rechtzeitig bezahlt (Urk. 29). Mit präsidialer Verfügung vom 2. Dezember 2014 wurde alsdann der Klägerin Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (Urk. 30). Innert Frist erstattete die Klägerin in der Folge mit Eingabe vom 15. Dezember 2014 ihre Beschwerdeantwort, worin sie auf vollumfängliche Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des angefochtenen Entscheides vom 18. September 2014 unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zulasten des Be-

klagen schloss (Urk. 31). Diese Beschwerdeantwortschrift wurde dem Beklagten mit Präsidialverfügung vom 7. Januar 2015 zur Kenntnis gebracht (Urk. 33).

2.1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Es geht nicht um eine Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern im Wesentlichen um eine Rechtskontrolle des vorinstanzlichen Entscheids; die Überprüfung der vorinstanzlichen Sachverhaltsdarstellung ist auf Willkür beschränkt. Echtheit wie auch unechte Noven sind ausgeschlossen, und zwar auch dann, wenn die Untersuchungsmaxime gilt. Zulässig sind jedoch selbstverständlich neue rechtliche Erwägungen (vgl. Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2. Aufl., Zürich 2013, Art. 326 N 3f.).

2.2. Die Vorinstanz gewährte der Klägerin die provisorische Rechtsöffnung gestützt auf die vorbehaltlose Unterzeichnung des Schreibens vom 23. Juli 2013 durch den Beklagten, worin dieser unterschriftlich anerkannt habe, der Klägerin die Honorarbeträge von Fr. 86'807.20 und Fr. 78'572.15 zu schulden. Die Fälligkeit besagter Forderungen ergebe sich aus dem Arrestbefehl vom 14. Juli 2014. Sämtliche Einwendungen des Beklagten, wie Stundung, Irrtum nach Art. 23/24 OR, absichtliche Täuschung nach Art. 28 OR, Übervorteilung nach Art. 21 OR und Nichtigkeit nach Art. 20 OR wurden verworfen. Die erste Instanz erwog dabei, weder habe der Beklagte substantiiert dargelegt, auf welchen Fall des wesentlichen Irrtums er sich nach Art. 24 Abs. 1 OR berufe und worin die Täuschungshandlung durch die Klägerin liegen solle, noch mache er seine Behauptung, wonach er bei der Unterzeichnung der Schuldanererkennung in einem schlechten gesundheitlichen Zustand gewesen sein solle, mittels Belegen oder Urkunden glaubhaft. Vielmehr widerspreche das Vorbringen des Beklagten, dass er dem Totalbetrag und den beiden Rechnungen keine Beachtung geschenkt habe, zumal er ohnehin nicht habe zahlen können, der Behauptung, er habe sich zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Schuldanererkennung in einem wesentlichen Irrtum befunden. Weil eine Schuldanererkennung grundsätzlich auch abstrakten Charak-

ters sein dürfe, namentlich nicht erforderlich sei, dass der Schuldgrund in der Urkunde genannt werde und der Beklagte die Schuldanerkennung vom 23. Juli 2013 vorbehaltlos unterzeichnet und somit sowohl die geltend gemachte Forderung als auch ihre Pflicht zur Zahlung anerkannt habe, seien Einwendungen gegen ein ihr allenfalls zugrunde liegendes Rechtsgeschäft im vorliegenden Verfahren sodann unbeachtlich. Der Beklagte sei diesbezüglich auf den ordentlichen Verfahrensweg der Aberkennungsklage nach Art. 83 Abs. 2 SchKG zu verweisen (Urk. 25 S. 4f. mit Hinweisen).

2.3. Der Beklagte rügt im Wesentlichen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil nicht auf sämtliche seiner Einwendungen eingegangen worden sei, sowie eine unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz (Urk. 24).

2.4. Fest steht, dass die vorbehaltlose unterschriftliche Schuldanerkennung des Beklagten vom 23. Juli 2013 betreffend offene Honorarforderungen gegenüber der Klägerin im Umfang von Fr. 86'807.20 und Fr. 78'572.15 (total Fr. 165'379.35; vgl. Urk. 3/2 S. 2) einen provisorischen Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG darstellt (vgl. Urk. 25 S. 4).

Die provisorische Rechtsöffnung wird gewährt, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht (Art. 82 Abs. 2 SchKG). Im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren sind alle Einreden und Einwendungen zulässig, insbesondere auch gegen Bestand und Höhe der Forderung (vgl. Urk. 25 S. 4 mit Hinweis). Entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urk. 25 S. 7), kann der Schuldner jedoch auch bei einem Schuldbekenntnis ohne Angabe eines Verpflichtungsgrundes (Art. 17 OR), das zweifelsohne zur Rechtsöffnung berechtigt, im Rechtsöffnungsverfahren alle Einreden aus dem Grundverhältnis erheben (BSK SchKG I-Staehelin, 2. Aufl. 2010, Art. 82 N 90). Ausserdem kann sich der Schuldner auch auf Mängel bei der Abgabe des Schuldbekenntnisses stützen, wie fehlende Urteils- oder Handlungsfähigkeit oder Willensmängel (vgl. BGE 96 II 25f.). Vorliegend handelt es sich bei der vorbehaltlosen Unterzeichnung des klägerischen Schreibens vom 23. Juli 2013 (Urk. 3/2) allerdings um ein kausales Schuldbekenntnis, weil der Grund des Versprechens - nämlich offene Honorarforderungen für den erst- und zweitinstanzlichen Schei-

dungsprozess des Beklagten - ausdrücklich genannt wird. Jedenfalls sind sämtliche Einreden aus dem Grundgeschäft zu hören. Für die Annahme eines Einredeverzichts wäre im Übrigen eine ausdrückliche bzw. eindeutige Erklärung vonnöten (OFK-Kren Kostkiewicz, OR 17 N 3f.).

Von einer Novation (Tilgung einer Schuld durch Begründung einer neuen; Art. 116 OR; vgl. Urk. 31 S. 19 unten), bei welcher der Schuldner die der alten Forderung innewohnenden Einreden und Einwendungen nicht mehr geltend machen kann, ist vorliegend nicht auszugehen: Die Ausstellung eines neuen Schuldscheins hat keine novatorische Wirkung, sofern nichts anderes vereinbart wurde. So ist beispielsweise die in einem Betreibungsverfahren erklärte Schuldanerkennung darauf gerichtet, eine bestehende Schuld anzuerkennen (Art. 116 Abs. 2 OR; OFK-Kren Kostkiewicz, OR 116 N 6). Genau diesen Zweck verfolgte auch die vorliegende Schuldanerkennung vom 23. Juli 2013 (Urk. 3/2 S. 2).

Die Fälligkeit der betriebenen Forderung über insgesamt Fr. 165'379.35 wurde im Beschwerdeverfahren zu Recht nicht mehr in Abrede gestellt (Urk. 24 passim). Die Vorinstanz hat sich dazu denn auch richtig verlauten lassen (vgl. Urk. 25 S. 5; Art. 271 Abs. 2 SchKG). Mit dem Arrestbefehl vom 14. Juli 2014 (Geschäfts-Nr. EQ140016-I) wurde im Übrigen auch die bis auf weiteres gewährte Stundung (vgl. Urk. 3/2) hinfällig (vgl. Urk. 25 S. 5). Auf eine Stundungsvereinbarung beruft sich der Beklagte im Beschwerdeverfahren schliesslich auch nicht mehr (Urk. 24 passim).

Die erste Instanz befasste sich mit den geltend gemachten Willensmängeln (absichtliche Täuschung, Irrtum nach Art. 23/24 OR) mangels Substantiierung seitens des Beklagten bloss am Rand (vgl. Urk. 25 S. 6). Auf die beklagtischen Einwände der Übervorteilung und der Nichtigkeit (zufolge fehlender Information über die Abrechnungspflichten bei Mandatsübernahme durch die Klägerin; Art. 20/21 OR) ging der Vorderrichter, wie erwähnt, nicht näher ein, weil sich solches nicht gegen die als provisorischen Rechtsöffnungstitel dienende Schuldanerkennung, sondern das dieser zugrundeliegende Grundgeschäft richte (Urk. 25 S. 6f.). Mit der nämlichen Begründung setzte sich die Vorinstanz auch nicht mit dem Einwand der Schlechterfüllung (vgl. Urk. 16 S. 10-14) und der (teilweisen) Tilgung durch

Verrechnung mit den Fr. 19'500.– (Vorschuss für die [verspätet erhobene] Beschwerde an das Bundesgericht; Urk. 16 S. 8; Urk. 17/8) auseinander (Urk. 25 S. 7). Da sich die Sache indessen als spruchreif erweist, ist sie durch die Beschwerdeinstanz neu zu entscheiden (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO: Ausnahmsweise reformatorische Wirkung der Beschwerde). Insbesondere ist auf sämtliche Einwendungen/Gegenrechte einzugehen, welche sich (auch) auf das Grundgeschäft, mithin das Mandatsverhältnis zwischen den Parteien beziehen.

a) Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR)

Die Vorinstanz hat richtig gesehen, dass das Vorbringen des Beklagten, wonach er bei der Unterzeichnung der Schuldanerkennung dem Totalbetrag und den beiden Rechnungen keine Beachtung geschenkt habe, zumal er ohnehin nicht habe zahlen können (Urk. 16 S. 3f.), seiner Behauptung widerspricht, dass er sich damals in einem wesentlichen Irrtum befunden habe (Urk. 25 S. 6). Der Irrtende muss den betreffenden Sachverhalt als Grundlage des Vertrages angesehen haben (subjektive Wesentlichkeit), und ausserdem hat er ihn nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als Grundlage des Vertrages ansehen dürfen (objektive Wesentlichkeit). Im Merkmal der subjektiven Wesentlichkeit kommt zum Ausdruck, dass der Irrtum kausal sein muss für den Vertragsabschluss, in dem Sinne, dass bei wahrer Kenntnis der Sachlage der Vertrag überhaupt nicht oder doch nur mit anderem Inhalt geschlossen worden wäre. Wer daher hinsichtlich eines bestimmten Sachverhalts Zweifel hat und dessen ungeachtet den Vertrag schliesst, kann nachher nicht einwenden, er habe sich geirrt; mit andern Worten ist demjenigen, der mit der Möglichkeit eines Irrtums zum vornherein rechnet und also den Irrtum in Kauf nimmt, die Berufung auf den Grundlagenirrtum versagt (Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 16 N 10, S. 140 mit Hinweis auf ZR 1985 S. 196, E. 6 und unten N 16 und 18).

Der Beklagte machte selbst geltend, er habe die Höhe des Honorars wiederholt mündlich und schriftlich angezweifelt und bestritten, allerdings vergeblich (Urk. 16 S. 4). Wenn er an der Höhe des in Rechnung gestellten Honorars zweifelte und dennoch die Schuldanerkennung gemäss Schreiben der Klägerin vom 23. Juli 2013 vorbehaltlos unterzeichnete, offenbar ohne sich mit dem Totalbetrag

und den beiden beiliegenden Rechnungen auseinandergesetzt zu haben, musste er mit der Möglichkeit eines Irrtums zum vornherein rechnen und nahm namentlich einen Irrtum über den verrechneten Stundenansatz bewusst in Kauf. Im Übrigen ist der ersten Instanz beizupflichten, dass der Beklagte die Voraussetzungen eines wesentlichen Irrtums im Sinne von Art. 24 Abs. 1 OR nicht hinreichend substantiiert darlegte (vgl. Urk. 16 S. 3f.; Prot. I S. 6, 9; vgl. auch Urk. 24 S. 5). Die Berufung auf den Grundlagenirrtum bleibt dem Beklagten somit versagt.

b) Absichtliche Täuschung (Art. 28 OR)

Ist ein Vertragschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des andern zu dem Vertragsabschluss verleitet worden, so ist der Vertrag für ihn auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war (Art. 28 Abs. 1 OR). Täuschung bewirkt dann einen Willensmangel, wenn die getäuschte Partei in Kenntnis der wirklichen Verhältnisse den Vertrag gar nicht oder nicht so geschlossen hätte. Die Täuschung kann erfolgen durch positives Handeln (Vorspiegelung falscher Tatsachen) und, ausnahmsweise durch Unterlassen (Verschweigen von Tatsachen). Schweigen gilt nur dann als Täuschung, wenn eine Aufklärungspflicht besteht, welche sich aus Gesetz, Vertrag oder Treu und Glauben und den herrschenden Anschauungen ergeben kann. Erhöhte Aufklärungspflichten bestehen namentlich bei Aufträgen. Die Täuschung muss absichtlich erfolgen, also bezwecken die getäuschte Partei zum Vertragsschluss zu bewegen. Blosser Fahrlässigkeit des Täuschenden genügt nicht (OFK-Dasser, OR 28 N 1ff.).

Vor Vorinstanz liess der anwaltlich vertretene Beklagte ausführen, die erste Rechnung vom 24. Juni 2011 habe auf einem Stundenansatz von Fr. 200.– basiert. Die dem Brief vom 23. Juli 2013 dann beigelegte neue Rechnung, ausgestellt unter dem alten Datum, gehe demgegenüber von einem Stundenansatz von Fr. 250.– aus, was er bei der Unterzeichnung der Schuldanererkennung übersehen habe, da er dem Totalbetrag und den beiden Rechnungen keine Beachtung geschenkt habe. Es könne nicht sein, dass ein Anwalt nach Ausstellung einer Rechnung zu einem späteren Zeitpunkt eine neue Rechnung mit selbigem Datum ausstelle, die höher sei als die alte Rechnung (Urk. 16 S. 3f.; Prot. I S. 6). Die Klägerin hielt entgegen, hinsichtlich der Rechnungen für das erstinstanzliche Verfahren

sei von Anfang an ein Honorar von Fr. 250.– pro Stunde vereinbart worden. Betreffend die reduzierte Rechnung, welche mit dem Datum der ursprünglichen Rechnung versehen worden sei, sei zu bemerken, dass sie dem Beklagten nachträglich eine Rechnung mit einem Honoraransatz für unentgeltliche Prozessführung über Fr. 200.– pro Stunde ausgestellt habe, unter der Bedingung, dass er diese Rechnung innert angesetzter Frist bezahle. Da der Beklagte der Zahlungsaufforderung nicht nachgekommen sei, seien ihre Aufwendungen in der Schuldanerkennung wiederum mit einem Stundenansatz von Fr. 250.– berechnet worden (Prot. I S. 7).

Sinngemäss macht der Beklagte hier eine Täuschung durch Verschweigen von Tatsachen, nämlich des mit der zweiten Rechnung angewandten höheren Stundenansatzes geltend. Die Klägerin führte in ihrem Schreiben vom 23. Juli 2013 an den Beklagten unter anderem aus, er finde ihre erste Honorarnote unter dem Datum vom 24. Juni 2011 der guten Ordnung halber ebenfalls nochmals vollständig in der Beilage (Urk. 3/2 S. 1). Jedoch handelte es sich dabei offenbar um eine neue Honorarrechnung mit einem höheren Stundenansatz von Fr. 250.– (statt Fr. 200.–, vgl. Urk. 17/1) unter dem Datum der alten Rechnung (Urk. 3/2; Urk. 16 S. 3; Prot. I S. 7). Betreffend die angewandten (unterschiedlichen) Stundenansätze äussert sich die Klägerin im besagten Schreiben nicht. Solches entspricht zwar in der Tat nicht den anwaltlichen Gepflogenheiten, jedoch kann darin noch keine absichtliche Täuschung erblickt werden: Wie erwähnt, schenkte der Beklagte dem Totalbetrag und den beiden Rechnungen anlässlich der Unterzeichnung der Schuldanerkennung keine Beachtung, zumal er ohnehin nicht habe zahlen können. Den angewandten Stundenansatz von Fr. 250.– habe er übersehen (Urk. 16 S. 3). Hätte er die beiden beiliegenden detaillierten Rechnungen (vgl. Prot. I S. 6; Urk. 15/6) studiert, was ihm ohne weiteres möglich und zumutbar gewesen wäre, wäre ihm der kritisierte Stundenansatz sogleich bewusst geworden. Eine bewusste Unterdrückung von Tatsachen durch die Klägerin liegt jedenfalls nicht vor, weil der angewandte Stundenansatz offengelegt wurde. Von bewussten Falschangaben kann nicht die Rede sein. Schliesslich hätte dem Beklagten der gegenüber der ersten Rechnung vom 24. Juni 2011 massiv erhöhte Gesamtbetrag von Fr. 86'807.20 (Urk. 3/2) statt Fr. 58'448.35 (Urk. 17/1) betreffend die Ver-

tretung im erstinstanzlichen Scheidungsverfahren geradezu ins Auge springen müssen. Gleichwohl unterschrieb er die Schuldanerkennung vorbehaltlos. Daraus ist jedoch zu schliessen, dass die behauptete mangelnde Aufklärung der Klägerin über die verschiedenen Stundenansätze für die Schuldanerkennung nicht kausal war. Der Beklagte unterschrieb so oder anders. Selbst wenn die Klägerin mithin pflichtwidrig den Stundenansatz verschwiegen hätte, indem sie diesen im Schreiben vom 23. Juli 2013 nicht explizit erwähnte, wäre mangels Kausalität zwischen dieser Pflichtwidrigkeit und der Schuldanerkennung durch den Beklagten eine absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 28 OR im Zusammenhang mit der Schuldanerkennung zu verneinen.

Der Beklagte trug vor, der Haupteinwand sei jedoch, dass die Klägerin nicht in der Lage sei, eine Honorarabrede (Abrechnung nach Stunden zu einem bestimmten Ansatz) vorzulegen, geschweige denn nachzuweisen. Im Gegenteil seien für das erstinstanzliche Verfahren zwei Rechnungen mit verschiedenen Ansätzen im Umlauf und das belege, dass keine Honorarabrede bestehe. Der Beklagte sei zu keinem Zeitpunkt über die Grundsätze der Rechnungstellung informiert und aufgeklärt worden. Mangels anderer Vereinbarung wäre damit zwingend zwischen den Parteien die Gebührenverordnung anwendbar. Auch aus diesem Grunde werde die Schuldanerkennung wegen Irrtums angefochten (Urk. 16 S. 6f.).

Für rechtshindernde Tatsachen (die dem Entstehen eines Anspruchs von Anfang an entgegenstehen) trägt die Partei, zu deren Gunsten sie angerufen werden, in der Regel der Schuldner, die Beweislast. Bezüglich bestimmter negativer Tatsachen bleibt es bei der Anwendung der Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB (OFK-Schwander, ZGB 8 N 4). Im Übrigen bewirkt die Schuldanerkennung eine Umkehr der Beweislast (vgl. auch Urk. 24 S. 5). Es obliegt dem Schuldner, Einwendungen gegen die unterschriebene Schuldanerkennung sofort glaubhaft zu machen (Art. 82 Abs. 2 SchKG). Der Beklagte vermag indes nicht glaubhaft darzutun, dass keine Honorarabsprache geschlossen worden sei, zumal eine solche auch mündlich geschlossen werden kann (Art. 11 Abs. 1 OR; vgl. auch Urk. 15/2 [Arrestverfahren], wo offenbar selbst der Beklagte von einer mündlichen Honorarabsprache ausging). Blosses Behaupten genügt dafür jedenfalls nicht. Ebenso

wenig kann er glaubhaft machen, dass er nicht über die Grundsätze der Rechnungsstellung informiert worden sein soll (Urk. 16 S. 7). Selbst wenn jedoch bei der Mandatsübernahme keine (mündliche) Honorarvereinbarung betreffend Abrechnung nach Zeitaufwand bei einem Stundenansatz von Fr. 250.– (vgl. Prot. I S. 7; Urk. 15/2 S. 4) geschlossen und der Beklagte nicht über die Rechnungsstellung informiert worden wäre, hätte er nachträglich einer solchen Abrechnung durch die Schuldanererkennung zugestimmt bzw. solches genehmigt.

c) Nichtigkeit (Art. 20 OR)

Der Beklagte macht geltend, Art. 12 lit. i des BGFA verpflichte den Anwalt, bei Mandatsbeginn den Klienten über die Abrechnungsmodalitäten zu informieren. Wer dies unterlasse, also den Klienten zu keinem Zeitpunkt aufkläre und trotzdem von ihm eine Schuldanererkennung verlange über eine Abrechnung nach Stunden, obschon er schriftlich (Vollmachten) gerade das Gegenteil kommuniziere, handle rechtswidrig und verstosse gegen elementare Berufspflichten. Diese "Vereinbarung" (Schuldanererkennung) sei im Sinne von Art. 20 OR nichtig (Urk. 16 S. 8).

Dass bei der Mandatsübernahme nicht über die Abrechnungsmodalitäten informiert worden sei, vermag der Beklagte, wie gesehen, nicht glaubhaft zu machen. Ebenso wenig, dass keine (mündliche) Honorarvereinbarung geschlossen worden sei. Er beschränkt sich auf blosses Behaupten (Urk. 16 S. 6). Insbesondere ist auch aus dem Umstand, dass betreffend das erstinstanzliche Scheidungsverfahren zwei Rechnungen mit verschiedenen Stundenansätzen im Umlauf sind, nicht zwingend zu schliessen, dass überhaupt keine Honorarabrede besteht. Im Gegenteil deutet solches doch darauf hin, dass offenbar nach Stunden und nicht (pauschalisiert) nach der Anwaltsgebührenverordnung bzw. Streitwert (§ 5 Abs. 2 AnwGebV) abgerechnet werden sollte. Dafür, dass in einer ersten Rechnung (entgegenkommender Weise) nach dem Armentarif hätte abgerechnet werden sollen (Urk. 17/1), vermochte die Klägerin denn durchaus auch eine einleuchtende Erklärung zu liefern, wonach solches unter der Bedingung in Aussicht gestellt worden sei, dass der Beklagte innert der angesetzten Frist das (reduzierte) Honorar bezahlen würde (Prot. I S. 7). Dazu äusserte sich der Beklagte vor Vorinstanz

nicht mehr (Prot. I S. 9). Dass generell zum Armentarif hätte abgerechnet werden sollen, wird vom Beklagten nicht behauptet und wäre mit Blick auf dessen finanzielle Verhältnisse (vgl. güterrechtliche Auseinandersetzung: Urk. 17/10 S. 68f., vgl. auch verarrestierte Liegenschaft [Urk. 15/7]) auch schwerlich nachzuvollziehen.

Aber selbst wenn die Klägerin im Vorfeld nicht über die Abrechnungsmodalitäten informiert hätte und keine Honorarvereinbarung geschlossen worden wäre, hätte dies keine Nichtigkeit der Schuldanererkennung zur Folge. Diese hat keinen widerrechtlichen Inhalt und die detaillierten Rechnungen samt in Rechnung gestelltem Stundenansatz lagen dem vom Beklagten vorbehaltlos unterzeichneten Schreiben vom 23. Juli 2013 bei. Ob die Klägerin standesrechtliche Obliegenheiten verletzte, ist vorliegend nicht von Belang. Solches führt namentlich nicht zur Nichtigkeit des ganzen Mandatsverhältnisses, was denn auch nicht behauptet wurde, aber auch nicht zur Nichtigkeit der Schuldanererkennung, sondern zeitigte höchstens disziplinarrechtliche Folgen.

Der Einwand im Beschwerdeverfahren, dass es umso stossender sei, dass die Klägerin auch noch von der (dritten) Ehefrau des Beklagten eine Unterschrift, und damit Solidarhaftung verlangt habe (Urk. 3/2 S. 2), was sittenwidrig sei, weshalb sich die Schuldanererkennung als nichtig erweise (Urk. 24 S. 6), ist neu und im Beschwerdeverfahren nicht mehr zu hören (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Vor dem Hintergrund des Umstandes, dass der Beklagte bestrebt war, seine als Haftungssubstrat für die Honorarforderung dienende Liegenschaft an seine dritte Ehefrau zu übertragen (vgl. Arrestverfahren: Urk. 15/2 S. 7; Urk. 1 S. 4f.), erscheint solches jedoch nicht abwegig und verstösst nicht gegen die herrschende Moral. Im Übrigen unterzeichnete die Ehefrau des Beklagten die Schuldanererkennung nicht (Urk. 3/2 S. 2).

d) Übervorteilung (Art. 21 OR)

Der Beklagte hielt dafür, selbst unter Berücksichtigung des langen Verfahrens sei die geltend gemachte Honorarforderung völlig übersetzt, dies insbesondere auch im Vergleich zu den von den Gerichtsinstanzen berechneten vollen Prozessentschädigungen von Fr. 50'000.– für das erstinstanzliche Scheidungs-

verfahren und Fr. 24'000.– für das Berufungsverfahren. Die Honorarforderungen der Klägerin würden zuzüglich Fr. 58'000.– geleistete Akontozahlung mehr als das Dreifache betragen (Urk. 16 S. 4f.).

Wer sich auf Übervorteilung beruft, hat innert Jahresfrist seit Abschluss des Vertrages zu erklären, dass er den Vertrag nicht halte (Art. 21 Abs. 1 und 2 OR). Der Beklagte liess vortragen, die Unterschrift der Schuldanerkennung sei mit Sicherheit nicht am 23. Juli 2013 geleistet worden, sondern Wochen, wenn nicht Monate später. Es gebe gewisse Indizien, wonach er die Schuldanerkennung frühestens am 25. September 2013 unterzeichnet habe (Urk. 16 S. 4 unten). Weil nichts anderes plausibilisiert wird, insbesondere keine solchen Indizien genannt wurden, ist jedoch davon auszugehen, dass der Beklagte die Schuldanerkennung am 23. Juli 2013 dem Datum des Schreibens der Klägerin (vgl. Urk. 3/2) unterzeichnete. Dass er den Vertrag nicht halte, erklärte der Beklagte erst im Rahmen der Rechtsöffnungsverhandlung vom 15. September 2014 (Urk. 16) und damit zu spät. Die Behauptung, wonach er die Höhe des Honorars wiederholt mündlich und schriftlich angezweifelt und bestritten habe (Urk. 16 S. 4 oben), vermochte der Beklagte weder in zeitlicher Hinsicht näher zu spezifizieren noch mit Belegen zu untermauern. Solches ist zu unbestimmt, um daraus eine Unverbindlichkeitsklärung zufolge Übervorteilung ableiten zu können.

Der Beklagte äussert sich sodann zwar zum offenbaren Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, er tut jedoch nicht dar, inwiefern er zur Schuldanerkennung durch Ausbeutung einer Notlage, Unerfahrenheit oder Leichtsinns veranlasst worden sein soll. Die Behauptung, wonach der Beklagte im Zeitpunkt der Schuldanerkennung über 70 Jahre gezählt habe, und schon damals seit längerer Zeit in einem äusserst schlechten psychischen und physischen Zustand gewesen sei, einerseits wegen des jahrelang dauernden erbitterten Scheidungsprozesses, andererseits wegen wiederholter, schwerer Operationen (u.a. am Herz) mit Vollnarkosen, ändert nichts, ist bestritten (Prot. I S. 8) und wird überdies durch keine Belege untermauert (vgl. auch Urk. 25 S. 6). Aus den vorliegenden Akten, insbesondere im Zusammenhang mit dem Scheidungs- und Arrestverfahren, erhellt im Übrigen ein anderer Eindruck des Beklagten. Ein Stun-

denansatz von Fr. 250.– erweist sich mit Blick auf die vorliegenden finanziellen Verhältnisse schliesslich durchaus als moderat. Im Übrigen machte der Beklagte nie geltend, die von der Klägerin verrechneten Stunden seien tatsächlich nicht aufgewandt bzw. nicht notwendig gewesen. Weil der Einwand der Übervorteilung bereits zufolge Verspätung sowie mangels Glaubhaftmachung der gesetzlichen Ausbeutungstatbestände nicht zu hören ist, braucht auf das Leistungsmissverhältnis indes nicht näher eingegangen zu werden.

e) Einwand der Schlechterfüllung

Bei synallagmatischen Verträgen (do ut des, Leistung und Gegenleistung stehen im Austauschverhältnis), wozu auch das (entgeltliche) Mandatsverhältnis zwischen den Parteien gehört, muss der Schuldner nach der herrschenden Basler Rechtsöffnungspraxis die nicht gehörige Erbringung der Gegenleistung grundsätzlich nur nicht geradezu haltlos behaupten und nicht glaubhaft machen. Es liegt dann am Gläubiger die gehörige Erfüllung durch Urkunden glaubhaft zu machen (vgl. Stücheli, Die Rechtsöffnung, Diss., Zürich 2000, S. 340ff.; BSK SchKG I-Staehelin, 2. Aufl. 2010, Art. 82 N 101, 107). Unterzeichnet jedoch der Schuldner die Schuldanerkennung erst, nachdem er die Gegenleistung des Gläubigers entgegengenommen hat, liegt ein einseitiges Schuldbekenntnis und nicht ein durch das Synallagma bedingter zweiseitiger Vertrag vor. Demzufolge hat er Mängel nicht nur zu behaupten, sondern glaubhaft darzutun (Stücheli, a.a.O., S. 343f.). Die betriebene Honorarforderung über total Fr. 165'379.35 anerkannte der Beklagte erst, nachdem die Klägerin ihre anwaltlichen Leistungen im erst- und zweitinstanzlichen Scheidungsprozess erbracht hatte (Urk. 3/2). Der Einwand der Schlechterfüllung war durch den Beklagten somit in seinem Rechtsöffnungsbegehren nicht bloss zu behaupten, sondern glaubhaft darzutun.

Im Gegensatz zum Werkvertrag (Art. 363ff. OR) ist beim Auftrag kein Erfolg, sondern ein Erfolgs gerichtetes sorgfältiges Tätigwerden geschuldet (Art. 398 Abs. 2 OR). Voraussetzung für einen Schadenersatzanspruch des Auftraggebers gegen den Beauftragten sind eine Sorgfaltswidrigkeit (positive Vertragsverletzung), ein dadurch dem Gläubiger entstehender Schaden (unfreiwillige Vermögensverminderung, entgangener Gewinn), ein adäquater Kausalzusammen zwi-

schen dem Schaden und der Vertragsverletzung sowie die fehlende Exkulpation des Schuldners (Art. 97 Abs. 1 OR). Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich dabei nach objektiven Kriterien (BGE 115 II 61, E. 3.1). Erforderlich ist die Sorgfalt, welche ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt. Höhere Anforderungen sind an den Beauftragten zu stellen, der seine Tätigkeit berufsmässig gegen Entgelt ausübt. Die Handlungen des Beauftragten haben dem berufsspezifischen Durchschnittsverhalten zu entsprechen. Einschränkend ist zu berücksichtigen, dass der Beauftragte nicht für jede Massnahme oder Unterlassung einzustehen hat, welche aus nachträglicher Betrachtung den Schaden bewirkt oder vermieden hätte (OFK-Bühler, OR 398 N 5 mit weiteren Hinweisen).

Der Beklagte liess vor Vorinstanz ausführen, mit Urteil vom 9. Mai 2011 habe das Bezirksgericht Uster ihn verpflichtet, seiner geschiedenen Ehefrau als güterrechtliche Abfindung einen Betrag von Fr. 1'501'306.– zu bezahlen. Dabei sei die Beteiligung an der D._____ AG aufgrund des in den Akten liegenden Kaufvertrages vom 27. September 2005 mit Fr. 2'457'384.80 bewertet worden. Am 12. Juli 2010 seien diesbezüglich die am Kaufvertrag mitbeteiligten E._____ und F._____ als Zeugen vernommen worden. Gemäss Verfügung vom 29. September 2010 sei der Beklagte zur Substantiierung zu diesem Punkt aufgefordert worden. Weiter habe die Zeugin E._____ aufforderungsgemäss eine Eingabe vom 30. November 2010 eingereicht, worin sie bestätigt habe, dass der Beklagte für den Verkauf der Stimmrechtsaktien an die G._____ AG Fr. 190'666.– erhalten habe. Die Gegenseite habe behauptet, er habe nicht nur Fr. 190'704.80 für die Stimmrechtsaktien, sondern zusätzlich für die Stammaktien gemäss Vertrag Fr. 2'266'680.– (1/3 von Fr. 6,8 Mio. gemäss Ziff. 2.2) erhalten. Dazu habe die Klägerin trotz mehrfacher Aufforderung des Gerichts keine Stellung mehr bezogen, sondern sich mit einer blossen Bestreitung begnügt. Das Gericht habe diesen Betrag dann zur Errungenschaft dazugezählt, der gar nie bezahlt worden sei. Dies sei mit einer sorgfältigen Prozessführung unvereinbar. Der richtige Sachverhalt hätte innert Kürze problemlos rechtsgenügend abgeklärt werden können mittels zweier telefonischer oder schriftlicher Anfragen an die Beteiligten, um den Vertragsrücktritt zu belegen, d.h. nachzuweisen, dass nur Fr. 572'000.– Anzahl-

lung bezahlt worden seien. Der Schaden sei offensichtlich. Nachdem der Beklagte (und die übrigen Verkäufer) den zweiten Teil des Kaufpreises nachweislich nicht erhalten hätten, sei die Annahme des Gerichts, sein Aktienpaket (1/3) hätte einen Wert von Fr. 2,266 Mio. gehabt, nicht haltbar. Damit bemesse sich der Schaden auf Fr. 1'123'358.– (Fr. 1'501'306.– rechtskräftig festgestellte güterrechtliche Abfindung abzüglich Fr. 377'947.– korrigierte güterrechtliche Abfindung). Die Honorarforderung sei somit auch deshalb nicht geschuldet, weil der Beklagte glaubhaft gemacht habe, dass ihm aus Schlechterfüllung des Auftrags eine Gegenforderung zustehe, welche den eingeklagten Betrag bei weitem übersteige (Urk. 16 S. 11ff.)

Demgegenüber brachte die Klägerin vor, dass die Angelegenheit der Beteiligung des Beklagten an Aktien der D._____ AG im Scheidungsverfahren überhaupt zur Diskussion gestanden habe, liege im Verschulden des Gegenanwalts. Betreffend den Vorwurf der Verletzung des Auftragsrechts sei der Beklagte auf das Verfahren der Aberkennungsklage zu verweisen. Es werde bestritten, dass das Auftragsrecht tatsächlich verletzt worden sei. Der Beklagte habe ihr gegenüber seine Beteiligung an der D._____ AG verschwiegen. Er habe die entsprechenden Erträge aus dem Verkauf seiner Beteiligungen auch nicht in seiner Steuererklärung festgehalten. Mangels Wissens sei ihr nichts anders übrig geblieben, als diese Vorbringen bloss zu bestreiten (Prot. I S. 8 f.).

Zur Sorgfaltspflicht des Anwalts gehört einerseits, den in Frage stehenden Sachverhalt abzuklären. Er ist dabei auf die Auskunft seines Klienten angewiesen, der ihm alle relevanten Informationen und Unterlagen zur Verfügung stellen sollte. Andererseits hat der Anwalt die entsprechenden Rechtsgrundlagen und die Rechtsprechung dazu zu kennen oder sich darüber Kenntnis zu verschaffen. Der Beklagte versuchte seine Beteiligung an der D._____ AG im erstinstanzlichen Scheidungsprozess zu verheimlichen (vgl. Urk. 17/10 S. 53; Urk. 3/4 S. 6). Es ist unbestritten, dass der Beklagte auch seine Anwältin und heutige Klägerin nicht über seine Beteiligung/Aktien an der D._____ AG und die erfolgte Übertragung der Stimmrechtsaktien auf die G._____ AG informierte (Urk. 16 passim; Urk. 17/6 S. 1).

Gemäss Aktienkaufvertrag vom 27. September 2005 hätten dem Beklagten Fr. 2'504'060.– für den Verkauf seiner Stimmrechts- und Stammaktien an der D._____ AG zugestanden. Aus den Zeugenaussagen (der beiden anderen Verkäufer, F._____ und E._____) erhellte, dass der Beklagte nur Fr. 190'666.– für den Verkauf der Stimmrechtsaktien an die G._____ AG ausbezahlt erhalten habe. Gemäss Vertrag hätten die Stammaktien zunächst bei den alten Aktionären verbleiben sollen und hätten dann nach einem Jahr für mehrere Millionen an die G._____ AG übertragen werden müssen. Der Businessplan sei aber nicht eingehalten worden, so dass die G._____ AG habe aus dem Vertrag aussteigen können. Es könne sein, dass der Beklagte heute noch 2'000 Aktien der D._____ AG halte. Aus dem Aktienbuch der D._____ AG liess sich laut Scheidungsgericht jedoch entnehmen, dass am 14. September 2005 das Aktienkapital neu strukturiert worden sei und die Beteiligungen des Geschwänders, von F._____ und E._____ auf die G._____ AG übertragen worden seien. Dem Closing Protokoll vom 27. September 2005 war zu entnehmen, dass der Vollzug des Vertrages inklusive Übertragungen der Aktien so wie vereinbart vorgenommen worden sei (Urk. 17/10 S. 54f. mit Hinweisen).

Die damalige Frau des Beklagten nahm in ihrer Eingabe vom 14. März 2011 zu den neuen Akten (Zeugin E._____) dahingehend Stellung, dass dem Beklagten Fr. 190'704.80 für den Verkauf der Stimmrechtsaktien und für 3'000 Stammaktien Fr. 2'266'680.– zugeflossen seien. Der Beklagte respektive die Klägerin hatte sich, nachdem sie vom Gericht zur Stellungnahme aufgefordert worden war, in ihrer Eingabe vom 16. März 2011 nicht zu den neuen Unterlagen geäussert und die Beteiligung des Beklagten an der D._____ AG auch nicht mehr erwähnt. Androhungsgemäss berücksichtigte das erstinstanzliche Scheidungsgericht dann die von der Ex-Frau des Beklagten genannten Beträge und rechnete dem Beklagten in Anwendung von § 148 2. Satz ZPO/ZH unter dem Titel "Beteiligung D._____ AG" insgesamt Fr. 2'457'384.80 an (vgl. Urk. 17/10 S. 54f. mit Hinweisen; Urk. 17/12). Dieser Entscheid ist rechtskräftig (Urk. 17/11; Urk. 15/3 S. 1 f.; Urk. 16 S. 9).

Was den Verkauf der Stammrechtsaktien des Beklagten zum vereinbarten Preis von Fr. 2'266'680.– anbelangt, konnte die Sachlage mithin nicht restlos geklärt werden. Es blieb insbesondere im Dunkeln, welche Zahlungen der Beklagte aus dem Aktienverkauf effektiv erhalten hat und ob er allenfalls später seine Stammrechtsaktien an die G._____ AG übertrug bzw. diese Aktien noch hält und welchen Wert sie haben (vgl. dazu auch Urk. 17/10 S. 6f. [Arrestgesuch]). Selbst wenn die Klägerin ihrer anwaltlichen Sorgfaltspflicht damals nicht hinreichend nachgekommen wäre, indem sie es unterliess, den Sachverhalt abzuklären, wäre jedenfalls die Kausalität zwischen dieser Pflichtwidrigkeit und dem behaupteten Schaden nicht genügend glaubhaft dargetan. Es erscheint zweifelhaft, ob das Scheidungsgericht dem (neuen) Vorbringen des Beklagten (Rückabwicklung des Aktienkaufvertrages bzw. Vertragsrücktritt, Urk. 16 S. 12) Glauben geschenkt hätte, nachdem der Beklagte zunächst mehrfach seine Beteiligung verschwiegen hatte und das erstinstanzliche Scheidungsgericht den Beklagten offenbar wegen Urkundendelikten verzeigte (Urk. 17/9 S. 2). Zudem wäre damit noch nicht geklärt gewesen, was nach dem angeblichen Vertragsrücktritt durch die G._____ AG mit den Stammrechtsaktien des Beklagten geschehen ist. Die nunmehr im erstinstanzlichen Rechtsöffnungsverfahren beigebrachte Bestätigung der G._____ AG vom 10. September 2014 (Urk. 17/14) ändert daran nichts. Es erscheint nicht glaubhaft, dass der "richtige" Sachverhalt, so wie ihn der Beklagte nunmehr darstellen möchte, damals innert Kürze problemlos, rechtzeitig und zur vollen Überzeugung des Gerichts hätte abgeklärt werden können (Urk. 16 S. 12).

Der Beklagte vermag eine Sorgfaltspflichtverletzung der Klägerin, welche zu einer Schadenersatzforderung (und nicht zu einer Honorarkürzung, weil hier nicht gesagt werden kann, bei korrekter Auftragserfüllung wäre ein geringeres Honorar aufgelaufen) seinerseits führen würde, mithin nicht hinreichend glaubhaft zu machen. Der Sachverhalt ist nicht liquid genug. Dessen Klärung (Aufrollen des güterrechtlichen Scheidungsprozesses) würde das vorliegende summarische Verfahren im Übrigen bei weitem sprengen. Von einer sofort glaubhaft gemachten verrechenbaren Gegenforderung aus Schadenersatz ist somit nicht auszugehen. Der Beklagte bleibt mit seiner Schadenersatzforderung auf den Weg des ordentlichen

(offenbar bereits eingeleiteten, aber sistierten, vgl. Urk. 24 S. 2; Urk. 26/1) Aberkennungsprozesses verwiesen.

f) Verrechnung mit Fr. 19'500.– (Kostenvorschüsse)

Der Beklagte machte vor Vorinstanz weiter Verrechnung geltend mit den von ihm an die Klägerin für die Beschwerde an das Bundesgericht gegen das obergerichtliche Urteil vom 3. April 2014 geleisteten Fr. 17'000.– Kostenvorschuss für die Tätigkeit der Klägerin und Fr. 2'500.– für den Gerichtskostenvorschuss. Das Bundesgericht sei mit Urteil vom 2. Juni 2014 auf die Beschwerde nicht eingetreten, weil die Klägerin die Frist verpasst habe. Über eine Honorarnote betreffend die "Bemühungen" der Klägerin verfüge er bis heute nicht. Es stehe ausser Frage, dass für eine derartige Fehlleistung kein Honorar geschuldet sei (Urk. 16 S. 8f.; Urk. 17/8, 9).

Die Klägerin bestritt, dass die Fr. 2'500.–, welche der Beklagte geleistet habe, für den Gerichtskostenvorschuss vorgesehen gewesen seien. Dieses Geld habe mit einem anderen Verfahren zu tun gehabt, für welches sie mandatiert worden sei und habe insbesondere keinen Zusammenhang zum Scheidungsverfahren vor Bundesgericht. Bei den Fr. 17'000.– handle es sich um die Pauschale, die gemäss der Praxis des Bundesgerichts für den gegebenen Streitwert Geltung habe. Die zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht habe sie am 29. Mai 2014 rechtzeitig für den Beklagten eingereicht. Es handle sich bei der Frage der Rechtzeitigkeit um eine Rechtsfrage, die bis heute noch nie entschieden worden sei (Rechtsbegriff "Ostern"). Der Beklagte könne daher aus dem Umstand, dass der Präsident der II. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts eine andere Fristberechnung anstelle (enge Auslegung des Ausdrucks "Ostern"), nichts zu seinen Gunsten ableiten. Eine beklagte Gegenforderung oder gar deren Fälligkeit sei daher bestritten. Eine solche sei in keiner Weise liquid (Prot. I S. 7; Urk. 14 S. 3f.; Urk. 17/6 S. 2; Urk. 15/3).

Die Tilgung kann auch durch Verrechnung erfolgen. Bestand, Höhe und Fälligkeit der Gegenforderung müssen diesfalls nur glaubhaft gemacht werden, ein

liquider Urkundenbeweis ist nicht erforderlich (BSK SchKG I-Staehelin, 2. Aufl. 2010, Art. 82 N 93).

Gemäss Bankbeleg überwies der Beklagte der Klägerin am 2. Mai 2014 Fr. 17'000.– und Fr. 2'500.– (Urk. 17/7). Jedenfalls betreffend die Fr. 17'000.– ist anerkannt, dass dieser Betrag als Vorschuss für die Verfassung der Beschwerde ans Bundesgericht bezahlt wurde (Urk. 17/6 S. 2; Prot. I S. 7f.). Fest steht, dass die II. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts mit Urteil vom 2. Juni 2014 auf die Beschwerde gegen den Beschluss und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. April 2014 nicht eintrat, weil die Beschwerde nach Ablauf der Beschwerdefrist der Post übergeben wurde (Urk. 17/8). Eine relevante Unsorgfalt in der Auftragsausführung führt zum Wegfall der Honorarforderung bzw. berechtigt zur Honorarreduktion, nicht nur zur Geltendmachung von Schadenersatz (OR-Weber, 2. Aufl. 1996, Art. 395 N 43). Die Einhaltung von Fristen gehört zu den elementaren Sorgfaltspflichten eines Anwalts. Der Anwalt wird haftpflichtig, wenn er eine Frist versäumt (z.B. BGE 87 II 364). Gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. a BGG (entsprechend auch Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO) stehen die gesetzlichen und gerichtlichen Fristen still vom siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten Tag nach Ostern. Unter dem Begriff "Ostern" ist in diesem Zusammenhang der Ostersonntag zu verstehen, nicht der Ostersonntag oder Ostermontag. Demnach dauert der Stillstand über Ostern 15 Tage (OFK-Jenny, ZPO 145 N 4 mit Hinweisen auf BGer 4A.167/2007, Entscheid vom 6.7.2007, BGer 6B.187/2007, E. 2, Entscheid vom 2.7.2007; BGer 5A_306/2012 E. 3, Entscheid vom 14.11.2012; Kuko-Hoffmann-Nowotny, Art. 145 ZPO N 3; BK ZPO-Frei, Art. 145 N 3; BSK ZPO-Benn, 2. Aufl. 2013, Art. 145 N 2; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2. Aufl. 2013, Art. 145 N 5). Die gängigen Kommentare sind diesbezüglich klar. Ebenso die Praxis des Bundesgerichts. Das Bundesgericht sah sich in seinem Nichteintretensentscheid vom 2. Juni 2014 denn auch zu keinen weiteren Bemerkungen zur Fristberechnung (und insbesondere zum Begriff Ostern) veranlasst (Urk. 17/8 S. 2). Und schliesslich vermochte auch die Klägerin keine einzige Belegstelle für die von ihr vertretene Rechtsauffassung zu nennen, wonach unter Ostern jene vier Tage der Osterfeiertage, die von Karfreitag bis Ostermontag dauern, was auch dem allgemeinen Sprachverständnis entspreche, zu

verstehen seien (Urk. 14 S. 4; Urk. 15/3 S. 1f.; Urk. 31 S. 7). Zu guter Letzt hätte die Klägerin - im Sinne einer sorgfältig handelnden Anwältin - zumindest sicherheitshalber eine enge Auslegung des Begriffs "Ostern" vornehmen und die Beschwerde vorsorglich spätestens am 26. Mai 2014 einreichen sollen, durfte sie doch keinesfalls für sicher halten, dass das Bundesgericht ihre Rechtsauffassung teilen würde. Im Gegenteil. Für einen solchen, doch gröberen Fehler ist kein Honorar geschuldet. Die Prozessaussichten der Beschwerde (vgl. Urk. 14 S. 3; Prot. I S. 8f.; Urk. 31 S. 7; Urk. 16 S. 10) sind dabei jedenfalls im Zusammenhang mit der Rückzahlung des Vorschusses nicht weiter bedeutsam. Leitet der Anwalt jedoch nutzlose Verfahren ein, wird er haftpflichtig (OR-Weber, 2. Aufl. 1996, Art. 398 N 29 mit Hinweisen). Der diesbezüglich vom Beklagten unbestrittener- und belegtermassen geleistete Vorschuss über Fr. 17'000.- ist ihm daher zurückzubezahlen. Ist nichts anderes vorgesehen, wird eine Forderung sofort fällig (Art. 75 OR). Spätestens mit der Mitteilung des höchstrichterlichen Nichteintretensentscheids vom 2. Juni 2014 wurde die Rückforderung mithin fällig. Damit war die Verrechnungsforderung im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls am 23. Juli 2014 (Urk. 2) fällig. Die übrigen Voraussetzungen der (teilweisen) Tilgung durch Verrechnung (vgl. Art. 120 OR) sind erfüllt, zumal auch eine bestrittene Gegenforderung zur Verrechnung gebracht werden kann (Art. 120 Abs. 2 OR). Der Beklagte machte auf die Rückforderung einen Schadenszins von 5% seit 2. Mai 2014 geltend (Urk. 16 S. 9). Vorliegend handelt es sich jedoch um einen vertraglichen Rückforderungsanspruch betreffend den geleisteten Kostenvorschuss zufolge unsorgfältiger Auftragsausführung/Schlechterfüllung durch die Klägerin. Darauf ist lediglich Verzugszins (Art. 104 Abs. 1 OR) geschuldet. Dieser setzt jedoch den Verzug, das heisst in der Regel die Mahnung des Gläubigers nach Art. 102 Abs. 1 OR voraus (vgl. BGE 122 II 53 E. 4a). Unter Mahnung ist jede ausdrückliche und unmissverständliche an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers zu verstehen, die geschuldete Leistung zu erbringen. Sie ist empfangsbedürftig und bedarf weder einer bestimmten Form noch einer Fristansetzung. Praxisgemäss tritt der Verzug mit dem Eingang der Mahnung ein (OFK-Kren Kostkiewicz, OR 102 N 4 und 5 mit Hinweisen). Der Beklagte stellte keine konkrete Behauptung auf, wann er gegenüber der Klägerin die Rückforderung erklärte. Offenbar machte

er seine Rückforderung über Fr. 20'000.– bereits im Rahmen einer Verzeigung beim Standesgericht des Zürcher Anwaltsverbandes (Verfügung vom 21. August 2014) geltend (Urk. 14 S. 2; Urk. 15/4). Wann die Klägerin diese Verfügung erhielt ist nicht bekannt. Mit Schreiben vom 2. September 2014 verlangte der Rechtsvertreter des Beklagten jedenfalls eine detaillierte Abrechnung über den Vorschuss von Fr. 20'000.– sowie eine Stellungnahme zum Thema "versäumte Beschwerdefrist" (Urk. 15/5). Vor diesem Hintergrund ist auf den Zeitpunkt der vorinstanzlichen Verhandlung vom 15. September 2014 abzustellen (Prot. I S. 6; Urk. 16). Im Umfang von Fr. 17'000.– zuzüglich Zins zu 5% seit 15. September 2014 ist der Klägerin in diesbezüglicher Gutheissung der Beschwerde die provisorische Rechtsöffnung damit zu verweigern.

Zwar überwies der Beklagte der Klägerin am 2. Mai 2014 auch Fr. 2'500.– (Urk. 17/7), allerdings vermag er hier nicht hinreichend glaubhaft zu machen, dass dieser Betrag, welchen die Klägerin in einer mündlichen Besprechung zusätzlich verlangt habe (Urk. 16 S. 8), ebenfalls mit der Beschwerde an das Bundesgericht zusammenhing, namentlich für einen Gerichtskostenvorschuss ans Bundesgericht bestimmt war, was die Klägerin bestritt (Prot. I S. 8). Ein allfälliger Rückforderungsanspruch des Beklagten ist diesbezüglich somit nicht liquid. Der Beklagte bleibt damit auf den Aberkennungsprozess verwiesen.

Die Fr. 58'000.– unbestrittene Akontozahlung des Beklagten (Urk. 16 S. 10) wurden bei der Schuldanerkennung im Übrigen bereits berücksichtigt, d.h. vom anerkannten Betrag in Abzug gebracht (Urk. 3/2; Urk. 17/1).

g) Zusammengefasst ist der Klägerin - in teilweiser Gutheissung der Beschwerde des Beklagten - im Umfang von Fr. 148'379.35 (Fr. 165'379.35 - Fr. 17'000.–) zuzüglich Zins zu 5% seit 15. Juli 2014, abzüglich Zins zu 5% seit 15. September 2014 auf Fr. 17'000.– provisorische Rechtsöffnung zu erteilen. Betreffend die Betreibungs- und Arrestkosten ist praxismässig keine Rechtsöffnung zu erteilen (ZR 108/2009 Nr. 2; vgl. auch RT130125, Entscheid der I. Zivilkammer vom 19.08.2013, E. 5). Diese Rechtsprechung stützt sich auf Art. 68 Abs. 2 SchKG, wonach die Betreibungskosten von den Zahlungen des Schuldners vorab zu erheben sind, soweit dieser die Kosten tragen muss (SchKG-Emmel, Art. 68 N

16-18). Zu den Betreuungskosten zählen auch die Spruchgebühr und die Parteientschädigung des Rechtsöffnungsverfahrens. In diesem Umfang ist das Rechtsöffnungsbegehren der Klägerin abzuweisen und die Dispositivziffer 1 des angefochtenen Entscheides diesbezüglich ersatzlos aufzuheben.

2.5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Weil der Beklagte auch die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Entscheides (Urk. 25 S. 9, Dispositivziffern 4 und 5) mitangefochten hat (Urk. 24 S. 2), ist auch darüber neu zu befinden. Der Beklagte obsiegt nunmehr zu rund 10%. Dementsprechend sind ihm die erst- und zweitinstanzlichen Kosten je zu 90% und der Klägerin zu 10% aufzuerlegen. Einer nicht durch einen Anwalt vertretenen Partei ist in der Regel für nicht übermässigen Aufwand keine Entschädigung zuzusprechen. Zu entschädigen wäre nur ein hoher Aufwand bei einer komplizierten Sache mit hohem Streitwert. Dies gilt auch für einen Anwalt, der in eigener Sache prozessiert (Urwyler, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.] DIKE-Kommentar zur ZPO, N 26 zu Art. 95 ZPO; BGE 110 V 132 E. 4d). Das vorliegende Rechtsöffnungsverfahren erweist sich - zumindest aus Sicht der mit der Sache bestens vertrauten (in eigener Sache prozessierenden) Klägerin - nicht als besonders kompliziert und ein sehr hoher Streitwert liegt auch nicht vor. Der Klägerin kann daher keine Entschädigung nach dem Anwaltstarif (als berufsmässige Vertreterin) mit einer Reduktion zugesprochen werden. Es liegt daher auch keine mehrwertsteuerpflichtige Leistung im Sinne von Art. 3 lit. c MWSTG vor. Mangels Substantiierung eines allfälligen Verdienstauffalls rechtfertigt sich aber auch die Verpflichtung des Beklagten zur Bezahlung einer angemessenen reduzierten Umtriebsentschädigung (vgl. Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO; Botschaft ZPO, 7293) nicht. Mangels Anfechtung für den Eventualfall (Urk. 24 S. 2, 7f. und Urk. 31 S. 2ff.) bleibt es jedoch bei der von der Vorinstanz für ihr Verfahren zugesprochenen Entschädigung von Fr. 1'500.- respektive ist diese zufolge des entsprechenden Unterliegens des Beklagten auf 80% zu reduzieren und damit auf Fr. 1'200.- festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden Dispositiv-Ziffern 1, 4 und 5 des Urteils des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Uster vom 18. September 2014 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"2. Der klagenden Partei wird provisorische Rechtsöffnung erteilt in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Uster (Zahlungsbefehl vom 21. Juli 2014) für Fr. 148'379.35 zuzüglich Zins zu 5% seit 15. Juli 2014, abzüglich Zins zu 5% seit 15. September 2014 auf Fr. 17'000.–.

Im Übrigen wird das Rechtsöffnungsbegehren der klagenden Partei abgewiesen.

4. Die Spruchgebühr wird der klagenden Partei zu 10% und der beklagten Partei zu 90% auferlegt. Sie wird von der klagenden Partei unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Der von der beklagten Partei zu tragende Teil ist der klagenden Partei aber zu ersetzen.

5. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.– zu bezahlen."
2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin zu 10% und dem Beklagten zu 90% auferlegt und mit dem Kostenvorschuss des Beklagten verrechnet. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 150.– zu ersetzen.
5. Für das Beschwerdeverfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Uster, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. 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. 165'379.35.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 17. März 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am: js