

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NE110016-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. G. Pfister, Vorsitzender, Oberrichter Dr. M. Kriech  
und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiber lic. iur.  
G. Kenny

## Urteil vom 10. Januar 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

gegen

**Vorsorgestiftung der Firma B.** \_\_\_\_\_ **AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich,  
10. Abteilung, vom 17. August 2011 (FO100131)**

### **Rechtsbegehren:**

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 11'879.50, zuzüglich Verzugszins von 5% seit 01. Februar 2010, zu bezahlen.
2. Es sei in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C. \_\_\_\_\_ vom 04. Februar 2010 der Rechtsvorschlag aufzuheben und definitive Rechtsöffnung für die Forderung gemäss Ziffer 1 und die Zahlungsbelehrenskosten von CHF 100.- zu erteilen.
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.6% MwSt und Weisungskosten) zulasten der Beklagten."

### **Urteil des Bezirksgerichtes Zürich (10. Abteilung) vom 17. August 2011:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 3'545.57 nebst Zins zu 5% seit dem 8. Februar 2010 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C. \_\_\_\_\_ vom 4. Februar 2010 wird im Umfang von Fr. 3'545.57 nebst Zins zu 5% seit dem 8. Februar 2010 beseitigt.
3. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 3'000.-- festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten werden zu zwei Dritteln dem Kläger und zu einem Drittel der Beklagten auferlegt.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 1'940.-- (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Gerichtsurkunde.
7. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

### **Berufungsanträge:**

#### **des Klägers (Urk. 41 S. 2):**

1. Es sei das Urteil des Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 17. August 2011 vollumfänglich aufzuheben;

2. Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, dem Berufungskläger CHF 11'879.50, zuzüglich Verzugszins von 5% seit 01. Februar 2010, zu bezahlen;
3. Es sei in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C.\_\_\_\_\_ vom 04. Februar 2010 der Rechtsvorschlag aufzuheben und definitive Rechtsöffnung für die Forderung gemäss Ziffer 2 zuvor und die Zahlungsbefehlskosten von CHF 100.00 zu erteilen;
4. Eventualiter sei das Verfahren zur Umkehr der Beweislast und Wiederholung des Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen;
5. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erstinstanzliche Verfahren sowie für das Berufungsverfahren (zuzüglich 8% MwSt. und Weisungskosten) zulasten der Berufungsbeklagten.

der Beklagten (Urk. 46 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 17. August 2011 vollumfänglich zu bestätigen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers und Berufungsklägers."

**Erwägungen:**

1. Sachverhalt

1. Am 10. Februar 2009 erteilte die durch Dr. Y.\_\_\_\_\_ vertretene Vorsorgestiftung der B.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: die Beklagte) Rechtsanwalt Dr. A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: der Kläger) eine Vollmacht zur Vornahme aller Rechtshandlungen "betreffend Stiftungsaufsicht, B.\_\_\_\_\_ AG, etc." (Urk. 3/1). Zu diesem Zeitpunkt war Dr. Y.\_\_\_\_\_ entsprechend den Angaben auf der Vollmacht ("SR mit EU") als Stiftungsrat der Beklagten mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen (Urk. 3/4).
2. Dr. Y.\_\_\_\_\_ hatte sich an den Kläger gewandt, weil das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich der Beklagten Auflagen erteilt hatte. Der Kläger sollte die von der Aufsichtsbehörde beanstandeten Probleme beseitigen.

3. Die beiden ersten Honorarnoten vom 9. Juli 2009 und 12. Oktober 2009, welche der Kläger im Zusammenhang mit der Tätigkeit für die Beklagte stellte, wurden am 21. Oktober 2009 beglichen (Urk. 42 S. 3, mit Hinweis auf Urk. 2 S. 7 f.). Im erstinstanzlichen Verfahren machte die Beklagte zwar geltend, diese Rechnungen seien durch Dr. Y.\_\_\_\_\_ widerrechtlich bezahlt worden (Urk. 10 S. 15 Rz. 52), doch verzichtete die Beklagte bislang darauf, die betreffenden Beträge zurückzufordern.
4. Am 14. Dezember 2009 verschickte der Kläger eine weitere Honorarrechnung über CHF 10'263.55 (Urk. 3/2) und am 12. Januar 2010 die Schlussrechnung über CHF 1'615.95 (Urk. 3/3). Diese beiden Honorarrechnungen im Gesamtbetrag von CHF 11'879.50 blieben unbezahlt und bilden Gegenstand des vorliegenden Prozesses.

## 2. Prozessgeschichte

1. Mit Zahlungsbefehl vom 4. Februar 2010 betrieb der Kläger die Beklagte für eine Forderung von Fr. 11'879.50 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. Februar 2010 und Zahlungsbefehlskosten von Fr. 100.00 (Urk. 3/11). Die Beklagte nahm den Zahlungsbefehl am 8. Februar 2010 entgegen und erhob einen Tag später Rechtsvorschlag (act. 3/11).
2. Am 4. Mai 2010 machte der Kläger die obgenannte Klage durch Einreichen der Weisung rechtshängig (Urk. 1 und 2). Nach Durchführung der Hauptverhandlung und eines Beweisverfahrens fällte der Einzelrichter am Bezirksgericht Zürich am 17. August 2011 das obgenannte Urteil (Urk. 42).
3. Mit Berufung vom 16. September 2011 gelangte der Kläger ans Obergericht und stellte die eingangs genannten Anträge (Urk. 41). Mit Verfügung vom 27. September 2011 wurde der Kläger aufgefordert, einen Vorschuss für die Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 1'520.00 zu bezahlen (Urk. 43). Dieser Vorschuss ging rechtzeitig ein (Urk. 44). Mit Berufungsantwort vom 15. November 2011 stellte die Beklagte den obgenannten Antrag (Urk. 46).

Mit Verfügung vom 18. November 2011 wurde dem Kläger das Doppel der Berufungsantwort zugestellt (Urk. 46).

3. Prozessuales

1. Für das Berufungsverfahren kommt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 404 f. ZPO).
2. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Da der angefochtene Entscheid unter der Anwendung des kantonalzürcherischen Zivilprozessrechtes (ZPO/ZH) erging, das Rechtsmittel sich aber nach dem neuen Prozessrecht richtet (ZPO), unterstehen die Kognition und das Vorgehen bei der Prüfung des Rechtsmittels - mithin das Rechtsmittelverfahren als solches - dem neuen Recht. Materiell wird ein nach kantonalem Prozessrecht ergangener Entscheid im Rechtsmittelverfahren hingegen nach dem bisherigen kantonalen Prozessrecht überprüft.
3. Gemäss Art. 316 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden (Abs. 1) bzw. einen zweiten Schriftenwechsel anordnen (Abs. 2). Diese Bestimmung verschafft der Berufungsinstanz einen grossen Ermessensspielraum. Die Berufungsinstanz kann selbst entscheiden, ob das Berufungsverfahren mündlich oder schriftlich durchgeführt wird. Wenn die Sache spruchreif ist, kann bereits nach der Berufungsschrift und der Berufungsantwort - d.h. ohne zweiten Schriftenwechsel bzw. ohne mündliche Berufungsverhandlung - entschieden werden. Die Sache ist dann spruchreif und ein Aktenentscheid angezeigt, wenn die Berufungsschrift und die Berufungsantwort hinreichend aufschlussreich sind, so dass sich die Berufungsinstanz bereits nach dem ersten Schriftenwechsel eine abschliessende Meinung bilden kann (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, N. 34 zu Art. 316 ZPO). Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist die Sache im vorliegenden Fall spruchreif, so dass bereits nach dem ersten Schriftenwechsel aufgrund der Akten zu entscheiden ist.

4. Der Berufungsentscheid ist zu begründen (Art. 318 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 112 BGG), wobei die Begründung kurz ausfallen darf, wenn der angefochtene Entscheid bestätigt wird (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N. 54 zu Art. 318 ZPO). Insbesondere ist es zulässig, auf die schriftliche Begründung des zu bestätigenden erstinstanzlichen Entscheides zu verweisen (BGE 126 III 353 E. 1 S. 355 mit Hinweisen), sofern der erstinstanzliche Entscheid den Anforderungen von Art. 112 BGG entspricht (BGE 119 II 478 E. 1d S. 480 f. [damals noch Art. 51 OG]).

#### 4. Materielles

1. Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Urteil im Wesentlichen fest, dass der Kläger zur Geltendmachung der Forderung aktivlegitimiert sei (Urk. 42 S. 5 E. 3.1). Auch die Passivlegitimation der Beklagten sei zu bejahen (Urk. 42 S. 5 ff. E. 3.2-3.4), da davon auszugehen sei, dass zwischen den Prozessparteien ein Auftrag zustande gekommen sei (Urk. 42 S. 11 E. 3.5). Da die beiden ersten Honorarrechnungen vom 9. Juli 2009 und 12. Oktober 2009, denen ein Stundenansatz von Fr. 300.00 zu Grunde gelegen habe, bezahlt worden seien (vgl. oben E. 1/3), sei der erwähnte Stundenansatz vereinbart gewesen (Urk. 42 S. 12 f. E. 4.2), wobei es Sache der Klägers sei, seinen Aufwand zu beweisen (Urk. 42 S. 13 f. E. 4.3). In der Folge kam die Vorinstanz aufgrund eines umfangreichen Beweisverfahrens zum Schluss, dass in Bezug auf die *Honorarrechnung vom 14. Dezember 2009* anstelle des geltend gemachten Zeitaufwandes von 31.47 Stunden nur ein solcher von 10.99 Stunden zu vergüten sei (Urk. 42 S. 14 ff. E. 6). In Bezug auf die *Schlussrechnung vom 12. Januar 2010* seien keine Positionen ausgewiesen (Urk. 42 S. 27 f. E. 7 und E. 8 a.E.).
2. Zunächst ist zu prüfen, ob zwischen den Prozessparteien ein Auftragsverhältnis zustande gekommen ist und ob der Kläger aktivlegitimiert ist, gestützt auf ein allfälliges Auftragsverhältnis Ansprüche gegenüber der Beklagten geltend zu machen. Beides wird von der Beklagten in Frage gestellt (Urk. 46 S. 3 lit. B Rz. 7 und lit. C Rz. 8-10).

- a) Soweit die Beklagte die Aktivlegitimation des Klägers bestreitet, weil die Vollmacht dem Anwaltsbüro "A. \_\_\_\_\_ Rechtsanwälte" - und nicht dem Kläger persönlich - erteilt worden sei, hielt die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid fest, beim Anwaltsbüro "A. \_\_\_\_\_ Rechtsanwälte" handle es sich nicht um eine einfache Gesellschaft oder Kollektivgesellschaft. Vielmehr sei der Kläger selbst beauftragt worden. Die Bezeichnung "A. \_\_\_\_\_ Rechtsanwälte" passe nicht nur auf ein Büro mit zwei gleichberechtigten Partnern, sondern auch auf ein Büro wie im vorliegenden Fall, in welchem ein selbständiger Anwalt (der Kläger) und eine angestellte Anwältin (Rechtsanwältin D. \_\_\_\_\_) tätig seien. Der Kläger sei daher als Beauftragter anzusehen und sei aktivlegitimiert, die eingeklagte Honorarforderung gegenüber der Beklagten geltend zu machen (Urk. 42 S. 5 E. 3.1).

Entgegen der Meinung der Beklagten (vgl. Urk. 46 S. 3 Rz. 7) bedeutet die Bezeichnung "A. \_\_\_\_\_ Rechtsanwälte" nicht zwingend, dass zwei selbständige Anwälte in einer einfachen Gesellschaft oder Kollektivgesellschaft zusammengeschlossen sind. Nach den Feststellungen der Vorinstanz war Rechtsanwältin D. \_\_\_\_\_ bis am 30. Juni 2010 Angestellte des Beklagten. Die Beklagte führt zwar aus, auf der Vollmacht werde der Kläger und Rechtsanwältin D. \_\_\_\_\_ als Bevollmächtigte aufgeführt und es fehle ein Hinweis, wonach Rechtsanwältin D. \_\_\_\_\_ nur Mitarbeiterin sei (Urk. 46 S. 3 Rz. 7). Mit dieser Begründung wird nicht dargetan, inwieweit die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz unrichtig sein sollen. Und in rechtlicher Hinsicht weist die Vorinstanz zutreffend darauf hin, dass die Bezeichnung "A. \_\_\_\_\_ Rechtsanwälte" auch für ein Büro geeignet ist, in welchem ein selbständiger Anwalt mit einem angestellten Anwalt tätig ist.

Da die Anwaltskanzlei "A. \_\_\_\_\_ Rechtsanwälte" nicht als einfache Gesellschaft bzw. Kollektivgesellschaft zu sehen ist, sondern der Beklagte im massgebenden Zeitpunkt Rechtsanwältin D. \_\_\_\_\_ als angestellte Anwältin beschäftigte, erweist sich der Hinweis der Beklagten als un-

begründet, der Kläger sei zur Geltendmachung der eingeklagten Honorarforderung nicht aktivlegitimiert.

- b) Soweit die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren geltend machte, Dr. Y. \_\_\_\_\_ sei nicht befugt gewesen, in ihrem Namen den Kläger zu mandatieren, hielt die Vorinstanz fest, dass Dr. Y. \_\_\_\_\_ zwar gemäss Protokoll vom 13. November 2008 aus dem Stiftungsrat der Beklagten zurückgetreten sei. Allerdings sei die Rücktrittserklärung einem Erklärungsirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR entsprungen (Urk. 42 S. 5 ff. E. 3.2). Hinzu komme, dass Dr. Y. \_\_\_\_\_ bis im Dezember 2009 als Stiftungsrat im Handelsregister eingetragen gewesen sei, woraus die Vorinstanz ableitet, dass sich der Kläger auf die im Handelsregister kundgegebene Vollmacht berufen dürfe (Urk. 42 S. 8 f. E. 3.3). Aus diesem Grund sei zwischen dem Kläger und der Beklagten - rechtswirksam vertreten durch Dr. Y. \_\_\_\_\_ - ein Auftragsverhältnis zustande gekommen (Urk. 42 S. 1 E. 3.5).

Die Beklagte macht zwar im Berufungsverfahren erneut geltend, Dr. Y. \_\_\_\_\_ sei am 13. November 2008 aus dem Stiftungsrat zurückgetreten (Urk. 46 S. 3 Rz. 8), setzt sich aber mit keinem Wort mit der Begründung der Vorinstanz auseinander, diese Erklärung beruhe auf einem Erklärungsirrtum im Sinn von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR. Ebenso wenig geht die Beklagte auf den Hinweis der Vorinstanz ein, Dr. Y. \_\_\_\_\_ sei bis im Dezember 2009 im Handelsregister als Stiftungsrat der Beklagten eingetragen gewesen und der gutgläubige Kläger könne sich auf diesen Handelsregistereintrag berufen. Es kann daher auf diese zutreffenden Ausführungen vor Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 42 S. 5 ff. E. 3.2 bis 3.6).

- c) Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten ein Auftragsverhältnis bestand (vgl. oben lit. b) und dass der Kläger aktivlegitimiert ist, Ansprüche aus diesem Auftragsverhältnis gegenüber der Beklagten geltend zu machen (vgl. oben lit. a).

3. Die Darstellung der Vorinstanz, dass für das Auftragsverhältnis zwischen den Prozessparteien eine Stundenvergütung von Fr. 300.00 vereinbart sei (Urk. 42 S. 11 f. E. 4), ist im Berufungsverfahren unbestritten geblieben.
4. Hauptstreitpunkt im vorliegenden Verfahren ist die Frage, welche Prozesspartei die Beweislast für den entschädigungsberechtigten Aufwand zu tragen hat.
  - a) Wenn der Beauftragte sein Honorar fordert, hat er im Streitfall die Erfüllung zu beweisen. Zu diesem "Erfüllungsbeweis" gehört auch der Beweis der richtigen Erfüllung. Beweisbelastete Partei ist daher grundsätzlich der Beauftragte. Allerdings führt die vorbehaltlose Entgegennahme der Leistung durch den Auftraggeber zu einer Umkehr der Beweislast. Eine Annahme als Erfüllung liegt in aller Regel dann vor, wenn das Verhalten des Auftraggebers bei und nach Entgegennahme der Leistung erkennen lässt, dass er sie als eine im wesentlichen ordnungsgemässe Erfüllung gelten lassen will (Walter Fellmann, Berner Kommentar, Bern 1992, N. 488 ff. zu Art. 394 OR).
  - b) Die Parteien sind sich grundsätzlich darin einig, dass der beauftragte Anwalt beweispflichtig ist für den von ihm geltend gemachten Aufwand (Urk. 41 S. 10 Rz. 28 [Kläger]; Urk. 46 S. 4 f. Rz. 15 ff. [Beklagte]). Der Kläger macht jedoch geltend, dass die Beklagte seine Leistung vorbehaltlos angenommen habe, weshalb von einer Umkehr der Beweislast auszugehen sei. Zur Begründung führt der Kläger im Wesentlichen aus, dass die den Honorarnoten zugrunde liegenden Leistungen zu keinen Beanstandungen Anlass gegeben hätten; entsprechend habe Dr. Y. \_\_\_\_\_ am 14. Dezember 2009 die E. \_\_\_\_\_ beauftragt, die zur Diskussion stehenden Honorarnoten des Klägers zu bezahlen. Dieser Auftrag, die Zahlung auszuführen, sei als Genehmigung der detaillierten Honorarnoten zu qualifizieren (Urk. 41 S. 8 f. Rz. 20 ff). Aufgrund dieses Verhaltens der Auftraggeberin sei von einer Beweislastumkehr auszugehen (Urk. 41 S. 10 f. Rz. 30). Die Beweisverfügung der Vorinstanz vom 13. Dezember 2010, mit welcher dem Kläger die Beweis-

last dafür auferlegt worden sei, dass er die von ihm behaupteten Leistungen erbracht habe (Urk. 14), sei daher fehlerhaft (Urk. 41 S. 12 f. Rz. 38 ff.). Ohnehin sei die Beweisaufgabe ohne gesetzliche Grundlage erfolgt, weil die Vorinstanz zutreffend festgehalten habe, dass zwischen den damaligen Stiftungsräten Dr. Y.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ sowie dem Kläger die beiden Rechnungen nicht strittig gewesen seien (Urk. 42 S. 15 E. 5). Da zu keinem Zeitpunkt von einer erheblichen streitigen Tatsache im Sinn von § 133 ZPO/ZH auszugehen gewesen sei, sei eine Beweisverfügung ohnehin obsolet gewesen (Urk. 41 S. 11 f. Rz. 33 ff.).

- c) Der Kläger kritisiert somit im Hauptstandpunkt, dass überhaupt ein Beweisverfahren durchgeführt wurde, weil gar keine strittigen Tatsachenbehauptungen zu prüfen waren; und im Eventualstandpunkt macht er geltend, dass die Beweislast falsch verteilt worden sei. Beide Beanstandungen sind unbegründet.
- Offenkundig verfehlt ist die Meinung des Klägers, ein Beweisverfahren hätte unterbleiben können, weil der Sachverhalt unbestritten gewesen sei. Entscheidend sind die Tatsachenbehauptungen, welche die Parteien bis zu ihrer letzten Rechtsschrift im Prozess vorgebracht haben (§ 114 ZPO/ZH). Der Umstand, dass die Stiftungsräte *im Dezember 2009* allenfalls gewillt gewesen waren, die Honorarforderung des Klägers zu akzeptieren, ist irrelevant. Entscheidend ist, dass zwischen den Parteien *im Prozess* umstritten ist, ob die Leistungen des Klägers erbracht wurden und zu entschädigen sind. Zu den damit in Zusammenhang stehenden Tatsachenfragen hat die Vorinstanz zu Recht ein Beweisverfahren durchgeführt. Von einer Verletzung von § 133 ZPO/ZH kann keine Rede sein.
  - Zu prüfen ist damit nur die Frage der Beweislast. Wie erwähnt geht der Kläger von einer Umkehr der Beweislast aus, weil Dr. Y.\_\_\_\_\_ die E.\_\_\_\_\_ am 14. Dezember 2009 beauftragt habe, die zur Diskussion stehenden Honorarnoten des Klägers zu bezahlen, und dadurch die

umstrittenen Honorarnoten genehmigt habe. Die Vorinstanz führte dazu im Wesentlichen aus, dass die Beklagte auf eine gegenüber der Bank erklärte Zahlungsanweisung zurückkommen durfte; nur eine gegenüber dem Kläger ausgesprochene Schuldanerkennung im Sinn von Art. 17 OR hätte zu einer Umkehr der Beweislast geführt (Urk. 42 S. 14 E. 5).

- Die Vorinstanz führte zutreffend und unangefochten aus, dass die Beklagte keine Schuldanerkennung im Sinn von Art. 17 OR *gegenüber dem Kläger* abgegeben hat. Dr. Y. \_\_\_\_\_ beauftragte am 14. Dezember 2009 per Mail die E. \_\_\_\_\_ mit der Zahlung und gab damit eine Erklärung gegenüber der E. \_\_\_\_\_ - und nicht gegenüber dem Kläger - ab. Wenn aber keine Schuldanerkennung im Sinn von Art. 17 OR vorliegt, kann auch nicht von einer auf eine Schuldanerkennung zurückzuführende Beweislastumkehr (vgl. BGE 131 III 268 E. 3.2 S. 273 mit Hinweisen) ausgegangen werden.
- Das Mail von Dr. Y. \_\_\_\_\_ vom 14. Dezember 2009 ist vielmehr als Anweisung im Sinn von Art. 466 ff. OR *an die E. \_\_\_\_\_* zu verstehen. Gemäss Art. 470 Abs. 1 und 2 OR kann der Anweisende die - nicht angenommene - Anweisung gegenüber dem Anweisungsempfänger jederzeit widerrufen, wobei es sich bei der jederzeitigen Widerruflichkeit um zwingendes Recht handelt (BGE 127 III 553 E. 2e/aa S. 557 mit Hinweisen). Die Beklagte war daher berechtigt, der E. \_\_\_\_\_ durch Widerruf der Anweisung zu untersagen, eine Zahlung an den Kläger zu leisten. Da die Beklagte von dieser Möglichkeit Gebrauch machte, kann keine Rede davon sein, dass die Beklagte aufgrund des von Dr. Y. \_\_\_\_\_ am 14. Dezember 2009 verfassten Mails die klägerische Forderung genehmigte.
- Zwei weitere Punkte sind zu berücksichtigen. Einerseits ist mit Bezug auf die *Schlussrechnung vom 12. Januar 2010* in der Höhe

von Fr. 1'615.95 (Urk. 3/3) zu beachten, dass diese jedenfalls nicht Gegenstand einer allfälligen Genehmigung sein konnte, welche Dr. Y.\_\_\_\_\_ mit Mail vom 14. Dezember 2009 an die E.\_\_\_\_\_ ausgesprochen haben soll. Die Anweisung vom 14. Dezember 2009 kann sich unmöglich auf die Rechnung vom 12. Januar 2010 bezogen haben. Andererseits ist mit Bezug auf die *Rechnung vom 14. Dezember 2009* in der Höhe von Fr. 10'263.55 zu beachten, dass die Beklagte auf die ebenfalls am 14. Dezember 2009 von Dr. Y.\_\_\_\_\_ eiligst erklärte Anweisung an die E.\_\_\_\_\_ zurückkommen durfte, nachdem Dr. Y.\_\_\_\_\_ (ebenso wie F.\_\_\_\_\_) am 16. Dezember 2009 aus dem Stiftungsrat der Beklagten ausgeschieden waren (Urk. 41 S. 7 Rz. 14). Dies hat umso mehr zu gelten, als Dr. Y.\_\_\_\_\_ nach Angaben des Klägers erst am 17. Dezember 2009 über die Rechnung in Papierform verfügte (Urk. 41 S. 6 Rz. 13 mit Hinweis auf Urk. 3/9). Es ist keineswegs aussergewöhnlich, dass eine Gesellschaft - bzw. hier eine Stiftung - die von ihren Organen unmittelbar vor dem Rücktritt bzw. der Absetzung eiligst getroffenen Dispositionen nochmals überprüft und gegebenenfalls rückgängig macht. Aus solchen Vorgängen im internen Verhältnis kann nicht auf eine Beweislastumkehr in einem späteren Prozess im externen Verhältnis geschlossen werden.

- Aus diesen Gründen ging die Vorinstanz zutreffend davon aus, dass dem Kläger der Beweis dafür obliegt, dass er die von ihm in der Rechnung vom 14. Dezember 2009 und der Schlussrechnung vom 12. Januar 2010 verrechneten Leistungen erbrachte.
  - Die Vorinstanz verstellte daher zu Recht diese umstrittene Frage zum Beweis und auferlegte dem Kläger den "Erfüllungsbeweis".
5. Weiter macht der Kläger geltend, die Vorinstanz habe die von ihm angebotenen Zeugenaussagen von Dr. Y.\_\_\_\_\_ und von F.\_\_\_\_\_ willkürlich nicht abgenommen, obwohl einzig sie in der Lage gewesen wären, über das

Ausmass und die Erforderlichkeit seiner Bemühungen Auskunft zu geben. Ferner seien die Dokumente Urk. 12/1-87 zwar zum Beweis zugelassen worden, doch sei im angefochtenen Urteil kein Bezug auf diese Beweismittel genommen worden. Schliesslich sei die persönliche Befragung und die Beweisaussage unter Hinweis auf deren Subsidiarität nicht als Beweismittel zugelassen worden (Urk. 41 S. 13 f. Rz. 41 ff.).

- a) Der Kläger hat Dr. Y.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ einzig zu Beweissatz 3 ("dass die Arbeiten des Klägers gemäss den Beweissätzen 2.1. – 2.28. zur Erfüllung des Auftrages, nämlich die vom Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich gerügten Mängel der Beklagten zu beheben, erforderlich waren") als Beweismittel angerufen (Urk. 16 S. 7 unter Ziff. 2.29, recte Ziff. 3). Die Vorinstanz erwog zutreffend, dass die Beklagte dem Kläger nur die Zeit zu vergüten hat, die er für die Bearbeitung der Beanstandungen der Aufsichtsbehörde aufgewendet hat (Urk. 42 S. 12), und wies die Forderung des Klägers weitgehend deshalb ab, weil sie den geltend gemachten Zeitaufwand als nicht bewiesen erachtete. Dazu waren Y.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ nicht als Zeugen angerufen. Als nicht verrechenbar erachtete die Vorinstanz sodann rein administrative Arbeiten, was der Kläger zu Recht nicht beanstandet hat. Aufwendungen, welche nicht zur Interessenwahrung der Beklagten, sondern zu derjenigen der Stiftungsräte erfolgten, sind gemäss Vorinstanz nicht von der Beklagten zu honorieren (vgl. Urk. 42 S. 14 f. E. 6.1 und S. 25 E. 6.19). Mit diesen zutreffenden Erwägungen setzt sich der Kläger in seiner Berufungsschrift nicht auseinander. Wenn er geltend machen will, Y.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ wären zur Frage der Interessenabgrenzung einzuvernehmen gewesen, so ist ihm entgegenzuhalten, dass sich die Vorinstanz zu Recht auf den Urkundenbeweis beschränken durfte. Es ist ohne weiteres anzunehmen, dass die ehemaligen Stiftungsräte den vom Kläger zur Interessenwahrung der Beklagten geltend gemachten Aufwand bestätigen würden, nachdem sie unmittelbar vor ihrem Ausscheiden aus dem Stiftungsrat die E.\_\_\_\_\_ noch eiligst zur Zahlung angewiesen hatten. Vor diesem Hintergrund ist

nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz in antizipierter Beweiswürdigung auf die Zeugeneinvernahme verzichtete und sich auf den Urkundenbeweis beschränkte.

- b) Soweit der Kläger der Vorinstanz vorwirft, sie habe mit keinem Wort Bezug auf die Dokumente Urk. 12/1-87 genommen (Urk. 41 S. 14 Rz. 45), scheint er zu übersehen, dass sich die Vorinstanz im Rahmen der Beweiswürdigung sehr wohl mit diesen Dokumente auseinandersetzte. Dazu kann auf das angefochtene Urteil verwiesen werden (Urk. 42 S. 14 ff. E. 6).
  - c) Soweit der Kläger der Vorinstanz schliesslich vorwirft, er sei zu Unrecht nicht zur persönlichen Befragung und zur Beweisaussage zugelassen worden (Urk. 41 S. 14 Rz. 45), erweist sich die Berufung ebenfalls als unbegründet. Der Beklagte bestreitet zu Recht die Subsidiarität der Beweisaussage i.S.v. § 150 ZPO/ZH nicht. Und die persönliche Befragung i.S.v. § 149 ZPO/ZH konnte unterbleiben, weil Aussagen zugunsten der befragten Partei nicht beweisbildend sind (§ 149 Abs. 3 ZPO/ZH).
  - d) Im Übrigen wird die Beweiswürdigung aufgrund der Dokumente, welche der Vorinstanz vorlagen, nicht beanstandet. In diesem Zusammenhang kann auf die sorgfältige Beweiswürdigung der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 42 S. 14 ff. Beweissätze 2.1 bis 2.23).
6. Im Zusammenhang mit den Ausführungen des Klägers unter dem Titel "Erfüllte Behauptungslast des Berufungsklägers" (Urk. 41 S. 14 f. Rz. 47 f.) ist nicht restlos klar, welche Vorwürfe gegen das angefochtene Urteil erhoben werden. Einerseits ist darauf hinzuweisen, dass die Klage wegen gescheitertem Beweis - und nicht wegen unsubstantiierten Behauptungen (a.a.O., Rz. 47) - teilweise abgewiesen wurde. Andererseits sind die Bemerkungen des Klägers zur Kostenaufgabe (a.a.O., Rz. 48) unverständlich, weil nicht ersichtlich ist, dass ihm gestützt auf § 66 Abs. 1 ZPO/ZH abweichend vom Prozessausgang unnötig verursachte Kosten auferlegt worden wären.

7. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass unerheblich ist, ob die Beklagte den Gegenbeweis antrat bzw. den Gegenbeweis führte. Entscheidend ist einzig, dass der Kläger für die umstrittenen Tatsachenbehauptungen beweispflichtig war (vgl. oben E. 4) und den rechtsgenügenden Beweis nur teilweise erbringen konnte (vgl. oben E. 5).
8. Die Vorinstanz hiess die Klage daher zu Recht nur im Umfang von Fr. 3'545.57 gut und wies sie im Mehrbetrag ab. Im Einzelnen kann auf die sorgfältige Beweiswürdigung der Vorinstanz (Urk. 42 S. 14 ff. Beweissätze 2.1 bis 2.23) sowie auf die tabellarische Zusammenfassung verwiesen werden (Urk. 42 S. 28). Das Total beträgt indessen Fr. 3'547.57 (Urk. 42 S. 28).

5. Kosten- und Entschädigungsregelung

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv zu bestätigen.
2. Sodann sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren festzusetzen.
  - a) Gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO gilt für das Rechtsmittelverfahren das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft war. Da der angefochtene Entscheid vom 17. August 2011 datiert und damit unter der Geltung der neuen eidgenössischen Zivilprozessordnung eröffnet wurde, kommen für die Verteilung der Prozesskosten die Bestimmung der neuen ZPO zur Anwendung (Art. 104 ff. ZPO). Die Bemessung der Prozesskosten richtet sich nach den von den Kantonen festgesetzten Tarifen (Art. 96 ZPO), im vorliegenden Fall nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) und der Anwaltsgebührenverordnung (AnwGebV) vom 8. September 2010.
  - b) Der Streitwert wird grundsätzlich durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Für die Frage der *Zulässigkeit des Rechtsmittels* ist der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren massgebend (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Es gilt also der Betrag,

der im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils noch streitig war (Botschaft, BBl. 2006, S. 7371). Für die Frage der *Bemessung der Prozesskosten* ist hingegen die Differenz zwischen dem im Berufungsverfahren geltend gemachten Rechtsbegehren und dem nicht angefochtenen Teil des erstinstanzlichen Urteils massgebend, denn nur bezüglich diesem umstrittenen Teil stellt sich die Frage des Obsiegens und Unterliegens im Rechtsmittelprozess.

- Die Vorinstanz verpflichtete die Beklagte, dem Kläger Fr. 3'545.57 zu bezahlen. Im Berufungsverfahren beantragt der Kläger, die Beklagte sei zur Bezahlung von Fr. 11'879.50 zu verurteilen, während die Beklagte die Pflicht, dem Kläger Fr. 3'545.57 zu bezahlen, nicht beanstandet. Die im Berufungsverfahren noch umstrittene Differenz beträgt somit rund Fr. 8'334.00.
  - Bei diesem Streitwert rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 1'520.00 festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 GebV OG). Die Prozessentschädigung, die angesichts des tiefen Streitwertes nicht bis auf ein Drittel, sondern nur auf die Hälfte zu reduzieren ist, ist für das Berufungsverfahren auf Fr. 1'000.00 festzusetzen (§ 3 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 AnwGebV).
3. Da der Kläger im Berufungsverfahren vollumfänglich unterliegt, sind ihm die gesamten Gerichtskosten aufzuerlegen. Überdies hat er der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 1'000.00 zu bezahlen. Da keine Mehrwertsteuer gefordert wurde (Urk. 46 S. 2), ist sie nicht zu entschädigen (ZR 104/2005 Nr. 76 S. 291 ff., 108/2009 Nr. 6 S. 18 ff.)

**Es wird erkannt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 3'547.57 nebst Zins zu 5% seit dem 8. Februar 2010 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C. \_\_\_\_\_ vom 4. Februar 2010 wird im Umfang von Fr. 3'547.57 nebst Zins zu 5% seit dem 8. Februar 2010 beseitigt.
3. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffer 3-5) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 1'520.00 festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
6. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.00 zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 10. 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. 8'334.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 10. Januar 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. G. Pfister

lic. iur. G. Kenny

versandt am:

mc