

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF110022-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

Urteil vom 20. Juli 2011

in Sachen

A. _____ AG

Beklagte und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____

Klägerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____, substituiert durch MLaw Z. _____

betreffend **Befehl**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (Audienz) des Bezirkes Zürich vom 8. Februar 2011 (EU100812)

Erwägungen:

I. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1. Mit Eingabe vom 13. Dezember 2010 (Poststempel) stellte die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Berufungsbeklagte) folgendes Rechtsbegehren (act. 1):

"1. Es sei der Gesuchsgegnerin unter Androhung von Strafe ihrer verantwortlichen Organe im Widerhandlungsfall (Art. 292 StGB) zu befehlen, den Verwaltungsvertrag mit der Gesuchstellerin zu liquidieren und insbesondere alle Verwaltungsunterlagen der Gesellschaft C. _____ mit Sitz in D. _____ zu übergeben.

2. Die Verfügung gemäss Ziff. 1 hiervor sei ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin im Sinne von § 224 ZPO als provisorische Verfügung sofort zu erlassen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Gesuchsgegnerin."

2. Mit Schreiben vom 15. Dezember 2010 teilte die Vorinstanz der Berufungsbeklagten mit, dass der Erlass eines provisorischen Befehls nicht sinnvoll sei, da die Gegenpartei einen Befehl durch unbegründete Einsprache ohne weiteres wieder zu Fall bringen könne. Im Sinne einer zügigen Verfahrenserledigung werde raschmöglichst zu einer Verhandlung vorgeladen (act. 5). Mit Vorladung vom 20. Dezember 2010 lud die Vorinstanz die Parteien für eine Verhandlung auf den 18. Januar 2011 vor (act. 6).

3. Mit Schreiben vom 23. Dezember 2010 (Poststempel) stellte die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend Berufungsklägerin) ein Verschiebungsgesuch und beantragte die vollumfängliche Abweisung des Begehrens, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Berufungsbeklagten (act. 7).

4. Mit Anzeige vom 14. Januar 2011 gab die Vorinstanz dem Verschiebungsgesuch statt und verschob die Verhandlung auf den 8. Februar 2011

(act. 11). Mit Schreiben vom 21. Januar 2011 teilte die Berufungsbeklagte der Vorinstanz mit, dass die Berufungsklägerin ihrem Begehren nachgekommen sei, den Verwaltungsvertrag liquidiert und die Akten an die neue Verwaltung übergeben habe. Damit sei das Gesuch gegenstandslos geworden und das Verfahren sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsklägerin abzuschreiben (act. 14). Mit Schreiben vom 25. Januar 2011 teilte die Vorinstanz den Parteien mit, dass an der Verhandlung vom 8. Februar 2011 festgehalten werde, um über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu verhandeln (act. 15 und act. 16).

5. Mit Verfügung vom 8. Februar 2011 schrieb die Vorinstanz das Verfahren als gegenstandslos geworden ab und auferlegte den Parteien je zur Hälfte eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.–. Prozessentschädigungen wurden keine zugesprochen (act. 19a = act. 22).

6. Mit Eingabe vom 3. März 2011 (Poststempel) reichte die Berufungsklägerin rechtzeitig Berufung, eventualiter Beschwerde, bei der II. Zivilkammer ein (act. 24 und act. 19d) und beantragte Folgendes:

- "1. Es sei der Entscheid des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 8. Februar 2011 aufzuheben (Geschäfts-Nr. EU100812-L) und auf das Begehren der Klägerin/Beschwerdegegnerin vom 13. Dezember 2010 sei nicht einzutreten, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Klägerin/Beschwerdegegnerin.
2. Eventualiter seien die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 der angefochtenen Verfügung des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 8. Februar 2011 aufzuheben und es seien die Kosten des Verfahrens der Klägerin und Beschwerdegegnerin aufzuerlegen;
weiter sei die Klägerin und Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der Beklagten und Beschwerdeführerin eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen;
alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

7. Mit Beschluss vom 16. März 2011 setzte die II. Zivilkammer der Berufungsklägerin eine Frist von zehn Tagen an, um einen Kostenvorschuss von Fr. 800.– zu leisten (act. 27). Die Berufungsklägerin leistete den Kostenvorschuss fristgerecht (act. 29).

8. Mit Verfügung vom 7. April 2011 setzte die Präsidentin der II. Zivilkammer der Berufungsbeklagten eine Frist von zehn Tagen zur Beantwortung der Berufung an (act. 30). Die Berufungsbeklagte beantwortete die Berufung fristgerecht (act. 32 und act. 31) und beantragte Folgendes:

"Die Eingabe der Berufungsklägerin vom 3. März 2011 sei als Beschwerde entgegenzunehmen und abzuweisen;
eventualiter sei die Berufung abzuweisen;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten des Berufungsklägers."

9. Der Berufungsklägerin wurde die Berufungsantwort am 5. Mai 2011 zugestellt (act. 33). Das Verfahren ist spruchreif.

II. Prozessuales

1. a) Die Eröffnung des vorinstanzlichen Entscheids erfolgte nach dem 1. Januar 2011 und somit nach dem Inkrafttreten der schweizerischen ZPO (act. 22). Das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach neuem Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Kommt die schweizerische ZPO zur Anwendung, so sind auch die neuen kantonalen Ausführungsgesetze anzuwenden, wie zum Beispiel das Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 (GOG) und die Gebührenverordnung des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. September 2010 (GebV).

b) Für die im Rahmen der Berufung zulässige Überprüfung, ob die Vorinstanz die im Zeitpunkt der Entscheidfällung geltenden Normen richtig angewendet hat (Art. 310 ZPO), sind hingegen nach wie vor die altrechtlichen Bestimmungen (wie beispielsweise die zürcherische Zivilprozessordnung [ZPO/ZH] vom 13. Juni 1976) massgebend. Art. 404 Abs. 1 ZPO spricht ausdrücklich von "der

betroffenen Instanz", welche bis zum Verfahrensabschluss altes Recht anzuwenden habe; andernfalls würde das neue Recht nicht nur sofort und uneingeschränkt, sondern darüber hinaus rückwirkend angewendet, was unzulässig wäre.

2. a) Es stellt sich die Frage, ob das vorliegende Rechtsmittel als Berufung oder als Beschwerde entgegenzunehmen ist. Darüber sind sich die Parteien nicht einig (act. 24 S. 3 und act. 32 S. 2 f.). Während die Berufungsklägerin von der Zulässigkeit einer Berufung ausgeht, ist die Berufungsbeklagte der Ansicht, die Berufungsklägerin fechte den Kostenentscheid selbständig an, was nur mit Beschwerde möglich sei – es hätten beide Parteien im vorinstanzlichen Verfahren die Abschreibung des Prozesses infolge Gegenstandslosigkeit begehrt und die Vorinstanz habe das Verfahren antragsgemäss abgeschlossen (act. 32 S. 3). Bei der Frage, welches Rechtsmittel zur Anwendung gelangt, ist jedoch – entgegen den Ausführungen der Berufungsbeklagten – unerheblich, welche Anträge die Parteien zur Verfahrenserledigung vor der Vorinstanz stellten. Das Rechtsmittel richtet sich nicht nach den Parteianträgen, sondern nach dem anzuwendenden Verfahrensrecht. Auf den vorinstanzlichen Antrag der Berufungsklägerin (auf Abschreibung des Prozesses als erledigt [act. 17 S. 2]) ist allerdings bei der Frage nach der Beschwer nochmals zurückzukommen.

b) Ein erstinstanzlicher Endentscheid kann mit Berufung angefochten werden, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 ZPO). Beim vorinstanzlichen Entscheid handelte es sich um einen Endentscheid; das Verfahren in erster Instanz wurde endgültig abgeschlossen. Trotz der Terminologie "Beendigung des Verfahrens ohne Entscheid" im 6. Kapitel des 3. Titels des 2. Teils der ZPO werden auch diese Verfahren durch Entscheid erledigt. Gemäss vorinstanzlicher Verfügung wurde von einem Streitwert von Fr. 60'000.– ausgegangen, womit die Streitwertgrenze von Fr. 10'000.– erreicht wurde (act. 22 S. 9). Die Voraussetzungen für das Rechtsmittel der Berufung sind somit grundsätzlich gegeben. Da die Berufung das in allen Fällen primär zu ergreifende Rechtsmittel ist und die übrigen Rechtsmittel beziehungsweise Rechtsbehelfe der ZPO erst subsidiär in Frage kommen (ZK ZPO-Reetz, Vorbemerkungen zu den Art. 308 – 318 N. 6), stellt sich einzig noch

die Frage, ob Prozessentscheide von der Berufung ausgenommen sind. Prozessentscheide sind nicht im Ausnahmekatalog von Art. 309 ZPO enthalten, dafür findet sich eine besondere Bestimmung für (zumindest einen Teil der) Prozessentscheide in Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO. Nach dieser Bestimmung können Entscheide gemäss Art. 241 ZPO nur mittels Revision angefochten werden, wenn geltend gemacht wird, dass die Klageanerkennung, der Klagerückzug oder der gerichtliche Vergleich unwirksam ist. Die prozessualen Folgen solcher Entscheide können aber mit Berufung oder Beschwerde angefochten werden (vgl. OGer ZH, PE110014 vom 16. Juni 2011, <http://www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-neue-zpo.html>: Verhältnis von Revision und Beschwerde [Berufung]). Dies gilt auch für Prozessentscheide gemäss Art. 242 ZPO (vgl. ZR 110/2011 Nr. 34; ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 308 N. 16). Das vorliegende Rechtsmittel ist demnach als Berufung entgegenzunehmen.

c) Die Rechtsmittelbelehrung gemäss Dispositiv-Ziffer 5 der vorinstanzlichen Verfügung war somit unvollständig. Der Berufungsklägerin erwächst hierdurch jedoch kein Nachteil, da sowohl die Berufungsfrist als auch die Beschwerdefrist zehn Tage betrug (Art. 314 Abs. 1 ZPO und Art. 321 Abs. 2 ZPO) und das Rechtsmittel von der Rechtsmittelinstanz richtigerweise als Berufung entgegengenommen wird.

3. Wie bereits erwähnt (vgl. Erw. II.2.a), ist im Rahmen der Beschwer nochmals auf den Antrag der Berufungsklägerin vor der Vorinstanz zurückzukommen: Die Berufungsklägerin beantragte die Abschreibung des Prozesses (act. 17 S. 2; vorinstanzliches Protokoll, S. 4). Die Vorinstanz schrieb das Verfahren als gegenstandslos geworden ab (act. 22 S. 2 und Dispositiv-Ziffer 1). Die Berufungsklägerin ist demzufolge hinsichtlich der Dispositiv-Ziffer 1 der vorinstanzlichen Verfügung nicht beschwert und auf den Antrag Nr. 1 der Berufung ist nicht einzutreten.

III. Materielles

1. Wird ein Verfahren als gegenstandslos geworden abgeschrieben, entscheidet das Gericht nach Ermessen über die Kostenfolge (vgl. § 65 Abs. 1 ZPO/ZH). Für die Kostenfolge bei Gegenstandslosigkeit ist in Betracht zu ziehen, wer die Gegenstandslosigkeit veranlasst hat, welche Partei vermutlich obsiegt hätte oder welche Partei das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst hat (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, § 65 N. 1). Gemäss § 68 Abs. 1 ZPO/ZH hat jede Partei in der Regel die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden.

2. a) Die Berufungsklägerin bringt in ihrer Berufungsschrift vorwiegend Gründe vor, weshalb im Zeitpunkt der Klageeinleitung vor der Vorinstanz kein Rechtsschutzinteresse der Berufungsbeklagten bestanden habe (act. 24 S. 4 – 10). Diese Vorbringen sind zwar nicht im Hinblick auf eine Aufhebung der Dispositiv-Ziffer 1 des vorinstanzlichen Entscheids zu prüfen, aber im Hinblick auf ihre Auswirkungen für die Kosten- und Entschädigungsfolge (vgl. Hinweis in act. 24 S. 11). Die Berufungsklägerin führte aus, gemäss dem Beschluss der Berufungsbeklagten vom 3. Juni 2010 sei sie verpflichtet gewesen, die Verwaltungsgeschäfte bis und mit 31. Dezember 2010 ordnungsgemäss zu führen. Aus unerfindlichen Gründen habe der Vertreter der Berufungsbeklagten bereits am 18. November 2010 verlangt, dass die Berufungsklägerin sämtliche das Verwaltungsmandat betreffende Akten bis spätestens am 25. November 2010 an die neu ernannte Verwaltung herauszugeben habe. Die Aufforderung habe die Berufungsbeklagte am 30. November 2010 unter Ansetzung einer unangemessen kurzen Frist von 1 ½ Tagen wiederholt (act. 24 S. 4). Mit Schreiben vom 3. Dezember 2010 habe der Vertreter der Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten mitgeteilt, die Berufungsklägerin kenne ihre Verpflichtungen und sie benötige die Akten bis zum 31. Dezember 2010 weiterhin für diese Verpflichtungen. Die Berufungsbeklagte habe die Botschaft richtig verstanden und in ihrem Antwortschreiben vom 3. Dezember 2010 festgehalten: "Nichtsdestotrotz ist erfreulich, dass Sie die Bereitschaft Ihrer Klientin signalisieren, die von der neuen Verwaltung benötigten

Unterlagen rechtzeitig vor Beginn ihres Mandates per 1. Januar 2011 auszuhändigen." Es sei nicht nachvollziehbar, warum die Berufungsbeklagte auch in diesem Schreiben verlangt habe, die Akten müssten bereits am darauf folgenden Montag übergeben werden. Am 13. Dezember 2010, als die Klage eingeleitet worden sei, habe die Berufungsbeklagte keinerlei Rechtsansprüche auf eine Aktenherausgabe an einen Dritten gehabt (act. 24 S. 5). Der neuen Verwaltung seien bereits vor Ende des Jahres 2010 die zur Vorbereitung der Mandatsübernahme erforderlichen Unterlagen ausgehändigt worden (act. 24 S. 6).

b) Die Berufungsbeklagte wendet ein, sie habe die Berufungsklägerin am 3. Juni 2010 als Verwalterin per 31. Dezember 2010 abberufen. Die Berufungsklägerin habe diesen Abberufungsbeschluss jedoch angefochten. Diese Anfechtung habe einzig und alleine den Zweck verfolgt, die Stockwerkeigentümer zu zermürben. Wesentliches Element dieser Zermürbungstaktik sei die Behauptung gewesen, der Abberufungsbeschluss vom 3. Juni 2010 könne keine Rechtswirkung entfalten, solange er noch einer gerichtlichen Überprüfung offen stünde. Diese Behauptung sei von der Berufungsklägerin bis zum 31. Dezember 2010 explizit und implizit aufrecht erhalten worden (act. 32 Rz. 7). Indem die Berufungsbeklagte die Aktenherausgabe gefordert habe, habe sie die anstehende Mandatsübergabe in einer Weise abwickeln wollen, welche in der Branche üblich sei (act. 32 Rz. 10). Die Berufungsklägerin habe in ihrem Schreiben vom 3. Dezember 2011 (richtigerweise: 2010) gerade nicht klargestellt, dass der Anspruch der Berufungsbeklagten auf die Mandatsübergabe und die Liquidation des Verwaltungsvertrages unumstritten sei. Der Vertreter der Berufungsklägerin habe einschränkende Äusserungen gemacht, wie "Ohne Präjudiz für die Frage, ob der Beschluss betreffend die Beendigung des Mandatsverhältnisses meiner Klientin rechtsgültig zustande gekommen ist", "meine Mandantschaft wird die Verwaltungstätigkeit, solange sie dafür verantwortlich ist [...] erfüllen" und er habe von einer "allfälligen Mandatsübergabe" gesprochen. Die Berufungsbeklagte habe der Berufungsklägerin eine weitere Frist gewährt und sich rechtliche Schritte ausdrücklich vorbehalten. Trotz dieser weiteren Frist, trotz der Drohung, rechtliche Schritte einzuleiten, und trotz des Bewusstseins der Berufungsklägerin, die Berufungsbeklagte bezüglich ihres weiteren Vorgehens im Dunkeln zu lassen, obwohl

ein deutliches und vorbehaltloses Bekenntnis zu der Rechtslage alle Zweifel aus der Welt geräumt hätte, habe es die Berufungsklägerin nicht für nötig gehalten, Licht in dieses Dunkel zu bringen, dem Anspruch der Klägerin nachzukommen oder ihn wenigstens ausdrücklich anzuerkennen (act. 32 Rz. 12 f.).

3. a) Es trifft zu, dass die Leistungsklage grundsätzlich nur zur Geltendmachung *fälliger* Ansprüche zulässig ist (vgl. MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 206; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 51 N. 3c), denn bei nicht fälligen Ansprüchen fehlt das Rechtsschutzinteresse. Eine Klage auf positive künftige Leistung ist aber zulässig, wenn dies das materielle Recht vorsieht, wie bei wiederkehrenden Leistungen oder wenn die Fälligkeit unmittelbar bevorsteht und die beklagte Partei keine Anstalten zur freiwilligen Leistung (z.B. zur Räumung der gemieteten Wohnung bei Mietende) trifft (vgl. MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 206 [Fn 6]; vgl. auch Kommentierungen zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, welche die bisherigen Grundsätze für die Leistungsklage weiterführt [z.B. Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, § 14 N. 13; ZK ZPO-Bopp/Bessenich, Art. 84 N. 13]). Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Klage im vorliegenden Fall zulässig war, da die Fälligkeit unmittelbar bevorstand und die Berufungsbeklagte davon ausgehen musste, dass die Berufungsklägerin bei Eintritt der Fälligkeit nicht leisten würde (act. 22 S. 5 f.). Weshalb sie Letzteres annahm, begründete die Vorinstanz an anderer Stelle des Entscheides (act. 22 S. 7 f.). Unter der Annahme, dass das Rechtsschutzinteresse gegeben war, beurteilte sie ausserdem die Frage nach dem mutmasslichen Obsiegen (vgl. act. 22 S. 4 ff.). Inwiefern die Vorinstanz keine Unterscheidung zwischen der materiellen Prüfung des geltend gemachten Anspruchs und dem Vorhandensein des Rechtsschutzinteresses als Prozessvoraussetzung im Sinne von § 51 ZPO machte – wie dies die Berufungsklägerin behauptet (act. 24 S. 7) –, ist nicht nachvollziehbar.

b) Ob die Vorinstanz das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses zu Recht bejahte, ist – wie bereits dargelegt – anhand der Frage, ob die Berufungsbeklagte berechtigterweise davon ausgehen durfte, dass die Berufungsklägerin bei Eintritt der Fälligkeit nicht leisten würde, zu beurteilen. Sofern diese Frage bejaht

werden kann, ist damit auch gleich die (für die Kosten- und Entschädigungsfolge bedeutsame) Frage beantwortet, wer das vorinstanzliche Verfahren verursacht hat.

4. Die Vorinstanz würdigte die Korrespondenz und das Verhalten der Berufungsklägerin zutreffend und hielt zu Recht fest, dass die Berufungsbeklagte davon ausgehen musste, die Berufungsklägerin würde bei Eintritt der Fälligkeit nicht leisten (act. 22 S. 7 f.). Die Berufungsklägerin hielt sich bis zur Einleitung der Klage durch die Berufungsbeklagte am 13. Dezember 2010 bedeckt und bestätigte nicht, dass sie eine termingerechte Übergabe vornehmen werde. Der Einwand der Berufungsklägerin, sie hätte die Lage umgehend klargestellt, wenn die Berufungsbeklagte im Schreiben vom 3. Dezember 2010 zum Ausdruck gebracht hätte, dass die Zweifel bezüglich des Übergabetermins nicht beseitigt worden seien (act. 24 S. 10), ist unbeachtlich. Zum einen kann aus dem Schreiben vom 3. Dezember 2010 nicht gelesen werden, dass die Berufungsbeklagte vorbehaltlos auf eine termingerechte Übergabe vertraute ("Darf ich demnach davon ausgehen, dass Sie Ihre Klientin anweisen, die in meinem Schreiben vom 18. November 2010 verlangten Unterlagen am kommenden Montag an die neue Verwaltung zu übermitteln? Ich weise Sie darauf hin, dass ich mir rechtliche Schritte namens unserer Klientin weiterhin vorbehalten") (act. 4/16). Zum anderen erfolgte am besagten Montag keine Übergabe. Es hätte also nach wie vor an der Berufungsklägerin gelegen, zur Schaffung klarer Verhältnisse (vgl. Art. 12 lit. a BGFA und ZR 108 [2009] Nr. 36) die berechtigten Zweifel an einer Übergabe aus der Welt zu schaffen. Die Zweifel der Berufungsbeklagten waren deshalb berechtigt, weil die Berufungsklägerin bis am 29. November 2010 explizit die Meinung vertrat, ihr Verwaltungsmandat sei nicht gültig gekündigt worden und könne frühestens auf 31. Dezember 2011 aufgelöst werden (act. 4/12). Auch noch in ihrem Schreiben vom 3. Dezember 2010 sprach die Berufungsklägerin nur von einer "allfälligen" Übergabe des Verwaltungsmandates (act. 4/15). Anfangs Dezember 2010 teilte sie den Stockwerkeigentümern zudem das Datum der ordentlichen Eigentümerversammlung 2011 mit und ersuchte um Bekanntgabe von Anregungen und Wünschen bis spätestens 30 Tage vor der geplanten Versammlung vom 16. Juni 2011 (act. 4/17). Bis zur Klageeinleitung stellte die Berufungsklägerin

nicht klar, ob die Übergabe der Unterlagen nun am 1. Januar 2011 stattfinden würde oder nicht. Das Schreiben der Berufungsklägerin vom 23. Dezember 2010, auf welches die Berufungsklägerin verweist (act. 24 S. 6), erfolgte erst nach der Klageeinleitung und ist vorliegend somit nicht zu berücksichtigen – darauf weist auch die Berufungsbeklagte hin (act. 32 Rz. 15). Sämtliche weiteren Vorbringen der Berufungsklägerin (inklusive der von ihr zitierten Stellen aus der Korrespondenz zwischen den Parteien), mit welchen sie zu widerlegen versucht, dass ein Rechtsschutzinteresse der Berufungsbeklagten zur Klageeinleitung bestand, taugen nicht (act. 24 S. 4 ff.). Von einer aktenwidrigen tatsächlichen Annahme durch die Vorinstanz kann auch keine Rede sein (act. 24 S. 10). Dem Schreiben vom 29. November 2010 war klar zu entnehmen, dass die Berufungsklägerin die Ansicht vertrat, ihr Verwaltungsmandat sei nicht gültig gekündigt worden und könne frühestens auf den 31. Dezember 2011 aufgelöst werden (act. 4/12). Von dieser Ansicht hatte sich die Berufungsklägerin bis zur Klageeinleitung nicht distanziert – wie bereits dargelegt wurde. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Vorinstanz das Rechtsschutzinteresse an der Klageeinleitung zutreffend bejahte (act. 22 S. 5). Damit ist gleichzeitig erstellt, dass die Berufungsklägerin die Einleitung des vorinstanzlichen Verfahrens verursachte.

5. Die Behauptung der Berufungsklägerin, wonach sie in ausdrücklicher Absprache mit der neuen Verwaltung die Einzahlungsscheine für die Überweisung der Budgetzahlung mit Fälligkeit 1. Februar 2011 versandte (act. 24 S. 12), ist vorliegend unbedeutend, da die Vorinstanz diesen Punkt in ihrer Begründung gar nicht aufnahm.

6. Die Berufungsklägerin bestritt im Prozess nicht, dass ihre Verwaltungstätigkeit per 31. Dezember 2010 endete (act. 7 S. 3 und act. 24 S. 4). Daraus ergibt sich, dass die Berufungsbeklagte hinsichtlich der Aktenherausgabe per 1. Januar 2011 mutmasslich obsiegt hätte.

7. Die Berufungsklägerin bestritt, dass sie die Gegenstandslosigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens verursacht habe, indem sie die streitgegenständlichen Akten erst am 19. Januar 2011 an die neue Verwaltung übergeben habe (act. 24 S. 11). Tatsächlich wurde bereits am 31. Dezember 2010 der Eigentü-

merspiegel an die neue Verwaltung übergeben. Dies ändert aber nichts daran, dass die vollumfängliche Aktenübergabe nicht mehr fristgerecht am 1. Januar 2011 erfolgte. Beides ergibt sich aus den Akten (act. 18/2). Dass mit der neuen Verwaltung ein neuer Erfüllungstermin für die Übergabe der Akten vereinbart wurde – wie dies die Berufungsklägerin sinngemäss geltend macht –, lässt sich aus den Akten aber nicht entnehmen. Es ist der Vorinstanz somit zuzustimmen, dass die Berufungsklägerin die Gegenstandslosigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens verursachte (act. 22 S. 7).

8. a) Im Sinne der vorstehenden Erwägungen ist die Berufung, soweit auf sie eingetreten wird, vollumfänglich abzuweisen, und die vorinstanzliche Verfügung vom 8. Februar 2011, einschliesslich Kosten- und Entschädigungsfolge, ist zu bestätigen.

b) Der Vollständigkeit halber ist auf Folgendes hinzuweisen: Die Vorinstanz auferlegte den Parteien die Gerichtsgebühr je zur Hälfte und verzichtete auf Parteientschädigungen, da sie bezüglich des Antrags der Berufungsbeklagten auf Liquidation des Verwaltungsvertrages (was nicht Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens war) von einem Unterliegen der Berufungsklägerin ausging (vgl. act. 22 S. 6 und S. 8).

IV. Kosten- und Entschädigungsfolge

1. Bei der Berechnung des Kostenvorschusses (act. 27) ging die Kammer von einer reinen Kostenbeschwerde aus, so dass als Streitwert Fr. 5'500.– angenommen wurden. Bei der Bearbeitung des Falles hat sich gezeigt, dass es auch um die Erledigung des vorinstanzlichen Verfahrens geht. Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens sind deshalb auf dem ursprünglichen Streitwert zu berechnen (§§ 12 und 8 Abs. 1 GebV), wenn auch innerhalb des Tarifr Rahmens von § 4 Abs. 2 GebV der Tatsache Rechnung zu tragen ist, dass die praktischen Auswirkungen des Falles auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen beschränkt sind. Angemessen ist eine Gerichtsgebühr von Fr. 1'200.–.

2. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Berufungsklägerin aufzuerlegen und der Berufungsbeklagten ist eine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 13 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 und § 9 AnwGebV; vgl. Kreisschreiben des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2006). Die Parteientschädigung ist auf Fr. 1'300.– (zuzüglich Mehrwertsteuer) festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Gerichtsgebühr des Berufungsverfahrens wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet; im darüber hinausgehenden Betrag wird die Gerichtskasse Rechnung stellen.
4. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'300.– zzgl. 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
6. 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. 60'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Muraro-Sigalas

versandt am: