

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF190064-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 31. Oktober 2019

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger,

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen (Herausgabe)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksge-
richtes Zürich vom 4. September 2019 (ER190142)

Rechtsbegehren:
(act. 1a S. 1, sinngemäss)

Es sei der Gesuchsgegner zur Rückgabe folgender Unterlagen zu verpflichten, die ihm der Gesuchsteller weisungsgemäss (im Fall A. _____ gegen C. _____ Zürich/Lugano) zur Verfügung stellte:

Aktenbündel A vom 2. Oktober 2018

und

Aktenbündel B vom 14. Januar 2019.

Verfügung des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichts Zürich vom 4. September 2019:
(act. 15 = act. 18 = act. 20)

- "1. Auf das Gesuch vom 5. Juli 2019 wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr von Fr. 300.– wird dem Gesuchsteller auferlegt.
3. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung von Fr. 500.– zu bezahlen.

[4.-5. Mitteilung, Rechtsmittel]"

Berufungsanträge:

des Gesuchstellers und Berufungsklägers (act. 19 S. 1, sinngemäss):

1. Es sei auf das Gesuch um Rückgabe der Akten einzutreten.
2. Es seien die Gerichtskosten dem säumigen Berufungsbeklagten aufzuerlegen.
3. Dem Berufungskläger sei gestützt auf Art. 41 ff. OR eine Umtriebsentschädigung in der Höhe von Fr. 800.– zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsbeklagten.

Erwägungen:

1.

1.1 Hintergrund der vorliegenden Streitigkeit ist ein Gerichtsverfahren, welches der Gesuchsteller und Berufungskläger A._____ (nachfolgend Gesuchsteller) in der Vergangenheit gegen die C._____ Zürich bzw. Lugano führte und mit dessen Ergebnis der Gesuchsteller offenbar nicht einverstanden war. Im Zusammenhang damit nahm der Gesuchsteller mit verschiedenen Mitgliedern der Schweizerischen Volkspartei SVP Kontakt auf, unter anderem auch mit dem Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten B._____ (nachfolgend Gesuchsgegner). Der Gesuchsteller macht geltend, er habe dem Gesuchsgegner mit Schreiben vom 2. April 2019 nach vorheriger Absprache Unterlagen über den erwähnten Prozess zukommen lassen. Der Gesuchsgegner habe darauf und auf Nachfragen vom 26. April und 6. Mai 2019 nicht reagiert. Mit Schreiben vom 15. Mai 2019 und vom 11. Juni 2019 habe er den Gesuchsgegner gebeten, ihm die Akten zu retournieren. Der Gesuchsgegner habe auch darauf nicht reagiert (vgl. act. 1a, 1b; vgl. auch act. 18 S. 2).

1.2 Mit Schreiben vom 5. Juli 2019 gelangte der Gesuchsteller an das Bezirksgericht Zürich (vgl. act. 1a). Das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich erklärte dem Gesuchsteller mit Schreiben vom 10. Juli 2019, dass die Eingabe den Anforderungen an ein Gesuch im summarischen Verfahren nicht genüge, und retournierte die Eingabe an den Gesuchsteller (vgl. act. 21/9). Der Gesuchsteller reichte seine Eingabe vom 5. Juli 2019 (act. 1a) daraufhin mit einem Begleitschreiben vom 19. Juli 2019 und Beilagen erneut beim Bezirksgericht Zürich ein (act. 1b und act. 2/1-2). Das Einzelgericht Audienz nahm die beiden Dokumente act. 1a und 1b als Gesuch entgegen und entnahm daraus sinngemäss das eingangs angeführte Rechtsbegehren.

1.3 An der Verhandlung vom 4. September 2019 erschien lediglich der Rechtsvertreter des Gesuchsgegners. Der Gesuchsteller blieb der Verhandlung fern. Er hatte dies der Vorinstanz mit einer schriftlichen Mitteilung vom 23. August 2019

(in roter Schrift auf der Vorladung der Vorinstanz) angekündigt, verbunden mit dem Hinweis, es lägen alle Akten vor und es gebe keine weiteren Vorbringen; er wolle nur die Unterlagen retour (vgl. Vi-Prot. S. 3 sowie act. 11).

1.4 Die Vorinstanz erliess am 4. September 2019 die eingangs angeführte Verfügung (act. 15 = act. 18 = act. 20). Die Verfügung wurde dem Gesuchsteller am 3. Oktober 2019 zugestellt (act. 16a).

1.5 Mit Eingabe vom 3. Oktober 2019 (Datum Poststempel: 7. Oktober 2019) erhob der Gesuchsteller Berufung gegen die Verfügung vom 4. September 2019. Er stellte sinngemäss die eingangs angeführten Berufungsanträge (act. 19).

1.6 Der Eingang der Berufung wurde den Parteien am 10. Oktober 2019 angezeigt (act. 22/1-2). Ebenso wurden die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens beigezogen (act. 1-16). Es wurde davon abgesehen, einen Kostenvorschuss und eine Berufungsantwort einzuholen (Art. 98, Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1 Gegen Erledigungsentscheide im summarischen Verfahren ist die Berufung nach Art. 308 ff. ZPO zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 314 ZPO). Vorausgesetzt ist in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ein Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.00 (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Vorinstanz ging von einer nicht vermögensrechtlichen Streitigkeit aus (act. 18 S. 5). Das ist nicht zu beanstanden, zumal der Gesuchsteller nichts anderes geltend macht. Der Gesuchsteller will mit seiner Berufung erreichen, dass der Gesuchsgegner ihm persönliche Unterlagen herausgebe, die er zuvor dem Gesuchsgegner übergeben habe. Diese Unterlagen stehen zwar angesichts des erwähnten früheren Prozesses, auf den sie sich beziehen (vgl. vorne Ziff. 1.1), letztlich wohl in einem wirtschaftlichen Zusammenhang. Dass der Gesuchsteller mit dem Begehren um Herausgabe der Unterlagen vom Gesuchsgegner ein wirtschaftliches Interesse verfolgt, lässt sich indes nicht feststellen. Der persönlichkeitsrechtliche Aspekt des Erhalts persönlicher Doku-

mente steht im Vordergrund (vgl. dazu ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Auflage 2016, Art. 308 N 45 f.). Die vorliegende Berufung erweist sich daher als zulässig.

2.2 In der Berufungsschrift sind konkrete Rechtsmittelanträge zu stellen und zu begründen, aus welchen hervorgeht, in welchem Umfang der vorinstanzliche Entscheid angefochten wird, welche Dispositivziffern des angefochtenen Entscheids in welchem Sinne abzuändern sind und ob ein neuer Entscheid in der Sache oder eine Rückweisung an die Vorinstanz verlangt wird. Bei Rechtsmitteln juristischer Laien gelten reduzierte Anforderungen. Es genügt eine Formulierung, aus der das Obergericht mit gutem Willen herauslesen kann, wie es nach Auffassung der Beschwerdeführenden Partei entscheiden soll (vgl. OGer ZH PF170055 vom 15. Januar 2018, E. 2.1). Den vorne sinngemäss wiedergegebenen Rechtsmittelanträgen des Gesuchstellers lässt sich zwar kein Antrag in der Sache ableiten (sondern lediglich der Antrag, es sei auf das Gesuch einzutreten). Den weiteren Ausführungen des Gesuchstellers ist indes nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) zu entnehmen, dass der Gesuchsteller an seinem vor Vorinstanz gestellten Begehren um Verpflichtung zur Herausgabe von Unterlagen festhält (act. 19). Auf die rechtzeitig schriftlich begründet eingereichte Berufung ist daher einzutreten.

2.3 Eine Klageänderung ist im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 2 ZPO zulässig. Inwiefern sich das im Berufungsverfahren neu gestellte Schadenersatzbegehren auf zulässige Noven stützte (vgl. Art. 317 Abs. 2 lit. b ZPO), ist nicht ersichtlich und wird vom Gesuchsteller nicht dargetan. Der Gesuchsteller scheint einen entsprechenden Anspruch aus dem Verhalten des Gesuchsgegners (bzw. seines Anwalts) im Verfahren vor der Vorinstanz abzuleiten, insbesondere aus den Ausführungen anlässlich der Hauptverhandlung vom 4. September 2019 (vgl. act. 19 S. 2 unten). Dazu hätte der Gesuchsteller sich anlässlich der Verhandlung äussern können. Er blieb der Verhandlung jedoch wie erwähnt (vgl. vorne Ziff. 1.3) unentschuldigt fern, weil er davon ausging, es gebe nichts weiter vorzubringen (vgl. act. 11). Dass der Gesuchsteller seine Schilderung, auf die er die Klageänderung stützt, *trotz zumutbarer Sorgfalt* nicht bereits vor der ersten Instanz vorbringen konnte (vgl. Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO), ist somit nicht ersichtlich und wird vom Gesuchsteller auch nicht verdeutlicht. Die

Tatsachen, auf welche der Gesuchsteller die Klageänderung stützt, sind damit unzulässige Noven. Auf den Berufungsantrag Ziff. 3 und die darin enthaltene Klageänderung ist nicht einzutreten.

Der Antrag des Gesuchstellers hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens ist davon indes nicht erfasst; darüber ist ohnehin von Amtes wegen zu entscheiden.

3.

3.1 Die Vorinstanz wies richtig darauf hin, dass der Gesuchsteller im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO als Grundlage seines Anspruchs einen unbestrittenen oder sofort beweisbaren (und damit liquiden) Sachverhalt und eine klare Rechtslage aufzeigen muss. Weiter erwog die Vorinstanz zutreffend, dass Einwendungen des Gesuchsgegners, die nicht haltlos seien und die der Gesuchsteller nicht sogleich entkräfte, die Liquidität ausschliessen (act. 18 S. 3 f.; vgl. dazu ZK ZPO-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, 3. Auflage 2016, Art. 257 ZPO N 7).

3.2 Der Gesuchsteller sandte die fraglichen Unterlagen gemäss seinen vor der Vorinstanz eingereichten Unterlagen mit Sendung vom 2. April 2019 (mit zwei Aktenbündeln als Beilage) an den Gesuchsgegner an die Adresse D. _____-strasse Die Sendung erfolgte offenbar nicht eingeschrieben (act. 1a S. 2); der Gesuchsteller bringt nichts anderes vor und reicht keinen Zustellungsnachweis zu den Akten. Der Gesuchsgegner hielt dieser Darstellung mit dem Hinweis, die Adresse D. _____-strasse ... sei nicht mehr aktuell und er habe die Sendung nicht erhalten (Vi-Prot. S. 3 f.), eine in sich schlüssige Einwendung entgegen, welche der Gesuchsteller vor der Vorinstanz nicht zu widerlegen vermochte. Dass die Vorinstanz auf Basis des ihr Vorgebrachten die Liquidität des Sachverhalts (im Einzelnen: die Liquidität der Schilderung, dass der Gesuchsgegner die Unterlagen erhalten habe) verneinte (act. 18 S. 4), ist deshalb nicht zu beanstanden.

3.3 Berufungsweise bringt der Gesuchsteller vor, er habe das Schreiben vom 2. April 2019 an den Gesuchsgegner zunächst an die Adresse D. _____-strasse

... adressiert, worauf das Couvert von der Post als unzustellbar retourniert worden sei. Darauf habe er in roter Maschinschrift die Adresse "E. _____-Strasse ..." angebracht und das Couvert ohne Fenster mit neuer Anschrift dorthin geschickt. Seither habe er nie mehr etwas vom Gesuchsgegner gehört. Der Gesuchsgegner habe sich im Verfahren vor der Vorinstanz selber auf das Dokument bezogen, in welchem er, der Gesuchsteller, mit roter Maschinschrift die Adresse E. _____-Strasse ... ergänzt habe. Gleichzeitig bestreite der Gesuchsgegner, je etwas erhalten zu haben. Das Schreiben mit der korrigierten Adressangabe in roter Schrift sei nur in der Couvert-Sendung an den Gesuchsgegner gegangen. Diese Kenntnis des Gesuchgegners könne deshalb nur von der erhaltenen Sendung mit allen Unterlagen stammen. Zudem habe der Gesuchsgegner bzw. sein Anwalt bestätigt, von der Aufforderung zur Aktenrückgabe Kenntnis erhalten zu haben (act. 19 S. 2).

3.3.1 Die aufgezeigte Schilderung des Gesuchstellers ist neu. Der Gesuchsteller nimmt damit zu den Einwendungen des Gesuchsgegners Stellung. Im Berufungsverfahren sind Noven (neue Tatsachenvorbringen und neue Beweismittel) jedoch nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig. Noven müssen danach ohne Verzug vorgebracht werden, und sie sind nur dann beachtlich, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits vor erster Instanz hätten vorgebracht bzw. eingereicht werden können.

Der Gesuchsteller hätte im Verfahren vor der Vorinstanz Gelegenheit gehabt, zu den Einwendungen des Gesuchsgegners Stellung zu nehmen. Dabei hätte er seine neue Schilderung über den Versand des Schreibens an den Gesuchsgegner vom 2. April 2019 samt Beilagen zunächst an die D. _____-strasse ... und sodann, nach der Retournierung durch die Post, an die Adresse E. _____-Strasse ..., ohne weiteres zu Protokoll geben können. Er blieb der Verhandlung vom 4. September 2019 jedoch wie erwähnt (vgl. vorne Ziff. 1.3 und 2.3) unentschuldigt fern. Ein anderer Grund für das Vorbringen erst im Berufungsverfahren – als die unentschuldigte Säumnis anlässlich der Verhandlung vor der Vorinstanz – ist nicht ersichtlich und wird vom Gesuchsteller auch nicht geltend gemacht. Die Schilderung ist im Berufungsverfahren deshalb nicht zulässig. Dasselbe gilt für den Hinweis des Ge-

suchstellers, der Gesuchsgegner bzw. dessen Anwalt habe von der Aufforderung zur Aktenherausgabe Kenntnis gehabt. Sämtliche neuen Tatsachenvorbringen des Gesuchstellers in der Berufungsschrift vom 3. Oktober 2019 sind unzulässige Noven, weil der Gesuchsteller nicht aufzuzeigen vermag, dass er diese Schilderungen *trotz zumutbarer Sorgfalt* nicht bereits vor der ersten Instanz vorbringen konnte.

Daher bleibt es beim Schluss der Vorinstanz, dass der Gesuchsteller die (nicht haltlose) Einwendung des Gesuchsgegners – wonach dieser die Unterlagen des Gesuchstellers nie erhalten habe – nicht zu entkräften vermag. Das führt zur Abweisung der Berufung und zur Bestätigung des angefochtenen Entscheids.

3.3.2 Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass auch ein Hinwegsehen über die Novenschranke zu keinem anderen Schluss führte:

Ausgangspunkt der Überlegungen ist das erste Schreiben des Gesuchstellers an den Gesuchsgegner vom 2. April 2019 an die Adresse D. _____-strasse ... mit Beilage der fraglichen Unterlagen (act. 1a S. 2). Diese Sendung wurde dem Gesuchsteller nach seiner neuen Darstellung von der Post als unzustellbar retourniert, worauf er die Sendung unter Anbringung der korrekten Adresse des Gesuchsgegners mit roter Maschinenschrift – so seine Schilderung – erneut der Post übergab (act. 19 S. 2). Der Gesuchsteller reichte zwei Schreiben zu den Akten, welche er mit roter Maschinenschrift im Nachhinein auf dem ursprünglichen Schreiben vom 2. April 2019 anbrachte und an den Gesuchsgegner (nun an die Adresse E. _____-Strasse ...) richtete: Ein Schreiben vom 15. Mai 2019, mit welchem er "sehr höflich" um Retournierung der Unterlagen bat (act. 21/6 = act. 2/1), und ein weiteres Schreiben vom 11. Juni 2019, mit welchem er erneut die Rücksendung der Unterlagen verlangte (vgl. act. 21/3 = act. 21/7 = act. 2/2; act. 21/4-5 sind weitere Kopien der beiden Schreiben). Das erstgenannte Schreiben enthält zudem den handschriftlichen Hinweis des Gesuchstellers vom 26. April 2019, er erreiche den Gesuchsgegner nicht und bitte ihn um Rückruf.

Das Vorgehen des Gesuchstellers, seine Korrespondenz auf Exemplaren früherer Schreiben in roter Schrift anzubringen, ist etwas unübersichtlich. Der Gesuchstel-

ler behielt offenbar von seinen Schreiben an den Gesuchsgegner, insbesondere von jenem vom 2. April 2019, jeweils Doppel bei sich, die er später in diesem Sinn verwenden konnte. Alle vorgelegten späteren Schreiben, welche der Gesuchsteller auf Exemplaren des Schreibens vom 2. April 2019 anbrachte, verfasste er indes klarerweise erst, nachdem er davon ausging, die Unterlagen dem Gesuchsgegner bereits erfolgreich zugesandt zu haben (bitte um Rückruf, weil er nichts mehr hörte; zweimalige Bitte um Rücksendung der Unterlagen). Vom in der Berufungsschrift geschilderten Schreiben, mit welchem er die Unterlagen mit korrigierter Adressangabe erneut dem Gesuchsgegner zukommen liess, reichte der Gesuchsteller hingegen kein Exemplar ein. Zudem machte er auch nicht geltend, dieses Schreiben eingeschrieben versandt zu haben. Für die Zustellung der fraglichen Unterlagen an den Gesuchsgegner fehlt es somit nach wie vor an einem Zustellungsnachweis, und es fehlt auch an einer Kopie des entsprechenden, an den Gesuchsgegner gerichteten Schreibens. Letzteres erstaunt, da der Gesuchsteller von seinen anderen Schreiben an den Gesuchsgegner jeweils Kopien bzw. Doppel vorgelegt hat. Der Gesuchsteller vermag somit auch seine neue Schilderung – wenn sie geprüft wird – nicht sofort zu beweisen.

Aus dem soeben Gesagten ergibt sich im Übrigen, dass der Gesuchsteller nicht nur die (behauptete) erneute Zusendung der Akten an die E.____-Strasse ... in roter Maschinenschrift auf dem Schreiben vom 2. April 2019 anbrachte, sondern auch mehrere andere Schreiben an den Gesuchsgegner. Dass der Gesuchsgegner von der in roter Maschinenschrift überschriebenen Adresse Kenntnis hatte, sagt deshalb entgegen dem Gesuchsteller (act. 19 S. 2) nichts zwingendes über die Zustellung der heute streitigen Unterlagen aus. Aus den Akten ergibt sich im Gegenteil, dass der Gesuchsteller sich dabei auf die erwähnten Schreiben vom 15. Mai 2019 und 11. Juni 2019 (je in rot auf dem ursprünglichen Schreiben vom 2. April 2019) bezog, mit welchen der Gesuchsteller die Unterlagen bereits zurück verlangte bzw. worin der Gesuchsteller um Rückruf bat (vgl. act. 12/1-2; vgl. auch Vi-Prot. S. 4).

Der Gesuchsteller vermag die Einwendung des Gesuchsgegners, wonach dieser die fraglichen Unterlagen nie erhielt, somit auch dann nicht zu entkräften, wenn auf die im Berufungsverfahren vorgebrachten Noven eingegangen wird.

3.4 Zusammenfassend ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und der angefochtene Entscheid ist zu bestätigen.

4.

4.1 Ausgangsgemäss wird der Gesuchsteller kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dem Gesuchsgegner entstanden im Berufungsverfahren keine Aufwendungen, die zu entschädigen wären.

4.2 Grundlage der Gebührenfestsetzung bilden das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV). Dem tragen die Tarife gemäss §§ 4 ff. GebV OG Rechnung. Die Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und das Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. September 2019 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.00 festgesetzt.
3. Die Kosten für das Berufungsverfahren werden dem Gesuchsteller und Berufungskläger auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 19, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich, 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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am: