

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LN100024-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. M. Schaffitz, Vorsitzende, Oberrichter Dr. G. Pfister
und Dr. H.A. Müller sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani
Schmidt

Beschluss vom 26. Juli 2011

in Sachen

A. _____,

Kläger und Rekurrent

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Rekursgegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Kosten- und Entschädigungsfolgen**

**Rekurs gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Horgen, II. Abteilung,
vom 6. Mai 2010 (CG100006)**

Erwägungen:

I.

1. An der mit Beschluss der Generalversammlung vom 29. März 2007 aufgelösten und am 26. Mai 2009 im Handelsregister des Kantons E._____ gelöschten C._____ AG waren unter anderem der Kläger und Rekurrent (fortan Kläger) als Direktor mit Einzelunterschrift und der Beklagte und Rekursgegner (fortan Beklagter) als einziges Verwaltungsratsmitglied beteiligt gewesen. Die Einzelunterschrift des Klägers wurde mit Eintrag vom 18. April 2007 gelöscht, der Beklagte wurde gleichentags zum Liquidator ernannt (Urk. 6/4/4).

2. Der Kläger erhob am 20. Januar 2010 frist- und formgerecht Klage beim Bezirksgericht Horgen mit folgendem Begehren (Urk. 3 S. 2; Urk. 6/2 S. 2):

"1. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Kopien folgender Unterlagen herauszugeben:

Buchhaltung der C._____ AG vom 1. Februar 2007 bis zur Beendigung der Liquidation, bestehend aus:

- Bilanz
- Erfolgsrechnung
- Kontoblättern
- Belegen

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

3. Der Beklagte stellte in seiner Klageantwort das Begehren, dass dem klägerischen Begehren nur entsprochen werden könne, wenn eine Originalvollmacht vorgelegt und ein angemessener Kostenvorschuss von Fr. 2'300.– für das Bereitstellen der Unterlagen bezahlt werde (Urk. 6/11 S. 1). Mit Präsidialverfügung vom 10. März 2010 stellte die Vorinstanz fest, dass die vom Kläger eingereichte Vollmacht rechtsgenügend sei und forderte den Beklagten unter Hinweis auf die Bedingungsfeindlichkeit der beiden Institute Klageanerkennung und Widerklage auf, eine schriftliche Ergänzung der Klageantwort einzureichen (Urk. 6/13).

4. Mit Schreiben vom 25. März 2010 teilte der Beklagte dem Gericht mit, dass die Akten dem klägerischen Rechtsvertreter nach vorgängiger Rücksprache herausgegeben worden seien. Hierzu legte er das an den klägerischen Rechtsvertreter gerichtete Schreiben sowie den dazugehörigen E-Mail-Verkehr zwischen diesem und sich bei (Urk. 6/16/1-3). Hierauf setzte die Vorinstanz den Parteien mit Präsidialverfügung vom 7. April 2010 Frist, um sich zur Frage der Gegenstandslosigkeit des Verfahrens sowie zur Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu äussern (Urk. 6/17). Der Beklagte ersuchte mit Schreiben vom 19. April 2010 um Auferlegung der Kosten an den Kläger (Urk. 6/19). Nachdem der Kläger mit Schreiben vom 21. April 2010 um Zustellung weiterer Unterlagen seitens des Beklagten ersuchte, ihm diese wunschgemäss umgehend mit Schreiben vom 22. April 2010 zugestellt wurden, ersuchte er mit Schreiben vom 27. April 2010 um Abschreibung des Verfahrens infolge Gegenstandslosigkeit, um Auferlegung der Kosten an den Beklagten und um Zusprechung einer Prozessentschädigung von Fr. 4'037.15 (Urk. 6/21-24; Urk. 6/27-28/1-4).

5. Mit Beschluss vom 6. Mai 2010 schrieb die Vorinstanz das Verfahren als gegenstandslos ab. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'200.– (Dispositivziffer 2) auferlegte sie den Parteien je zur Hälfte (Dispositivziffer 3). Prozessentschädigungen wurde keine zugesprochen (Dispositivziffer 4; Urk. 3 S. 7 f. = Urk. 29 S. 7 f.).

6. Mit Beschluss vom 25. Mai 2010 korrigierte die Vorinstanz im Sinne von § 166 GVG/ZH in Dispositivziffer 1 das offensichtliche Versehen betreffend Dispositiv Ziffer 2 des Beschlusses vom 6. Mai 2010, wonach sie anstelle der in Erwägung 3.2.4 dieses Beschlusses veranschlagten Gerichtsgebühr von Fr. 600.– diese schliesslich auf Fr. 1'200.– festgesetzt hatte (Urk. 6/32 S. 2; Urk. 9/2).

7. Mit Eingabe vom 25. Mai 2010 erhob der Kläger innert Frist rechtzeitig Rekurs und stellte folgende Anträge (Urk. 2 S. 2):

- "1. Dispositiv Ziff. 3 und 4 des Beschlusses der Vorinstanz vom 6. Mai 2010 seien aufzuheben.

2. Die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens seien dem Beklagten und Rekursgegner aufzuerlegen und dieser sei zu verpflichten, dem Kläger und Rekurrenten für das vorinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung zu bezahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten und Rekursgegners."

8. Mit Präsidialverfügung vom 27. Mai 2010 wurde dem Kläger Frist zur Bezifferung der Rekursanträge angesetzt (Urk. 5 S. 2), welche mit Schreiben vom 4. Juni 2010 (eingegangen am 7. Juni 2010) wie folgt lauteten (Urk. 7 S. 2):

- "1. Dispositiv Ziffer 3 und 4 des Beschlusses der Vorinstanz vom 6. Mai 2010 sowie Ziff. 1 des Beschlusses der Vorinstanz vom 25. Mai 2010 seien aufzuheben.
2. Die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens seien dem Beklagten und Rekursgegner aufzuerlegen und dieser sei zu verpflichten, dem Kläger und Rekurrenten für das vorinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von CHF 5'086.90 zu bezahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten und Rekursgegners."

9. Innert einmalig erstreckter Frist erstattete der Beklagte mit Schreiben vom 1. Juli 2010 die Rekursantwort mit folgenden Anträgen (Urk. 14 S. 2):

"Das Dispositiv des Beschlusses des Bezirksgerichts Horgen vom 06.05.2010 in den angefochtenen Punkten Ziff. 2, 3 und 4, betreffend Ziff. 2 in der korrigierten Version des Beschlusses vom 25.05.2010, sei zu bestätigen und der Rekurs abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Rekurrenten."

10. Mit Präsidialverfügung vom 22. Juli 2010 wurde dem Kläger Frist zur Stellungnahme zu den mit der Rekursantwort neu eingereichten Unterlagen angesetzt (Urk. 17), welche innert Frist mit Schreiben vom 29. Juli 2010 einging (Urk. 18). Mit Verfügung vom 4. August 2010 wurde diese dem Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 19).

11. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (Urk. 11).

II.

1. Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 in Kraft getreten (Zivilprozessordnung [ZPO]; SR 272). Das vorliegende Rechtsmittelverfahren wurde vorher eingeleitet, sodass bis zu dessen Abschluss das bisherige Verfahrensrecht, also die zürcherische Prozessordnung (ZPO/ZH), gilt (Art. 404 Abs. 1 ZPO).

2. Ebenfalls am 1. Januar 2011 ist die Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 in Kraft getreten (GebV OG; LS 211.11). Als Folge dessen, dass das bisherige Verfahrensrecht gilt, ist jedoch weiterhin die Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GerGebV) anwendbar (§ 23 GebV OG).

3. Ebenso ist am 1. Januar 2011 die Anwaltsgebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 in Kraft getreten (AnwGebV; LS 215.3). Gemäss § 25 der AnwGebV ist jedoch auf Verfahren, auf welche nach wie vor das kantonale Prozessrecht anwendbar ist, die Anwaltsgebührenverordnung vom 21. Juni 2006 anzuwenden.

III.

1. Die Aushändigung der Buchhaltungsunterlagen der C._____ AG nach Verfahrenseinleitung wurde von den Parteien im vorinstanzlichen Verfahren ausdrücklich bestätigt, und ist zudem durch die Akten ausgewiesen (Urk. 6/16/1; Urk. 6/19; Urk. 6/21; Urk. 6/23; Urk. 6/27). Damit entfiel der Streitgegenstand sowie das klägerische Interesse am vorinstanzlichen Prozess, weshalb das vorliegende Herausgabebegehren zu Recht zufolge Gegenstandslosigkeit erledigt abgeschrieben wurde. Dies wurde denn im Rekurs zutreffenderweise auch nicht beanstandet.

2. Das vom Kläger erhobene Rechtsmittel richtet sich gegen die Kostenverteilung zwischen den Parteien, was zutreffend mit Rekurs zu rügen ist (§ 271

Ziff. 1 ZPO/ZH). Für die vorliegend sich stellende Frage betreffend Kosten- und Entschädigungsfolgen sind die von den Parteien ins Feld geführten Argumente hinsichtlich Korrektheit der Buchführung und sorgfältiger Mandatsführung seitens des Beklagten lediglich von untergeordneter Bedeutung. Auf die Vorbringen der Parteien ist daher nachfolgend nur soweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung relevant ist.

3.1 In prozessualer Hinsicht ist vorab auf Folgendes hinzuweisen: Vor der Rekursinstanz ist neues Vorbringen nur unter den Voraussetzungen von §§ 115 und 138 ZPO/ZH zulässig (§ 278 i.V.m. § 267 ZPO/ZH). Gemäss § 115 Ziffer 2 ZPO/ZH sind Bestreitungen und Einreden zuzulassen, wenn sie durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können. Zulässig ist demnach das nachträgliche Vorlegen einer Urkunde, mit der eine Behauptung sofort erstellt oder widerlegt werden kann (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Prozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 8 zu § 115 ZPO/ZH). Dabei ist entgegen der Auffassung des Klägers nicht von Belang, ob die Urkunde bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätte eingereicht werden können. Entsprechend sind die vom Beklagten im Rekursverfahren eingereichten Schreiben von Rechtsanwalt Z. _____ vorliegend beachtlich.

3.2 Sodann focht der Kläger mit Rekuserhebung lediglich die Dispositivziffern 3 und 4 des Beschlusses der Vorinstanz vom 6. Mai 2010 an, nicht jedoch Dispositivziffer 2 desselben, in welchem die Höhe der Gerichtsgebühr festgesetzt worden war. Erst nach Aufforderung seitens des Gerichtes, seine Rekursanträge hinsichtlich Höhe der Prozessentschädigung zu beziffern, focht er zusätzlich auch die Höhe der Gerichtsgebühr an, ohne jedoch seinen diesbezüglichen Antrag zu konkretisieren (Urk. 7 S. 2 ff.). Gemäss § 278 in Verbindung mit § 267 und 115 Ziffer 1 ZPO/ZH sind jedoch Anträge mit der Rekursbegründung zu stellen, hernach sind solche ausgeschlossen. Ohnehin wäre die Kostenhöhe mit Beschwerde nach § 206 GVG/ZH anzufechten gewesen. Dementsprechend kann auf den Antrag des Klägers hinsichtlich Dispositivziffer 2 des Beschlusses der Vorinstanz vom 6. Mai 2010, in der korrigierten Version von Dispositivziffer 1 des Beschlusses der Vorinstanz vom 25. Mai 2010, nicht eingetreten werden.

4.1 Die Vorinstanz stützte sich bei der Festlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen auf die Begründung, beide Parteien hätten die Möglichkeit gehabt, die Einleitung des vorliegenden Prozesses in einfacher Weise zu verhindern. Der Hinweis des Beklagten, wonach er sich über die Berechtigung des klägerischen Vertreters gestützt auf eine elektronisch übermittelte Vollmachtskopie nicht habe sicher sein können, sei nachvollziehbar. Dem als Treuhänder agierenden Beklagten sei es alleine aufgrund einer solchen Vollmachtskopie nicht zuzumuten gewesen, dem klägerischen Vertreter die verlangten Geschäftsunterlagen vorbehaltlos herauszugeben. Diese Haltung habe der Beklagte dem klägerischen Rechtsvertreter ausdrücklich angezeigt. Dem Kläger sei es in der Folge ohne Weiteres möglich gewesen, sich gegenüber dem Beklagten wie von diesem verlangt durch Vorlegen einer Originalvollmacht auszuweisen und so das vom Beklagten angezeigte Hindernis zu beseitigen. Demgegenüber sei jedoch zu erwähnen, dass der Kläger sich vor Prozesseinleitung persönlich via E-Mail an den Beklagten gewandt habe und diesem das Mandatsverhältnis zum klägerischen Vertreter zu erkennen gegeben habe. Er habe ihm mitgeteilt, dass er die Aktenherausgabe direkt an den klägerischen Vertreter wünsche. Vor diesem Hintergrund erscheine die beklagte Einrede der fehlenden Originalvollmacht eher formalistisch. Zudem sei festzuhalten, dass sich der Beklagte nach Erhalt der Originalvollmacht weiter auf die geltend gemachten Honorarausstände berufen habe. Allerdings sei die vorprozessuale Kooperationsbereitschaft des Beklagten gleichermaßen zu berücksichtigen. Nachdem das angerufene Gericht in der Verfügung vom 10. März 2010 die eingereichte Prozessvollmacht des klägerischen Vertreters als rechtsgenügend erachtet habe, habe der Beklagte keine weiteren Einwände mehr erhoben und die verlangten Unterlagen in zwei Schritten an den klägerischen Rechtsvertreter ausgehändigt. Damit habe der Beklagte nach Klageeinleitung die Vertretungsberechtigung des klägerischen Vertreters akzeptiert. Entsprechend hätten beide Parteien die Möglichkeit gehabt, die Einleitung des vorliegenden Prozesses zu verhindern, weshalb die Einleitung des vorliegenden Verfahrens durch beide Parteien in ähnlicher Weise veranlasst worden sei.

4.2 Der Kläger rügt rekursweise, dass die Vorinstanz die Kosten- und Entschädigungsfolgen unter Verletzung von § 65 ZPO/ZH und in willkürlicher und ak-

tenwidriger Weise geregelt habe. Der Beklagte habe vor Prozessbeginn nie eine Originalvollmacht vom Kläger verlangt (mit Verweis auf Urk. 6/4/5-9). Damit aber habe der Kläger einem solchen Verlangen gar nicht nachkommen können. Im Gegenteil: der Beklagte sei mit dem Erhalt der per E-Mail zugestellten Vollmacht zufrieden gewesen, habe er doch ausdrücklich geschrieben, dass er sich für die E-Mail und für die in der E-Mail zugestellte Vollmacht bedanke (Verweis auf Urk. 6/4/9). In der Folge habe der Beklagte die Verweigerung der Herausgabe lediglich noch mit der angeblichen Gegenforderung begründet, welche er vorab bezahlt haben wollte. Sodann habe die Originalvollmacht bereits dem Friedensrichter vorgelegen, welche der Beklagte dort hätte einsehen können. Damit aber sei ein entsprechender Vorwand vor Vorinstanz nicht mehr statthaft gewesen. Schliesslich aber habe der Kläger den Beklagten in diversen E-Mails darüber informiert, dass dieser seinem Rechtsvertreter die Unterlagen herausgeben solle (Verweis auf Urk. 6/4/6 S. 2; Urk. 6/4/7 S. 1), weshalb beim Beklagten kein Zweifel über die Vertretungsberechtigung des Rechtsvertreters des Beklagten bestehen durfte. Weiter aber sei der Beklagte aufgefordert worden, die Unterlagen entweder dem klägerischen Rechtsvertreter oder dem Kläger selber herauszugeben (Verweis auf Urk. 6/4/6 S. 1). Für die Zustellung der Unterlagen an den Kläger selbst aber hätte es keine Vollmacht gebraucht. Schliesslich aber gebe es für Vollmachten kein Formerfordernis. Weiter könne man Anwaltsvollmachten vertrauen, welche über eine erhöhte Glaubwürdigkeit verfügen dürften. Dies gelte umso mehr, als ein langjähriger Verkehr zwischen dem klägerischen Rechtsvertreter und dem Beklagten im Zusammenhang mit dem geleasteten Bentley bestanden habe. Daraus folge, dass dem Kläger hinsichtlich der Einleitung des Prozesses kein Vorwurf gemacht werden könne, zumal die Vorinstanz selber ausführe, der Beklagte hätte die Herausgabe der Unterlagen selbst bei Vorlage einer Originalvollmacht verweigert, da er sich weiterhin auf die geltend gemachten Honoraransprüche berufen hätte (Urk. 2 S. 2 ff.).

4.3 Der Beklagte hält dem entgegen, dass er nicht verpflichtet gewesen wäre, ohne Sicherstellung seines Aufwandes Unterlagen zu liefern. Damit aber rechtfertige sich die Kostenregelung der Vorinstanz. Er bestreitet sodann, dass die Frage einer Originalvollmacht vor Prozessbeginn nicht aufgekommen sei: Mit

E-Mail vom 29. Juni 2009 an den Kläger (Verweis auf Urk. 6/4/7) habe der Beklagte eine entsprechende Originalvollmacht verlangt, nachdem der Kläger bis dato betreffend die C._____ AG und andere Gesellschaften von Rechtsanwalt Z._____ aus E._____ vertreten worden sei. Diese sei ihm aber bis zum Prozessbeginn nicht vorgelegt worden, weshalb er, der Beklagte, eine solche auch vor dem Friedensrichter verlangt habe, indes aber nie erhalten habe. Weiter führt er an, besonderen Anlass gehabt zu haben, auf einer Originalvollmacht zu bestehen, nachdem er im Geschäftsverkehr mit dem Kläger mehrmals mit gefälschten Dokumenten konfrontiert worden sei und der Kläger im Zusammenhang mit Wirtschaftsdelikten in F._____ im Jahre 2007/2008 im Gefängnis gewesen sei. Nachdem der Rechtsvertreter des Klägers vom Bestehen auf einer Originalvollmacht seitens des Beklagten gewusst habe, hätte er ihm durchaus eine solche vorlegen können. Mit dem vom Kläger zitierten Passus in Urk. 6/4/9 habe der Beklagte nie auf die Vorlage einer Originalvollmacht verzichtet. Der Beklagte habe sich von der Rechtsauffassung der Vorinstanz, wonach eine rechtsgenügeliche Vollmacht vorliege, überzeugen lassen, und habe die Unterlagen geliefert, obschon er – gestützt auf den Mandatsvertrag vom 28. Februar 2007, Ziffer 4 – nicht dazu verpflichtet gewesen wäre. Zu erwähnen sei weiter, dass Rechtsanwalt Z._____, welcher den Kläger in der Angelegenheit C._____ AG vertreten habe, sämtliche Unterlagen zur Verfügung gehabt habe, so dass es nicht notwendig gewesen wäre, diese vom Beklagten unter Drohungen und mit ungeschicktem Vorgehen nochmals zu verlangen. Es ergebe sich aus den eingereichten Schreiben vom Rechtsanwalt Z._____, dass dieser vollständig aufdokumentiert gewesen sei (mit Verweis auf Urk. 16/4/1-2; Urk. 14 S. 2 ff.).

5.1 Hinsichtlich der Voraussetzungen betreffend Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bei gegenstandslos gewordenen Verfahren kann zunächst auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 3 S. 4 f.; § 161 GVG/ZH). Gemäss Rechtsprechung und Literatur ist dabei grundsätzlich zu berücksichtigen, welche Partei die Gegenstandslosigkeit bzw. das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst hat oder wer vermutlich obsiegt hätte (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 65 ZPO/ZH; ZR 65 Nr. 119; ZR 54 Nr. 110; ZR 79 Nr. 39; ZR 82 Nr. 8; ZR 82 Nr. 87). Praxisgemäss ist dabei nicht von

einer starren Reihenfolge dieser Kriterien auszugehen. Die vom Gesetz geforderte angemessene Lösung ist vielmehr nach den gesamten konkreten Umständen zu treffen. Konkret sind Kosten und Entschädigung gemäss ständiger Praxis "derjenigen Partei aufzuerlegen, die das *Gegenstandsloswerden des Verfahrens veranlasst hat, sofern nicht bei Berücksichtigung der Lage des Einzelfalles nach freiem richterlichem Ermessen die Anwendung eines der beiden anderen Kriterien zu einer billigen Lösung führt*" (ausdrücklich ZR 65 Nr. 119; implizit auch ZR 54 Nr. 110; ZR 79 Nr. 39; ZR 82 Nr. 8 und ZR 82 Nr. 87). In konstanter Rechtsprechung werden die übrigen Elemente lediglich als Korrektiv berücksichtigt, falls aufgrund des Entscheids über die Verursachung der Gegenstandslosigkeit keine billige Lösung erreicht wird, oder die Gegenstandslosigkeit von keiner Partei veranlasst wurde.

5.2 Vorliegend verursachte der Beklagte die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens, indem er dem Kläger mit Schreiben vom 25. März 2010 sowie mit solchem vom 22. April 2010 die von diesem verlangten Buchhaltungsunterlagen der inzwischen gelöschten C._____ AG übergab (Urk. 6/16; Urk. 6/19; Urk. 6/23). Mit Erfüllung des klägerischen Begehrens gab der Beklagte die Opposition gegen das Gesuch des Klägers auf und anerkannte in konkludenter Art und Weise den geltend gemachten Herausgabeanspruch des Klägers gegen ihn. Allerdings erschiene vorliegend die Kostenaufgabe zulasten des Beklagten mit Blick auf die unbestritten gebliebene Tatsache, dass sich der Kläger bis nach Einleitung des Prozesses weigerte, dem Beklagten die Originalvollmacht vorzulegen, als unbillig, weshalb im Weiteren zu prüfen ist, wer das vorliegende Verfahren überwiegend veranlasst hat.

5.3.1 In der Sache unbestritten geblieben ist, dass der Kläger um den Jahreswechsel 2007/2008 in F._____ inhaftiert gewesen ist (Urk. 16/4/2). Der Kläger führte gegen diese Behauptung lediglich an, dass diese infolge Verspätung unbeachtlich sei (Urk. 18 S. 3), was – wie unter Ziffer 3.1 erwähnt – nicht zutrifft. Weiter unbestritten geblieben ist, dass der Kläger in Sachen C._____ AG nicht vom klägerischen Rechtsvertreter, sondern von Rechtsanwalt Z._____ vertreten worden war. Aus den Akten ergibt sich, dass die entsprechenden Anweisungen an

den Beklagten in der laufenden Liquidation der C._____ AG über Rechtsanwalt Z._____ und nicht über den heutigen klägerischen Rechtsvertreter erfolgten (Urk. 16/4/1-2).

5.3.2 Der klägerische Rechtsvertreter gelangte erstmals im April 2008 mit dem Ersuchen um Herausgabe der Buchhaltungsunterlagen der C._____ AG an den Beklagten (Urk. 6/4/5). Mit E-Mail vom 9. Juni 2008 verlangte der klägerische Rechtsvertreter erneut Einsicht in die Buchhaltung, worauf der Beklagte diesem gegenüber festhielt, dass die Buchhaltungsunterlagen nicht öffentlich seien und eine entsprechende Vollmacht seitens des Klägers fehle (Urk. 6/12/2-3). In seiner E-Mail-Antwort desselben Tages bestätigte der klägerische Rechtsvertreter denn auch selber, keine solche zu besitzen, indem er ausführte, er werde eine solche vom Kläger organisieren und diese in der Folge zustellen (Urk. 6/12/3). Wie aus der E-Mail-Korrespondenz vom 29. Juni 2009 ersichtlich ist, lag dem Beklagten über ein Jahr später noch immer keine Vollmacht seitens des Klägers vor – weder in Kopie noch im Original –, welche den klägerischen Rechtsvertreter als solchen zum Einverlangen der Buchhaltungsunterlagen legitimierte. Dies ist vom Kläger denn auch nicht bestritten worden (Urk. 6/12/4).

Aus der E-Mail-Korrespondenz zwischen dem Kläger und dem Beklagten vom 29. Juni 2009 geht weiter hervor, dass der Kläger dem Beklagten empfahl, sich mit Rechtsanwalt V._____ in Verbindung zu setzen; Rechtsanwalt V._____ habe bereits vor langer Zeit die Buchhaltungsunterlagen verlangt, doch habe der Beklagte auf diese Aufforderung bislang nicht reagiert. Hierauf erklärte der Beklagte dem Kläger gleichentags, dass nach wie vor keine gültige Vollmacht vorliege, welche ihn legitimiere, die Unterlagen an Rechtsanwalt V._____ herauszugeben und zeigte ihm damit an, dass er auf einer solchen bestand (Urk. 6/4/6-7).

Aus der E-Mail-Korrespondenz vom 29. Oktober 2009 ist weiter ersichtlich, dass der Beklagte den klägerischen Rechtsvertreter erneut auf dessen Anfrage nach den Unterlagen hin auf die fehlende gültige Vollmacht hinwies und ihm die Aktenherausgabe in Aussicht stellte, sobald eine solche vorliege (Urk. 6/12/6). Hierauf stellte der klägerische Rechtsvertreter gleichentags eine Kopie der Vollmacht in elektronischer Form zu (Urk. 6/12/7). In der Folge stellte der Beklagte die

Schlussrechnung über das von ihm als Verwaltungsrat der C._____ AG geführte Mandat mit dem Hinweis zu, die Unterlagen erst nach Begleichen der ausstehenden Kosten seitens des Klägers zuzustellen (Urk. 6/14/9; Urk. 6/12/7). Mit Schreiben vom 16. November 2009 verlangte der Beklagte auch vor dem Friedensrichter die Vorlage einer gültigen Vollmacht, indem er schriftlich ausführte, dass er sich nicht grundsätzlich weigere, die Akten herauszugeben, er aber nach wie vor keine Originalvollmacht erhalten habe (Urk. 6/4/10; Urk. 6/12/10). Nachdem die Vorinstanz mit Präsidialverfügung vom 10. März 2010 (Urk. 6/13) festhielt, dass eine rechtsgenügli­che Vollmacht seitens des Klägers vorliege, händigte der Beklagte dem klägerischen Rechtsvertreter die entsprechenden Unterlagen umgehend aus (Urk. 6/16/1; Urk. 6/19, Urk. 6/23).

5.3.3 Aus den E-Mails und dem Schreiben des Beklagten an den Friedensrichter ist ersichtlich, dass der Kläger sowie sein Rechtsvertreter davon unterrichtet gewesen waren, dass der Beklagte die Herausgabe der Buchhaltungsunterlagen von der Vorlage einer gültigen Vollmacht bzw. einer Originalvollmacht abhängig machte. Aus der Tatsache, dass der Beklagte sich zunächst für die elektronisch zustellte Vollmacht bedankte und hernach auf der Vorlage der Originalvollmacht bestand, lässt sich letztlich nichts zu Gunsten des Klägers ableiten. So datierte die Vollmacht des Klägers an den Beklagten erst vom 11. August 2009 (Urk. 6/11 S. 2; Urk. 6/3), was angesichts der Tatsache, dass der klägerische Rechtsvertreter zu diesem Zeitpunkt bereits seit eineinhalb Jahren die Herausgabe der Akten verlangte und bereits mit E-Mail vom 9. Juni 2008 versprochen hatte, eine Vollmacht zu besorgen, durchaus nachdenklich stimmen mag. Kommt hinzu, dass der Beklagte aufgrund des Schreibens des ehemals klägerischen Rechtsvertreters, Rechtsanwalt Z._____, vom 15. Februar 2008, durchaus Grund zu Misstrauen hatte: So geht aus diesem Schreiben hervor, dass Rechtsanwalt Z._____ den Kläger auf Anleitung von dessen Ehefrau lediglich über einen speziellen E-Mail-Account einer befreundeten Person zu kontaktieren hatte und ihm zugetragen worden war, dass sich der Kläger selber seit dem Dezember 2007 im Gefängnis befinden solle (Urk. 16/4/2). Ebenso geht aus diesem Schreiben hervor, dass sich der Kläger nach Ansicht seines damaligen Rechtsvertreters beim Deponieren der Bilanz der C._____ AG beim Konkursgericht allenfalls mit Ver-

antwortlichkeitsansprüchen und eventuell strafrechtlichen Konsequenzen konfrontiert sehen könnte. Damit ist durchaus nachvollziehbar, dass der Beklagte als Treuhänder auf der Vorlage einer Originalvollmacht bestand. Dies war denn auch sowohl dem Kläger als auch seinem Rechtsvertreter bekannt. Weiter kann aus der Behauptung, der Beklagte sei aufgefordert worden, die Unterlagen entweder an den klägerischen Rechtsvertreter oder den Kläger selber herauszugeben, wenig zu Gunsten des Klägers abgeleitet werden, stammte diese Aufforderung doch vom klägerischen Rechtsvertreter, dessen Vertretungsberechtigung und damit die Berechtigung, dem Beklagten Anweisungen zu erteilen, gerade zufolge der fehlenden Vollmacht zur Diskussion stand; insbesondere ist zu beachten, dass diese E-Mail vom 29. Juni 2009 datiert, damit zu einem Zeitpunkt verfasst worden war, an welchem gegenüber dem Beklagten noch gar keine Vollmacht – noch nicht einmal die in elektronischer Form – vorlag. Aus dem Einwand, die Vollmachtserteilung könne auch formlos erfolgen, lässt sich gegenüber einem Dritten und damit auch gegenüber dem Beklagten nichts ableiten. Schliesslich ist beachtlich, dass der Beklagte nach Bestätigung durch die Vorinstanz, dass eine gültige Vollmacht vorliege, die Unterlagen ohne Weiterungen herausgab. Dem Kläger aber wäre es damit ein Leichtes gewesen, die Einleitung des vorliegenden Verfahrens zu verhindern, indem er dem Beklagten eine entsprechende Vollmacht umgehend auf dessen Verlangen hin vorlegt hätte.

5.4.1 Zu berücksichtigen ist sodann, dass der Beklagte die Herausgabe der Unterlagen unter anderem verweigert hatte, weil er für das Zusammenstellen der Unterlagen – aufgrund der von ihm ins Feld geführten schlechten Zahlungsmoral des Klägers – einen Kostenvorschuss verlangte, was er sowohl gegenüber dem klägerischen Rechtsvertreter als auch gegenüber dem Friedensrichter so ausgeführt hatte. Weiter hatte der Beklagte ebenso darauf hingewiesen, dass der Kläger ihm noch Honorar schulde, welches er zu begleichen wünschte (Urk. 6/4/10 S. 2; Urk. 6/4/11-12; Urk. 6/12/5-8; Urk. 6/12/10 S. 2).

5.4.2 Entgegen der Ansicht des Beklagten war es diesem mit Blick auf Art. 82 OR verwehrt, die Herausgabe der Akten aufgrund von noch ausstehendem Honorar zu verweigern. Diese Leistungen stehen nicht im Austauschverhält-

nis, handelt es sich doch bei der Aktenherausgabepflicht lediglich um eine Nebenleistungspflicht, welche nicht auf die Hauptpflichten der Parteien ausgerichtet ist (BGE 122 IV 322 E. 3b). Ebenso wenig stand dem Beklagten ein obligatorisches Retentionsrecht an den Buchhaltungsunterlagen zu, da diese nicht verwertbar sind. Letzteres hat auch für den mit der Aktenherausgabe verbundenen Aufwand zu gelten. Zwar kann entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht telquel davon ausgegangen werden, dass der Beklagte auch nach Vorlage der Originalvollmacht die Unterlagen nicht ohne Weiterungen herausgegeben hätte; aufgrund der E-Mail-Kommunikation zwischen dem klägerischen Rechtsvertreter und dem Beklagten sowie dem Schreiben des Beklagten an den Friedensrichter ist eine dahingehende Vermutung jedoch nicht gänzlich von der Hand zu weisen. Damit aber rechtfertigt es sich auch nicht, dem Kläger allein die Kosten für das vorliegende Verfahren aufzuerlegen.

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Kostenaufgabe der Vorinstanz angemessen erscheint. Dies hat konsequenterweise auch für die Entschädigungsfolge zu gelten. Daher erweist sich der Rekurs des Klägers gegen den vorinstanzlichen Beschluss vom 6. Mai 2010 als unbegründet, soweit darauf einzutreten ist, und ist entsprechend abzuweisen. Demnach ist die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen.

III.

1. Im Rekursverfahren bestimmt sich der Streitwert nach den Anträgen im Rechtsmittelprozess (§ 13 Abs. 2 GerGebV, Frank/Streuli/Messmer, a.a.O., N 23 zu § 64 ZPO/ZH). Dieser ergibt sich vorliegend aus der Summe der hälftigen vorinstanzlichen Gerichtsgebühr (Fr. 600.– / 2 = Fr. 300.–) und der streitigen Prozessentschädigung für das erstinstanzliche Verfahren von Fr. 5'086.90, und beträgt damit Fr. 5'386.90. Dementsprechend ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 GerGebV vom 4. April 2007 auf Fr. 1'100.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind diese dem Kläger aufzuerlegen (§ 64 Abs. 1 ZPO/ZH).

2. Entsprechend ist der Kläger zu verpflichten, dem Beklagten eine Prozessentschädigung für das Rekursverfahren zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). In Anwendung von § 3 und § 12 AnwGebV vom 21. Juni 2006 ist die volle Prozessentschädigung auf Fr. 1'340.– festzusetzen. Unter Hinweis auf das Kreis Schreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2006 ist die Mehrwertsteuer nicht zuzusprechen, da sie im obergerichtlichen Verfahren nicht verlangt wurde (Urk. 14 S. 2).

Es wird beschlossen:

1. Der Rekurs des Klägers wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositivziffern 3 und 4) des Beschlusses der II. Abteilung des Bezirksgerichts Horgen vom 6. Mai 2010 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'100.–.
3. Die Kosten des Rekursverfahrens werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten für das Rekursverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'340.– (ohne Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die II. Abteilung des Bezirksgerichts Horgen, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. 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. 5'386.90.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Der Fristenlauf bestimmt sich nach Art. 44 ff. BGG.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Zürich, den 26. Juli 2011

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:

js