

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF110015-O/U

II. Zivilkammer

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter lic. iur. P. Hodel und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

Urteil vom 9. August 2011

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Kläger und Beschwerdegegner,

betreffend **Herausgabe**
(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (Audienz) des Bezirkes Zürich vom 17. März 2011 (ER110064)

Erwägungen:

1. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1. Mit Schreiben vom 24. Februar 2011 (Poststempel) beantragte der Kläger und Beschwerdegegner (nachfolgend Beschwerdegegner) vor der Vorinstanz die Herausgabe aller Dokumente und Unterlagen, die von seiner Kanzlei an Frau lic. iur. C. _____ in Z. _____ am 22. Februar 2011 adressiert, aber dem Beklagten und Beschwerdeführer (nachfolgend Beschwerdeführer) irrtümlich per Post zugesandt wurden, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdeführers (act. 1 Rz. 1 und 2). Die Herausgabe wurde als superprovisorische Massnahme beantragt (act. 1 Rz. 9).

1.2. Mit Schreiben vom 25. Februar 2011 teilte die Vorinstanz dem Beschwerdegegner mit, dass die Voraussetzungen für den Erlass einer superprovisorischen Massnahme auf Herausgabe der Dokumente nicht erfüllt seien und dem diesbezüglichen Antrag somit nicht stattgegeben werde (act. 3).

1.3. Am 2. März 2011 überbrachte der Beschwerdeführer der Vorinstanz diverse Unterlagen (act. 5). Am 3. März 2011 lud die Vorinstanz zur Verhandlung betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen (vorsorgliche Massnahmen) auf den 17. März 2011 vor (act. 7).

1.4. Mit Schreiben vom 14. März 2011 (Poststempel) reichte der Beschwerdeführer eine schriftliche Stellungnahme zum Gesuch des Beschwerdegegners ein (act. 11a und act. 11b) und beantragte:

- "1. Auf das Gesuch betreffend superprovisorische und provisorische Massnahmen des Klägers vom 24. Februar 2011 sei nicht einzutreten, eventualiter sei es abzuweisen;
2. Die Entschädigung für den Beklagten sei auf den Zivilweg zu verweisen, eventualiter unter Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers;

alles unter Kostenfolgen zulasten der Klägers."

1.5. Die Vorinstanz übergab dem Beschwerdegegner die vom Beschwerdeführer am 2. März 2011 überbrachten Unterlagen anlässlich der Verhandlung vom 17. März 2011. Da der Beschwerdegegner erklärte, damit sämtliche Unterlagen erhalten zu haben (act. 17a S. 2), schrieb die Vorinstanz das Verfahren mit Verfügung vom 17. März 2011 infolge Gegenstandslosigkeit als erledigt ab (act. 17a = act. 19). Sie auferlegte dem Beschwerdeführer eine Gerichtsgebühr von Fr. 850.– (Dispositiv-Ziff. 2) und verpflichtete ihn, dem Beschwerdegegner eine Parteientschädigung von Fr. 450.– zu bezahlen (Dispositiv-Ziff. 3).

1.6. Mit Schreiben vom 11. April 2011 (Poststempel) reichte der Beschwerdeführer gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 17. März 2011 rechtzeitig (Kosten-)Beschwerde ein (act. 17c und act. 20) und beantragte:

1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 17. März 2011 (ER110064-L) sei in Bezug auf Dispositiv Ziff. 2 und 3 aufzuheben;
2. Die Sache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen zwecks Wahrung der Rechte des Beschwerdeführers zu umfassender Stellungnahme und zur Beibringung von Noven;
3. Eventualiter seien die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens dem Beschwerdegegner aufzuerlegen, und er sei zu verpflichten, dem Beschwerdeführer für seine Umtriebe im vorinstanzlichen Verfahren eine angemessene Entschädigung zu bezahlen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners.

1.7. Mit Verfügung vom 30. Mai 2011 setzte die Präsidentin der II. Zivilkammer dem Beschwerdeführer eine Frist von 10 Tagen an, um einen Vorschuss für die Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 225.– zu leisten (act. 24). Der Beschwerdeführer leistete den Vorschuss innert Frist (act. 26).

1.8. Mit Verfügung vom 30. Juni 2011 wurde dem Beschwerdegegner eine Frist von 10 Tagen angesetzt, um die Beschwerde schriftlich im Doppel zu beantworten (act. 27). Mit Schreiben vom 7. Juli 2011 (Poststempel) reichte der Beschwerdegegner die Beschwerdeantwort innert Frist ein (act. 29) und beantragte sinngemäss Folgendes:

1. Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist;
2. Der Beklagte und Beschwerdeführer sei zu verpflichten, dem Beschwerdegegner eine Entschädigung von Fr. 2'000.– zu leisten;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers.

1.9. Dem Beschwerdeführer wurde die Beschwerdeantwort am 14. Juli 2011 zugestellt (act. 30). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Prozessuale Einwände

2.1. Der Beschwerdeführer bringt vor, die Vorinstanz habe Verfahrensrecht und im Besonderen das rechtliche Gehör verletzt (act. 20 Rz. 8 – 13). Die Verletzung von Verfahrensrecht kann im Rahmen der (Kosten-)Beschwerde als unrichtige Rechtsanwendung mit freier Kognition überprüft werden (vgl. ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 320 N. 3 f.).

2.2. a) Der Beschwerdeführer macht geltend, die vorinstanzliche Vorladung sei unklar und irreführend gewesen, weshalb sie "nichtig" sei. Die Vorladung habe als Betreff "Rechtsschutz in klaren Fällen (vorsorgliche Massnahmen)" enthalten. Der Vorladung sei entgegen Art. 133 lit. b und e ZPO nicht zu entnehmen gewesen, zu was überhaupt vorgeladen worden sei (zu vorsorglichen Massnahmen oder für das Hauptverfahren). Auch nach Studium der Akten habe der Beschwerdeführer sich kein richtiges Bild machen können, da nicht festgestanden habe, ob das Schreiben vom 24. Februar 2011 (richtigerweise vom 25. Februar 2011) bloss eine informelle Mitteilung oder bereits eine ablehnende Verfügung der superprovisorischen Massnahmen dargestellt habe. Die unklare und irreführende Vorladung habe zur Folge gehabt, dass der Beschwerdeführer irrtümlich angenommen habe, er werde sich später noch zur Hauptsache umfassend äussern und weitere Belege beibringen können. Aufgrund der "nichtigen" Vorladung seien auch die Gerichtsverhandlung und die gestützt darauf gefällte Verfügung "nichtig" (act. 20 Rz. 9).

b) Grundsätzlich führen Verfahrensmängel, die in der Verletzung des rechtlichen Gehörs liegen, nicht zur Nichtigkeit eines Entscheids, sondern vielmehr zu dessen Anfechtbarkeit, da Gehörsverletzungen in der Regel heilbar sind. Handelt es sich um einen besonders schwer wiegenden Verstoss gegen grundlegende Parteirechte, so können auch Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör Nichtigkeit des Entscheids zur Folge haben. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Betroffene vom Entscheid mangels Eröffnung gar nichts weiss bzw. wenn er gar keine Gelegenheit erhalten hat, an einem gegen ihn laufenden Verfahren teilzunehmen (vgl. BGer 5P.203/2003 vom 29. September 2003 E. 2.1 m.w.H.; vgl. auch BGE 102 III 133 E. 3). So führte in BGer 5P.203/2003 (E. 2.2) eine unzulässige öffentliche Vorladung zur Nichtigkeit eines Entscheids.

c) Es ist vorwegzunehmen, dass der Beschwerdeführer Kenntnis vom vorinstanzlichen Verfahren hatte, da ihm die Vorladung ordnungsgemäss zugestellt worden war (act. 7). Auch wenn die Vorladung nebst dem Betreff "Rechtsschutz in klaren Fällen" den Betreff "(vorsorgliche Massnahmen)" enthielt, musste dem Beschwerdeführer als Rechtsanwalt nach Einsicht in das Gesuch des Beschwerdegegners klar gewesen sein, dass keine vorsorglichen Massnahmen beantragt worden waren und dass solche beim Prozessgegenstand der Aktenherausgabe wenig Sinn gemacht hätten – der Beschwerdegegner hatte einzig eine Aktenherausgabe verlangt und eine vorsorgliche Aktenherausgabe wäre einer unzulässigen Vorwegnahme des Prozessergebnisses gleichgekommen. Mit Schreiben vom 25. Februar 2011 (act. 3) – das heisst noch vor der Vorladung zur Verhandlung – lehnte die Vorinstanz den superprovisorischen Antrag des Beschwerdegegners, welcher auf eine schnelle beziehungsweise sofortige Aktenherausgabe abzielte, ab. Inwiefern dies beim Beschwerdeführer zu einer Unklarheit über die Vorladung führte, ist nicht nachvollziehbar; dem Beschwerdeführer dürfte der Unterschied zwischen superprovisorischen und vorsorglichen Massnahmen bekannt sein. Davon abgesehen wusste der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der eigenen Aktenherausgabe, welche ebenfalls noch vor der Verhandlung stattfand, dass die Vorinstanz das Verfahren erledigen und keine weitere Verhandlung durchführen würde, sofern die Aktenherausgabe vom Beschwerdegeg-

ner als vollständig bezeichnet werden würde. Darauf wurde der Beschwerdeführer sogar noch ausdrücklich hingewiesen (vgl. Aktennotiz vom 17. März 2011, act. 14). In Anbetracht dieser Aktennotiz erscheint das Argument des Beschwerdeführers, er habe irrtümlich angenommen, er werde sich später noch zur Hauptsache umfassend äussern und weitere Belege beibringen können (act. 20 Rz. 9), als vorgeschoben.

d) Im Sinne der dargelegten Erwägungen lag keine unklare Vorladung vor. Davon abgesehen hätte die vom Beschwerdeführer behauptete Unklarheit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht zur Nichtigkeit des vorinstanzlichen Entscheides geführt.

2.3. a) Der Beschwerdeführer bringt vor, die Auffassung der Vorinstanz, wonach der Beschwerdeführer zur mündlichen Verhandlung vorgeladen worden sei und es daher nicht in seinem Belieben gestanden habe, sich schriftlich zu äussern, verstosse in mehrfacher Hinsicht gegen Verfahrensrecht (act. 20 Rz. 8). Die Säumnisfolge für die beklagte Partei in der Vorladung sei so zu verstehen gewesen, dass auch aufgrund von "Akten" und somit schriftlichen Eingaben einer Partei hätte entschieden werden können. Es sei unzutreffend, dass bei Vorladung zu einer mündlichen Verhandlung das Einreichen schriftlicher Stellungnahmen unzulässig sei (act. 20 Rz 10 und Rz. 11).

b) Die Vorinstanz lud die Parteien zur Verhandlung auf den 17. März 2011 betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen (vorsorgliche Massnahmen) vor (act. 7). Die Säumnisandrohung für den Beschwerdeführer lautete wie folgt: "Die **beklagte Partei** wird aufgefordert, persönlich zur **Verhandlung** zu erscheinen oder sich durch eine berechtigte Person mit schriftlicher Vollmacht vertreten zu lassen. Bei Säumnis entscheidet das Gericht aufgrund der Akten." Strittig ist, welche Rechtsfolgen die Säumnis des Beschwerdeführers an der mündlichen Verhandlung vom 17. März 2011 zeitigte. Die Vorinstanz vertrat in ihrer Begründung die Auffassung, die schriftlich vorgebrachten Einwendungen des Beschwerdeführers seien unbehelflich, da er zur mündlichen Verhandlung vorgeladen worden sei und es daher nicht in seinem Belieben gestanden habe, sich schriftlich zu äussern

(act. 19 S. 3). Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, diese Auffassung verletze Verfahrensrecht (act. 20 Rz. 8).

c) Im summarischen Verfahren gibt das Gericht der Gegenpartei Gelegenheit, mündlich oder schriftlich Stellung zu nehmen (Art. 253 ZPO). Ob das Verfahren schriftlich oder mündlich durchgeführt wird, liegt im richterlichen Ermessen (Botschaft ZPO vom 28. Juni 2006 7221 ff., 7351; vgl. KUKO ZPO- Jent-Sørensen, Art. 253 N. 6). Das Gericht befindet mit einer prozessleitenden Verfügung über die Art der Stellungnahme (Martin Kaufmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 253 N. 13 mit Hinweis auf den Expertenbericht zu Art. 262 VE-ZPO; ZK ZPO-Chevalier, Art. 253 N. 1). Die Vorinstanz entschied sich für eine mündliche Verhandlung und somit für eine mündliche Stellungnahme, indem sie auf den 17. März 2011 vorlud (vgl. ZK ZPO-Chevalier, Art. 253 N. 13).

d) Fraglich ist, ob die schriftliche Stellungnahme des Beschwerdeführers, welche trotz Vorladung für eine mündliche Verhandlung eingereicht wurde, von der Vorinstanz zu beachten war oder nicht. In der Literatur findet sich bei Martin Kaufmann eine Auseinandersetzung mit diesem Thema; er führt mögliche Argumente *für* und *gegen* eine Aufnahme einer unaufgefordert eingereichten schriftlichen Stellungnahme in den Akten auf. Gemäss Kaufmann spricht *gegen* eine Aufnahme die Tatsache, dass eine straffe Verfahrensordnung häufig am schnellsten zur Erledigung des Verfahrens führe, da die schriftliche Stellungnahme regelmässig ihrerseits wieder die Absicht des Gesuchstellers wecke, eine schriftliche Replik einzureichen usw. *Für* eine Aufnahme spreche das überwiegende Argument, dass das Ziel des Rechtsfriedens nicht zu erreichen sei, wenn die Verfahrensbeteiligten sich ungehört fühlten. Eine unaufgefordert eingereichte schriftliche Stellungnahme wäre dann der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zuzustellen und zu den Akten zu nehmen (Martin Kaufmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 253 N. 15). Es ist Kaufmann – wenn auch nicht in der Begründung, so aber doch im Ergebnis – zuzustimmen. Die Wahrung des rechtlichen Gehörs des Gesuchsgegners ist über das "Wahlrecht" des Gerichts zu stellen, zumal die Wahrung des rechtlichen Gehörs ohne Prozessverzögerung zu bewerkstelligen ist. Die schriftliche Stellungnahme ist zu den Akten zu nehmen. Es drängt sich aber auf,

dem Gesuchsteller die schriftliche Stellungnahme des Gesuchsgegners grundsätzlich erst anlässlich der mündlichen Verhandlung zur Einsichtnahme vorzulegen. Nur im Falle einer umfangreichen Stellungnahme ist es angezeigt, dem Gesuchsteller die schriftliche Stellungnahme vorgängig zur Verhandlung zuzustellen mit dem Vermerk, dass ihm anlässlich der Verhandlung Gelegenheit gegeben werde, sich zu äussern. Auf diese Weise kann das Gericht seine gewählte Verfahrensform beibehalten und darüber hinaus dem Sinn und Zweck der Säumnisfolgen, nämlich der Vermeidung einer Prozessverschleppung, gerecht werden: Die Säumnis darf den Prozess nicht zu Lasten der präsenten Partei verzögern (Botschaft ZPO vom 28. Juni 2006 7221 ff., 7309). Ausserdem wird der Präklusivwirkung der Säumnis (vgl. ZK ZPO-Staehelin, Art. 147 N. 7; Barbara Merz, DIKE-Komm-ZPO, Art. 147 N. 2) Rechnung getragen. Erscheint der Gesuchsgegner nicht zur Verhandlung, ist er säumig und mit der Prozesshandlung, welche er am fraglichen Termin hätte vornehmen sollen, grundsätzlich ausgeschlossen und kann diese nicht nachholen. Die säumige Partei geht der Vorteile verlustig, die sie aus der rechtzeitigen Vornahme der Prozesshandlung hätte ziehen können (KUKO ZPO-Hoffmann-Nowotny, Art. 147 N. 7). Dies bedeutet, ihr wird keine Gelegenheit mehr geboten, sich zu äussern.

e) Eine korrekte Säumnisandrohung ist Voraussetzung dafür, dass die Säumnisfolgen überhaupt eintreten können (vgl. ZK ZPO-Staehelin, Art. 147 N. 10; KUKO ZPO-Hoffmann-Nowotny, Art. 147 N. 10). Die Säumnisandrohung der Vorinstanz gegenüber dem Beschwerdeführer, wonach das Gericht bei Säumnis der beklagten Partei aufgrund der Akten entscheidet (act. 7), ist nicht zu beanstanden. Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer nicht an der mündlichen Verhandlung vom 17. März 2011 teilgenommen hat (act. 20) und somit die angedrohten Säumnisfolgen eingetreten sind. Die Vorinstanz hatte demnach aufgrund der Akten zu entscheiden, wobei die Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 14. März 2011 (act. 11b) als Teil der Akten zu berücksichtigen war.

2.4. a) Der Beschwerdeführer bringt vor, die Vorinstanz habe sein rechtliches Gehör verletzt, indem sie seine Eingabe als unbehelflich erklärt habe. Eine Heilung der Gehörsverletzung sei auch nicht dadurch erfolgt, dass die Vorinstanz

der Vollständigkeit halber "kurz" auf die Vorbringen des Beschwerdeführers eingegangen sei (act. 20 Rz 12).

b) Der in Art. 29 Abs. 2 BV enthaltene Anspruch auf rechtliches Gehör gibt einem Betroffenen als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht das Recht, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheides zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Grundsatz verlangt weiter, dass die Gerichte die rechtserheblichen Vorbringen der Parteien anhören und bei der Entscheidfindung berücksichtigen (vgl. BGE 124 V 180 E. 1a m.w.H.). Die Begründung muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist hingegen, dass sich der Entscheid mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (vgl. BGE 133 III 439 E. 3.3 m.w.H.).

c) Trotz ihrer Auffassung, es habe nicht im Belieben des Beschwerdeführers gestanden, sich schriftlich zu äussern, ging die Vorinstanz in ihrem Entscheid auf die schriftliche Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 14. März 2011 ein und würdigte die rechtserheblichen Vorbringen des Beschwerdeführers bei der Kosten- und Entschädigungsregelung (act. 19 S. 3 f.). Dass die rechtliche Würdigung nicht zugunsten des Beschwerdeführers ausfiel, stellt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Beschwerdeführers dar; auf die rechtliche Würdigung ist im Rahmen der materiellen Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheids einzugehen. Die Heilung einer Gehörsverletzung erübrigt sich (act. 20 Rz. 13) und mit ihr auch eine Rückweisung an die Vorinstanz. Der Antrag Nr. 2 des Beschwerdeführers ist abzuweisen.

2.5. Der Beschwerdegegner stellt sich die Frage, ob die Ergreifung der Beschwerde nicht der blossen Verzögerung und Verteuerung des Verfahrens diene und daher als mutwillig bezeichnet werden müsse (act. 29 Rz. 8). Der Beschwer-

degegner führt jedoch nicht aus, was ihn konkret zu dieser Annahme veranlasst, und es bestehen keinerlei Anhaltspunkte für eine mutwillige Prozessführung.

3. Materielle Einwände

3.1. a) Der Beschwerdeführer beantragt (Eventualantrag), die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens seien dem Beschwerdegegner aufzuerlegen und dieser sei zu verpflichten, dem Beschwerdeführer für seine Umtriebe im vorinstanzlichen Verfahren eine angemessene Entschädigung zu bezahlen (act. 20 S. 2). Der Beschwerdeführer bringt vor, die Annahme der Vorinstanz, der Beschwerdegegner hätte mutmasslich obsiegt, beruhe auf einer Verletzung von Art. 257 ZPO. Es habe schon zu Beginn an einem Rechtsschutzinteresse gefehlt und die Vorinstanz hätte einen Nichteintretensentscheid fällen müssen. Während der Beschwerdegegner in seinem Gesuch sinngemäss behauptet habe, der Beschwerdeführer verweigere die Herausgabe der Akten, habe sich dessen Bereitschaft zur Übergabe gegen Quittung schon aus act. 2/2 ergeben. Es könne keine Rede davon sein, dass die Voraussetzungen von Art. 257 ZPO erfüllt gewesen seien und dass das Gesuch hätte gutgeheissen werden müssen (act. 20 Rz. 17). Die Annahme der Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe das Verfahren veranlasst, sei mit act. 2/2 nicht vereinbar und beruhe auf einer einseitigen, unhaltbaren Beweiswürdigung. Es ergebe sich aus den Akten, dass er von Anfang an, unmittelbar nach Eingang der fraglichen Akten bereit gewesen sei, diese herauszugeben, und dass es ihm nur darum gegangen sei, dies gegen Ausstellung eines Empfangsscheins zu tun. Er habe dem Beschwerdegegner mit E-Mail vom 23. Februar 2011 umgehend den Eingang des für Frau Rechtsanwältin C. _____ bestimmten Briefes angezeigt und darauf hingewiesen, der Beschwerdegegner könne die Akten in seiner Kanzlei persönlich gegen Quittung abholen (act. 2/2). Diese E-Mail belege klar, dass er von Anfang an bereit gewesen sei, Akten herauszugeben. Der Hinweis der Vorinstanz auf Art. 936 ZGB sei daher verfehlt. Dass der Beschwerdeführer die Akten nur gegen detaillierten Empfangsschein, unterzeichnet durch eine identifizierbare Person, habe herausgeben wollen, sei legitim. Die angefochtene Verfügung sei wegen offensichtlich unrichtiger Feststellung des Sachverhalts im Sinne von Art. 320 lit. b ZPO aufzuheben (act. 20

Rz. 14). Der Beschwerdeführer habe einen Anspruch auf Ausstellung einer Quittung gemäss Art. 88 Abs. 1 OR gehabt. Da der Beschwerdeführer schon in seiner ersten E-Mail (act. 2/2) und auch danach immer seine Bereitschaft bekundet habe, die Akten gegen Quittung herauszugeben, beruhe die Auffassung der Vorinstanz, der Beschwerdegegner habe mutmasslich obsiegt, nicht nur auf offensichtlich unrichtiger Sachverhaltsfeststellung, sondern verstosse überdies gegen Art. 88 Abs. 1 OR. Der Beschwerdeführer habe sich gezwungen gesehen, die einzelnen Aktenstücke auf einem Empfangsschein aufzulisten. Dies sei zwecks Beweissicherung notwendig gewesen. Die Kenntnis der Identität der abholenden Person sei auch geboten gewesen zur Vermeidung der Gefahr, die Akten an eine unbefugte Person herauszugeben und dadurch das Anwaltsgeheimnis zu verletzen (act. 20 Rz. 15). Der Beschwerdegegner habe es unterlassen, das Kommen der zum Abholen der Akten beauftragten Person frühzeitig genug anzukündigen, um es dem Beschwerdeführer zu ermöglichen, selbst im Büro anwesend zu sein und den Empfangsschein vorzubereiten, der nicht nur die einzelnen Aktenstücke, sondern auch die Personalien der abholenden Person habe enthalten müssen (act. 20 Rz. 16).

b) Der Beschwerdegegner bringt vor, der Beschwerdeführer habe sich beharrlich geweigert, die Akten herauszugeben. Es mache sich strafbar, wer die sofortige Herausgabe von Akten von einer Zahlung für offene Honorarforderungen abhängig mache, obwohl Prozessfristen liefen und die Akten zur Weiterführung hängiger Gerichtsverfahren dringend benötigt würden. Sämtliche Offerten des Beschwerdegegners, die Akten in seiner Anwaltskanzlei persönlich abholen zu lassen, seien vom Beschwerdeführer unbeachtet geblieben (act. 29 Rz. 19). Der Beschwerdeführer hätte vom Beschwerdegegner ohne weiteres eine Quittung erhalten, wenn er die Akten überhaupt herausgegeben hätte. Der Beschwerdeführer lege nicht dar, inwiefern der Beschwerdegegner sich diesem Ansinnen widersetzt haben soll. Es sei der Beschwerdeführer allein gewesen, der durch obstruktives Verhalten und missbräuchliche und formalistisch überhöhte Anforderungen den Herausgabeanspruch des Beschwerdegegners vereitelt habe, bis diesem nichts anderes übrig geblieben sei, als den Klageweg zu beschreiten. Der Beschwerdeführer habe durch sein Vorgehen verunmöglicht, dass sich der Bote des

Beschwerdegegners überhaupt habe identifizieren können (act. 29 Rz. 20). Der Beschwerdeführer habe die Klage durch die Hinterlegung der Akten beim Gericht anerkannt und die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens seien ihm infolge Klageanerkennung gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO aufzuerlegen (act. 29 Rz. 9, 18, 26).

3.2. a) Der Hinweis des Beschwerdegegners, es mache sich strafbar, wer die sofortige Herausgabe von Akten von einer Zahlung für offene Honorarforderungen abhängig mache (vgl. act. 29 Rz. 19), läuft in diesem Verfahren ins Leere. Dieser Hinweis betrifft ein anderes bei der II. Zivilkammer parallel anhängig gemachtes Verfahren und ist deshalb nicht zu beachten.

b) Von einer Klageanerkennung des Beschwerdeführers kann nicht ausgegangen werden, denn es fehlt bereits an den Formvorschriften für eine Klageanerkennung (Art. 241 Abs. 1 ZPO; vgl. ZK ZPO-Leumann Liebster, ZPO 241 N. 12 und Markus Kriech, DIKE-Komm-ZPO, Art. 241 N. 9). Dem Beschwerdeführer sind somit die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens nicht infolge Klageanerkennung gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO aufzuerlegen.

3.3. a) Die Frage des Rechtsschutzinteresses bestimmt sich nach dem materiellen Recht (ZK ZPO-Zürcher, Art. 59 N. 12) und kann daher im Rahmen des Beschwerdeverfahrens mit voller Kognition überprüft werden (Art. 320 lit. a ZPO). Bei Leistungsklagen geht es um die Durchsetzung von (vermeintlichen) Ansprüchen des materiellen Rechts, worunter auch die Herausgabe von Sachen fällt (vgl. ZK ZPO-Zürcher, Art. 59 N. 13). Das Gericht prüft die Prozessvoraussetzungen, mitunter auch das Rechtsschutzinteresse, von Amtes wegen und hat dabei nur das ihm vorliegende Material zu prüfen (vgl. Boris Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 59 N. 16).

b) Der E-Mail des Beschwerdeführers vom 23. Februar 2011 ist zu entnehmen, dass er dem Beschwerdegegner die fälschlicherweise zugewandene Briefsendung anzeigte und diesem anbot, dieselbe gegen Quittung in seiner Kanzlei abzuholen. Er wies darauf hin, dass sich eine Drittperson, welche mit der Abholung beauftragt würde, auszuweisen hätte (act. 2/2). Mit E-Mail vom 24. Februar 2011 reagierte der Beschwerdegegner auf die Anzeige des Be-

schwerdeführers und schrieb: "Ich bedanke mich für Ihre Mitteilung: Briefsendung die irrtümlich an Ihre Adresse gelandet ist. Mein Mitarbeiter Herr D. _____ ist bereits unterwegs um das Kuvert abzuholen" (act. 2/3).

c) Nicht zu beanstanden ist, dass der Beschwerdeführer den Erhalt der irrtümlich an ihn gesandten Briefsendung anzeigte. Dies war gemäss Art. 12 lit. a BGFA auch angezeigt. Eine Verpflichtung, diese Briefsendung auf eigene Kosten per Post zurückzusenden, bestand weder obligationenrechtlich noch sachenrechtlich und lässt sich auch aus Art. 12 lit. a BGFA nicht ableiten (vgl. Walter Fellmann in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Aufl. 2011, Art. 12 BGFA N 48 ff.). Vielmehr handelt es sich um eine Frage der Kollegialität unter den Rechtsanwälten, ob ein Anwalt in einem solchen Fall die Akten per Post zurückschickt oder eine persönliche Aktenherausgabe gegen Empfangsbestätigung verlangt. In seiner schriftlichen Stellungnahme an die Vorinstanz wies der Beschwerdeführer darauf hin, dass zwischen den Parteien zumindest seit circa November 2010 Streit bestanden habe. Aufgrund der Umstände des Versands sei erstellt, dass der Beschwerdegegner dem Beschwerdeführer absichtlich die Akten zugeschickt habe. Von einem "Irrläufer" könne keine Rede sein (act. 11b Rz. 3). Unabhängig davon, ob der Beschwerdegegner dem Beschwerdeführer die Akten absichtlich zugestellt hatte oder nicht, war aus der Korrespondenz der Parteien ersichtlich, dass zwischen ihnen ein belastetes Verhältnis bestand. Umso mehr war es gerechtfertigt, bei der Aktenherausgabe zur Beweissicherung eine Empfangsbestätigung für die herauszugebenden Akten zu verlangen, insbesondere auch deshalb, weil eine grössere Anzahl von Akten betroffen war (29 an der Zahl; vgl. act. 5).

d) Es durfte auch eine terminliche Absprache der Aktenherausgabe verlangt werden. Es ergibt sich aus den Akten, dass der Beschwerdegegner mit dem Beschwerdeführer keinen Termin für die Aktenherausgabe vereinbarte, sondern dem Beschwerdeführer per E-Mail mitteilte, sein Mitarbeiter sei bereits unterwegs, um die Briefsendung abzuholen (act. 2/3). In der Folge scheiterte die Aktenherausgabe. Die Behauptungen des Beschwerdegegners, der Beschwerdeführer habe sich beharrlich geweigert, die Akten herauszugeben und es seien sämtli-

che Offerten des Beschwerdegegners, die Akten in der Anwaltskanzlei des Beschwerdegegners abholen zu lassen, von diesem unbeachtet geblieben (act. 29 Rz. 19), erscheinen als unglaublich: Denn noch am selben Tag (24. Februar 2011) als der erste Versuch der Aktenherausgabe scheiterte (act. 2/3), leitete der Beschwerdegegner das vorinstanzliche Verfahren ein (act. 1). Bevor der Beschwerdegegner nicht versucht hatte, einen Termin für eine Aktenherausgabe zu vereinbaren, bestand kein Rechtsschutzinteresse an einer gerichtlichen Klage. Die Vorinstanz hätte das Verfahren demzufolge durch Nichteintreten erledigen müssen. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen.

e) In Abänderung der Dispositivziffern 2 und 3 der vorinstanzlichen Verfügung vom 17. März 2011 sind die Gerichtskosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen, und er ist zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 450.– für das vorinstanzliche Verfahren zu leisten. Es bleibt anzumerken, dass der Beschwerdeführer, in Verkennung seiner eigenen vorinstanzlichen Anträge, im Beschwerdeverfahren gar keinen neuen Antrag auf Zusprechung einer angemessenen Parteientschädigung für seine Umtriebe im vorinstanzlichen Verfahren stellte (act. 20 Rz. 19). Bereits vor Vorinstanz stellte der Beschwerdeführer den Eventualantrag auf Zusprechung einer Prozessentschädigung (act. 11b S. 2 und Rz. 17). Es liegt somit keine unzulässige Antragsänderung vor (vgl. act. 29 Rz. 27).

4. Kosten- und Entschädigungsfolge

4.1. Der Streitwert im Beschwerdeverfahren richtet sich danach, was vor der Rechtsmittelinstanz noch im Streit liegt (§ 12 Abs. 2 GebV OG). Der Beschwerdeführer focht die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolge an. Ihm wurde mit Verfügung vom 17. März 2011 von der Vorinstanz eine Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 850.– (Dispositivziffer 2) auferlegt. Ausserdem wurde er verpflichtet, dem Beschwerdegegner eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 450.– (Dispositivziffer 3) zu bezahlen. Ferner hatte er im Eventualantrag eine Entschädigung für das vorinstanzliche Verfahren verlangt (vgl. act. 11b S. 2 und Rz. 17), welche ebenfalls auf Fr. 450.– festzusetzen gewesen wäre (§§ 2 Abs. 1

lit. a, 4 Abs. 1 und 9 AnwGebV). Insgesamt unterlag der Beschwerdeführer im Umfang von Fr. 1'750.–, woraus sich auch der Streitwert ergibt.

4.2. Bei einem Streitwert von Fr. 1'750.– ist die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren auf Fr. 225.– festzusetzen (§§ 12 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1 und 8 Abs. 1 GebV OG). Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen und aus dem vom Beschwerdeführer geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Der Beschwerdegegner ist zu verpflichten, dem Beschwerdeführer den geleisteten Vorschuss von Fr. 225.– zu ersetzen.

4.3. a) Der Beschwerdegegner ist zu verpflichten, dem Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren eine Umtriebsentschädigung zu bezahlen (Art. 95 Abs. 3 ZPO). Die Parteientschädigung wird im Kanton Zürich nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) vom 8. September 2010 festgesetzt. Gemäss § 2 Abs. 1 lit. a der AnwGebV bildet im Zivilprozess der Streitwert beziehungsweise der Interessewert Grundlage für die Festsetzung der Gebühr. Beim in Frage stehenden Streitwert von Fr. 1'750.– beträgt die Parteientschädigung Fr. 200.– (§§ 13 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1 und 9 AnwGebV).

b) Der Beschwerdeführer weist darauf hin, dass er und seine Rechtsvertreterin mehrwertsteuerpflichtig sind (act. 20 Rz. 6). Hiergegen opponiert der Beschwerdegegner nicht (act. 29). Dem Beschwerdeführer ist deshalb eine Prozessentschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer zuzusprechen (vgl. Kreisreiben des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2006). Der Beschwerdegegner ist somit zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 200.– zuzüglich Mehrwertsteuer zu bezahlen (§§ 13 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1 und 9 AnwGebV).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositivziffern 2 und 3 der vorinstanzlichen Verfügung vom 17. März 2011 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
"2. Die Gerichtsgebühr von Fr. 850.– wird der klagenden Partei auferlegt."
"3. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteientschädigung von Fr. 450.– zu bezahlen."
2. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 225.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren werden dem Beschwerdegegner auferlegt und aus dem vom Beschwerdeführer geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer den geleisteten Vorschuss von Fr. 225.– zu ersetzen.
4. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 200.– 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. 1'750.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Muraro-Sigalas

versandt am: