

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF110032-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

Urteil vom 13. September 2011

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____,

Kläger und Beschwerdegegner,

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

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes Audienz des Bezirkes Zürich vom 5. Juli 2011 (ER110117)

Erwägungen:

1. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1. Mit Schreiben vom 7. April 2011 (Poststempel) beantragte der Kläger und Beschwerdegegner (nachfolgend Beschwerdegegner) vor der Vorinstanz die Herausgabe von Dokumenten und Unterlagen, welche er dem Beklagten und Beschwerdeführer (nachfolgend Beschwerdeführer) als seinem Rechtsvertreter in diversen Verfahren übergeben hatte (act. 1 S. 2). Mit Schreiben vom 16. April 2011 (Poststempel) beantragte der Beschwerdeführer, der Beschwerdegegner habe für das Verfahren eine Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung zu leisten (act. 5 S. 3 ff.), woraufhin die Vorinstanz dem Beschwerdegegner Frist ansetzte, um zur Sicherheitsleistung Stellung zu nehmen (act. 10a). Mit Schreiben vom 10. Mai 2011 (Poststempel) nahm der Beschwerdegegner zum Gesuch auf Sicherheitsleistung Stellung und beantragte, das Gesuch sei abzuweisen (act. 13 S. 3). Mit Verfügung vom 20. Mai 2011 setzte die Vorinstanz dem Beschwerdegegner eine Frist von 7 Tagen an, um einerseits für die Spruchgebühr einen Barvorschuss von Fr. 800.– und andererseits für die Parteientschädigung eine Sicherheit von Fr. 600.– zu leisten (act. 15a).

1.2. Der Beschwerdegegner leistete den Barvorschuss sowie die Sicherheitsleistung in der erforderlichen Höhe am 26. Mai 2011 (act. 17a und act. 17b). Mit Verfügung vom 5. Juli 2011 setzte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer eine Frist von 7 Tagen an, um schriftlich zum Herausgabebegehren Stellung zu nehmen. Sie erwog dabei, dass die Beträge für den Kostenvorschuss und die Sicherheitsleistung rechtzeitig geleistet worden seien (act. 22a). Mit Verfügung vom 18. Juli 2011 gewährte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer eine letztmalige Fristerstreckung für die Stellungnahme bis am 3. August 2011 (act. 26).

1.3. Mit Eingabe vom 18. Juli 2011 (Poststempel) reichte der Beschwerdeführer gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 5. Juli 2011 rechtzeitig Beschwerde ein mit folgendem Rechtsbegehren (act. 32 und act. 22b):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich im Verfahren ER110117-L vom 5. Juli 2011 sei aufzuheben;

2. Dieser Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen;
3. Es sei festzustellen, dass die Sicherheitsleistung für die Parteienschädigung nicht fristgemäss bezahlt wurde und es sei dementsprechend auf die Klage nicht einzutreten, eventualiter sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und subeventualiter sei die Vorinstanz zu verhalten, ein Protokoll über das Verfahren anzulegen;

alles unter Kosten- und unter Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners."

1.4. Mit Verfügung vom 29. Juli 2011 erteilte die Präsidentin der II. Zivilkammer der Beschwerde die aufschiebende Wirkung und setzte dem Beschwerdeführer eine Frist von 10 Tagen an, um für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 600.– zu leisten (act. 34). Der Beschwerdeführer leistete den Kostenvorschuss rechtzeitig (act. 39).

1.5. Mit Verfügung vom 12. August 2011 wurde dem Beschwerdegegner eine Frist von 10 Tagen angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (act. 40). Der Beschwerdegegner reichte seine Beschwerdeantwort am 24. August 2011 (Poststempel) rechtzeitig ein mit den folgenden Anträgen (act. 42):

- "1. Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist;
2. Der Beklagte und Beschwerdeführer sei zu verpflichten, mir eine Entschädigung von 1.000.- Fr. zu leisten;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers;"

1.6. Die Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer am 1. September 2011 (act. 45) zugestellt. Mit Schreiben vom 5. September 2011 (Poststempel) nahm der Beschwerdeführer Stellung zur Beschwerdeantwort und reichte diverse Unterlagen ein (act. 46 und act. 47/1-4). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Prozessuales

2.1. Der Beschwerdeführer ficht die Verfügung der Vorinstanz vom 5. Juli 2011 an, mit welcher er aufgefordert wird, zum Gesuch der klagenden Partei Stellung zu nehmen. Hierbei handelt es sich um eine prozessleitende Verfügung, welche nur angefochten werden kann, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Es liegt im Ermessen des Gerichts zu entscheiden, ob ein solcher Nachteil droht oder nicht. Es können nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche Nachteile geltend gemacht werden (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 319 N. 13 ff.). Es ist anzumerken, dass die unzähligen materiellen Vorbringen der Parteien zum Aktenherausgabeanspruch als solchen unbeachtlich sind.

2.2. Der Beschwerdeführer macht sinngemäss geltend, er würde im Falle des Obsiegens eine Parteientschädigung erhalten, welche aus Geld stamme, das mit hoher Wahrscheinlichkeit kriminell kontaminiert sei (act. 32 Rz. 4). Der Lohn des Beschwerdegegners sei gepfändet worden, was der Verfügung der Vorinstanz vom 20. Mai 2011 zu entnehmen sei (act. 32 Rz. 8). Diese Lohnpfändung bedeute, dass der Beschwerdegegner auf dem Existenzminimum lebe, weshalb davon auszugehen sei, dass dieser "schwarze Kassen" führe. Es müsse untersucht werden, ob der Beschwerdegegner dem Betreibungsamt ausländisches Einkommen und Vermögen angegeben habe (act. 32 Rz. 13). Der Beschwerdegegner müsse das ganze in- und ausländische Einkommen und Vermögen gegenüber dem Betreibungsamt offenlegen. Tue er dies nicht, begehe er Betrug und ein Urkundendelikt (act. 32 Rz. 18). Der Beschwerdeführer sei einem unangemessenen Risiko ausgesetzt, allenfalls kriminell kontaminierte Gelder als Parteientschädigung entgegennehmen zu müssen, die in Verletzung von Art. 169 StGB der Vorinstanz zu Handen des Beschwerdeführers bezahlt würden (act. 32 Rz. 16). Er riskiere, das Geld wieder an das Betreibungsamt zurückerstatten zu müssen (act. 32 Rz. 19). Die Verfügung des Bezirksgerichts vom 5. Juli 2011 sei deshalb aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung nicht fristgemäss bezahlt worden sei, und es sei dementsprechend auf die Klage nicht einzutreten (act. 32 S. 2).

2.3. Es ist unbestritten, dass der Beschwerdegegner sowohl in C. _____ (Stadt in E. _____) als auch in D. _____ ein Anwaltsbüro führt; er ist in der Anwaltsliste des Kantons Zürich gemäss Art. 28 BGFA eingetragen (vgl. auch http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/-obergericht/Aufsichtskommission/Anwaltsliste_BGFA28.pdf). Ob der Beschwerdegegner einen Wohnsitz in der Schweiz hat, ist aus den Eingaben der Parteien an die Rechtsmittelinstanz und den vorinstanzlichen Akten nicht ersichtlich. Im Falle eines Wohnsitzes in der Schweiz verfügt der Beschwerdegegner über einen *ordentlichen* Betreuungsort in der Schweiz gemäss Art. 46 SchKG. Andernfalls verfügt er aufgrund seines Anwaltsbüros in D. _____ zumindest über einen *ausserordentlichen* Betreuungsort in der Schweiz, – den Betreuungsort am Sitz der Geschäftsniederlassung –, wobei gilt, dass der Betriebene nur für die auf Rechnung der Geschäftsniederlassung eingegangenen Verbindlichkeiten betrieben werden kann (Art. 50 SchKG; vgl. BSK SchKG I- Schmid, Art. 50 N. 1 ff.). Im einen wie im anderen Fall darf der schweizerische Staat seine hoheitlichen Akte nicht in einem anderen Staat durchsetzen (vgl. BSK SchKG I- Acocella, Art. 38 N. 34). Dies bedeutet, dass die Einkommenspfändung des Betreibungsamtes kein Einkommen des Beschwerdegegners aus seiner Anwaltstätigkeit in E. _____ (Land in Europa) umfassen konnte bzw. kann. Auch können keine sonstigen Vermögenswerte des Beschwerdegegners in E. _____ von der Pfändung in der Schweiz betroffen sein. Aus dem Betreibungsregisterauszug über eine Lohnpfändung von circa Fr. 130'000.– in der Schweiz kann deshalb nicht geschlossen werden, der Beschwerdegegner lebe auf dem Existenzminimum und führe "schwarze Kassen", weil er während der Zeit des Lohnpfändungsvollzugs Rechnungen bezahlte. Es muss angenommen werden, dass der Beschwerdegegner in E. _____ Einkommen erzielt und dort über Vermögenswerte verfügt. Solange diese nicht gepfändet sind – was weder behauptet noch belegt wurde –, kann der Beschwerdegegner über allfälliges Einkommen und allfällige Vermögenswerte in E. _____ verfügen. Das Verfügungsverbot (Art. 96 SchKG), dessen Zuwiderhandlung strafrechtlich sanktioniert wird (Art. 169 StBG), betrifft nur diejenigen Vermögenswerte, welche amtlich gepfändet sind. Da keine Pfändung von sämtlichen Vermögenswerten des Beschwerdegegners anzunehmen ist, besteht auch kein Anlass, von

einer strafrechtlichen Handlung des Beschwerdegegners und damit von einer "kriminellen Kontamination" der als Sicherheit geleisteten Gelder auszugehen.

2.4. Es trifft zu, dass der Schuldner verpflichtet ist, anlässlich einer Pfändung umfassend über sein Vermögen Auskunft zu geben. Diese Auskunftspflicht umfasst auch im Ausland erzielte Einkünfte oder gelegene Vermögenswerte (vgl. BSK SchKG I-Lebrecht, Art. 91 N. 9 f.). Der im Ausland wohnhafte Schuldner ist ebenfalls strafbar, wenn er die Auskunftspflicht verletzt (vgl. BSK SchKG I-Lebrecht, Art. 91 N. 16). Träfe es also zu, dass der Beschwerdegegner dem Betreibungsamt Einkünfte oder Vermögenswerte in E. _____ verschwiegen hätte, kämen die Straftatbestände der Art. 163 Ziff. 1 StGB und Art. 323 Ziff. 2 SchKG zum Tragen. Doch selbst wenn diese Straftatbestände erfüllt wären, würde dies nicht zu einer "kriminellen Kontamination" der Gelder führen. Darüber hinaus könnte, wenn die Einkünfte und Vermögenswerte in E. _____ rechtshilfweise gepfändet würden (sofern dies in Frage käme, was hier nicht zu prüfen ist), eine vom Beschwerdegegner an den Beschwerdeführer als Prozessentschädigung bezahlte Geldsumme nicht zurückgefordert bzw. der Zwangsvollstreckung zugeführt werden. Es ist nur eine Anfechtung von Rechtshandlungen nach den Art. 286–288 SchKG vorgesehen. Eine Schenkungsanfechtung gemäss Art. 286 SchKG ist ausgeschlossen, weil eine Prozessentschädigung in Erfüllung einer Schuldpflicht geleistet wird. Eine Überschuldungsanfechtung im Sinne von Art. 287 SchKG kommt nicht in Frage, weil es sich bei der Zahlung einer Prozessentschädigung bereits im Zeitpunkt der Sicherstellung um eine fällige Schuld handelt, welche – im vorliegenden Fall – durch ein übliches Zahlungsmittel geleistet wurde. Eine Absichtsanfechtung gemäss Art. 288 SchKG ist äusserst unwahrscheinlich. Eine solche würde voraussetzen, dass der Beschwerdegegner bereits zu einem Zeitpunkt, da er noch davon hätte ausgehen dürfen, dass seine vermeintlich verheimlichten Vermögenswerte unentdeckt blieben, eine Schädigungsabsicht gehabt hätte. Konkret bedeutete dies, dass das vorinstanzliche Verfahren vom Beschwerdegegner nur eingeleitet (und benutzt) wurde, um Prozesskosten zu bezahlen und damit seine Gläubiger zu schädigen. Davon ist nicht auszugehen, da der Beschwerdegegner in diesem Fall darauf hätte bedacht sein müssen, einen

Prozess mit möglichst hohem Streitwert anzustreben, was er aber nicht getan hat. Dergleichen bringt der Beschwerdeführer auch nicht vor.

2.5. Der Beschwerdeführer macht die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz geltend. Die Vorinstanz habe den Eingaben des Beschwerdegegners zur Auferlegung einer Sicherheitsleistung entsprochen, das rechtliche Gehör zum Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Verfügung nicht gewährt und die materielle Beantwortung der Klage verlangt, obwohl dies unmöglich sei, weil der Beschwerdeführer nicht vom Anwaltsgeheimnis entbunden worden sei (vgl. act. 32 S. 7 ff.). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist zu verneinen, da die Vorinstanz dem Antrag des Beschwerdeführers auf Auferlegung einer Sicherheitsleistung entsprach (act. 15a), das Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Verfügung des Beschwerdegegners abwies und zur Beantwortung des materiellen Herausgabeanspruchs keine Entbindung vom Anwaltsgeheimnis notwendig ist.

Davon abgesehen hat der Beschwerdeführer den Herausgabeanspruch des Beschwerdegegners bejaht. Es kann ihm also nur noch darum gehen, von der Vorinstanz keine Prozesskosten auferlegt zu erhalten, wenn das Verfahren durch Herausgabe der Akten gegenstandslos wird (vgl. die vorangegangenen Verfahren der Parteien bezüglich Aktenherausgabe: PF110014 und PF110015). Gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO kann das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn das Verfahren als gegenstandslos beschrieben wird und das Gesetz nichts anderes vorsieht. Bei der Auferlegung der Prozesskosten ist zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die dazu geführt haben, dass das Verfahren gegenstandslos geworden ist (Botschaft ZPO vom 28. Juni 2006 7221 ff., 7297). In den Verfahren PF110014 und PF110015 stellte die II. Zivilkammer überwiegend darauf ab, wer das vorinstanzliche Verfahren veranlasst hatte. Mit der Entbindung vom Anwaltsgeheimnis kann der Beschwerdeführer nur das Ziel verfolgen, die Hintergründe zu schildern, welche ihn dazu bewogen, eine Aktenherausgabe gegen Empfangsschein zu verlangen, und somit

darzulegen, dass der Beschwerdegegner die Einleitung des vorinstanzlichen Verfahrens veranlasste. Es kann festgehalten werden, dass nach der Einleitung der beiden vorangegangenen Verfahren (PF110014 und PF110015) kaum daran gezweifelt werden kann, dass das Verhältnis zwischen den Parteien derart getrübt war, dass sich eine Aktenherausgabe gegen Empfangsschein rechtfertigte (vgl. PF110014 E. 3.3/d). Ob damit auch dargetan ist, dass der Beschwerdegegner das vorinstanzliche Verfahren veranlasste, ist von der Vorinstanz zu prüfen, wobei weitere Umstände zu berücksichtigen sind (vgl. PF110014 E. 3.3/d ff.). Gemäss diesen Darlegungen war bzw. ist keine Entbindung vom Anwaltsgeheimnis notwendig. Es liegt auch hier keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

2.6. Im Sinne der Erwägungen erwächst dem Beschwerdeführer aus der vorinstanzlichen Verfügung kein nicht wieder gutzumachender Nachteil. Die Sicherheitsleistung wurde ausserdem rechtzeitig bezahlt. Die Anträge des Beschwerdeführers auf Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung und auf Feststellung, die Sicherheitsleistung sei nicht fristgemäss bezahlt worden, sind somit abzuweisen.

3. Protokoll

Der Beschwerdeführer beantragt subeventualiter, die Vorinstanz sei zu verhalten, ein Protokoll über das Verfahren anzulegen (act. 32 S. 2). Es gilt, dass das Gericht über jede Verhandlung Protokoll führen muss (Art. 235 Abs. 1 ZPO). Eine Verhandlung fand vor der Vorinstanz allerdings bisher nicht statt. Eine allgemeine Vorschrift über die Protokollierung jedes einzelnen Verfahrensschrittes gibt es nicht, auch wenn dies möglicherweise nicht einsichtig ist (vgl. KUKO ZPO-Nägeli, Art. 235 N. 3). Der Antrag des Beschwerdeführers ist deshalb abzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolge

4.1. Die Gerichtsgebühr richtet sich nach dem Streitwert, welcher durch das Rechtsbegehren bestimmt wird (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Da der Beschwerdeführer kein beziffertes Rechtsbegehren stellte, forderte die Vorinstanz ihn dazu auf, den Streitwert zu beziffern (act. 10a). Der Beschwerdeführer unterliess dies, da er da-

von ausging, es handle sich um keinen vermögensrechtlichen Anspruch (act. 11 S. 3), was jedoch nicht zutrifft (vgl. BGer 5D_65/2008 vom 18. August 2008 E. 1.2). In Ausübung ihres Ermessens ging die Vorinstanz in der Folge von einem Streitwert unter Fr. 10'000.– aus (act. 15a). Dagegen opponierten die Parteien nicht, weshalb der Streitwert auf unter Fr. 10'000.– festzusetzen ist.

4.2. In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit den §§ 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1 und 8 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 600.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

4.3. Dem Beschwerdegegner ist gemäss § 13 Abs. 1 und Abs. 4 i.V.m. § 4 Abs. 1 und § 9 AnwGebV eine Parteientschädigung von Fr. 200.– zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 600.– festgesetzt.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 200.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 46, sowie – unter Rücksendung der vorinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich (Einzelgericht Audienz), 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 Be-

schwerde 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 liegt unter Fr. 10'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Muraro-Sigalas

versandt am: