

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PF110014-O/U

## II. Zivilkammer

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter 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

1. B.\_\_\_\_\_,

2. C.\_\_\_\_\_,

Kläger und Beschwerdegegner,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **Herausgabe**

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes Audienz des Bezirkes Zürich vom 17. März 2011 (ER110063)

**Erwägungen:**

1. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1. Mit Schreiben vom 23. Februar 2011 (Poststempel) beantragten die Kläger und Beschwerdegegner (nachfolgend Beschwerdegegner) vor der Vorinstanz die Herausgabe aller Dokumente und Unterlagen, die dem Beklagten und Beschwerdeführer (nachfolgend Beschwerdeführer) im Rahmen der Nachlassangelegenheit gegen Frau D. \_\_\_\_\_ von den Beschwerdegegnern und deren Rechtsvertreter übergeben worden waren; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers (act. 1 S. 2). Die Herausgabe wurde als superprovisorische Massnahme beantragt (act. 1 S. 5).

1.2. Mit Schreiben vom 24. Februar 2011 teilte die Vorinstanz den Beschwerdegegnern mit, dass die Voraussetzungen für den Erlass einer superprovisorischen Massnahme auf Herausgabe von Dokumenten nicht erfüllt seien und dem diesbezüglichen Antrag somit nicht stattgegeben werde (act. 4).

1.3. Am 3. März 2011 lud die Vorinstanz zur Verhandlung betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen / vorsorgliche Massnahmen auf den 17. März 2011 vor (act. 6).

1.4. Am 14. März 2011 überbrachte der Beschwerdeführer der Vorinstanz diverse Unterlagen (act. 9). Mit Schreiben vom 14. März 2011 (Eingang bei der Vorinstanz am 15. März 2011) reichte der Beschwerdeführer eine schriftliche Stellungnahme zum Gesuch der Beschwerdegegner ein (act. 11) und beantragte:

- "1. Auf das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen sei nicht einzutreten, eventualiter sei es abzuweisen;
2. Die Kläger seien zu verhalten, den Beklagten vom Anwaltsgeheimnis zu entbinden;
3. Dem Beklagten sei die Vorladung auf Donnerstag, 17. März 2011, 13:45 Uhr abzunehmen und es sei ein neuer Verhandlungstermin nach der Entbindung vom Anwaltsgeheimnis anzusetzen;
4. Die Kläger seien zu verpflichten die Verfahrenskosten zu tragen, die Entschädigungsfolgen seien auf den Zivilweg zu verweisen, eventualiter alles unter Entschädigungsfolgen zulasten der Kläger."

1.5. Die Vorinstanz übergab den Beschwerdegegnern die vom Beschwerdeführer am 14. März 2011 überbrachten Unterlagen anlässlich der Verhandlung vom 17. März 2011. Da die Beschwerdegegner erklärten, damit sämtliche Unterlagen erhalten zu haben (act. 19 S. 2 f.), schrieb die Vorinstanz das Verfahren mit Verfügung vom 17. März 2011 infolge Gegenstandslosigkeit als erledigt ab (act. 19 Dispositiv-Ziff. 1). Sie auferlegte dem Beschwerdeführer eine Gerichtsgebühr von Fr. 1'200.– (Dispositiv-Ziff. 2) und verpflichtete ihn, den Beschwerdegegnern eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– 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 (ER110063-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 den Beschwerdegegnern aufzuerlegen und sie seien zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine angemessene Entschädigung für Umtriebe im vorinstanzlichen Verfahren zuzusprechen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegner."

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. 350.– zu leisten (act. 24). Der Beschwerdeführer leistete den Vorschuss innert Frist (act. 26).

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

1. Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist;
2. Der Beschwerdeführer sei zu verpflichten, den Beschwerdegegnern je 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. 7 – 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 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. 6). 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 der Beschwerdegegner klar gewesen sein, dass keine vorsorglichen Massnahmen beantragt worden waren und dass solche beim Prozessgegenstand der Aktenherausgabe wenig Sinn gemacht hätten – die Beschwerdegegner hatten einzig eine Aktenherausgabe verlangt und eine vorsorgliche Aktenherausgabe wäre einer unzulässigen Vorwegnahme des Prozessergebnisses gleichgekommen. Mit Schreiben vom 24. Februar 2011 (act. 4) – das heisst noch vor der Vorladung zur Verhandlung – lehnte die Vorinstanz den superprovisorischen Antrag der Beschwerde-

gegner, 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 von den Beschwerdegegnern 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. 6). Die Säumnisandrohung für den Beschwerdeführer lautete wie folgt: "Die **beklagte Partei** wird aufgefordert, persönlich zur **Verhandlung** zu erscheinen oder sich durch eine berechnigte 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 f.). 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 zuzu-

stellen 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. 6), 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 auf-



grund der Akten zu entscheiden, wobei die Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 14. März 2011 (act. 11) 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 Entscheidungsfindung 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.). Die Vorinstanz ging, entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers, auch auf sein Argument ein, er sei zu einer Herausgabe der Akten bereit gewesen, jedoch nicht zu einer Zusendung an die Beschwerdegegner (act. 20 Rz. 14 und 15), und würdigte diesen Einwand als vorgeschoben (act. 19 S. 4). Dass diese 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. Die Beschwerdegegner stellen sich die Frage, ob die Ergreifung der Beschwerde nicht der blossen Verzögerung und Verteuerung des Verfahrens zu Lasten der Beschwerdegegner diene und daher als mutwillig bezeichnet werden müsse (act. 29 Rz. 8). Die Beschwerdegegner führen jedoch nicht aus, was sie konkret zu dieser Annahme veranlasst, und es bestehen keinerlei Anhaltspunkte für eine mutwillige Prozessführung.

### 3. Materielle Einwände

3.1. a) Der Beschwerdeführer beantragt, die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 der vorinstanzlichen Verfügung seien aufzuheben (Antrag Nr. 1) und die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens seien den Beschwerdegegnern aufzuerlegen und sie seien zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine angemessene Entschädigung für die Umtriebe im vorinstanzlichen Verfahren zuzusprechen (Antrag Nr. 3; act. 20 S. 2).

b) 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 abgeschrieben 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). Das Abwägen des mutmasslichen Obsiegens und Unterliegens ergeht aufgrund einer summarischen Prüfung gestützt auf die Akten und ohne Durchführung eines Beweisverfahrens (KUKO ZPO-Schmid, Art. 107 N. 9 m.w.H.).

3.2. a) Der Beschwerdeführer bringt vor, die Annahme der Vorinstanz, die Beschwerdegegner hätten mutmasslich obsiegt, beruhe auf einer Verletzung von Art. 257 ZPO. Die Vorinstanz hätte bereits aufgrund der Akten feststellen können, dass kein Rechtsschutzinteresse bestanden habe, und sie hätte einen Nichteintretensentscheid fällen müssen. 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. 16; vgl. auch Rz. 17).

b) 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). Der E-Mail des Beschwerdeführers vom 15. Februar 2011 – welche die Beschwerdegegner der Vorinstanz als Beilage zu ihrem Gesuch eingereicht hatten (act. 3/14) –, war zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer nicht im Sinn hatte, die Akten herauszugeben ("Um in einem allfälligen Prozess das Gericht dokumentieren zu können, benötige ich Kopien oder Originale der Unterlagen, die mir Herr Dr. Y.\_\_\_\_\_ übermitteln liess. Wir haben ein Honorar nach Stundenansatz vereinbart. Die Aufwendungen, die Sie nach Mandatsbeendigung verursachen, sind honorarpflichtig. Ich bitte Sie daher, mir Fr. 2000.-- als Kostenvorschuss auf mein Konto bei der [...] zu übermitteln. Auftragsrechtlich ist Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ gehalten, vollständige Akten zu führen. Er sollte daher über alle Unterlagen verfügen, die er mir übermittelt haben will"). Ein Rechtsschutzinteresse der Beschwerdegegner bestand demnach solange, als ihnen – vor allem in Anbetracht der vor der Vorinstanz geltend gemachten Dringlichkeit wegen eines in Z.\_\_\_\_\_ eingeleiteten Prozesses (act. 1 S. 5) – die Akten noch nicht übergeben worden waren. Erst nach der Vorladung für die Verhandlung reichten die Beschwerdegegner weitere Unterlagen ein, aus welchen ersichtlich war, dass der Beschwerdeführer eine persönliche Herausgabe der Akten angebo-

ten hatte (act. 8/1 und act. 8/5). Dieses Angebot stellte allerdings noch keine tatsächliche Herausgabe dar, und es wäre möglicherweise einer Rechtsverweigerung durch die Vorinstanz gleichgekommen, wenn sie zu diesem Zeitpunkt von einem fehlenden Rechtsschutzinteresse ausgegangen und auf die Klage nicht eingetreten wäre. Denn es durfte in Frage gestellt werden, dass der Beschwerdeführer das Angebot zur Aktenherausgabe auch in die Tat umsetzen würde, nachdem er den Versand der Akten von einem Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'000.– abhängig gemacht hatte. Erst als festgestellt werden konnte, dass die Akten vollständig übergeben worden waren (act. 19 S. 4 f.), entfiel somit das Rechtsschutzinteresse.

c) Die Aktenherausgabepflicht als solche wurde vom Beschwerdeführer nicht bestritten. Dass die Vorinstanz von einem mutmasslichen Obsiegen der Beschwerdegegner ausging, ist somit nicht zu beanstanden. Es kann allerdings nicht von einer Klageanerkennung des Beschwerdeführers ausgegangen werden, wie dies die Beschwerdegegner behaupten (act. 29 Rz. 9 und 21), 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 (act. 29 Rz. 21 und 29). Die Kostenverteilung richtet sich nach Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO zufolge Abschreibung des Verfahrens. Im vorliegenden Fall steht für die Verteilung der Kosten nicht das Kriterium im Vordergrund, welche Partei mutmasslich obsiegte, sondern das Kriterium, welche Partei das Verfahren veranlasste.

3.3. a) Der Beschwerdeführer bringt vor, es treffe nicht zu, dass er sich geweigert habe, die Akten ohne Leistung eines Kostenvorschusses herauszugeben. Die Beschwerdegegner hätten aber ausdrücklich die *Zusendung* der Akten verlangt. Mit E-Mail-Schreiben vom 25. Februar 2011 habe der Beschwerdeführer klargestellt, dass er sich immer bereit erklärt habe, Akten auszuhändigen und dass die Akten gegen Ausstellung eines Empfangsscheins abgeholt werden könnten, dass jedoch kein Rechtsanspruch auf Versand der Akten bestehe, da die Be-

schwerdegegner ihn nicht hätten honorieren wollen. Da die angefochtene Verfügung entscheidend auf diese Annahme abstelle, sei sie wegen offensichtlicher unrichtiger Feststellung des Sachverhaltes im Sinne von Art. 320 lit. b ZPO aufzuheben (act. 20 Rz. 14). Der Herausgabeanspruch der Beschwerdegegner sei vom Beschwerdeführer nie bestritten worden; er sei nur nicht bereit gewesen, Akten zuzustellen, was ihm weitere Kosten verursacht hätte. Zudem habe er gewährleisten wollen, die Akten gegen Ausstellung eines detaillierten Empfangsscheines an die Beschwerdegegner persönlich oder eine von ihnen bevollmächtigte Person aushändigen zu können (act. 20 Rz. 15). Der Gehilfe der Beschwerdegegner sei ohne Voranmeldung in der Kanzlei des Beschwerdeführers erschienen, um die Akten abzuholen. Der Beschwerdeführer sei persönlich nicht anwesend gewesen, weshalb seine Sekretärin keine Akten herausgeben können und dürfen. Der Gehilfe habe sich nicht durch Ausweis legitimieren können und ein Entwurf des Empfangsscheins habe der Sekretärin nicht vorgelegen. Der Anspruch des Beschwerdeführers auf geordnete Herausgabe gegen Quittung habe nicht gewährleistet werden können. Die Beschwerdegegner hätten es unterlassen, das Kommen der zum Abholen der Akten beauftragten Person frühzeitig genug anzukündigen. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt einseitig gewürdigt (act. 20 Rz. 16).

b) Die Beschwerdegegner bringen vor, der Beschwerdeführer habe sich vor Einreichung der Klage beharrlich geweigert, die Akten herauszugeben. Die vom Beschwerdeführer neu geschilderten Bedingungen entsprächen in keiner Weise den Tatsachen. Sämtliche Offerten des Rechtsvertreters der Beschwerdegegner, die Akten in der Anwaltskanzlei des Beschwerdeführers persönlich abzuholen, seien unbeachtet geblieben (act. 29 Rz. 22). Es sei der Beschwerdeführer gewesen, der durch obstruktives Verhalten und missbräuchliche und formalistisch überhöhte Anforderungen den Herausgabeanspruch der Beschwerdegegner vereitelt habe, bis diesen nichts mehr übrig geblieben sei, als den Klageweg zu beschreiten. Der Beschwerdeführer habe durch sein Vorgehen verunmöglicht, dass sich der Bote des Rechtsvertreters der Beschwerdegegner überhaupt habe identifizieren können – soweit nicht schon der Anspruch, sich zu identifizieren, gegen die kollegialen Gepflogenheiten sowie Treu und Glauben verstosse (act. 29 Rz. 23). Der Beschwerdeführer habe die Akten erst unter dem Druck der Klage

herausgegeben, weshalb seine Ausführungen betreffend Art. 88 Abs. 1 OR unbeachtlich seien (act. 29 Rz. 24). Er habe die Möglichkeit gehabt, die nicht sonderlich umfangreichen Akten in einem eingeschriebenen Brief an den Anwalt der Beschwerdegegner zu senden. Dies sei ein Gebot der Kollegialität gewesen (act. 29 Rz. 25). Die nachträglichen Beteuerungen, den Herausgabeanspruch von Beginn an anerkannt zu haben, stehe im krassen Widerspruch zum tatsächlichen Verhalten des Beschwerdeführers (act. 29 Rz. 27).

c) Es ist zu prüfen, ob die Vorinstanz ihr Ermessen bei der Auferlegung der Prozesskosten willkürlich anwandte, indem sie aufgrund einer offensichtlich unrichtigen Feststellung des Sachverhaltes davon ausging, der Beschwerdeführer habe das vorinstanzliche Verfahren veranlasst. Einer freien Überprüfung unterliegt die Rechtsauffassung der Vorinstanz, welche bei der Würdigung des Sachverhaltes zum Tragen kam.

d) Bei der Aktenherausgabe handelt es sich um eine vertragliche (Neben-)Pflicht des Beauftragten gemäss Art. 400 Abs. 1 OR (vgl. BSK OR-Weber, Art. 400 N. 3). Der Anwalt ist nach abgeschlossenem Mandat allerdings nicht nur zivil-, sondern auch standesrechtlich zur Aktenrückgabe verpflichtet, und er darf die Herausgabe der Akten nicht von der Bezahlung seiner Rechnung abhängig machen, sondern ist verpflichtet, die Akten vollständig und voraussetzungslos zur Verfügung zu halten (vgl. Walter Fellmann in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Aufl. 2011, Art. 12 BGFA N 33 ff.; LGVE 2000 I Nr. 46; vgl. auch BGE 122 IV 322). Dass der Anwalt die Akten in jedem Fall per Post herauszugeben hat, kann nicht verlangt werden. Eine Ausnahme rechtfertigt sich vor allem dann, wenn sich der Anwalt davor schützen will, dass ihm Unvollständigkeit der Aktenherausgabe vorgeworfen werden könnte. In solchen Fällen darf der Anwalt die persönliche Inempfangnahme gegen Bescheinigung der Vollständigkeit verlangen (vgl. LGVE 2000 I Nr. 46 mit Verweis auf LGVE 1989 I Nr. 28). Der Beschwerdeführer wies in seiner Stellungnahme vom 14. März 2011 denn auch darauf hin, es habe sich besonders im vorliegenden Fall aufgedrängt, die Akten gegen detaillierten Empfangsschein herauszugeben. Er dürfe den

Grund dafür jedoch wegen fehlender Entbindung vom Anwaltsgeheimnis nicht erläutern (act. 11 S. 5).

e) Es trifft zu, dass die Beschwerdegegner den Beschwerdeführer nicht vom Anwaltsgeheimnis entbinden wollten (act. 12/2) und es diesem somit verwehrt war, sich über das Verhältnis zu den Beschwerdegegnern und somit über die Hintergründe beziehungsweise die Vorgeschichte der Aktenherausgabe zu äussern. Es kann deshalb auch nicht abschliessend beurteilt werden, ob es gerechtfertigt war, eine persönliche Inempfangnahme der Akten gegen Bescheinigung der Vollständigkeit zu verlangen. Angesichts der Anzahl der herauszugebenden Akten (54 an der Zahl; vgl. act. 9) erscheint es nicht als vollkommen ungerechtfertigt, dass der Beschwerdeführer anstelle einer Postversendung eine persönliche Inempfangnahme verlangte. Allerdings wies der Beschwerdeführer in seiner E-Mail vom 15. Februar 2011 noch nicht darauf hin, dass er eine persönliche Inempfangnahme der Akten bevorzuge, sondern machte darauf aufmerksam, dass die Aufwendungen, die nach Mandatsbeendigung verursacht würden, honorarpflichtig seien. Er bat die Beschwerdegegner, ihm in diesem Zusammenhang Fr. 2'000.– als Kostenvorschuss zu überweisen (act. 3/14). In seiner E-Mail vom 18. Februar 2011 (act. 8/1 S. 1 f.) schrieb der Beschwerdeführer ferner: "Ich bin für meine Bemühungen nicht gedeckt, weshalb ich Ihnen ohne Kostenvorschuss in genannter Höhe gewiss keine Akten schicke, wie Sie verlangen." Es ist festzuhalten, dass es nicht zulässig war, die Versendung der Akten von einem Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'000.– abhängig zu machen. Der Beschwerdeführer hätte, wenn überhaupt, die Versendung der Akten nur von den effektiven Kosten des Versands abhängig machen dürfen (vgl. zu § 12 Abs. 3 des ausser Kraft getretenen Anwaltsgesetzes des Kantons Zürich vom 3. Juli 1938: Giovanni Andrea Testa, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, Zürich 2001, S. 180). Durch sein anfängliches Verhalten verzögerte der Beschwerdeführer die Aktenherausgabe, welche grundsätzlich innert einer Frist von circa zehn Tagen zu erfolgen gehabt hätte (Walter Fellmann in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Aufl. 2011, Art. 12 BGFA N 33). Ausserdem förderte er die verfahrenre Situation zwischen ihm und den Be-

schwerdegegnern, was letztlich dazu beitrug, dass das vorinstanzliche Verfahren eingeleitet wurde.

f) Obwohl der Beschwerdeführer den Aktenversand von einer unzulässigen Bedingung abhängig machte, bot er den Beschwerdegegnern in seiner E-Mail vom 18. Februar 2011 dann aber doch an, die Akten persönlich herauszugeben: "Ich habe Empfangsscheine redigieren lassen und benötige den Namen und die Adresse der Person, welche die Akten abholt, um die abholende Person auf den Empfangsscheinen zu vermerken. Sollten Sie sich zur Aktenabholung nicht persönlich entschliessen können, so benötige ich Vollmachten, die die abholende Person zum Empfang und zur Unterzeichnung des/der Empfangsschein(e) legitimiert. Diese Person hat sich diesfalls mittels Photo-Ausweis zu legitimieren. Ich gebe die Akten nur heraus, nachdem der/die Empfangsschein(e) rechtsgültig unterzeichnet ist (sind) und vom Ausweis eine Photokopie erstellt ist. Der Termin für die Aktenherausgabe ist abzusprechen. Ich gehe davon aus, dass Sie definitiv auf die Aktenherausgabe verzichten, sollten die Akten nicht bis Ende Februar 2011 abgeholt sein. Am Montag, 21. Februar 2011 ist unsere Kanzlei geschlossen." Eine Gleichsetzung mit dem in BGE 122 IV 322 geschilderten Fall, wo die Aktenherausgabe generell und in jeglicher Form von einer Akontozahlung für offene Honorarforderungen abhängig gemacht wurde, war deshalb nicht zulässig; der Beschwerdeführer machte lediglich den Versand der Akten von einer Akontozahlung abhängig. Die Vorinstanz berücksichtigte infolge dieser Gleichsetzung auch nicht, weshalb die Aktenherausgabe vor Anhängigmachung des Verfahrens schliesslich scheiterte. Sie ging nicht auf die E-Mail des Beschwerdeführers vom 24. Februar 2011 (act. 8/3) ein. Dieser E-Mail lässt sich entnehmen, dass in der Kanzlei des Beschwerdeführers eine Person unangemeldet erschien und die Herausgabe der Akten verlangte (act. 8/3). Dass sich der Bote, welcher die Akten beim Beschwerdeführer abzuholen versuchte, auszuweisen hatte (vgl. act. 8/3, act. 20 Rz. 15), war – entgegen der Ansicht der Beschwerdegegner (act. 29 Rz. 23) – rechtens, allerdings nebenrangig, da der Termin für die Aktenherausgabe nicht mit dem Beschwerdeführer abgesprochen worden war und die Aktenherausgabe bereits daran scheiterte. Wenn die Beschwerdegegner schon nicht bereit waren, den Beschwerdeführer von seinem Anwaltsgeheimnis zu entbinden



(vgl. act. 12/2) – damit dieser in der Lage war, die Hintergründe zu schildern, welche ihn dazu veranlassten, eine Aktenherausgabe gegen Empfangsschein zu verlangen –, so müssen sie sich nun entgegenhalten lassen, dass eine Aktenherausgabe gegen Empfangsschein möglicherweise gerechtfertigt war. Diesfalls durfte der Beschwerdeführer auch verlangen, dass der Termin für die Aktenherausgabe vorgängig mit ihm abgesprochen wurde. Er war dafür im Gegenzug verpflichtet, für eine raschmögliche Übergabe Hand zu bieten. Eine vorgängige Terminabsprache scheint es jedoch nie gegeben zu haben. Die Beschwerdegegner behaupten zwar, sämtliche Offerten des Rechtsvertreters der Beschwerdegegner, die Akten persönlich abzuholen, seien vom Beschwerdeführer unbeachtet geblieben (act. 29 Rz. 22). Wann und unter welchen Umständen diese Offerten unbeachtet geblieben sein sollen, legen sie jedoch nicht dar, sondern verweisen einzig auf die erste E-Mail des Beschwerdeführers vom 15. Februar 2011 (vgl. den Auszug aus der E-Mail in der vorstehenden Ziff. 3.2.b; act. 3/14). Eine rechtzeitige terminliche Absprache konnte nicht glaubhaft gemacht werden. Die Beschwerdegegner haben demnach ebenfalls ihren Beitrag dazu geleistet, dass die Aktenherausgabe am 23. Februar 2011 scheiterte.

g) In summarischer Prüfung der geschilderten Sachlage erscheint es nicht gerechtfertigt davon auszugehen, einzig der Beschwerdeführer habe das vorinstanzliche Verfahren verursacht. Es rechtfertigt sich, bei dieser Sachlage von einer von beiden Parteien je hälftig zu tragenden Verantwortung für die Verursachung des vorinstanzlichen Verfahrens auszugehen. Die Abweisung des superprovisorischen Antrags der Beschwerdegegner durch die Vorinstanz ist bei der Verteilung der Gerichtskosten vernachlässigbar (vgl. Einwand des Beschwerdeführers in act. 20 Rz. 17). In Abänderung der Dispositivziffern 2 und 3 der vorinstanzlichen Verfügung vom 17. März 2011 sind die Gerichtskosten den Parteien je hälftig aufzuerlegen, und es ist darauf zu verzichten, den Parteien Prozessschädigungen für das vorinstanzliche Verfahren zuzusprechen. Die Beschwerde ist somit teilweise gutzuheissen.

h) Es bleibt anzumerken, dass der Beschwerdeführer, in Verkennung seiner eigenen vorinstanzlichen Anträge, im Beschwerdeverfahren gar kei-

nen neuen Antrag auf Zusprechung einer angemessenen Parteientschädigung für seine Umtriebe im vorinstanzlichen Verfahren stellte (act. 20 Rz. 18). Bereits vor Vorinstanz stellte der Beschwerdeführer den Eventualantrag auf Zusprechung einer Prozessentschädigung (act. 11 S. 2). Es liegt somit keine unzulässige Antragsänderung vor (vgl. act. 29 Rz. 30).

#### 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. 1'200.– (Dispositivziffer 2) auferlegt. Ausserdem wurde er verpflichtet, den Beschwerdegegnern eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'000.– (Dispositivziffer 3) zu bezahlen. Ferner hatte er im Eventualantrag eine Entschädigung für das vorinstanzliche Verfahren verlangt (vgl. act. 11 S. 2), welche ebenfalls auf Fr. 1'000.– festzusetzen gewesen wäre (§§ 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1 und 9 AnwGebV). Insgesamt unterlag der Beschwerdeführer im Umfang von Fr. 3'200.–, woraus sich auch der Streitwert ergibt.

4.2. Bei einem Streitwert von Fr. 3'200.– ist die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren auf Fr. 500.– 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 für das Beschwerdeverfahren den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen; der hälftige Anteil des Beschwerdeführers an den Gerichtskosten ist mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen.

#### **Es wird erkannt:**

1. In teilweiser 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. 1'200.– wird den Parteien je zur Hälfte auferlegt."

"3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen."

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der hälftige Anteil des Beschwerdeführers wird mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet und auch der Restbetrag von Fr. 100.– wird zur Deckung der Kosten verwendet. Die Beschwerdegegner werden verpflichtet, dem Beschwerdeführer Fr. 100.– zu ersetzen.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
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. 3'200.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Muraro-Sigalas

versandt am: