

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NP170003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Ersatzoberrichter Dr. M. Nietlisbach sowie Leitende Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Ferreño

## Urteil vom 15. Mai 2017

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagter, Widerkläger und Berufungskläger

gegen

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

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

Kläger, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen die Verfügung und das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 15. Dezember 2016 (FV150130-L)**

### **Rechtsbegehren:**

- "1. Der Beklagte sei zur Herausgabe sämtlicher Dokumente im Zusammenhang mit dem Auftragsverhältnis zu verpflichten.
2. Das Honorar des Beklagten sei ermessensweise richterlich festzustellen und der Beklagte sei zu verpflichten, mindestens Fr. 21'000.00 an die Kläger 1 und 2 zurückzuerstatten, zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 13.01.2015.

Die Kläger seien nach Abschluss des Beweisverfahrens richterlich für berechtigt zu erklären, den Rückforderungsanspruch näher zu substantiieren und zu spezifizieren.

3. Der Beklagte sei zu verpflichten, allfällige Geldleistungen, welche er im Zusammenhang mit der Vermittlung der Klägerschaft an RA D. \_\_\_\_\_ erhalten hat, an diese herauszugeben, zuzüglich Zins seit dem 13.01.2015.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten, sowohl für das vorliegende Verfahren als auch für das Schlichtungsverfahren vor Friedensrichteramt E. \_\_\_\_\_."

### **Rechtsbegehren Widerklage:**

Verpflichtung der Kläger, dem Beklagten Fr. 12'000.– aufgrund ausstehender Honorarnote zu bezahlen.

### **Verfügung und Teilurteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 15. Dezember 2016:**

#### Es wird vorab verfügt:

- "1. Auf die Widerklage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 700.– festgesetzt.
3. Die Entscheidgebühr wird dem Beklagten auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss der Klägerschaft verrechnet. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerschaft den Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 700.– zu ersetzen.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerschaft eine Parteient-schädigung von Fr. 1'790.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. [Schriftliche Mitteilung.]
6. [Rechtsmittelbelehrung.]"

**Sodann wird erkannt:**

- "1. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei sämtliche Dokumente im Zusammenhang mit dem Auftragsverhältnis innert 10 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides herauszugeben.
2. Die Entscheidgebür wird auf Fr. 450.– festgesetzt.
3. Die Entscheidgebür wird dem Beklagten auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss der Klägerschaft verrechnet. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerschaft den Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 450.– zu ersetzen.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerschaft eine Parteient-schädigung von Fr. 756.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. [Schriftliche Mitteilung.]
6. [Rechtsmittelbelehrung.]"

**Berufungsanträge:**

des Beklagten, Widerklägers und Berufungsklägers (Urk. 35 S. 1):

- "1. Es sei mir eine unentgeltliche Prozessführung (UP) und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand (URB) zu genehmigen.
2. Es sei festzustellen, dass nicht Herr B.\_\_\_\_\_, sondern Frau C.\_\_\_\_\_ meine Klientin war.
3. Es sei festzuhalten, dass meine Klientin damit einverstanden war, dass ich mit ihrem Sohn B.\_\_\_\_\_ über ihren Fall rede und ent-band mich daher von meiner Schweigepflicht.
4. Es sei festzuhalten, dass kein Auftragsverhältnis zwischen mir und B.\_\_\_\_\_ bestand und dass [ich] weder im Besitz von irgend-welchen Dokumenten bin, noch erhalten habe.
5. Die erlassene Verfügung sei unter Kosten- und Entschädigungs-folgen zulasten der Kläger sowie Widerbeklagten vollumfänglich abzuweisen."

**Erwägungen:**

1. a) Am 14. Juli 2015 reichten die Kläger 1 und 2 eine Klage mit dem eingangs aufgeführten Rechtsbegehren unter Beilage der Klagebewilligung vom 23. Juni 2015 ein (Urk. 1 und 2). Sie machten ein Auftragsverhältnis zwischen ihnen und dem Beklagten geltend und verlangten im Rahmen einer Stufenklage

die Herausgabe sämtlicher Dokumente aus diesem Rechtsverhältnis (Urk. 2 S. 2). Nach Eingang des Kostenvorschusses der Kläger 1 und 2 (Urk. 8) erhob der Beklagte in seiner Klageantwort vom 28. August 2015 Widerklage mit dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren (Urk. 12). Den Parteien wurde nach durchgeführter Hauptverhandlung am 28. Januar 2016 (Prot. I S. 7 ff.) Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (Urk. 17). Während die Kläger 1 und 2 diesen leisteten (Urk. 19), stellte der Beklagte mit Eingabe vom 1. April 2016 ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 22), welches mit Verfügung vom 30. September 2016 abgewiesen wurde. Gleichzeitig wurde dem Beklagten erneut Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (Urk. 29). Auch nach Ablauf der Nachfrist (Urk. 31) ging kein Kostenvorschuss ein. Mit Verfügung vom 15. Dezember 2016 trat die Vorinstanz androhungsgemäss (vgl. Urk. 17 S. 3, Urk. 31 S. 2) auf die Widerklage des Beklagten nicht ein und verpflichtete ihn mit Teilurteil vom 15. Dezember 2016, den Klägern 1 und 2 sämtliche Dokumente im Zusammenhang mit dem Auftragsverhältnis herauszugeben (Urk. 33 = Urk. 36).

b) Dagegen erhob der Beklagte, Widerkläger und Berufungskläger (fortan Beklagter) mit Eingabe vom 30. Januar 2017, eingegangen am 1. Februar 2017, rechtzeitig Berufung mit den eingangs aufgeführten Anträgen (Urk. 35 S. 1).

2. a) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten. Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen. Der Berufungskläger hat sich aber mit den Entscheidungsgründen im angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (BGE 138 III 213, E. 2.3; BGE 4A\_659/2011 vom 7. Dezember 2011, E. 3; Reetz/Theiler in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 311 N 36; Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO,

Art. 311 N 30 ff.). Werden keine oder nur ungenügende Berufungsanträge gestellt oder werden diese nicht begründet, ist auf die Berufung nicht einzutreten. Eine in der Substanz mangelhafte Begründung kann zur Abweisung der Berufung führen (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 12, N 33-38).

b) Nicht angefochten werden kann, was nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung und des Teilurteils vom 15. Dezember 2016 bildete. Die Vorinstanz trat auf die Widerklage des Beklagten nicht ein, verpflichtete den Beklagten, den Klägern 1 und 2, Widerbeklagten und Berufungsbeklagten (fortan Kläger 1 und 2) sämtliche Dokumente im Zusammenhang mit dem Auftragsverhältnis herauszugeben und regelte die Kosten- und Entschädigungsfolgen. Das Armenrechtsgesuch des Beklagten vom 1. April 2016 (Urk. 22) wurde hingegen in beiden Entscheiden nicht thematisiert, da es bereits mit Verfügung vom 30. September 2016 abgewiesen worden war (Urk. 29). Dieser prozessleitende Entscheid blieb vom Beklagten unangefochten (Art. 121 ZPO). Soweit der Beklagte mit seiner Berufung die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das vorinstanzliche Verfahren verlangt, ist darauf nicht einzutreten.

3. Die Vorinstanz bejahte die Zulässigkeit der Erhebung der Stufenklage und prüfte lediglich Ziffer 1 des Rechtsbegehrens der Kläger 1 und 2 (Urk. 36 S. 9). Das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien qualifizierte sie als Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR und bejahte den materiell-rechtlichen Informationsanspruch der Kläger 1 und 2 nach Art. 400 Abs. 1 OR (Urk. 36 S. 14). Der Beklagte machte im vorinstanzlichen Verfahren geltend, er habe mit der Klägerin 2 eine prozentuale Entschädigung vereinbart. Die bisher nicht erfolgte Herausgabe der hinsichtlich des Auftrages relevanten Dokumente habe ihren Grund in der noch offenen Honorarforderung von Fr. 12'000.–. Die Vorinstanz erwog, die Pflicht des sorgfältigen Tätigwerdens bestehe unabhängig von der Entgeltlichkeit oder Entlohnungsart, weshalb es dem Auftraggeber auch in solch einer Konstellation zu ermöglichen sei, den tatsächlich geleisteten Aufwand des Beauftragten zu überprüfen, damit eine allfällige Vertragsverletzung festgestellt werden könne (Urk. 36 S. 12). Wolle der Beauftragte das in Ausführung des Auftrags Erlangte zurückbehalten, bis der Auftraggeber das geschuldete Honorar beglichen habe, stehe ihm

grundsätzlich das dingliche Retentionsrecht, das Leistungsverweigerungsrecht und das obligatorische Retentionsrecht zur Verfügung. Auf das dingliche Retentionsrecht nach Art. 895 ZGB könne sich der Beklagte nicht berufen, da die Dokumente keinen monetären Wert hätten und damit nicht verwertbar seien. Ebenso könne er sich nicht auf das Leistungsverweigerungsrecht nach Art. 82 OR stützen, stehe doch die Rechenschaftsablegungspflicht nicht in einem Austauschverhältnis zur Hauptpflicht der Kläger 1 und 2, namentlich der Leistung eines Entgelts (Urk. 36 S. 13). Schliesslich könne er sich nicht auf das obligatorische Retentionsrecht – aus Art. 2 ZGB abgeleitet – berufen, da dieses nur an verwertbaren Gegenständen bestehe. Bei den in Frage stehenden Dokumenten könne aufgrund der vorgenannten Erwägungen keine Verwertbarkeit angenommen werden (Urk. 36 S. 14).

4. a) Der Beklagte erhebt im Berufungsverfahren den Einwand, nicht der Kläger 1, sondern die Klägerin 2 sei seine Klientin gewesen (Urk. 35 S. 1). Zwischen ihm und dem Kläger 1 habe kein Auftragsverhältnis bestanden (Urk. 35 S. 1). Mit diesem pauschal vorgebrachten Einwand setzt sich der Beklagte in Widerspruch zu seinen eigenen Vorbringen vor Vorinstanz (Prot. I S. 15 und 16), wonach der Kläger 1 immer mit ihm und den Anwälten gesprochen habe und auch sein Klient geworden sei. Seine vorinstanzlichen Ausführungen vermag der Beklagte damit nicht zu entkräften.

b) Weiter bringt der Beklagte vor, die Klägerin 2 sei damit einverstanden gewesen, dass er mit ihrem Sohn – dem Kläger 1 – über den Fall spreche. Sie habe ihn daher von der Schweigepflicht entbunden (Urk. 35 S. 1). In Übereinstimmung mit den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz (vgl. Prot. I S. 14) ist der Beklagte daran zu erinnern, dass er keinem Amts- oder Berufsgeheimnis im Rahmen des Auftragsverhältnisses unterlag. Das Entbinden von einer Schweigepflicht war daher nicht erforderlich.

c) Seiner Verpflichtung zur Herausgabe sämtlicher Dokumente im Zusammenhang mit dem Auftragsverhältnis hält der Beklagte im Berufungsverfahren erstmals entgegen, er sei weder im Besitze von irgendwelchen Dokumenten noch habe er solche erhalten (Urk. 35 S. 1). Im Berufungsverfahren sind neue

Vorbringen beschränkt zulässig. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO können im Berufungsverfahren neue Tatsachen berücksichtigt werden, wenn diese – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Dabei hat, wer sich auf Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun (vgl. BGer 5A\_266/2015 vom 24. Juni 2015, E. 3.2.2). Alles, was relevant ist, ist rechtzeitig in das erstinstanzliche Verfahren einfließen zu lassen. Das Berufungsverfahren dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des angefochtenen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.2 m.w.H.; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 63 m.w.H.). Der Beklagte brachte anlässlich der Hauptverhandlung vom 28. Januar 2016 vor, er habe nie Originale bei sich gehabt, weil er kein Anwalt sei und auch nicht versichert sei, wenn Unterlagen verschwinden würden (Prot. I S. 16). Somit ging der Beklagte vor Vorinstanz davon aus, Dokumente der Kläger 1 und 2 zumindest in Kopie im Rahmen des Auftragsverhältnisses erhalten zu haben. Nie war jedoch die Rede davon, dass er keine Dokumente von den Klägern 1 und 2 entgegengenommen habe. Weshalb der Beklagte dies nicht bereits zu diesem Zeitpunkt geltend machte, ist nicht nachvollziehbar und entspricht gemäss den vorstehenden Erwägungen nicht dem gebotenen sorgfältigen und unverzüglichen Handeln. Es gelingt dem Beklagten daher nicht, nachvollziehbar darzulegen, weshalb er trotz zumutbarer Sorgfalt diese neue Tatsache nicht schon vor Vorinstanz hätte ausführen können. Es wäre ihm ohne weiteres möglich und zumutbar gewesen, diesen Umstand bereits im erstinstanzlichen Verfahren geltend zu machen, weshalb die entsprechenden Behauptungen verspätet erfolgt sind und demnach nicht berücksichtigt werden können.

d) Sodann rügt der Beklagte, die Klägerin 2 habe nie die Gelegenheit gehabt, zur Sache Stellung zu nehmen, da der Kläger 1 für die Klägerin 2 geantwortet oder ihr gesagt habe, was sie dem Richter sagen solle (Urk. 35 S. 1). Der Beklagte moniert damit sinngemäss eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Sein Einwand erweist sich als unbegründet. Das rechtliche Gehör des Beklagten wurde mitnichten verletzt, sondern höchstens das der Klägerin 2. Der Beklagte ist mithin nicht beschwert. Der Vollständigkeit halber ist der Beklagte auf Folgendes

hinzuweisen: Zwar versuchte der Kläger 1 anlässlich der Befragung der Klägerin 2 zweimal für sie zu antworten, wurde jedoch beide Male vom Vorderrichter unterbrochen und darauf hingewiesen, dass die Frage an die Klägerin 2 gerichtet gewesen sei (Prot. I S. 9 und 11). In der Folge konnte die Klägerin 2 zur Sache befragt werden (vgl. Prot. I S. 9 - 12). Entsprechend wurde ihr – entgegen der Ansicht des Beklagten – Gelegenheit gegeben, zur Sache Stellung zu nehmen.

e) Schliesslich macht der Beklagte gegen das Nichteintreten auf seine Widerklage geltend, er habe sich mit der Klägerin 2 auf eine Entschädigung im Umfang von 10 % auf jedes Kapital oder Genugtuung geeinigt (Urk. 35 S. 1 und 2). Er habe sich monatelang für den Fall engagiert und mehrere Fahrten nach F.\_\_\_\_\_ und zum Notar unternommen. Die Klägerin 2 habe ihm 10 % der erhaltenen Summe, d.h. Fr. 23'000.–, überwiesen (Urk. 35 S. 1). Für seine Aufwendungen schulde die Klägerin 2 ihm noch mindestens Fr. 12'000.– (Urk. 35 S. 2). Zur Widerklage des Beklagten hielt die Vorinstanz fest, sie sei rechtzeitig eingereicht worden und stehe in einem sachlichen Zusammenhang mit der Klage. Da der vom Beklagten verlangte Kostenvorschuss weder innert Frist, noch innert Nachfrist geleistet worden sei, fehle es für die Beurteilung der Widerklage an einer Prozessvoraussetzung, weshalb androhungsgemäss auf die Widerklage nicht einzutreten sei (Urk. 36 S. 6). Dem vermag der Beklagte in seiner Berufungsschrift nichts entgegenzusetzen. Seine Vorbringen erschöpfen sich in der Darstellung seiner Sicht der Dinge. Er begnügt sich mehrheitlich damit, das bereits vor Vorinstanz Vorgebrachte zu wiederholen und an seinem Standpunkt festzuhalten, ohne auf die korrekte Argumentation der Vorinstanz auch nur mit einem Wort einzugehen. Auch bringt er keine Rügen vor, welche die Rechtsanwendung in der angefochtenen Verfügung oder die Sachverhaltsdarstellung als unrichtig erscheinen liessen. Auf seine Ausführungen zu seinen Aufwendungen, seinem Honorar sowie zu den unterlassenen Zeugeneinvernahmen (Urk. 35 S. 1) ist daher nicht weiter einzugehen.

f) Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung als unbegründet. Es kann daher davon abgesehen werden, eine Berufungsantwort der Kläger 1 und 2 einzuholen (Art. 312 ZPO). Die Berufung des Beklagten ist – soweit darauf



einzutreten ist – abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

5. a) Für das Berufungsverfahren ist von einem Streitwert von Fr. 21'000.– auszugehen (vgl. Art. 85 Abs. 1 und 94 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 § 10 Abs. 1 und § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 700.– festzusetzen. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Unklar ist, ob der Beklagte für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege stellt (Urk. 35). Eine Person hat gestützt auf Art. 117 ZPO Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Ginge man von einem solchen Gesuch aus, hätte dieses im Lichte der vorstehenden Erwägungen zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung abgewiesen werden müssen (Art. 117 lit. b ZPO).

b) Den Klägern 1 und 2 ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

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

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist, und die Verfügung und das Teilurteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 15. September 2016 werden bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 700.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden dem Beklagten aufgelegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kläger 1 und 2 unter Beilage des Doppels von Urk. 35, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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 Teilentscheid im Sinne von Art. 91 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 21'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 15. Mai 2017

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Leitende Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. E. Ferreño

versandt am:  
mc