

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF180018-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

Urteil vom 11. Oktober 2018

in Sachen

A._____,

Kläger und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Beklagter und Beschwerdegegner,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend

Befehl / Rechtsschutz in klaren Fällen

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes
Bülach vom 12. April 2018 (ER170109)

Erwägungen:

1.1 B._____ (Beklagter und Beschwerdegegner, fortan Beschwerdegegner) und C._____ waren Nachbarn. C._____ beantragte mit Eingabe vom 13. Dezember 2017 beim Bezirksgericht Bülach im Rahmen des Rechtsschutzes in klaren Fällen, der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, das EKZ-Haupttableau der Liegenschaften D._____ -Strasse ... in E._____ wieder in den ursprünglichen Zustand zu versetzen (act. 1/2). Dieses war offenbar vom Beschwerdegegner mit einer dunkleren Farbe übermalt worden (vgl. act. 3/10). Das Einzelgericht trat mit Verfügung vom 12. April 2018 nicht auf das Begehren ein (act. 20 = act. 23 = act. 25).

1.2 Dagegen erhob C._____ mit Eingabe vom 25. April 2018 fristgerecht Beschwerde (act. 24, vgl. act. 21). Den von ihr einverlangten Kostenvorschuss leistete sie rechtzeitig (act. 26-28). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-21). Dem Beschwerdegegner wurde mit Verfügung vom 10. August 2018 Frist zur Erstattung der Beschwerdeantwort angesetzt (act. 29). Am letzten Tag der Frist (vgl. act. 30) teilte der Beschwerdegegner der Kammer mit, dass C._____ seines Wissens beim Absturz der ... am tt.mm.2018 ums Leben gekommen sei (act. 31). Dies bestätigte ihr Rechtsanwalt lic. iur. X._____ mit Schreiben vom 12. September 2018 und wies darauf hin, dass der von C._____ eingesetzte Willensvollstrecker, A._____ (fortan: der Beschwerdeführer), den Prozess fortführen wolle (act. 34). Die Kammer ersuchte den Beschwerdeführer mit Verfügung vom 14. September 2018 darum, dem Gericht eine Vollmacht lautend auf Rechtsanwalt lic. iur. X._____ beizubringen (act. 36). Der Aufforderung kam der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 25. September 2018 nach (act. 38). Die Sache erweist sich nunmehr als spruchreif.

2.1 In prozessualer Hinsicht ging es vor Vorinstanz zunächst darum, dass C._____ in ihrer Replik vom 9. April 2018 neue Tatsachen vorgetragen und neue Beilagen eingereicht hat. Die Vorinstanz hielt diese Noven für unbeachtlich, da sie sich nicht dazu geäußert habe, inwiefern die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllt sein sollten (act. 23 S. 3).

2.2 C._____ hielt dem entgegen, der Beschwerdegegner habe in seiner Stellungnahme vom 19. März 2018 Noven vorgetragen. Zu diesen habe sie sich in der Replik vom 9. April 2018 durchaus äussern dürfen. Die Vorinstanz hätte die weiteren von ihr eingereichten Unterlagen beachten müssen (act. 24 S. 5).

2.3 Wie die Vorinstanz zu Recht festhielt, ist im summarischen Verfahren, nach dem sich der Rechtsschutz in klaren Fällen richtet (Art. 257 Abs. 1 ZPO, Art. 248 lit. b ZPO), lediglich ein Schriftenwechsel vorgesehen (Art. 252 ff. ZPO). Das von der Rechtsprechung entwickelte sog. "unbedingte Replikrecht" dient lediglich dazu, der gesuchstellenden Partei zu den Vorbringen der Gegenseite das rechtliche Gehör zu gewähren und nicht dazu, nochmals neue Behauptungen gegenüber dem Gesuch zuzulassen. Insofern setzte die Vorinstanz C._____ denn richtigerweise auch keine Frist zur formellen "Replik" an und terminierte die Möglichkeit zur erneuten Äusserung in zeitlicher Hinsicht (vgl. act. 16).

2.4 C._____ reichte gestützt auf die vorinstanzliche Verfügung vom 22. März 2018 (act. 16) am 9. April 2018 eine explizit als "Replik" überschriebene, insgesamt acht Seiten und acht Beilagen umfassende Eingabe ein (act. 18, act. 19/1-8). Ob diese – gerade auch angesichts des Umstands, dass die Stellungnahme des Beschwerdegegners auf rund eineinhalb Seiten und eine Beilage beschränkt war (act. 14, act. 15) – noch im Rahmen dessen liegt, was unter dem Titel rechtliches Gehör zuzulassen ist oder was davon unzulässige Noven sind, die unbeachtlich zu bleiben haben, kann hier letztlich offenbleiben. Denn das von C._____ einzig hervorgehobene Schreiben vom 12. Juli 2017, das von ihr als Beilage zur Replik eingereicht worden sei und zu Unrecht nicht in die vorinstanzlichen Erwägungen Eingang gefunden habe (act. 24 S. 5), taugt nicht, um ihren bzw. den Standpunkt des Beschwerdeführers zu untermauern.

Darin schrieb der Rechtsvertreter von C._____ an den Beschwerdegegner, diese komme auf die von ihm gemachte Zusicherung vom 11. November 2016 zurück, wonach die "unpassende dunkle Farbe" bis spätestens Ende November 2017 mit passender Farbe übermalt werde. Weil bis anhin nichts geschehen sei, setze sie (C._____) ihm bis spätestens Ende August 2017 Frist an, um die passende Farbe anzubringen (act. 19/1). Da es vorliegend einzig darum geht, ob sich

der Beschwerdegegner rechtlich zu etwas verpflichten wollte, kann aus einem Schreiben der Gegenseite nichts im Hinblick auf seinen rechtlichen Bindungswillen abgeleitet werden. Daran ändert auch die Behauptung von C._____ nichts, dem Beschwerdegegner hätte aus diesem Schreiben klar werden müssen, dass sie seine Zusicherung als bindende rechtliche Verpflichtung verstanden habe, weshalb er einen entsprechenden Vorbehalt hätte anbringen müssen (act. 24 S. 6). Es bestand keine Verpflichtung des Beschwerdegegners, C._____ darauf aufmerksam zu machen, dass er mit dem Schreiben vom 11. November 2016 seinem Verständnis nach lediglich eine unverbindliche Erklärung abgegeben habe. Eine derartige Pflicht kann namentlich nicht aus Treu und Glauben hergeleitet werden (vgl. act. 24 S. 6). Denn bei der Verpflichtung zu einem Verhalten nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) handelt es sich um ein Gebot, das ein Rechtsverhältnis voraussetzt. Eine vorbestehende vertragliche oder anderweitige rechtliche Beziehung zwischen C._____ und dem Beschwerdegegner wurde jedoch nicht behauptet.

3.1 In der Sache trat die Vorinstanz nicht auf das Begehren ein, weil sie den Sachverhalt zwar als unbestritten, die Rechtslage aber nicht als klar erachtete. Vom Sachverhalt her geht es darum, dass zwischen dem Beschwerdegegner und C._____ seit Längerem eine Auseinandersetzung betreffend das EKZ-Haupttableau bestand. In diesem Rahmen – so behauptete C._____ – habe sich der Beschwerdegegner mit Schreiben vom 11. November 2016 verpflichtet, das Haupttableau bis Ende November 2016 wieder in den ursprünglichen Zustand zurückzusetzen, nachdem er es mit einer unpassenden dunklen Farbe überpinselt habe. Nach dem Wissensstand der Kammer ist dieses EKZ-Haupttableau bis anhin nicht wieder mit der ursprünglichen Farbe übermalt worden (act. 1/2 S. 3 ff., act. 3/4 und 3/10, act. 14, act. 15, act. 18 S. 4, act. 24, act. 31, act. 34, act. 38). Der Sachverhalt ist somit unbestritten.

3.2 Die Vorinstanz nahm alsdann eine Auslegung des Schreibens des Beschwerdegegners vom 11. November 2016 vor, auf das sich C._____ stützte. Sie erwog, dass gestützt auf eine vertragliche Verpflichtung dann Rechtsschutz in klaren Fällen gewährt werden könne, wenn zum Bestand und Inhalt der Verpflichtung

tung entweder der tatsächliche Konsens unbestritten bzw. sofort beweisbar sei oder die Auslegung der Verpflichtung eindeutig und klar erscheine (act. 23 S. 4). Konkret prüfte die Vorinstanz in rechtlicher Hinsicht, ob ein tatsächlich übereinstimmendes Verständnis der Parteien im Hinblick auf die Tragweite der Erklärung vom 11. November 2016 sofort bewiesen worden sei oder subsidiär die Tragweite der Erklärung bei einer Auslegung nach Vertrauensprinzip eindeutig und klar erscheine (act. 23 S. 5). Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass vorliegend einzig der Wortlaut als Auslegungsmittel massgebend sei, weil weder Begleitumstände noch Entstehungsgeschichte vorgetragen worden seien. Bezüglich des Wortlauts sei zu beachten, dass es sich um ein Anwaltsschreiben handle, weshalb davon auszugehen sei, die Wortwahl sei bewusst, bedacht und im Wissen um die juristische Tragweite erfolgt (act. 23 S. 5). Die Vorinstanz hielt dafür, dass im Text keinerlei Formulierungen enthalten seien, welche auf einen Rechtsbindungswillen des Beschwerdegegners schliessen liessen. Insbesondere habe dieser nichts zugesichert, sich zu nichts verpflichtet und nichts versprochen. Es sei lediglich allgemein festgehalten worden, dass die Grundierung bis Ende des Monats übermalt werden würde. Insgesamt sei die Formulierung zu unverbindlich und zu allgemein gehalten, als dass rein gestützt darauf das Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen gutgeheissen werden könne (act. 23 S. 5 f.).

3.3 C._____ machte in ihrer Beschwerdeschrift geltend, der Beschwerdegegner habe im Schreiben vom 11. November 2016 keinerlei Vorbehalte dahingehend angebracht, sich rechtlich nicht binden zu wollen. Dies habe die Vorinstanz ausser Acht gelassen. Gerade in einem anwaltlichen Schreiben wäre ein solcher Hinweis aber zu erwarten gewesen (act. 24 S. 3 und 6). Die Vorinstanz habe auch das eingereichte Schreiben vom 10. Oktober 2017 nicht beachtet, in dem sie den Beschwerdegegner darauf hingewiesen habe, dass er trotz diesbezüglicher Verpflichtung den Farbton des EKZ-Kastens nicht angepasst habe (act. 24 S. 4). Vor allem aber beziehe die Vorinstanz die Stellungnahme des Beschwerdegegners vom 19. März 2018 nicht in ihre Erwägungen ein. Daraus sowie aus dem vom Beschwerdegegner selbst eingereichten Schreiben vom 30. September 2017 ergebe sich völlig klar, dass er von einer rechtlich bindenden Verpflichtung ausgegangen sei und nicht von einer unverbindlichen Gefälligkeit (act. 24 S. 4 f.).

3.4 Der Beschwerdegegner äusserte sich in seiner Eingabe vom 31. August 2018 nicht zur Sache (act. 31).

3.5 Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, geht es vorliegend letztlich einzig darum, wie das Schreiben des Rechtsanwalts des Beschwerdegegners an den Rechtsvertreter von C._____ vom 11. November 2016 zu verstehen ist, namentlich ob daraus eine rechtliche Verpflichtung des Beschwerdegegners hergeleitet werden kann. Der relevante Wortlaut lautet wie folgt (act. 3/8):

"Gerne weise ich darauf hin, dass sich mein Klient stets um eine optimale Lösung bemüht, was in casu bedeutet, dass es sich bei der von Ihnen erwähnten 'unpassenden dunklen Farbe' tatsächlich um eine erste Grundierung handelt, welche zu gegebener Zeit, spätestens bis Ende dieses Monats noch mit der passenden Farbe übermalt, nicht etwa nur überpinselt werden wird."

3.6 Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung ist dieses Schreiben nicht als Vertrag, mithin als zweiseitiges Rechtsgeschäft, auszufassen, sondern als einseitige Willensäusserung der erklärenden Partei, vorliegend des Beschwerdegegners. Der Beschwerdegegner bzw. sein Rechtsanwalt sagt in diesem Schreiben an den Rechtsvertreter von C._____ zu, dass der EKZ-Kasten spätestens bis Ende des Monats (November 2016) mit der passenden Farbe übermalt werden würde. Eine derartige einseitige Erklärung einer Person gegenüber einer anderen im Sinne eines Versprechens, eine bestimmte Schuld zu erfüllen, stellt ein sog. abstraktes Schuldbekenntnis nach Art. 17 OR dar (GAUCH / SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich 2014, N 1177; SCHÖNENBERGER / JÄGGI, Zürcher Kommentar, Bd. V/1a, 3. Aufl., Zürich 1973, Art. 17 N 5 f.). Zu seiner Wirksamkeit bedarf es im Gegensatz zum zweiseitigen Vertrag keiner Zustimmung des Erklärungsempfängers (MÜLLER, Berner Kommentar, Art. 1-18 OR, Bern 2018, Art. 17 N 20).

Art. 17 OR hält fest, dass ein Schuldbekenntnis auch ohne die Angabe eines Verpflichtungsgrundes gültig ist. Dies bedeutet, dass das Schuldbekenntnis gültig

ist, ohne dass der erklärende Schuldner den Entstehungsgrund für die anerkannte Schuld nennen müsste. Der Entstehungsgrund kann vertraglicher oder (wie offenbar vorliegend, art. 18 S. 4) ausservertraglicher Natur sein. Ein auf diese Weise, ohne die Angabe des Verpflichtungsgrundes formuliertes Schuldbekenntnis bezeichnet man als abstrakt (BSK OR I-SCHWENZER, 6. Aufl., Basel 2015 Art. 17 N 5; MÜLLER, a.a.O., N 46 ff.). Die Rechtsfolge des abstrakten Schuldbekenntnisses besteht darin, dass der Gläubiger sich fortan nicht mehr auf den ursprünglichen Verpflichtungsgrund berufen muss, sondern allein das Schuldbekenntnis als Klagegrund anrufen kann. In beweisrechtlicher Hinsicht erbringt er mit dem abstrakten Schuldbekenntnis den hinreichenden Nachweis zur Durchsetzung seines Anspruchs und muss nichts Weiteres beweisen (GAUCH / SCHLUEP, a.a.O., N 1181 ff.).

3.7 C._____ durfte sich folglich allein auf die Erklärung des Beschwerdegegners vom 11. November 2016 stützen und daraus seine Verpflichtung ableiten, den EKZ-Kasten bis Ende November 2016 mit der passenden Farbe zu übermalen bzw. übermalen zu lassen. Mit der Erklärung vom 11. November 2016 hat der Beschwerdegegner einen eigenständigen Verpflichtungsgrund begründet. Zwar wäre es ihm durchaus offengestanden, der Verpflichtung Einreden und Einwendungen aus dem Grundverhältnis (wie beispielsweise, dass die anerkannte Schuld nicht gültig entstanden sei) entgegenzuhalten. Dies hat er jedoch unterlassen. Deshalb ist von einer wirksamen Verpflichtung in der Erklärung vom 11. November 2016 auszugehen.

3.8 Anzumerken bleibt, dass das Schuldbekenntnis im Sinne von Art. 17 OR abzugrenzen wäre vom blossen Schuldeingeständnis als reine Wissensmitteilung ohne Verpflichtungswillen, wie es beispielsweise bei Erklärungen der Beteiligten nach einem Verkehrsunfall oder einem sonstigen Schadensereignis vorkommt (vgl. hierzu KRAUSKOPF, Der Begriff, die Erscheinungsformen und die Bedeutung der Schuldanerkennung im Obligationenrecht, recht 23/2005, S. 171, der diesbezüglich zwischen deklaratorischer und konstitutiver Schuldanerkennung unterscheidet; ferner MÜLLER, a.a.O., N 100 ff.; BSK OR I-SCHWENZER, a.a.O., N 4). Mit solchen Erklärungen anerkennen die Betroffenen den Grundsatz ihrer Verant-

wortlichkeit für ein schädigendes Ereignis, ohne damit einen Rechtsfolgewillen zum Ausdruck zu bringen. Vorliegend ist allerdings nicht von einem solchen reinen Schuldeingeständnis ohne Verpflichtungswillen auszugehen, denn in der Erklärung des Beschwerdegegners steht nicht der Verpflichtungsgrund im Vordergrund, sondern vielmehr das Versprechen, die Übermalung vorzunehmen.

3.9 Die Beschwerde des Beschwerdeführers ist nach dem Gesagten gutzuheissen und die vorinstanzliche Verfügung vom 12. April 2018 aufzuheben. Der Beschwerdegegnert ist im Rahmen des Rechtsschutzes in klaren Fällen zu verpflichten, das EKZ-Haupttableau der Liegenschaften D. _____-Strasse ... wieder in den ursprünglichen Zustand zu versetzen. Auch im Verfahren um klares Recht können auf Antrag der klagenden Partei direkt Vollstreckungsmassnahmen angeordnet werden (Art. 236 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 219 und 257 ZPO). Vorliegend beantragte C. _____, es sei ihr Anspruch mit der Strafandrohung nach Art. 292 StGB im Unterlassungsfall sowie einer Ersatzvornahme zu verbinden (act. 1). Dem Antrag auf die Strafandrohung nach Art. 292 StGB ist angesichts dessen, dass der Beschwerdegegnert bereits mehrfach ohne Erfolg zur Übermalung angehalten wurde, zu entsprechen. Von einer direkten Ermächtigung zur Ersatzvornahme ist hingegen zurzeit abzusehen, da keine Anhaltspunkte dafür bestehen, der Beschwerdegegnert nehme statt der Erfüllung seiner Verpflichtung das Begehen einer Straftat in Kauf.

4.1 Trifft die Rechtsmittelinstanz eine neue Entscheidung, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des vorinstanzlichen Verfahrens (vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO analog; ZK ZPO-FREIBURGHANUS / AFHELDT, 3. Aufl., Zürich u.a. 2016, Art. 327 N 24). Der Beschwerdegegnert unterliegt vollständig, weshalb ihm sowohl die Kosten des erstinstanzlichen als auch diejenigen des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen sind (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Im Übrigen sind die Grundsätze von Art. 111 ZPO zur Liquidation der Prozesskosten zu beachten.

4.2 Die erstinstanzliche Bemessung der Gerichtskosten auf Fr. 400.– blieb im Beschwerdeverfahren unbeanstandet. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens sind somit auf Fr. 400.– festzusetzen. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren sind in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2

sowie § 8 Abs. 1 GebV OG ebenfalls auf Fr. 400.– festzusetzen. Sie sind vom geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen, sind dem Beschwerdeführer aber durch den Beschwerdegegner zu ersetzen.

4.3 Antragsgemäss ist der Beschwerdegegner zudem zu verpflichten, den Beschwerdeführer sowohl für das erstinstanzliche als auch für das Beschwerdeverfahren angemessen zu entschädigen.

4.5 Die Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren sowie für das Beschwerdeverfahren ist gestützt auf § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 AnwGebV (i.V.m. § 13 AnwGebV) und unter Berücksichtigung, dass dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers von den Rechtsschriften her der grössere Aufwand angefallen ist als der Gegenseite, auf je Fr. 400.– (inkl. MwSt.) festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung vom 12. April 2018 aufgehoben und der Beklagte und Beschwerdegegner verpflichtet, das EKZ-Haupttableau der Liegenschaften D.____-Strasse ... in E.____ wieder in den ursprünglichen Zustand zu versetzen, unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Unterlassungsfall.

Art. 292 StGB lautet wie folgt:

"Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft."

2. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden auf Fr. 400.– festgesetzt.
3. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden dem Beschwerdegegner auferlegt. Sie werden aus dem von C.____ bei der Vorinstanz geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 400.– bezogen. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer den Betrag von Fr. 400.– zu ersetzen.

4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 400.– festgesetzt.
5. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beschwerdegegner auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer den geleisteten Vorschuss von Fr. 400.– zu ersetzen.
6. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das erstinstanzliche Verfahren und das Beschwerdeverfahren je eine Parteientschädigung von Fr. 400.– (inkl. MwSt.), total also Fr. 800.–, zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 38, sowie an das Bezirksgericht Bülach und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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 liegt unter Fr. 1'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Isler

versandt am:
12. Oktober 2018