

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF150021-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Weil

Urteil vom 14. August 2015

in Sachen

A. _____ AG,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 8. Mai 2015 (ER150062)

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Am 1. April 2015 machte der Gesuchsteller und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsteller) beim Einzelgericht Audienz am Bezirksgericht Zürich (fortan Vorinstanz) ein Gesuch betreffend Ausweisung und Auskunftserteilung im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen gegen die Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchsgegnerin) anhängig (act. 1). Am 8. Mai 2015 fand vor Vorinstanz eine Verhandlung statt, anlässlich welcher die Gesuchsgegnerin sinngemäss das Nichteintreten auf das Gesuch beantragte (Prot. I S. 3 ff.). Mit Urteil vom 8. Mai 2015 erkannte die Vorinstanz Folgendes (act. 15 = 18 = 20 S. 9 f.):

1. Die Gesuchsgegnerin wird verurteilt,
 - C.____-Strasse ..., ... Zürich: gesamte Liegenschaft;
 - C.____-Strasse ..., ... Zürich: 3 Büros im EG;
 - D.____-Strasse ..., ... Zürich: Schulungsraum;zu räumen und dem Gesuchsteller ordnungsgemäss zu übergeben. Im Mehrumfang wird auf das Ausweisungsgesuch nicht eingetreten.
2. Das Stadtammannamt Zürich 8 wird angewiesen, Ziffer 1 des mit einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung versehenen Entscheids auf Verlangen des Gesuchstellers zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind vom Gesuchsteller vorzuschüssen, sind ihm aber von der Gesuchsgegnerin zu ersetzen.
3. Die Gesuchsgegnerin wird unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB im Unterlassungsfall verpflichtet, dem Gesuchsteller Namen und Adressen sämtlicher aktueller Untermieter und allfälliger Unteruntermieter mit den von diesen gemieteten Räumlichkeiten an der C.____-Strasse ..., ... und D.____-Strasse ... sowie den Parkplätzen im Innenhof bei D.____-Strasse ..., ... und ... bekannt zu geben unter vollständiger Vorlage sämtlicher aktueller Untermietverträge respektive unter vollständiger Angabe der jeweiligen Untermietbedingungen.
4. Die Spruchgebühr von Fr. 3'600.– wird vom Gesuchsteller bezogen, ist ihm aber von der Gesuchsgegnerin im Umfang von 2/3 zu ersetzen.
5. Die Gesuchsgegnerin wird verurteilt, dem Gesuchsteller eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.– zu bezahlen.
- 6./7. (Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung)

1.2. Dagegen erhob die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 8. Juni 2015 fristgerecht Berufung (act. 19 i.V.m. act. 16b). Sie stellt folgende Anträge (act. 19 S. 2):

- " 1. Das Urteil vom 8. Mai 2015 des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz (Geschäfts-Nr. ER150062-L) sei vollumfänglich aufzuheben und auf das Gesuch um Ausweisung (Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2) und Auskunftserteilung (Rechtsbegehren Ziff. 3) des Berufungsbeklagten/Gesuchstellers sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei das Urteil vom 8. Mai 2015 des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz (Geschäfts-Nr. ER150062-L) vollumfänglich aufzuheben, und das Verfahren sei zu erneuter Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten des Berufungsbeklagten/Gesuchstellers."

Mit Verfügung vom 11. Juni 2015 wurde der Gesuchsgegnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 3'600.– angesetzt (act. 24). Nach Eingang des Kostenschusses (act. 26) wurde dem Gesuchsteller mit Verfügung vom 2. Juli 2015 Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 27), die der Gesuchsteller mit Eingabe vom 16. Juli 2015 fristgerecht erstattete (act. 29 i.V.m. act. 28). Er beantragt, die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz (Geschäfts-Nr. ER150062) sei zu bestätigen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MWST) zu Lasten der Berufungsklägerin/Gesuchsgegnerin (act. 29 S. 2).

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-16). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Voraussetzungen des Rechtsschutzes in klaren Fällen

2.1. Das Einzelgericht gewährt Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist (Art. 257 Abs. 1 ZPO). Fehlen die Voraussetzungen für dieses Verfahren, namentlich weil der Sachverhalt nicht liquid ist oder kein klares Recht vorliegt, hat ein Nichteintretensentscheid zu ergehen; die Abweisung fällt ausser Betracht (vgl. BGE 140 III 315, E.5). In einem solchen Fall ergeht somit kein materieller Entscheid, weshalb der Streitgegenstand noch nicht abgeurteilt ist und es dem Ge-

suchsteller freisteht, einen Prozess im vereinfachten oder ordentlichen Verfahren anzustreben. Dass die beiden Voraussetzungen im Sinne von Art. 257 Abs. 1 ZPO vorliegen, hat die gesuchstellende Partei zu beweisen. Dabei ist zu beachten, dass der Rechtsschutz in klaren Fällen keiner Beschränkung der Beweisstrenge unterliegt, sondern der *volle Beweis* zu erbringen ist (ZK ZPO-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, 2. Aufl., Art. 257 N 6 und 31).

2.2. Bestreitet die Gesuchsgegnerin die vom Gesuchsteller behaupteten Tatsachen (Sachverhalt), muss sie ihre Bestreitungen, Einwendungen und Einreden lediglich substantiiert vorbringen. Sie hat ihre Einwendungen und Einreden nicht einmal glaubhaft zu machen (BSK ZPO-HOFMANN, Art. 257 N 10). Die Gesuchsgegnerin trifft somit *lediglich eine Behauptungslast*.

Offensichtlich haltlose Bestreitungen (sog. Schutzbehauptungen), Einwendungen und Einreden der Gesuchsgegnerin genügen hingegen nicht, um Illiquidität des Sachverhalts zu bewirken. Haltlos ist ein Vorbringen dann, wenn es sich aufgrund der gesamten Umstände ohne Weiteres als unwahr erweist. Es genügt aber nicht zur Haltlosigkeit, wenn die Wahrheit der Ausführungen fraglich erscheint. Vielmehr muss das Vorbringen zufolge klarer gegenteiliger Anhaltspunkte im höchsten Grad unwahrscheinlich wirken. Die Unwahrheit muss praktisch erwiesen sein. Entsprechend ist nicht leichthin von Haltlosigkeit auszugehen (R. EGLI, Rechtsschutz in klaren Fällen, in: PraxiZ, Band 2, Zivilprozess – aktuell, Zürich 2013, S. 1 ff., 4.4.1.).

2.3. Für den Gesuchsteller bedeutet der Umstand, dass die Gesuchsgegnerin lediglich einer Behauptungslast unterliegt, dass er – entgegen Art. 8 ZGB – zusätzlich die Beweislast für den Nichtbestand von rechtshemmenden und rechtsaufhebenden Tatsachen trägt (BGE 138 III 620 E. 6.2; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 257 N 11).

Aus dem Erfordernis, dass die bestrittenen Tatsachen durch sofort verfügbare Beweismittel ohne Weiteres bewiesen werden, folgt sodann, dass sich das Gericht bei der Abnahme von Beweismitteln – entsprechend den Regeln des summarischen Verfahrens i.S. von Art. 248 ff. ZPO (vgl. Art. 254 ZPO) – grundsätzlich

auf Urkunden zu beschränken hat (ZK ZPO-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, 2. Aufl., Art. 257 N 5; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 257 N 12; GÖKSU, DIKE-Komm-ZPO, Art. 257 N 8).

2.4. Liegen divergierende (und seitens der Gesuchsgegnerin nicht haltlose) Sachverhaltsdarstellungen vor und kann der Gesuchsteller keine Urkunden vorlegen, welche die Darstellung der Gesuchsgegnerin zu widerlegen vermögen, bleibt zu prüfen, ob basierend auf der Sachverhaltsdarstellung der Gesuchsgegnerin der klare Rechtsanspruch des Gesuchstellers allenfalls noch besteht.

2.5. Klares Recht liegt vor, wenn über die Bedeutung einer Rechtsvorschrift kein begründeter Zweifel besteht (BGE 118 II 304 Erw. 3). Eine klare Rechtslage ist somit nicht nur dann gegeben, wenn bereits der Gesetzeswortlaut die genaue Bedeutung einer Vorschrift ergibt, sondern auch dann, wenn die Auslegung nach bewährter Lehre und Überlieferung zu einem eindeutigen Ergebnis führt (BSK ZPO-HOFMANN, Art. 257 N 11). Räumen Rechtssätze Ermessen ein, spielt beispielsweise Treu und Glauben eine Rolle, liegt hingegen grundsätzlich kein klares Recht vor (KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, 2. Aufl., Art. 257 N 7). Etwas anderes ist nur dann denkbar, wenn die Interessenabwägung im Einzelfall zu einem klaren Resultat führt (R. EGLI, Rechtsschutz in klaren Fällen, in: PraxiZ, Band 2, Zivilprozess – aktuell, Zürich 2013, S. 1 ff., 3.4.). Liegen jedoch gute Argumente für beide Richtungen vor, muss sich das Gericht mangels klaren Rechts für unzuständig erklären (M. TANNER, Die Ausweisung des Mieters im Rechtsschutz in klaren Fällen, ZZZ 2010, S. 263 ff., S. 285).

Bestreitet die Gesuchsgegnerin die rechtliche Würdigung des Gesuchstellers, ist dies für die Frage, ob klares Recht vorliegt, nicht relevant, da das Gericht das Recht von Amtes wegen anwendet (Art. 57 ZPO).

2.6. Die Abgrenzung von Sachverhalt und Recht ist sodann nicht immer ganz leicht, beinhalten doch Ausführungen der Parteien regelmässig Sachverhaltsdarstellung und Rechtsauffassung zugleich. Eine gewisse Vermischung ist somit oft unvermeidlich. Zu beachten ist, dass lediglich bezüglich des Tatsächlichen sub-

stantiierte und nicht haltlose Ausführungen vorliegen müssen. In rechtlicher Hinsicht kommt es darauf hingegen wie ausgeführt nicht an.

3. Erwägungen der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog, dass E._____ den Rechtsvertreter des Gesuchstellers vom Mandat nicht entbinden könne. Sodann sei die Sachdarstellung im Gesuch unbestritten geblieben. Danach habe F._____ als Alleineigentümer der im Rechtsbegehren genannten Liegenschaften mit der Gesuchsgegnerin zu unbekanntem Zeitpunkt mehrere mündliche Mietverträge abgeschlossen. Mit Schreiben vom 30. April 2014 habe sich der von F._____ und E._____ bevollmächtigte Rechtsanwalt an G._____ gewandt und ihm mitgeteilt, dessen Eltern hätten ihn beauftragt, die Verhältnisse im Zusammenhang mit den von der Gesuchsgegnerin benutzten Liegenschaft zu regeln. Nach Erhalt dieses Schreibens habe die Gesuchsgegnerin ihre Mietzinszahlungen eingestellt. Am 8. August 2014 sei F._____ verstorben, worauf die erwähnten Liegenschaften in seinen Nachlass gefallen seien. Der Gesuchsteller sei alleiniger Willensvollstrecker in diesem Nachlass. Mit Schreiben vom 10. September 2014 habe der Gesuchsteller die Gesuchsgegnerin für ausstehende Mietzinsen gemahnt und eine dreissigtägige Frist zu deren Bezahlung angesetzt, unter der Androhung, dass bei unbenutztem Ablauf der Frist ausserordentlich gekündigt werde. Innert der Frist seien die ausstehenden Mietzinse nicht beglichen worden, weshalb der Gesuchsteller am 21. Oktober 2014 unter Verwendung des amtlichen Formulars per 30. November 2014 die Kündigung ausgesprochen habe. Die Gesuchsgegnerin habe die Kündigung bei der Schlichtungsbehörde angefochten, jedoch nach Erhalt der Klagebewilligung innert angesetzter Frist keine Klage beim Mietgericht eingereicht. Bis heute habe die Gesuchsgegnerin die Mietobjekte nicht ordnungsgemäss übergeben.

Zum Einwand der Gesuchsgegnerin, es fehle dem Gesuchsteller an der Aktivlegitimation, da E._____ – die Haupterin bzw. Nutzniesserin der Liegenschaften – den Wunsch geäussert habe, dass die Gesuchsgegnerin in den besagten Liegenschaften verbleiben könne, erwog die Vorinstanz, der Willensvollstrecker habe bei der Liegenschaftsverwaltung die Stellung eines Vermieters, weswegen ihm insbesondere das Recht zustehe, Miet- und Pachtverträge zu kündigen und Mieter

auszuweisen. Die dem Willensvollstrecker zur Erfüllung dieser Aufgabe eingeräumte Handlungsmacht schliesse in ihrem Bereich ein eigenes Handeln der Erben aus. Eine eigene Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis der Erben bestehe nur dann und insoweit, als jene durch Testament eingeschränkt sei oder der Willensvollstrecker ausdrücklich oder konkludent auf einen Teil seiner Befugnisse verzichte. Da der Willensvollstrecker nicht an den Willen der Erben gebunden sei, sei der schriftlich festgehaltene Wunsch von E. _____ auf Verbleib der Gesuchsgegnerin in den Liegenschaften irrelevant, zumal die erbrechtliche Stellung von E. _____ ohnehin nicht klar sei, da die Gesuchsgegnerin diese sowohl als Nutziesserin wie auch als Haupterin bezeichnet habe und es zudem unterlassen habe, Unterlagen einzureichen, die ihre erbrechtliche Stellung nachweisen würden.

Weiter erwog die Vorinstanz, die Mahnung mit Kündigungsandrohung sowie die daraufhin erfolgte Kündigung würden den gesetzlichen Regeln entsprechen. Deshalb sei das Gesuch gutzuheissen, soweit es sich auf die in diesen Dokumenten genannten Mietobjekte beziehe, namentlich die drei Büros. In Bezug auf die weiteren im Rechtsbegehren aufgeführten Räumlichkeiten und Parkplätze, welche weder in der Zahlungsaufforderung noch in den Kündigungsschreiben erwähnt worden seien, sei auf das Gesuch mangels Kündigung nicht einzutreten. Als Vollstreckungsmassnahme angemessen scheine eine Zwangsmassnahme im Sinne von Art. 343 Abs. 1 lit. d ZPO.

Dem Auskunftsbegehren sei ebenfalls stattzugeben, da die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellung als Untervermieterin gemäss den unbestritten gebliebenen Ausführungen des Gesuchstellers ihrer Pflicht gemäss Art. 262 Abs. 2 lit. a OR nie nachgekommen sei. Es liege ein unbestrittener Sachverhalt und klares Recht vor (act. 15 = 18 = 20).

4. Zur Berufung

4.1. Mit Berufung können gemäss Art. 310 ZPO (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden. Dabei muss der Berufungskläger im Einzelnen darlegen, was am angefoch-

tenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (vgl. BGE 138 III 374, E. 4.3.1). Neue Behauptungen und neue Beweismittel sind nur noch zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz nicht vorgebracht werden konnten und wenn sie vor der Berufungsinstanz unverzüglich vorgebracht werden (Art. 317 ZPO).

4.2. Die Gesuchsgegnerin rügt, die Vorinstanz habe sowohl das Recht unrichtig angewendet, als auch den Sachverhalt unrichtig festgestellt. Es gehe aus den Behauptungen der Parteien und den Akten im vorinstanzlichen Verfahren hervor, welche Stellung E. _____ inne habe. Konkret sei sie Nutzniesserin am Nachlass ihres verstorbenen Ehegatten, F. _____. An der Verhandlung sei ausgeführt worden, E. _____ geniesse die "volle Nutzniessung" an den streitgegenständlichen Liegenschaften. Zwar habe die Gesuchsgegnerin auch davon gesprochen, E. _____ sei die Haupterin. Dies sei jedoch der Tatsache zuzuschreiben, dass die Gesuchsgegnerin durch einen juristischen Laien vertreten gewesen sei. Der Gesuchsteller, der die Verhältnisse kenne und Jurist sei, habe festgehalten, dass E. _____ Nutzniesserin sei, und zwar in der E-Mail vom 5. Mai 2015, die sich bei den Akten befinde (act. 14/4). Da E. _____ Nutzniesserin sei, fehle es dem Gesuchsteller bereits an der Aktivlegitimation. Das Nutzniessungsrecht für den überlebenden Ehegatten entstehe mit dem Tod des Erblassers, der Grundbucheintrag habe daher lediglich noch deklaratorische Wirkung. Um das Nutzniessungsrecht auszuüben, bedürfe es somit keiner vorgängigen Übertragungshandlung durch die Erben oder durch den Willensvollstrecker. Die Verwaltung des Nutzniessungsvermögens stehe dem Nutzniesser zu. Hierzu würden auch die Vermietung oder Kündigung der Mietverhältnisse gehören. Die Kündigung sei nichtig, hätte sie doch nicht vom Gesuchsteller vorgenommen werden dürfen. Es fehle an einer klaren Rechtslage, welche darauf schliessen lasse, dass der Gesuchsteller aktiv legitimiert wäre oder gültige Kündigungen ausgesprochen hätte. Selbst wenn man die Stellung von E. _____ als Nutzniesserin nicht aus den Akten erstellt erachte, läge diesbezüglich zumindest ein illiquider Sachverhalt vor. Die Vorinstanz habe dies selber festgehalten, indem sie ausführe, die erbrechtliche Stellung von E. _____ sei nicht klar. Diesbezüglich habe die Vorinstanz sodann ihre richterliche Fragepflicht nicht wahrgenommen.

Da es an der Aktivlegitimation des Gesuchstellers fehle, sei dieser auch nicht berechtigt, Auskunft über die Bedingungen der Untermietverträge zu verlangen.

Ausserdem reichte die Gesuchsgegnerin ein weiteres Beweismittel ins Recht (act. 22). Daraus ergebe sich, dass E._____ das Nutzniessungsrecht an den streitgegenständlichen Liegenschaften habe. Bei diesem Dokument handle es sich – so die Gesuchsgegnerin – um ein echtes Novum (act. 19).

4.3. Der Gesuchsteller hält dem in seiner Berufungsantwort im Wesentlichen entgegen, er sei Willensvollstrecker und als solcher sei er berechtigt, die Erbschaft zu verwalten. Zwar sei E._____ Nutzniesserin am gesamten Nachlass im Sinne von Art. 473 ZGB und gemäss Art. 755 Abs. 2 ZGB besorge der Nutzniesser die Verwaltung. Indessen setze die Bestellung einer Nutzniessung bei Grundstücken die Eintragung im Grundbuch voraus. Der Nutzniesser sei gemäss Art. 473 ZGB Vermächtnisnehmer und nicht Erbe, entsprechend gelte nicht die Universalsukzession sondern die Singularsukzession. Damit bestehe lediglich ein Anspruch auf Einräumung der Nutzniessung. Die Nutzniessung an Grundstücken müsse jedoch in das Grundbuch eingetragen werden. Dies sei vorliegend bislang nicht erfolgt. Zwischenzeitlich seien die Erben als Gesamteigentümer im Grundbuch eingetragen, nicht aber die Nutzniessung von E._____. Entsprechend sei er als Willensvollstrecker nach wie vor aktivlegitimiert. Mangels Eintrag im Grundbuch sei auch Art. 261a OR nicht anwendbar.

Entgegen der Behauptungen der Gesuchsgegnerin – so der Gesuchsteller weiter – habe die Vorinstanz den Willen von E._____ als "Haupterbin im Nachlass bzw. als Nutzniesserin der Liegenschaften" als Begründung der Gesuchsgegnerin für den Antrag auf Nichteintreten angeführt. Es obliege der Gesuchsgegnerin die für ihre Darstellung des Sachverhalts massgeblichen Tatsachen korrekt vorzubringen. Die Gutheissung des Begehrens durch die Vorinstanz sei zu Recht erfolgt. Die Angaben der Gesuchsgegnerin vor Vorinstanz zur Stellung von E._____ seien widersprüchlich, indem sie einerseits – und zwar überwiegend – als (Haupt)Erbin und andererseits auch als Nutzniesserin bezeichnet worden sei. In seiner E-Mail vom 5. Mai 2015 habe der Gesuchsteller nicht erklärt, dass E._____ vollumfänglich, mithin auch im Hinblick auf die Liegenschaften, bereits als Nutz-

niesserin konstituiert sei. Die Behauptung der Nutzniessung habe die Vorinstanz in zutreffender Weise für "irrelevant" befunden. Vor der Errichtung der Nutzniessung sei die Erbengemeinschaft in Besitz und Nutzung des Nachlassvermögens. Ihr bzw. dem Willensvollstrecker stehe damit auch die Verwaltungsbefugnis zu.

Sodann bestritt der Gesuchsteller, dass das Schreiben vom 6. Mai 2015 in materieller Hinsicht ein Novum darstelle. Das Schreiben enthalte zum einen keine neuen Tatsachen im Vergleich zum Urteil des Bezirksgerichts Zürich betreffend Eröffnung von Erbverträgen und letztwilligen Verfügungen vom 14. Oktober 2014, auf welches darin verwiesen werde. Zum anderen habe die Gesuchsgegnerin nicht ausgeführt, wann sie Kenntnis vom Schreiben erhalten habe, genüge doch die blosser Behauptung der fehlenden Kenntnis nicht.

Ausserdem sei die Kündigung weder nichtig noch unwirksam. Abgesehen davon, dass auch die Gesuchsgegnerin von einem korrekt gekündigten Mietverhältnis ausgegangen sei, sei die Kündigung auch vom Willen von E. _____ getragen gewesen.

Die Vorinstanz habe – so der Gesuchsteller – den rechtlich relevanten Sachverhalt zu Recht als liquide beurteilt. Es treffe auch nicht zu, dass die Vorinstanz der richterlichen Fragepflicht nicht nachgekommen sei. Die Fragepflicht greife nur hinsichtlich bereits vorgebrachter Tatsachen. Zudem entbinde dies die Parteien nicht davon, die rechtserheblichen Behauptungen genügend substantiiert und vollständig darzulegen (act. 29).

4.4. Es ist dem Gesuchsteller zuzustimmen, dass es sich bei der von der Gesuchsgegnerin mit der Berufung eingereichten Beilage um ein unzulässiges Novum handelt. Die Gesuchsgegnerin führte nicht aus, weshalb es ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich war, dieses Dokument schon vor erster Instanz einzureichen (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO). Sie begnügt sich vielmehr mit der Behauptung, dieses Schreiben sei der Gesuchsgegnerin bei der Verhandlung nicht bekannt gewesen. Jedoch datiert dieses Schreiben vom 6. Mai 2015; die Verhandlung fand am 8. Mai 2015 statt und die Adressatin des Schreibens – E. _____ – war an der Verhandlung ebenfalls anwesend (vgl. Prot. I S. 3). Damit bleibt das Doku-

ment unbeachtlich. Es ist anzumerken, dass das Schreiben ohnehin keinen für den Entscheid wesentlichen Inhalt hat.

4.5. Die Gesuchsgegnerin machte vor Vorinstanz geltend, E._____ – die Mutter ihres einzigen Verwaltungsrates – wolle, dass das Ausweisungsbegehren zurückgezogen werde. Sie sei am Grundstück berechtigt, und zwar als Haupterin bzw. als Nutzniesserin, weshalb ihr Wille zu beachten sei. Entsprechend dürfe die Gesuchsgegnerin in der Liegenschaft bleiben (Prot. I S. 3 ff.). Entgegen der Darstellung des Gesuchstellers in seiner Berufungsantwort, hat die Vorinstanz in der Folge lediglich geprüft, welche Auswirkung ein solcher Wunsch einer Person mit Erbenstellung hat (act. 15 = 18 = 20 S. 5). Nicht geprüft hat sie hingegen, wie es sich verhält, wenn E._____ Nutzniesserin der besagten Liegenschaften ist. Dass die Vorinstanz eingangs beide Konstellationen – namentlich "Haupterin bzw. Nutzniesserin" – erwähnt (act. 15 = 18 = 20 S. 4), ändert daran nichts. Auch hat die Vorinstanz die Einwendung nicht (wie vom Gesuchsteller dargestellt) als irrelevant abgetan, weil der Eintrag der Nutzniessung im Grundbuch fehle; eine solche Erwägung enthält der Entscheid nicht (wobei diese Thematik vom Gesuchsteller erstinstanzlich auch nicht aufgeworfen wurde). Die Vorinstanz bezeichnete vielmehr den Wunsch einer Erbin als irrelevant, da der Willensvollstrecker nicht an den Willen der Erben gebunden sei. Wie es sich mit dem Wunsch der Nutzniesserin verhält, hat sie hingegen nicht geprüft.

In Bezug auf die Nutzniessung erwog die Vorinstanz lediglich, die erbrechtliche Stellung von E._____ sei ohnehin nicht klar, da die Gesuchsgegnerin diese sowohl als Nutzniesserin wie auch als Haupterin bezeichnet und es zudem unterlassen habe, Unterlagen einzureichen, die ihre erbrechtliche Stellung nachweisen würden. Wie ausgeführt (vgl. Ziff. 2.2), genügt es, wenn die Gesuchsgegnerin Einwendungen und Einreden substantiiert vorbringt. Sie hat ihre Einwendungen und Einreden nicht einmal glaubhaft zu machen. Entsprechend brauchte sie auch keine Unterlagen vorzulegen, welche die erbrechtliche Stellung von E._____ nachweisen würden.

Gelangt das Gericht zur Ansicht, ein Vorbringen einer Partei sei unklar oder widersprüchlich, hat es grundsätzlich die Fragepflicht nach Art. 56 ZPO auszuüben.

Dies war in der vorliegenden Konstellation jedoch nicht erforderlich. Da die Gesuchsgegnerin E. _____ sowohl als Erbin als auch als Nutzniesserin bezeichnete (Prot. I S. 3 ff.), stellt sich zunächst die Frage, ob die Behauptung genügend substantiiert ist. Diese Frage ist vorliegend zu bejahen. Die einzelnen Behauptungen, E. _____ sei Nutzniesserin bzw. sie sei Haupterbin (und wolle die Ausweisung nicht), sind separat betrachtet jedenfalls genügend substantiiert. Es bräuchte – allein erhoben, d.h. entweder Nutzniesserin oder Erbin – jedenfalls keine weiterführenden Ausführungen. Vorliegend hat die Gesuchsgegnerin zwar zugleich beide Tatsachenbehauptungen aufgestellt (Prot. I S. 3 ff.) und diese beiden Behauptungen beinhalten einen gewissen Widerspruch, ist der Nutzniesser gemäss Art. 473 ZGB doch Vermächtnisnehmer und nicht Erbe (BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 473 N 12). Insofern ist die Aussage auf den ersten Blick etwas widersprüchlich. Jedoch ist nicht ausgeschlossen, dass eine Person Erben- und Nutzniesserstellung innehat, namentlich wenn ihr neben dem Vermächtnis noch Erbenstellung bezüglich der disponiblen Quote eingeräumt wurde (vgl. Art. 473 Abs. 2 ZGB; KUKO ZGB-GRÜNINGER, Art. 473 N 5). Zudem ist zu beachten, dass es sich hierbei um juristische Fachbegriffe handelt. Einem juristischen Laien ist wohl – ähnlich wie bei den Begriffen Besitz und Eigentum – die konkrete Abgrenzung nicht bekannt, ergibt sich die Nutzniessung der überlebenden Ehefrau doch auch aus ihrer grundsätzlichen Erbberechtigung und nimmt deren Stelle ein. Die Gesuchsgegnerin war erstinstanzlich nicht anwaltlich vertreten. Für sie handelte ein juristischer Laie. Die Behauptung beider Varianten ist somit weder unsubstantiiert noch infolge Widerspruchs unbeachtlich. Die Behauptung, E. _____ sei Nutzniesserin oder Haupterbin, ist sodann auch nicht haltlos, handelte es sich beim Verstorbenen doch um ihren Ehegatten. Auch die erstinstanzlich vorgelegten Dokumente machen die Behauptungen nicht haltlos. Den von der Gesuchsgegnerin eingereichten Unterlagen ist zwar zu entnehmen, dass sich E. _____ selbst als Haupterbin bezeichnete (act. 13/1 und 13/2). E. _____ ist jedoch ebenfalls juristische Laiin, weshalb dies die Behauptung der Gesuchsgegnerin nicht haltlos macht. In der E-Mail des Gesuchstellers vom 5. Mai 2015 ist sodann von den Erben und der Nutzniessungsberechtigten die Rede (act. 14/4 S. 1). Es sind zwar keine Namen genannt, jedoch ergibt sich daraus, dass es eine Nutzniesserin gibt, wobei nahe

liegt, dass es sich dabei um die Ehegattin des Verstorbenen handelt. Die Ausführungen des Gesuchstellers an der Verhandlung lassen zwar auf die Behauptung der blossen Erbenstellung von E._____ schliessen, jedoch äusserte sich der Gesuchsteller weder explizit zur konkreten Stellung von E._____ noch zur behaupteten Nutzniessung (vgl. Prot. I S. 5 ff.).

Sodann hätte ein gerichtliches Nachfragen auch zur Antwort führen können, dass sie (die Gesuchsgegnerin) nicht genau wisse, ob E._____ Nutzniesserin oder Haupterin sei, sie (E._____) sei aber jedenfalls das eine oder das andere. Sowohl bei der Aussage ohne richterliche Nachfrage als auch bei der unpräzisen Antwort auf die Nachfrage geht es nicht an, die zusammen erhobenen Tatsachenbehauptungen lediglich aufgrund des Regelfalles, wonach die Nutzniessung die Erbenstellung ausschliesst, und damit des gewissen Widerspruchs, als unsubstantiiert, unklar oder als haltlos zu qualifizieren. Vielmehr hat der Gesuchsteller den Beweis des Nichtbestandes beider (oder zumindest einer der) Tatsachenvorbringen zu erbringen, sofern diese rechtlich relevant sind. Kann er dies nicht, sind in solchen Fällen beide Varianten vom Gericht zu prüfen. Steht eine Variante der Gutheissung des Begehrens entgegen, ist ein Nichteintretensentscheid zu fällen. Schliesslich ist es am Gesuchsteller, den gesamten Sachverhalt von Beginn an umfassend darzustellen und mit Unterlagen zu untermauern, um damit einer Illiquidität durch gesuchsgegnerische Vorbringen vorzubeugen.

Folglich war die Vorinstanz nicht gehalten, bezüglich der erbrechtlichen Stellung von E._____ nachzufragen. Entgegen der Ausführung der Vorinstanz musste die Gesuchsgegnerin ihre Vorbringen aber nicht mit Unterlagen untermauern. Da die Behauptungen der Gesuchsgegnerin weder als unsubstantiiert, unklar noch haltlos abgetan werden können, hätte die Vorinstanz vorliegend – neben der Prüfung des Einwands unter Annahme der Erbenstellung von E._____ – ebenfalls prüfen müssen, wie es sich verhält, wenn es sich bei E._____ um die Nutzniesserin der besagten Liegenschaften handelt. Diese Prüfung ist im Folgenden aufgrund der Vorbringen vor Vorinstanz vorzunehmen.

4.6. Nach Art. 755 Abs. 2 ZGB besorgt der Nutzniesser die Verwaltung. Somit ist der Einwand, die Nutzniesserin wolle die Ausweisung nicht, rechtlich relevant, da

die Nutzniessung der Verwaltungsbefugnis des Willensvollstreckers und damit der Gutheissung des Ausweisungsbegehrens sowie des Auskunftsbegehrens grundsätzlich entgegensteht.

Der Gesuchsteller ging auf das Nutzniessungsrecht von E._____ weder in seinem Gesuch noch in seinen Stellungnahmen an der vorinstanzlichen Verhandlung ein (act. 1, Prot. I S. 5 ff.). Damit behauptete und belegte er weder den Nichtbestand der Nutzniessung noch brachte er Argumente vor, weshalb die Nutzniessung vorliegend der Verwaltung durch ihn als Willensvollstrecker nicht entgegenstehe. Er beschränkte seine Ausführungen auf den Fall der Erbenstellung (Prot. I S. 5 ff.). Die erst in der Berufungsantwort vorgebrachten Tatsachenbehauptungen in Bezug auf die Nutzniessung sind verspätet und somit nicht zu beachten. Diese Vorbringen hätten spätestens an der erstinstanzlichen Verhandlung erfolgen und bewiesen werden müssen. Dies wäre sodann ohne Weiteres möglich gewesen: Dem Gesuchsteller als Jurist und Willensvollstrecker im betreffenden Nachlass musste die konkrete Stellung von E._____ bekannt gewesen sein; ausserdem wandte sich E._____ mit ihrem Anliegen bereits im Vorfeld der Verhandlung an den Gesuchsteller (act. 13/2). Mangels diesbezüglicher Behauptungen (sowie der Erbringung des Urkundenbeweises) im vorinstanzlichen Verfahren, ist im Tatsächlichen auf das behauptete Nutzniessungsrecht von E._____ abzustellen. Ausgehend davon, dass E._____ Nutzniesserin der Liegenschaften ist, steht ihr das Verwaltungsrecht zu und nicht dem Willensvollstrecker. Dem Gesuchsteller fehlt es somit an der Aktivlegitimation. Folglich ist auf das Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen sowohl bezüglich der Ausweisung als auch bezüglich des Auskunftsbegehrens nicht einzutreten.

Auch das im Berufungsverfahren erhobene rechtliche Argument des Gesuchstellers, es brauche zur Errichtung der Nutzniessung des Eintrags im Grundbuch, ändert daran nichts: Die Frage, ob im Erbfall der Nutzniesser das Recht in Bezug auf Liegenschaften schon vor der Eintragung erlangt (deklaratorische Eintragung; vgl. CHK-THURNHERR, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, 2. Aufl., Art. 746 N 3; KUKO ZGB- SCHMID-TSCHIRREN, Art. 746 N 4), oder ob der Eintrag im Grundbuch Voraussetzung der Entstehung des Nutzniessungsrechts

darstellt und davor lediglich ein obligatorischer Anspruch gegen die Erben auf Errichtung der Nutzniessung besteht (BSK ZGB II-STAEHELIN, 5. Aufl., Art. 473 N 12), ist umstritten (vgl. auch BSK ZGB II-MÜLLER, 5. Aufl. Art. 746 N 8). Damit fehlt es auch am Erfordernis des klaren Rechts, was ebenfalls zum Nichteintreten führt.

4.7. Nach dem Gesagten ist die Berufung gutzuheissen und auf das Begehren des Gesuchstellers um Rechtsschutz in klaren Fällen ist nicht einzutreten. Dem Gesuchsteller bleibt die Möglichkeit, sein Begehren auf dem Weg des ordentlichen Zivilprozesses geltend zu machen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss sind sowohl die erstinstanzlichen als auch die zweitinstanzlichen Gerichtskosten dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Gesuchsteller ist zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. Für das erstinstanzliche Verfahren, in dem sie im Übrigen nicht anwaltlich vertreten war (vgl. Prot. I S. 8), ist ihr hingegen mangels Antrag (vgl. Prot. I S. 3 ff.) keine Entschädigung zuzusprechen.

Der Streitwert in Bezug auf die Ausweisung beträgt Fr. 41'400.– (6 x Fr. 6'900.–), das Auskunftsbegehren ist nicht vermögensrechtlicher Natur. Die Festsetzung der erstinstanzlichen Gerichtskosten wurde von den Parteien nicht beanstandet. Der Betrag von Fr. 3'600.– ist angemessen. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens sind in Anwendung von §§ 4, 5 Abs. 2, 8 Abs. 1 und 12 GebV OG auf Fr. 2'500.– festzusetzen. Die Parteientschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren beträgt in Anwendung von §§ 4, 5 Abs. 2, 9 und 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV Fr. 2'700.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen und das Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 8. Mai 2015 wird aufgehoben. Auf das Ge-

such des Gesuchstellers um Rechtsschutz in klaren Fällen vom 1. April 2015 wird nicht eingetreten.

2. Die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 3'600.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 2'500.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller auferlegt. Sie werden im Umfang von Fr. 3'600.– aus dem von der Gesuchsgegnerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen, sind jener aber in diesem Umfang vom Gesuchsteller zu ersetzen.
5. Der Gesuchsgegnerin wird für das erstinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'916.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage des Doppels von act. 29, an das Einzelgericht Audienz am Bezirksgericht Zürich sowie an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 teilweise um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der diesbezügliche Streitwert beträgt Fr. 41'400.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw D. Weil

versandt am: