

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PF250031-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Schmidt

## Urteil vom 16. September 2025

in Sachen

**Stockwerkeigentümergeinschaft A.\_\_\_\_\_ 1,**

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur., LL.M. X.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Gesuchs- und Beschwerdegegner

betreffend **Ausweisung / Rechtsschutz in klaren Fällen**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des  
Bezirksgerichtes Bülach vom 19. Juni 2025 (ER250037)**

### Erwägungen:

1.

1.1. Mit (elektronisch eingegebenem) Gesuch vom 31. März 2025 stellten die Stockwerkeigentümergeinschaft A.\_\_\_\_ 1 (fortan: Gesuchstellerin 1 oder Beschwerdeführerin) und die Stockwerkeigentümergeinschaft A.\_\_\_\_ 2 (fortan: Gesuchstellerin 2), vertreten durch die A1.\_\_\_\_ AG und diese vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. LL.M. X.\_\_\_\_, beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach (fortan: Vorinstanz) ein Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen. Sie beantragten mittels der folgenden Rechtsbegehren die Ausweisung bzw. Räumung einer von B.\_\_\_\_ (fortan: Gesuchs- oder Beschwerdegegner) für dessen Restaurantbetrieb beanspruchten Aussenfläche (act. 8/1, S. 2):

- "1. Der Gesuchsgegner sei unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfalle zu verpflichten, die vor seinem Gastronomiebetrieb "C.\_\_\_\_" (Stockwerkeinheit/Sonderrecht 3) bis zur D.\_\_\_\_-strasse reichende Aussenfläche auf Kat.Nr. 3/E.\_\_\_\_, D.\_\_\_\_-strasse ..., ... F.\_\_\_\_ [Quartier] (E.\_\_\_\_) zu räumen sowie den Gesuchstellerinnen ordnungsgemäss gereinigt zu übergeben, und es sei das Stadtammannamt E.\_\_\_\_ anzuweisen, diesen Entscheid auf erstes Verlangen der Gesuchstellerinnen zu vollstrecken.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zuzulasten des Gesuchsgegners."

1.2. Beim vorgenannten Gesuch handelte es sich um eine ergänzte Fassung des der Vorinstanz bereits wenige Tage zuvor – ebenfalls elektronisch jedoch ohne Abgabequittung – eingereichten Gesuchs vom 28. März 2025 (act. 8/1A). Mit Schreiben vom 3. April 2025 hielten die Gesuchstellerinnen fest, die Eingabe vom 28. März 2025 sei nicht gültig erfolgt, weshalb sie unbeachtlich und auf das Gesuch vom 31. März 2025 abzustellen sei. Eventualiter handle es sich um eine gültige Klageänderung (act. 8/5; vgl. ferner act. 8/7).

1.3. Mit Verfügung vom 19. Juni 2025 trat die Vorinstanz auf das Gesuch vom 31. März 2025 nicht ein und auferlegte den Gesuchstellerinnen 1 und 2 die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens. Parteientschädigungen wurden keine zugesprochen (act. 3 = act. 7 = act. 8/10).

1.4. Hiergegen erhob die Gesuchstellerin 1 (vertreten durch die A1.\_\_\_\_\_ AG und diese vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. LL.M. X.\_\_\_\_\_) mit (elektronischer) Eingabe vom 4. Juli 2025 samt Beilagen Beschwerde an die Kammer (act. 2, act. 4/1-2, act. 5/3-6). In ihrer Beschwerde stellte die Gesuchstellerin 1 folgende Rechtsbegehren (act. 2):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 19. Juni 2025 (Geschäfts-Nr. ER250037-C/U) sei vollumfänglich aufzuhaben.
2. Der Beschwerdegegner sei unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu verpflichten, die vor seinem Gastronomiebetrieb "C.\_\_\_\_\_" (Stockwerkeinheit 3) bis zur D.\_\_\_\_\_ -strasse reichende Aussenfläche auf Kat.Nr. 4/E.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ -strasse ..., ... F.\_\_\_\_\_ (E.\_\_\_\_\_) zu räumen sowie der Beschwerdeführerin ordnungsgemäss gereinigt zu übergeben, wobei das Stadttammannamt E.\_\_\_\_\_ anzuweisen sei, diesen Entscheid auf erstes Verlangen der Beschwerdeführerin zu vollstrecken.
3. Eventuell sei die vorinstanzliche Verfügung aufzuheben und die Sache gemäss den Weisungen des Obergerichts des Kantons Zürich, Zivilkammer, im Sinne der vorliegenden Beschwerde zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. 8.1 % Mehrwertsteuer bei der Parteientschädigung, zu Lasten des Beschwerdegegners."

1.5. Anzumerken ist, dass der eingereichten Beschwerde anstelle der Beilage 1 gemäss Beweismittelverzeichnis zwei Exemplare der Anwaltsvollmacht beilagen (act. 4/1-2). Die fehlende Beilage 1 reichte die Gesuchstellerin 1 mit separater elektronischer Eingabe (ohne gültige Signatur) gleichentags nach (act. 3).

1.6. Mit Verfügung vom 11. Juli 2025 wurde die Gesuchstellerin 1 aufgefordert, entweder eine Vollmacht der Gesuchstellerin 1 an Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_, einen Verwaltungsvertrag zwischen der Gesuchstellerin 1 und der A1.\_\_\_\_\_ AG oder sonst eine Urkunde einzureichen, aus welcher sich die Zustimmung der Gesuchstellerin 1 zur Beschwerde vom 4. Juli 2025 ableiten liesse. Gleichzeitig wurde der Gesuchstellerin 1 Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss zu leisten (act. 9). In der Folge machte die Gesuchstellerin 1 mit elektronischer Eingabe vom 18. Juli 2025 Ausführungen zu den Vertretungsverhältnissen und reichte den Verwaltungsvertrag vom 4. Januar 2021, das Versammlungsprotokoll vom 22. Dezember 2020 sowie einen Zahlungsbeleg ein (act. 11, act. 12/1-3). Der Kostenvorschuss

wurde innerhalb der angesetzten Frist geleistet (act. 9, act. 10, act. 12/3 und act. 14).

1.7. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 8/1-11). Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort bzw. einer Stellungnahme der Vorinstanz kann verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO; Art. 324 ZPO). Die Sache erweist sich als spruchreif. Dem Gesuchsgegner ist mit dem vorliegenden Entscheid ein Doppel der Beschwerde (act. 2) zur Kenntnisnahme zuzustellen.

2.

2.1. Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den Art. 319 ff. ZPO. Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, begründet und mit Rechtsmittelanträgen versehen einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Umfasst wird davon auch die Überprüfung von blosser Unangemessenheit, soweit es um Rechtsfolgeermessen geht (vgl. zum Ganzen etwa ZK ZPO-FREIBURGHHAUS/AFHELDT, 4. Aufl. 2025, Art. 320 N 3 f. i.V.m. ZK ZPO-REETZ, 4. Aufl. 2025, Art. 310 N 36). Die Beschwerdeinstanz greift aber nur mit einer gewissen Zurückhaltung in einen wohl überlegten und vertretbaren Ermessensentscheid der Vorinstanz ein (vgl. OGer ZH PA160029 vom 28. November 2016, E. 4.2; PC150063 vom 14. Januar 2016, E. II./3; PC110002 vom 8. November 2011, E. 3 m.w.H. = ZR 111 [2012] Nr. 53 S. 161 f.). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO).

2.2. Die Beschwerde erfolgte fristgerecht (vgl. act. 8/11) und enthält einen Antrag sowie eine Begründung. Aufgrund der mit Eingabe vom 18. Juli 2025 gemachten Ausführungen und der hierzu eingereichten Unterlagen (vgl. act. 4/1-2, act. 11 sowie act. 12/1-2) kann davon ausgegangen werden, dass ein Verwaltungsvertrag mit der A1. \_\_\_\_\_ AG besteht und diese Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ zur Vertretung im vorliegenden Verfahren bevollmächtigt hat (zur Unklarheit des Vertretungsverhältnisses im vorinstanzlichen Verfahren, vgl. act. 7, E. 2.2). Auf die

Beschwerde ist insoweit, jedoch unter Vorbehalt der Prüfung weiterer Zulässigkeitsvoraussetzungen, einzutreten.

2.3. Vorweg ist festzuhalten, dass vorliegend das Gesuch vom 31. März 2025 und nicht jenes vom 28. März 2025 massgeblich ist. Die Vorinstanz hatte dem Gesuchsgegner die ursprüngliche Fassung des Gesuchs vom 28. März 2025 (act. 8/1A) noch nicht zugestellt, sodass der Einreichung eines angepassten und ergänzten Gesuchs am 31. März 2025 (act. 8/1) nichts entgegenstand (vgl. Art. 65 ZPO). Ungeachtet der diesbezüglich etwas undeutlich formulierten Prozessgeschichte bzw. prozessualen Erwägungen (vgl. act. 7, E. 1 und 2.1) hat die Vorinstanz denn auch das Gesuch vom 31. März 2025 und nicht jenes vom 28. März 2025 beurteilt (vgl. act. 7, Dispositiv-Ziff. 1; vgl. auch act. 2, Rz. 10). Die Ausführungen der Gesuchstellerin 1 in Rz. 10 der Beschwerde führen insoweit ins Leere. Entgegen der Gesuchstellerin 1 (vgl. act. 2, Rz. 10) ist der Vorinstanz auch keine Gehörswidrigkeit vorzuwerfen, weil sie in diesem Zusammenhang nicht konkret auf die Ausführungen in der Eingabe vom 3. April 2025 (act. 8/5) eingegangen ist.

### 3.

3.1. In dem von den Gesuchstellerinnen 1 und 2 gemeinsam bei der Vorinstanz eingereichten Gesuch vom 31. März 2025 (act. 8/1) führten die Gesuchstellerinnen 1 und 2 aus, der Gesuchsgegner sei bei der Stockwerkeigentümergeinschaft A.\_\_\_\_ 1 Eigentümer der der D.\_\_\_\_-strasse zugewandten Stockwerkeinheit 3 im Erdgeschoss, welche sich aus dem Restaurant bzw. Gastronomiebetrieb "C.\_\_\_\_" sowie zwei von ihm vermieteten Ladenräumlichkeiten zusammsetze. Vor dem gegenüber der Strasse auf der linken Seite liegenden Restaurant habe der Gesuchsgegner eine Fläche von rund 150m<sup>2</sup> okkupiert, welche er als Restaurantfläche benutze und mit entsprechendem Mobiliar okkupiert habe (act. 8/1, Rz. 7). Die Fläche des Vorplatzes gehöre zwar grundbuchlich zum Grundstück Kat.Nr. 4 des Stockwerkeigentums 3. Da jedoch die Gebäude der beiden Stockwerkeigentümerschaften A.\_\_\_\_ 1 und A.\_\_\_\_ 2 baulich zusammengefügt seien, trügen die Stockwerkeigentümer von A.\_\_\_\_ 1 und 2 die gemeinschaftlichen Kosten beider Eigentümergeinschaften gemeinsam, weswegen

auch die Generalversammlungen gemeinsam geführt würden. Dies gehe insbesondere aus dem Beschluss vom 2. Mai 2024 (act. 8/3/4), aber auch aus einer Vereinbarung der Gemeinschaften mit der Betriebsgesellschaft A1.\_\_\_\_\_ AG hervor (act. 8/3/4a). In letzterer seien auch die Gesamtquotenzahlen beider Stockwerkeigentümergeinschaften festgehalten, deren Aufteilung auf die Eigentümer entsprechend auch über die Ansprüche der Stockwerkeigentümer beider A.\_\_\_\_\_ an den gemeinsamen Anlagen und damit auch der vom Gesuchsgegner okkupierten Aussenfläche bestimme (act. 8/1, Rz. 9).

Die Gesuchstellerinnen 1 und 2 führten in ihrem Gesuch an die Vorinstanz ferner aus, die Rechtslage sei vorliegend vergleichbar mit der abgabepflichtigen gewerblichen Benutzung des öffentlichen Grundes, welche bei dieser Fläche eine monatliche Gebühr von bis Fr. 2'850.– nach sich ziehe. Grundsätzlich gelte, dass der Gesuchsgegner die widerrechtlich besetzte Fläche (Aussenfläche oder Vorplatz) räumen müsse (act. 8/1, Rz. 7 f.). Mit Beschlussfassung anlässlich der Generalversammlung vom 2. Mai 2024 hätten die Gesuchstellerinnen auf Vermietung der Aussenfläche an den Gesuchsgegner für Fr. 1'000.– pro Monat entschieden. Der Gesuchsgegner habe an der Versammlung eine mietvertragliche, kostenlose Nutzung des Vorplatzes erwähnt, welche er jedoch nicht habe belegen können. Abgesehen davon sei ein Mietvertrag gemäss Art. 253 OR immer entgeltlich, sodass der Gesuchsgegner auch keine Übertragung von einem Vorgänger habe belegen können (act. 8/1, Rz. 8 mit Verweis auf act. 8/3/4). Der Gesuchsgegner habe die Fläche daraufhin unverändert für seinen Gastronomiebetrieb beansprucht, jedoch nie Miete bezahlt (act. 8/1, Rz. 8). Auf ein Schreiben vom 3. Oktober 2024, womit dem Gesuchsgegner auch die Betreuung des aufgelaufenen Mietzinses kundgetan worden sei, habe der Gesuchsgegner nicht reagiert, weshalb den Gesuchstellerinnen nichts anderes übrig geblieben sei, als das Mietverhältnis per 31. Januar 2025 zu kündigen (act. 8/1, Rz. 8, 10). Die mittels des amtlichen Formulars ausgesprochene und explizit nach Art. 257d OR begründete Kündigung vom 20. Dezember 2024 sei dem Gesuchsgegner am 30. Dezember 2024 zugegangen, womit die einmonatige Kündigungsfrist auf den 31. Januar 2025 eingehalten worden sei. Einen Monat vor der Kündigung, am 20. November 2024, habe die G.\_\_\_\_\_ GmbH, welche von der A1.\_\_\_\_\_ AG mit der administrativen Verwaltung unterbe-

auftragt worden sei, den Ausstand von Fr. 11'000.– eingefordert und dies mit der Kündigungsandrohung verknüpft (act. 8/1, Rz. 10 mit Verweis auf act. 8/3/4b-c sowie act. 8/3/5-7). Nachdem der Gesuchsgegner auf die Kündigung nicht reagiert habe, hätten ihn die Gesuchstellerinnen bzw. die damit beauftragte G. \_\_\_\_\_ GmbH mit Schreiben vom 11. März 2025 aufgefordert, sämtliche Gegenstände wie Tische, Stühle, Pflanzen, Sonnenschirme etc. bis spätestens am Freitag, 21. März 2025, 12:00 Uhr zu entfernen. Da der Gesuchsgegner auch dieser Aufforderung sowie einer weiteren Aufforderung vom 26. März 2025 nicht nachgekommen sei, was insbesondere aus aktuellen Fotografien des Vorplatzes ersichtlich sei, seien die Gesuchstellerinnen gezwungen gewesen, die Beendigung des Mietverhältnisses bzw. die Ausweisung und Räumung auf dem Rechtsweg durchzusetzen (act. 8/1, Rz. 11 mit Verweis auf act. 8/3/8-10).

Bei der vom Gesuchsgegner beanspruchten Fläche handle es sich um eine gemeinschaftliche Fläche, welche der Nutzung durch alle Eigentümer diene und deshalb eine gemeinschaftliche Anlage im Sinne von Art. 712 [recte: 712b] Abs. 2 Ziff. 2 und 3 ZGB bilde. Dies im Gegensatz zur Sonderrechtseinheit 3 des Gesuchsgegners, welche das Restaurant und zwei von ihm vermietete Räumlichkeiten umfasse (act. 8/1, Rz. 13). Der Gesuchsgegner habe sich bereits vor der getroffenen mietrechtlichen Regelung rechtsgrundlos auf der Aussenfläche aufgehalten, weswegen er auch diesbezüglich zu deren sofortigen Räumung und Rückgabe im ordentlichen Zustand, unter Vollstreckungsanweisung an das Stadtmannamt zu verpflichten sei. Auf dieser Grundlage ergebe sich bei rechtsgrundloser Besetzung namentlich ein Räumungsanspruch aus Besitzschutz nach Art. 927 f. ZGB i.V.m. Art. 937 Abs. 2 ZGB sowie aus Eigentum (Art. 641 Abs. 2 ZGB), zumal die Gemeinschaften beabsichtigen würden, die Aussenfläche im Rahmen ihres eigentumsrechtlichen uneingeschränkten Verfügungsrechts (Art. 641 Abs. 1 ZGB) künftig als Veloabstellplatz zu benutzen. Zudem entspreche die Benutzung der seitens der Gesuchstellerinnen dem Gesuchsgegner entgeltlich zum Gebrauch überlassenen Aussenfläche einem Mietvertragsverhältnis, zu welchem der Gesuchsgegner durch fortdauernde Beanspruchung der von ihm zuvor rechtswidrig besetzten Fläche konkludent sein Einverständnis erklärt habe. Vorliegend hätten die Gesuchstellerinnen das Mietverhältnis mit dem Gesuchs-

gegner am 20. Dezember 2024 mit einer Kündigungsfrist von einem Monat unter Verwendung des amtlichen Formulars gestützt auf Art. 257d OR gekündigt. Diese sei weder angefochten worden, noch sei eine Erstreckung verlangt worden. Nach einem abgelaufenen Mietverhältnis müsse der Mieter die Sache gemäss Art. 267 OR zurückgeben; die Vermieter, d.h. die Gesuchstellerinnen, hätten einen vertraglichen (obligatorischen) Rückgabe- bzw. Räumungsanspruch. Der Gesuchsgegner sei entsprechend zu verpflichten, die Mietfläche unverzüglich zu räumen und den Gesuchstellerinnen ordnungsgemäss zu übergeben (act. 8/1, Rz. 15 ff.).

3.2. Die Vorinstanz trat auf das Gesuch der Gesuchstellerinnen 1 und 2 nicht ein, da sie deren Vorbringen als lückenhaft und die Rechtslage als nicht genügend klar erachtete (act. 7, E. 5 und E. 6). Zum geltend gemachten obligatorischen Rückgabeanspruch gemäss Art. 267 OR erwog die Vorinstanz, aufgrund der Vorbringen der Gesuchstellerinnen könne nicht vom Zustandekommen eines Mietvertrages ausgegangen werden. Hierfür seien übereinstimmende Willenserklärungen erforderlich. Die Behauptung, der Gesuchsgegner habe der anlässlich der Versammlung vom 2. Mai 2024 angebotenen (rückwirkenden) Vermietung der streitgegenständlichen Aussenfläche für monatlich Fr. 1'000.– durch fortgesetzte Nutzung zugestimmt, überzeuge nicht. Die Hauptpflicht des Mieters bestehe in der Bezahlung des Mietzinses, welcher vom Gesuchsgegner jedoch nie bezahlt worden sei. Auch sei nicht behauptet worden, der Gesuchsgegner habe je eine Bereitschaft signalisiert, einen Mietzins in der geforderten Höhe zu bezahlen. Vielmehr hätten die Gesuchstellerinnen selbst dargelegt, dass sich der Gesuchsgegner aus anderen Gründen zur unentgeltlichen Nutzung der Aussenfläche berechtigt sehe. Das konkludente Zustandekommen eines Vertrages erfordere regelmässig die wertende Berücksichtigung der gesamten Umstände, sodass unklar sei, ob überhaupt von einer klaren Rechtslage gesprochen werden könne. Aus der blossen Weiternutzung der Terrasse könne jedenfalls nicht auf ein konkludentes Akzept geschlossen werden. Daran, dass mangels Zustandekommen eines Mietvertrages kein mietrechtlicher Räumungsanspruch bestehe, ändere auch die unangefochten gebliebene Kündigung nichts, da die Kündigung eines nie zustande gekommenen Mietvertrages nichtig sei und auch ohne Anfechtung keine Rechtswirkungen entfalten könne (act. 7, E. 5.1). Die Vorinstanz erwog ferner,

dass die Gesuchstellerinnen ihren Räumungsanspruch auch nicht auf Art. 927 Abs. 1 ZGB stützen könnten, da die Nutzung der Aussenfläche durch den Gesuchsgegner während vieler Jahre geduldet worden sei (vgl. act. 8/1, Rz. 19), so dass in der fortgesetzten Nutzung keine verbotene Eigenmacht gesehen werden könne. Dass der Besitz der Fläche zu Beginn der Nutzung unbefugterweise eigenmächtig entzogen worden sei, hätten die Gesuchstellerinnen nicht dargelegt (act. 7, E. 5.5). Schliesslich sah die Vorinstanz auch einen dinglichen Räumungsanspruch als nicht erstellt an. In diesem Zusammenhang erwog sie zunächst, dass der Gesuchstellerin 2 mangels Eigentümerstellung oder anderer dinglicher Berechtigung kein dinglicher Räumungsanspruch zustehe, sodass auf deren Gesuch mangels Aktivlegitimation nicht einzutreten wäre (act. 7, E. 5.2). Zwar habe sich der Gesuchsgegner gegenüber der Gesuchstellerin 1 ungerechtfertigter Einwirkungen zu enthalten. Als Eigentümer der Stockwerkeinheit 3 im Erdgeschoss der Gesuchstellerin 1 sei der Gesuchsgegner aber gemäss Art. 648 Abs. 1 ZGB befugt, die gemeinschaftlichen Teile der Sache – und damit auch die streitgegenständliche Aussenfläche – so weit zu benutzen, als es mit den Rechten der anderen Miteigentümer verträglich sei. Die Gesuchstellerinnen 1 und 2 hätten weder dargelegt, dass eine geltende Nutzungsordnung im Sinne von Art. 647 Abs. 1 ZGB die Nutzung der dem Restaurant vorgelagerten Aussenfläche für eine Aussenwirtschaft verbiete, noch inwieweit der Betrieb einer Aussenrestauration mit den Rechten der anderen Miteigentümer unverträglich sei. Der von den Gesuchstellerinnen 1 und 2 erwähnte Plan, die strittige Fläche künftig als Veloabstellplatz zu nutzen, sei unerheblich, da ein blosser Plan das dingliche Nutzungsrecht des Gesuchsgegners nicht aufzuheben vermöge. Zudem sei nicht behauptet worden, die Gemeinschaft habe die Errichtung des Veloabstellplatzes auf der Terrassenfläche beschlossen. Folglich fehle es an der eigentlichen Geltendmachung eines konkurrierenden Nutzungsanspruchs durch die Gemeinschaft. Ob es im Interesse der Gemeinschaft sei, anstelle des Restaurationsbetriebs mit Aussenfläche einen Veloabstellplatz zu betreiben, müsse nicht kommentiert werden. Es wäre aber selbst im Fall eines entsprechenden Beschlusses auf das Gesuch nicht einzutreten gewesen, da es in diesem Falle einer umfassenden Abwägung aller Interessen bedurft hätte (act. 7, E. 5.3). Selbst wenn dem Gesuchsgegner ein dingliches

Nutzungsrecht abzusprechen wäre, fände seine Nutzung der Aussenfläche für den Restaurationsbetrieb allenfalls eine obligatorische Rechtfertigung. Die Gesuchstellerinnen hätten selbst dargetan, dass der Gesuchsgegner die Fläche seit vielen Jahren nutze und sich an der Versammlung vom 2. Mai 2024 auf eine solche Grundlage berufen habe. Dass es dem Gesuchsgegner an der Verhandlung selbst nicht gelungen sein solle, einen Rechtsgrundaussweis für eine kostenlose Nutzung vorzuweisen, schliesse eine entsprechende Vereinbarung nicht aus, zumal aufgrund der auf den Fotos ersichtlichen vorhandenen Infrastruktur (fest installierte Markisen) wahrscheinlich sei, dass eine (konkludente) Vereinbarung bestehe; die Frage könne aber offen bleiben, da auf das Gesuch bereits aufgrund der vorangehenden Erwägungen nicht einzutreten sei (act. 7, E. 5.4).

4.

4.1. Die Gesuchstellerin 1 rügt, die Vorinstanz hätte das Ausweisungsverfahren nicht ohne Anhörung des Gesuchsgegners durch Nichteintretensentscheid beenden dürfen. Nach Auffassung der Gesuchstellerin 1 wäre eine Anhörung des Gesuchsgegners nur schon in Bezug auf die schon vorinstanzlich in Frage gestellte unentgeltliche Nutzung unerlässlich gewesen, da es an einem vertraglichen Sachbeweis einer unentgeltlichen Nutzung der Aussenfläche gemangelt habe (act. 2, Rz. 8).

4.2. Auf die Einholung einer Stellungnahme des Gesuchsgegners kann verzichtet werden, wenn das Gesuch als offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet erscheint (BSK ZPO-HOFMANN, 4. Aufl. 2024, Art. 257 N 9). Nachfolgend ist folglich unter Berücksichtigung der weiteren Rügen der Gesuchstellerin 1 zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht von der offensichtlichen Unzulässigkeit bzw. Unbegründetheit des Gesuchs ausging.

4.3.

4.3.1. Die Gesuchstellerinnen stützten ihren behaupteten Ausweisungsanspruch im vorinstanzlichen Verfahren zunächst auf einen konkludent abgeschlossenen Mietvertrag, der wegen Zahlungsverzugs gekündigt worden sei. Dabei ging aus

der Sachdarstellung der Gesuchstellerinnen im vorinstanzlichen Verfahren hervor, dass die streitbefangene Aussenfläche vom Gesuchsgegner jahrelang unentgeltlich genutzt wurde, bevor anlässlich einer Stockwerkeigentümersversammlung beschlossen worden sei, dass er dafür (rückwirkend ab Beginn des Jahres 2024) Miete bezahlen müsse. Weshalb die angeblich unrechtmässige, unentgeltliche Nutzung zunächst jahrelang geduldet worden sein soll, bleibt aufgrund der Sachverhaltsdarstellung der Gesuchstellerin unklar. Den Vorbringen der Gesuchstellerinnen im vorinstanzlichen Verfahren lässt sich aber entnehmen, dass der Gesuchsgegner mit der behaupteten Pflicht, ab Beginn des Jahres 2024 für die Nutzung der Terrassenfläche monatlich Fr. 1'000.– bezahlen zu müssen, nicht einverstanden war. So führten die Gesuchstellerinnen selbst aus, der Gesuchsgegner habe sich bei der Beschlussfassung der Stockwerkeigentümergeinschaften vom 2. Mai 2024 auf eine mietvertragliche kostenlose Nutzung berufen (vgl. act. 8/1, Rz. 8) und im Anschluss an die Beschlussfassung den geforderten monatlichen Betrag nie geleistet (act. 8/1, Rz. 8). Dass die Vorinstanz den behaupteten Abschluss eines Mietvertrages nicht als schlüssig erachtete, da keine Tatsachenbehauptungen aufgestellt worden seien, die auf einen übereinstimmenden Vertragswillen schliessen liessen, und aus der blossen Weiternutzung der Terrasse nicht auf ein (konkludentes) Akzept geschlossen werden könne (act. 7, E. 5.1), ist vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden. Zutreffend ist überdies die vorinstanzliche Erwägung, dass die Kündigung eines inexistenten Mietvertrags keine Rechtswirkungen zeitigt und die Kündigung somit keiner Anfechtung bedurfte (act. 7, E. 5.1). Dass die Vorinstanz klares Recht bezüglich des geltend gemachten mietvertraglichen Räumungsanspruchs verneinte, erscheint nach dem Gesagten folgerichtig.

4.3.2. Unbehilflich ist es, wenn die Gesuchstellerin 1 im Beschwerdeverfahren erstmals geltend macht, der Gesuchsgegner habe sich anlässlich der Stockwerkeigentümersversammlung in Bezug auf sein Nutzungsrecht auf einen alten Mietvertrag berufen, der von einer in Konkurs gefallenen und mittlerweile im Handelsregister gelöschten Gesellschaft (A2.\_\_\_\_\_ AG) abgeschlossen worden sei, die in Bezug auf die streitgegenständliche Aussenfläche nie vertretungs- oder verfügungsbefugt gewesen sei (act. 2, Rz. 18). Gleiches gilt für weitere Behauptungen

zu diesem Themenkomplex, welche die Gesuchstellerin 1 erstmals im Beschwerdeverfahren aufstellt (namentlich, dass die A2. \_\_\_\_\_ AG über kein Sondernutzungsrecht an der Aussenfläche verfügt habe, welches sie mietvertraglich zum Gebrauch hätte überlassen können, es ferner an der für eine Vertragsübernahme erforderlichen Zustimmung der bisherigen Vertragsparteien gefehlt habe und die vermietende Gesellschaft im Jahr 2003 weggefallen sei, sodass bereits aus tatsächlichen Gründen eine Übertragung nicht mehr möglich gewesen sei, vgl. act. 2, Rz. 26). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss die Liquidität des Sachverhalts bereits im erstinstanzlichen Verfahren gegeben sein und darf nicht erst durch Noveneingaben im Rechtsmittelverfahren hergestellt werden (vgl. BGer 4A\_420/2012 vom 7. November 2012, E. 5). Entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin 1 lässt sich auch nicht sagen, erst der Entscheid der Vorinstanz habe Anlass zu diesen Vorbringen gegeben (vgl. act. 2, Rz. 6, 9, 13, 18, 22 ff., 26 f., 31). Die Gesuchstellerinnen haben im erstinstanzlichen Verfahren selbst ausgeführt, dass sich der Gesuchsgegner auf einen Mietvertrag berufen habe (vgl. act. 8/1, Rz. 8). Entsprechend hätten sie sich bereits im vorinstanzlichen Verfahren dazu äussern müssen, weshalb die Berufung des Gesuchsgegners auf den ihnen offensichtlich bekannten Mietvertrag nicht statthaft sein soll. Im Beschwerdeverfahren sind die diesbezüglichen Vorbringen und die hierzu eingereichten Beweismittel als unzulässige Noven zu qualifizieren, die nicht zu berücksichtigen sind.

4.3.3. Abgesehen davon belegt auch der Umstand, dass die Gesuchstellerin 1 die Beschwerde alleine erhebt, während das ursprüngliche Gesuch bei der Vorinstanz von den Gesuchstellerinnen 1 und 2 gestellt worden war, und das Rechtsbegehren im Rechtsmittelverfahren angepasst wurde, die Illiquidität der Sach- und Rechtslage: Während im erstinstanzlichen Verfahren die Herausgabe der Mietfläche an die Gesuchstellerinnen 1 und 2 beantragt worden war, verlangt die Gesuchstellerin 1 nunmehr die Herausgabe nur an sich selbst (vgl. vorstehend, E. 1.1 und E. 1.4). Die Gesuchstellerin 1 beruft sich in diesem Zusammenhang zwar auf die vorinstanzliche Erwägung, wonach aus dem Eigentum fliessende Rechte nur der Gesuchstellerin 1 zustünden. Entsprechend geht die Gesuchstellerin 1 im Beschwerdeverfahren davon aus, nur sie alleine sei zur Geltendma-

chung dinglicher Abwehransprüche aktivlegitimiert (vgl. act. 2, Rz. 19). Ob dies für sämtliche von der Gesuchstellerin 1 in Betracht gezogenen Anspruchsgrundlagen der Fall wäre, erscheint aber unklar, zumal die Gesuchstellerinnen im erstinstanzlichen Verfahren offensichtlich selbst davon ausgingen, sie müssten zur Durchsetzung ihrer behaupteten Ansprüche gemeinsam vorgehen. Mangels umfassender und klarer Darlegung des Sachverhalts kann auch nicht beurteilt werden, ob vorliegend allenfalls von einer notwendigen Streitgenossenschaft auszugehen wäre. Auch erscheint zweifelhaft, ob die Abänderung des Rechtsbegehrens dem Verbot neuer Anträge im Beschwerdeverfahren Stand hält. Die Frage kann letztlich offen bleiben, da, wie nachfolgend zu zeigen ist, auch mit Blick auf die dinglichen Abwehransprüche nicht von einem schlüssigen Sachverhalt bzw. einer klaren Rechtslage gesprochen werden kann.

4.3.4. Die Vorinstanz erwog, ein dinglicher Räumungsanspruch gestützt auf Art. 641 Abs. 2 ZGB liege vorliegend nicht auf der Hand, da die streitbefangene Fläche als gemeinschaftlicher Teil im Sinne von Art. 712b Abs. 2 f. qualifiziere, an welchem dem Gesuchsgegner gemäss Art. 648 ZGB ein Gebrauchsrecht zustehe, solange der Gebrauch mit den Rechten der anderen Miteigentümer verträglich sei. Die Gesuchstellerin 1 moniert in diesem Zusammenhang, die vorinstanzliche Erwägung stehe in unverrückbarem Widerspruch zu dem die Nutzung der gemeinschaftlichen Teile abschliessend regelnden Stockwerkeigentümerreglement, bzw. der Begründungserklärung, welches nur für die begehbare Dachterrasse sowie die Balkone im 8. Obergeschoss Sondernutzungsrechte festgelegt habe (act. 2, Rz. 21 ff. mit Verweis auf act. 5/6, S. 13). Der Gesuchsgegner könne sich bezüglich der beanspruchten Aussenfläche somit nicht auf ein Sondernutzungsrecht oder ein anderes, die weiteren Stockwerkeigentümer ausschliessendes Recht als Miteigentümer im Sinne von Art. 648 Abs. 1 ZGB berufen. Demnach könne er die Fläche vor seiner als Restaurant benutzten Stockwerkeinheit nicht zum selben Zweck betrieblich nutzen. Im Ergebnis sei bei einem kommerziell genutzten Gebäude wie dem A.\_\_\_\_\_ eine Nutzung durch den Eigentümer mit den Rechten der anderen Eigentümer nicht verträglich. Letzteres sei nur bei gleichmässig verteilter Nutzung denkbar, was auf die im vorinstanzlichen Gesuch

angesprochene Nutzung als Veloabstellplatz, welcher neben Mietern und Besuchern allen Stockwerkeigentümern diene, zutreffe (act. 2, Rz. 24 f.).

4.3.5. Die Vorbringen und Beweismittel zur Einrichtung von Sondernutzungsrechten stellen im Beschwerdeverfahren unzulässige Noven dar, welche nicht zu berücksichtigen sind. Entgegen der Auffassung Gesuchstellerin 1 lässt sich in Anbetracht von Art. 641 Abs. 2 ZGB, welcher der Abwehr ungerechtfertigter Einwirkungen auf das Eigentum dient, auch nicht sagen, erst der vorinstanzliche Entscheid habe Anlass dazu gegeben, sich zu den Nutzungsrechten des Gesuchsgegners und der weiteren Stockwerkeigentümer an gemeinschaftlichen Teilen zu äussern. Die Vorinstanz stellte aber ohnehin nicht auf ein Sondernutzungsrecht des Gesuchsgegners ab, sondern qualifizierte die Sach- und Rechtslage als unklar, weil Art. 648 Abs. 1 ZGB gewisse Nutzungsrechte der Miteigentümer - und damit auch des Gesuchsgegners - an gemeinschaftlichen Flächen vorsieht, und die Gesuchstellerinnen 1 und 2 weder eine abweichende Nutzungsordnung im Sinne von Art. 647 Abs. 1 ZGB dargelegt, noch Ausführungen zur Unverträglichkeit der Nutzung mit den Rechten der weiteren Stockwerkeigentümer gemacht hätten (act. 7, E. 5.3). Zutreffend ist vor diesem Hintergrund auch die vorinstanzliche Erwägung, dass ein blosser Plan, die Fläche künftig als Veloabstellplatz zu nutzen, noch keine klare Sach- und Rechtslage für eine Wegweisung des Gesuchsgegners schaffen konnte und selbst bei Vorliegen eines entsprechenden Beschlusses der Stockwerkeigentümergeinschaft eine Abwägung aller Interessen und wertende Berücksichtigung der gesamten Umstände erfolgen müsste, welche nicht Gegenstand des Rechtsschutzes in klaren Fällen bildet. Auch das Argument, ein Veloabstellplatz wäre der Gesamtheit der Stockwerkeigentümer allenfalls nützlicher bzw. gemeinverträglicher als der jetzige Zustand (vgl. die diesbezügliche Argumentation der Gesuchstellerin in der Beschwerde, act. 2, Rz. 24 f.), vermag keine klare Rechtslage in Bezug auf einen Anspruch der Gesuchstellerin 1 auf Wegweisung des Gesuchsgegners zu begründen. Der vorinstanzliche Entscheid ist somit auch mit Blick auf die Verneinung des Abwehranspruchs gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB nicht zu beanstanden.

4.3.6. Unklar ist, inwiefern sich aus dem Umstand, dass für die kommerzielle Benutzung des öffentlichen Grundes Abgaben zu entrichten sind, mit Blick auf die vorliegend streitgegenständliche Fläche ergeben soll, dass die Nutzung schlüssig immer entgeltlich erfolge (vgl. act. 2, Rz. 27), und woraus sich insoweit der Ausweisungsanspruch der Gesuchstellerinnen bzw. der Gesuchstellerin 1 ergeben soll. Gleichermassen unverständlich ist das Argument, dies gehe auch aus dem Mietvertrag vom 30. Mai 1995 (act. 5/4) hervor (act. 2, Rz. 27), da ein Teil der Miete auf der Nutzung der Aussenfläche beruht habe, zumal die Gesuchstellerin 1 dem besagten Mietvertrag an anderen Stellen ihrer Beschwerde jede rechtliche Relevanz abspricht (vgl. act. 2, Rz. 18, 26 und 31). Von einer klaren Sach- und Rechtslage kann auch diesbezüglich keine Rede sein.

4.3.7. Auch die Ausführungen der Gesuchstellerin 1 zur Verhandlungsmaxime und Beweislast des Gesuchsgegners hinsichtlich allfälliger Übung, Ortsgebrauch oder Gewohnheitsrecht bzw. zur Nichtteilnahme von nach kantonalem Recht begründeten dinglichen Rechten am öffentlichen Glauben des Grundbuchs zielen an der Sache vorbei (act. 2, Rz. 28). Die Vorinstanz erachtete es aufgrund der Vorbringen der Gesuchstellerinnen im vorinstanzlichen Verfahren und im Lichte von Art. 648 ZGB zu Recht als nicht erstellt, dass dem Gesuchsgegner, der selbst Stockwerkeigentümer ist, kein Nutzungsrecht an der streitgegenständlichen Aussenfläche zukommen soll. Entsprechend ist die Vorinstanz nicht von einer rechtsgrundlosen bzw. lediglich auf Zusehen hin geduldeten Nutzung ausgegangen, so dass die Ausführungen der Gesuchstellerin 1 zur Beendigung eines prekaristischen Rechtsverhältnisses nicht einschlägig sind (act. 2, Rz. 29, vgl. auch Rz. 30). Zuzustimmen ist auch der Anmerkung der Vorinstanz, dass die auf den Fotos ersichtliche Infrastruktur (act. 8/3/9) eher auf eine konkludente Nutzungsvereinbarung zugunsten des Gesuchsgegners hindeuten könnte (act. 7, E. 5.4). Dies muss aber – wie auch schon im vorinstanzlichen Verfahren – nicht abschliessend beurteilt werden. Nicht zu berücksichtigen ist jedenfalls das erst im Beschwerdeverfahren erstattete Vorbringen der Gesuchstellerin 1, die auf den Fotos ersichtlichen Markisen seien bereits zur Zeit der A2. \_\_\_\_\_ AG widerrechtlich erstellt worden und könnten jederzeit entfernt werden (act. 2, Rz. 31). Abgesehen davon war der Beschluss vom 4. Mai 2024 ohnehin nicht auf die Beendigung der

Nutzung der Terrassenfläche durch den Gesuchsgegner gerichtet, sondern zielte auf die Erhebung eines Mietzinses für die Nutzung ab. Dass die Vorinstanz die Rechts- und Sachlage hinsichtlich des (konkludenten) Abschlusses eines Mietvertrags zu Recht als unklar erachtete, wurde bereits ausgeführt (vgl. bereits vorstehend, E. 4.3.1).

4.3.8. Schliesslich ist der Vorinstanz auch darin zuzustimmen, dass den Ausführungen der Gesuchstellerinnen bzw. der Gesuchstellerin 1 keine verbotene Eigenmacht des Gesuchsgegners zu entnehmen ist, welche Voraussetzung für die Anwendung von Art. 927 f. ZGB bzw. 937 Abs. 2 ZGB bilden würde (BSK ZGB II-ERNST/ZOGG, 7. Aufl. 2023, Art. 927 N 2a, Art. 928 N 2 f., Art. 937 N 7). Dass die Gesuchstellerin 1 die Nutzung der Terrassenfläche als "seit jeher rechtsgrundlos" erachtet (act. 2, Rz. 31 ff.), weist keine verbotene Eigenmacht nach. Auch besteht in der vorliegenden, die Nutzungsrechte im Stockwerk- bzw. Miteigentum betreffenden Konstellation keine Parallele zu Hausbesetzungen. Im Übrigen kann auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden.

4.3.9. Zusammenfassend liegen die von der Gesuchstellerin 1 gerügten Rechtsverletzungen bzw. die gerügte offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (act. 2, Rz. 5 ff.) nicht vor. Die Vorinstanz kam zu Recht zum Schluss, dass die Voraussetzungen für die Gewährung des Rechtsschutzes in klaren Fällen nicht vorliegen und trat folgerichtig auf das Gesuch der Gesuchstellerinnen nicht ein (Art. 257 Abs. 3 ZPO). Da sich das Gesuch bereits aufgrund der Vorbringen der Gesuchstellerinnen als offensichtlich unbegründet erwies, konnte der Nichteintretensentscheid entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin 1 ohne vorgängige Stellungnahme des Gesuchsgegners ergehen (Art. 253 ZPO). Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

5.

5.1. Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin 1 für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 6'000.– (vgl. act. 7, E. 7.1; act. 9, E. 3) und unter Berücksichtigung des Auf-

wands wird die Entscheidgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1-2, § 8 Abs. 1 und § 12 GebVO auf Fr. 1'000.– festgelegt.

5.2. Parteientschädigungen sind vorliegend keine zuzusprechen. Der Gesuchstellerin 1 nicht, weil sie unterliegt, und dem Gesuchsgegner nicht, weil ihm keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Vorschuss von Fr. 1'000.– verrechnet.

3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels der Beschwerdeschrift samt Beilagenverzeichnis (act. 2), sowie an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 mietrechtliche Angelegenheit.  
Der Streitwert beträgt Fr. 6'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

i. V. Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am: