

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF170031-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiberin MLaw N. Menghini-Griessen

Urteil vom 25. Juli 2017

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____,

betreffend
Rechtsschutz in klaren Fällen / Ausweisung

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 5. Mai 2017 (ER170004)

Rechtsbegehren des Gesuchstellers:

(act. 1 S. 2):

- "1. Die Beklagte sei richterlich aufzufordern/zu verpflichten, die von ihr widerrechtlich genutzte Liegenschaft ... C._____ Nr. ..., Einfamilienhaus am D._____-Weg ... in C._____, innert ihr gerichtlich anzusetzender Frist, spätestens bis 31. März 2017, 12.00 Uhr, zu verlassen und zu räumen.

Diese Aufforderung/Verpflichtung sei einerseits mit der Androhung, dass bei Nichtbeachten der gesetzten Frist das Räumen der Liegenschaft auf Kosten der Gesuchsgegnerin durch die Polizei oder durch eine andere, gerichtlich zu bezeichnende Behörde vorgenommen werde, und andererseits mit der Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB zu verbinden.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Rechtsbegehren der Gesuchsgegnerin:

(act. 12 S. 1):

"Auf das Gesuch des Gesuchstellers sei nicht einzutreten.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zu Lasten des Gesuchstellers."

Prozessualer Antrag des Gesuchstellers:

(sinngemäss, Prot. S. 5):

Es seien die Akten des Verfahrens betreffend Abänderung Unterhaltsvertrag (Geschäfts-Nr.: FK170003-A) beizuziehen.

Prozessualer Antrag der Gesuchsgegnerin:

(sinngemäss, act. 12 S. 1):

Es sei der Gesuchsgegnerin die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und es sei ihr in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

Verfügung des Bezirksgerichtes Affoltern vom 5. Mai 2017:

(act. 17 = act. 22 = act. 24)

1. Die Verfahrensakten betreffend Abänderung Unterhaltsvertrag / Vorsorgliche Massnahmen (Geschäfts-Nr.: FK170003-A) werden beigezogen.

2. Auf das Gesuch betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen wird nicht eingetreten.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 730.- festgesetzt und dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteient-schädigung von Fr. 2'067.- zu bezahlen.
5. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin um Gewährung der unentgeltlichen-Rechtspflege wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

[6.-7. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung.]

Berufungsanträge des Gesuchstellers und Berufungsklägers:

(act. 23 S. 2)

- "1. In Gutheissung der Berufung sei die Verfügung des Bezirksge-richtes Affoltern, Einzelgericht, vom 5. Mai 2017 vollumfänglich aufzuheben, und die Klage vom 23. Februar 2017 sei gutzuheis-sen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und Berufungsbeklagten im erst- wie im zweitinstanzlichen Ver-fahren."

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die nicht miteinander verheirateten Parteien lebten bis zum Scheitern ihres Konkubinales im April 2016 mit ihren gemeinsamen Kindern E._____ (2003) und F._____ (2005) in einem Einfamilienhaus in C._____ ZH. Der Gesuchsteller ist Al-leineigentümer dieser Liegenschaft. Anlässlich der Trennung zog der Gesuchstel-ler aus; das Einfamilienhaus wird seither durch die Gesuchsgegnerin und die bei-den gemeinsamen Kinder bewohnt.

1.2. Am 23. Februar 2017 stellte der Gesuchsteller beim Bezirksgericht Affol-tern, Einzelgericht (nachfolgend Vorinstanz) das eingangs erwähnte Auswei-sungsbegehren (act. 1 – 3/1-5). Die Vorinstanz lud die Parteien auf den 5. Mai

2017 zur mündlichen Stellungnahme vor (act. 5 – 7). Nach durchgeführter Verhandlung trat sie gleichentags auf das als Gesuch betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen anhängig gemachte Ausweisungsbegehren nicht ein (act. 17 = act. 22 = act. 24, fortan act. 22). Der Entscheid wurde dem Gesuchsteller am 23. Mai 2017, der Gesuchsgegnerin am 24. Mai 2017 zugestellt (act. 18. f). Mit Eingabe vom 30. Mai 2017 (act. 23) erhob der Gesuchsteller fristgerecht Berufung (act. 23). Die Kammer zog die vorinstanzlichen Akten bei (act. 1 – 20) und setzte dem Gesuchsteller Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 1'100.– (act. 25), welcher fristgerecht einging (act. 26 f.). Eine Berufungsantwort ist nicht einzuholen. Die Sache ist spruchreif.

2. Erwägungen der Vorinstanz

2.1. Die Vorinstanz hielt im Wesentlichen fest, der Gesuchsteller bringe vor, im April 2016 aus seiner Liegenschaft ausgezogen zu sein und eine Wohnung gemietet zu haben. Damit habe er der Gesuchstellerin noch ein wenig Zeit, namentlich bis spätestens Ende Sommer-Schulferien 2016 gegeben, um eine passende Wohnung für sich und die gemeinsamen Kinder zu finden. In der Folge sei die Gesuchsgegnerin entgegen der Abmachung inaktiv geblieben und habe ihm weder einen Auszugstermin bekannt gegeben noch etwas für die Nutzung der Liegenschaft bezahlt. Da er die widerrechtliche Nutzung der Liegenschaft nicht länger habe hinnehmen können, habe er die Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 16. Januar 2017 aufgefordert, die Liegenschaft bis spätestens Ende Februar 2017 zu verlassen. Er habe zuerst zugewartet, da auch seine Kinder in der Liegenschaft wohnten. Daraus könne aber kein Vertrag und keine Gebrauchsleihe abgeleitet werden. Die Gesuchsgegnerin hingegen mache geltend, anlässlich der Trennung hätten die Parteien gemeinsam entschieden, dass sie mit den Kindern für mindestens zwei Jahre, namentlich bis April 2018, in der Liegenschaft des Gesuchstellers verbleiben dürfe. Da sie eine klassische Rollenteilung gelebt hätten, habe der Gesuchsteller auch nach der Trennung weiterhin sämtliche Kosten für das Leben der Familie übernommen. Der Gesuchsteller habe sich erst im Januar 2017 gegen den Verbleib der Gesuchsgegnerin in der Wohnung gewehrt, nachdem sich die Parteien nicht über den Unterhalt hätten einigen können. Während

dieser Gespräche habe der Gesuchsteller in einem Schreiben vom 7. Oktober 2016 an die Rechtsvertreterin der Gesuchsgegnerin ausgeführt, mit der Bewohnung der Liegenschaft durch die Gesuchsgegnerin und die Kinder weiterhin einverstanden zu sein. Er habe den Vorschlag der Gegenseite, einen Mietzins zu vereinbaren, ausdrücklich bestätigt und festgehalten, dass dieser mit den Unterhaltsbeiträgen verrechnet werden könne (vgl. act. 13/4).

2.2. Basierend auf diesen Tatsachenbehauptungen der Parteien sei, so die Vorinstanz, nicht von einem unbestrittenen Sachverhalt auszugehen. Auch würden keine liquiden Verhältnisse vorliegen: Zwar sei der Gesuchsteller unbestrittenermassen Alleineigentümer der Liegenschaft. Aufgrund der vorgebrachten Einwendungen sei ihm der volle Beweis hinsichtlich einer widerrechtlichen Nutzung der Liegenschaft durch die Gesuchsgegnerin hingegen nicht gelungen. Die Einwendungen der Gesuchsgegnerin, wonach die Parteien für eine Dauer von mindestens zwei Jahren eine unentgeltliche Nutzung vereinbart hätten, sei aufgrund der klassischen Rollenverteilung während des Zusammenlebens und der finanziellen Verhältnisse der Parteien vertretbar und erscheine nicht haltlos. Aus dem Schreiben vom 6. Oktober 2016 gehe ferner hervor, dass der Gesuchsteller mit dem Verbleib der Gesuchsgegnerin und den Kindern in der Wohnung auch nach Sommer 2016 einverstanden gewesen sei. Weiter sei dem Schreiben zu entnehmen, dass im Rahmen der aussergerichtlichen Vergleichsgespräche betreffend Kinderunterhalt für die Zukunft ein Mietzins für die Liegenschaft diskutiert worden sei. Ferner erscheine es nicht widersprüchlich, dass die Gesuchsgegnerin zur Berechnung ihres Betreuungsunterhalts einen Mietzinsanteil von Fr. 1'250.– eingerechnet habe; der Gesuchsteller habe für die Zukunft nur noch Unterhalt zahlen und keine Direktzahlungen mehr leisten sollen (act. 22 E. 4.2). Nach der Auffassung der Vorinstanz hat die Gesuchsgegnerin ihre Einwendungen somit zumindest substantiiert und schlüssig vorgebracht und der Gesuchsteller diese nicht sofort widerlegen können. Sie weist den Gesuchsteller ferner darauf hin, dass er als gesuchstellende Partei den vollen Beweis über die widerrechtliche Nutzung und das Fehlen einer entsprechenden Vereinbarung zu erbringen habe (vgl. act. 22 E.4.2).

3. Beanstandungen des Gesuchstellers

3.1. Der Gesuchsteller rügt, die Vorinstanz habe Art. 257 Abs. 1 ZPO verletzt. Er bringt zusammengefasst vor, es könne nicht genügen, nur weil Einwendungen vorgebracht worden seien, auf einen illiquiden Sachverhalt zu schliessen. Die erhobenen Einwendungen müssten sich als zumindest möglich und damit nicht als "offensichtlich haltlos unbegründet sondern immerhin als gerichtlich überprüfenswert erweisen" (act. 23 E. 2 S. 5). Die Parteien hätten gemäss übereinstimmenden Angaben nie einen Mietvertrag abgeschlossen und die Gesuchsgegnerin habe folglich auch nie einen Mietzins bezahlt. Die Gesuchsgegnerin könne sich daher nur auf einen Gebrauchsleihvertrag stützen und die Vorinstanz habe diese Behauptungen für substantiiert und schlüssig vorgebracht und durch den Gesuchsteller nicht sofort widerlegt erachtet. Der Gesuchsteller könne aber die Nichtexistenz einer nicht existierenden, behaupteten Vereinbarung nicht beweisen. Entgegen der rechtlich unhaltbaren Beurteilung der Vorinstanz hätte nicht der Gesuchsteller diesen Negativbeweis erbringen müssen, sondern die Gesuchsgegnerin den Gebrauchsleihvertrag nachweisen müssen. Auch wenn kein Gebrauchsleihvertrag hätte vorgelegt werden müssen, hätte die Vorinstanz die Einwendungen zumindest überprüfen müssen (act. 23 E. 2 S. 5-6).

3.2. In der Sache bestreitet der Gesuchsteller sodann die Vereinbarung einer Gebrauchsleihe. Aus der Korrespondenz zwischen den Parteien (vgl. Schreiben vom 7. Oktober 2016 [act. 13/4] und Schreiben vom 7. November 2016 [act. 3/5]) gehe hervor, dass die Parteien einen Mietzins hätten vereinbaren wollen. Der Gesuchsteller wäre mit einer Mietzinsvereinbarung einverstanden gewesen und die Gesuchsgegnerin habe die Wohnkosten von Fr. 2'500.– mit den Unterhaltsbeiträgen verrechnen wollen. Damit habe auch die Gesuchsgegnerin anerkannt, dass die Nutzung der Liegenschaft nicht kostenlos zugesichert worden und von einer Mietzinszahlungspflicht auszugehen sei. Die Einwendung der Gesuchsgegnerin, es sei Gebrauchsleihe vereinbart worden, sei damit offensichtlich falsch, weshalb sie entgegen der Auffassung der Vorinstanz weder substantiiert noch schlüssig vorgebracht worden und daher nicht geeignet sei, dem Gesuchsteller den Rechtsschutz in klaren Fällen zu verweigern (act. 23 E. 2 S. 7 f.).

4.

4.1. Es liegt ein Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen im Streit (Art. 257 ZPO). Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat (act. 22 E. 4.1), gewährt das Einzelgericht gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO diesen Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn einerseits der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar (lit. a) und andererseits die Rechtslage klar ist (lit. b). Prozessgegenstand bildet vorliegend ein Begehren um Ausweisung der Gesuchsgegnerin gestützt auf eine angeblich widerrechtliche Nutzung der Liegenschaft des Gesuchstellers.

4.2. Die Verfahrensart des Rechtsschutzes in klaren Fällen erlaubt dem Gesuchsteller, rasch und ohne einlässlichen Prozess im ordentlichen Verfahren zu einem rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid zu kommen (Botschaft ZPO, BBl 2006 7221 ff., S. 7351). Diese verfahrenstechnische Besonderheit nimmt den Gesuchsteller besonders in die Pflicht. Dem Gesuchsteller obliegt es insbesondere, für die anspruchsbegründenden Tatsachen den vollen Beweis zu erbringen und damit für klare Verhältnisse zu sorgen (BGE 138 III 620, E. 5.1.1 m.w.H.; BGer, 4A_310/2013 vom 19. November 2013, E. 2 m.w.H.). Bestreitet die Gegenpartei die vom Gesuchsteller behaupteten Tatsachen glaubhaft oder setzt sie dem geltend gemachten Anspruch glaubhafte Einreden oder Einwendungen entgegen, die der Gesuchsteller nicht als unerheblich entkräften kann, kann der Rechtsschutz nicht gewährt werden, da kein liquider Sachverhalt vorliegt (BGE 138 III 620, E. 5.1.1 mit zahlreichen Hinweisen; vgl. bereits Botschaft ZPO, BBl 2006 7221, S. 7352). Es genügt, wenn die Gegenpartei substantiiert und schlüssig Einwendungen und Einreden vorträgt, die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die richterliche Überzeugung zu erschüttern – ein eigentliches Glaubhaftmachen ist nicht notwendig (vgl. BGer 4A_14/2017 vom 15. Februar 2017, E. 4.2 oder BGE 141 III 23, E. 3.2, jeweils mit Hinweisen). Dagegen vermögen offensichtlich haltlose Bestreitungen bzw. Einwendungen einen an sich bewiesenen Sachverhalt nicht als illiquid erscheinen zu lassen (vgl. erstmals BGer, 5A_645/2011 vom 17. November 2011, E. 1.2). Es gilt jedoch zu beachten, dass ein Vorbringen erst dann haltlos ist, wenn es sich aufgrund der gesamten Umstände ohne Weiteres als unwahr erweist. Das Vorbrin-

gen muss zufolge klarer gegenteiliger Anhaltspunkte im höchsten Grad unwahrscheinlich wirken. Die Unwahrheit muss praktisch erwiesen sein. Entsprechend ist nicht leichthin von Haltlosigkeit auszugehen (RAINER EGLI, Rechtsschutz in klaren Fällen, in: PraxiZ, Band 2, Zivilprozess – aktuell, Zürich 2013, 1 ff., S. 11).

4.3. Entgegen der Darstellung durch den Gesuchsteller erachtete die Vorinstanz den Sachverhalt nicht einfach deshalb als illiquid, weil die Gesuchsgegnerin den Einwand erhob, es sei eine Gebrauchsleihe vereinbart worden. Sie erachtete die Vorbringen der Gesuchsgegnerin vielmehr als vertretbar. Sie seien substantiiert und schlüssig vorgebracht und ferner durch den Gesuchsteller nicht sofort widerlegt worden (vgl. oben E. 2.2). Damit hat die Vorinstanz die Voraussetzungen zur Beurteilung der Liquidität des Sachverhaltes respektive die Anforderungen an eine Bestreitung respektive Einrede nicht verkannt (vgl. Art. 257 ZPO und oben, E. 4.2). Eine andere Frage ist, ob sie zu Recht auf die Illiquidität des Sachverhaltes schliessen durfte. Auch dieser Punkt wird vom Gesuchsteller gerügt. Seine Argumente überzeugen aber nicht: Es ist aufgrund des vorinstanzlich erstellten und nicht bestrittenen Sachverhaltes erkennbar, dass der Gesuchsteller die Gesuchsgegnerin und die gemeinsamen Kinder nach seinem Auszug in seiner Wohnung wohnen liess und die Kosten dafür trug. Der Gesuchsteller hat keine Unterlagen eingereicht, wonach er die Gesuchsgegnerin nach Sommer 2016 aufgefordert hätte, nun entweder einen Mietzins zu bezahlen oder die Wohnung – wie angeblich vereinbart – zu verlassen. Er hat hingegen ab September 2016 seine Kinderunterhaltszahlungen eingestellt, woraufhin sich die Gesuchsgegnerin respektive deren Anwältin hinsichtlich einer Neuberechnung von Kinderunterhaltsbeiträgen und einer Gesamtlösung (umfassend einen Betreuungsunterhalt für die Gesuchsgegnerin aber keine Direktleistungen des Gesuchstellers mehr) an diesen wandte (vgl. act. 13/3). Anlässlich dieser Korrespondenz wurde die Zahlung eines Mietzinses diskutiert (vgl. act. 13/4). Nachdem diese Gespräche scheiterten, verlangte der Gesuchsteller am 10. Januar 2017, die Gesuchsgegnerin habe die Wohnung zu verlassen. Als die Gesuchsgegnerin eine Klage betreffend Abänderung Unterhalt anhängig machte (vgl. act. 14), stellte der Gesuchsteller das diesem Verfahren zugrunde liegende Ausweisungsbegehren (act. 1). Nach dem Verhalten der Parteien ist daher die Einwendung der Gesuchsgegnerin, wonach die Parteien ei-

ne befristete Gebrauchslleihe vereinbart hätten, nicht haltlos. Die Vorinstanz ist sodann richtigerweise davon ausgegangen, dass die Beweislast für des Bestehen eines liquiden Sachverhaltes beim Gesuchsteller liegt. Daran ändern auch die Bestreitungen und Einwände durch die Gesuchsgegnerin nichts. Es ist diesfalls am Gesuchsteller, diese als unerheblich zu entkräften. Allein mit dem Hinweis darauf, dass er etwas, das nicht existiere, auch nicht (physisch) widerlegen könne, ist es jedenfalls nicht getan. Schliesslich wird der Einwand einer befristeten (und damit aktuellen) Gebrauchslleihe auch nicht schon deshalb haltlos, weil im Rahmen aussergerichtlicher Vergleichsgespräche und zur Berechnung des Bedarfs ein Mietzins diskutiert worden ist.

4.4. Es ist somit abschliessend festzuhalten, dass die Vorinstanz weder die Anforderungen an das Vorliegen eines "klaren Falles", noch die Regelung der Beweislast verkannt hat. Ebenso ist zutreffend, dass die Einwände der Gesuchsgegnerin nicht haltlos sind und der Gesuchsteller diese nicht sofort zu widerlegen vermochte. Es liegt somit kein liquider Sachverhalt vor. Der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz (Art. 257 Abs. 3 ZPO) erweist sich als zutreffend. Die Berufung ist abzuweisen. Ausgangsgemäss ist auch die vorinstanzliche Kostenregelung zu bestätigen.

5. Kostenfolgen

Bei diesem Verfahrensausgang wird der Gesuchsteller kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Grundlage der Gebührenfestsetzung bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Mit der Vorinstanz ist von einem Streitwert in der Höhe von Fr. 11'400.– auszugehen (act. 22 E. 8). Ausgehend davon ist die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 lit. a, § 4 Abs. 1-3 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'100.– festzusetzen. Parteienschädigungen sind keine zuzusprechen. Dem Gesuchsteller nicht, weil er unterliegt; der Gesuchsgegnerin nicht, weil sie sich im Rechtsmittelverfahren nicht äussern musste.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Affoltern, Einzelgericht, vom 5. Mai 2017, wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'100.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Berufungskläger auferlegt und aus dem von ihm beim Obergericht geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 23, sowie an das Bezirksgericht Affoltern, Einzelgericht, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 11'400.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Menghini-Griessen

versandt am: