

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF180038-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur
sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Beschluss und Urteil vom 20. Juli 2018

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Gesuchsteller und Berufungskläger,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

1. **C.**_____,

2. **D.**_____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen Verfügungen des Einzelgerichtes s. V. des Bezirksgerichtes
Dielsdorf vom 4. Juni 2018 (ER180015)

Rechtsbegehren:

der Gesuchsteller und Berufungskläger (act. 1 S. 2):

"Es sei den Beklagten unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB für den Fall der Nichtbefolgung zu befehlen, aus der Liegenschaft am E._____-weg ... in F._____, Grundbuch Blatt 1, Kataster 2, EGRID CH 3, auszuziehen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten."

der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (act. 6 S. 1):

- " 1. Es sei auf die Klage nicht einzutreten.
2. Hilfsweise seien die Anträge der Kläger abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten der Kläger."

Verfügung des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 4. Juni 2018:

(act. 11 = act. 14 = act. 16)

1. Auf das Ausweisungsbegehren der Gesuchsteller 1 und 2 vom 13. April 2017 [recte: 2018] wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtskosten werden auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden den Gesuchstellern 1 und 2 unter solidarischer Haftbarkeit für den Gesamtbetrag je hälftig auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
Die Gesuchsteller 1 und 2 werden auf die Nachforderungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
4. Die Gesuchsteller 1 und 2 werden unter solidarischer Haftbarkeit für den Gesamtbetrag verpflichtet, den Gesuchsgegnern 1 und 2 eine Parteientschädigung von Fr. 3'400.– (zzgl. 7.7 % MwSt) zu bezahlen.
- 5.-7. [Schriftliche Mitteilung / Berufung 10 Tage / Fristenlauf]

Berufungsanträge:

der Gesuchsteller und Berufungskläger (act. 15 S. 2 f.):

"1. Es sei Ziffer 1 der materiellen Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Dielsdorf vom 4. Juni 2018 aufzuheben, es sei auf das Begehren einzutreten und es sei den Beklagten unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB für den Fall der Nichtbefolgung zu befehlen, aus der Liegenschaft am E._____-weg 7 in F._____, Grundbuch Blatt 1, Kataster 2, EGRID CH 3, auszuziehen;

Eventualiter sei Ziffer 1 der materiellen Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Dielsdorf vom 4. Juni 2018 aufzuheben, es sei auf das Begehren einzutreten und es sei dem Beklagten 2 unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB für den Fall der Nichtbefolgung zu befehlen, aus der Liegenschaft am E._____-weg 7 in F._____, Grundbuch Blatt 1, Kataster 2, EGRID CH 3, auszuziehen;

Subeventualiter sei Ziffer 1 der materiellen Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Dielsdorf vom 4. Juni 2018 aufzuheben, es sei auf das Begehren einzutreten und es sei den Beklagten unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB für den Fall der Nichtbefolgung zu befehlen, aus dem Erdgeschoss der Liegenschaft am E._____-weg 7 in F._____, Grundbuch Blatt 1, Kataster 2, EGRID CH 3, auszuziehen;

Subeventualiter sei Ziffer 1 der materiellen Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Dielsdorf vom 4. Juni 2018 aufzuheben, es sei auf das Begehren einzutreten und es sei dem Beklagten 2 unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB für den Fall der Nichtbefolgung zu befehlen, aus dem Erdgeschoss der Liegenschaft am E._____-weg 7 in F._____, Grundbuch Blatt 1, Kataster 2, EGRID CH 3, auszuziehen;

2. Für den Fall der Abweisung dieser Berufung sei Dispositivziffer 4 der materiellen Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Dielsdorf vom 4. Juni 2018 teilweise aufzuheben und es sei eine Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen;

unter Kosten und Entschädigungsfolgen (letztere zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten."

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. A._____ und B._____ (Gesuchsteller und Berufungskläger, nachfolgend Berufungskläger) sind die Eltern bzw. Schwiegereltern von C._____ und D._____ (Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte, nachfolgend Berufungsbeklagte). Am 4. März 2004 verkauften die Berufungskläger ihrer Tochter, der Berufungsbeklagten 1, ein Grundstück in der Gemeinde F._____ (Grundregister Blatt 1), auf welchem sich ein Wohnhaus mit Schopf (nachfolgend streitgegenständliche Liegenschaft) befand. Die Käuferin bezahlte dafür Fr. 520'000.–: Fr. 300'000.– durch Übernahme der Hypothek und Fr. 160'000.– bar. Der Rest von Fr. 60'000.– wurde schliesslich mit dem Wert eines den Verkäufern (den Berufungsklägern) von der Käuferin (der Berufungsbeklagten 1) im Kaufvertrag eingeräumten Wohnrechts verrechnet (act. 3/1 S. 3). Diesbezüglich wurde unter Ziff. 11 des Kaufvertrages Folgendes festgehalten (act. 3/1 S. 5):

"Die Käuferin räumt den Verkäufern folgendes Wohnrecht ein, das als Personaldienstbarkeit im Grundregister einzutragen ist:

Wohnrecht

zugunsten Ehegatten
A._____, geb. tt. Juni 1933,
B._____ geb. ... [Name], geb. tt. Juli 1936,

zulasten Kat.-Nr. 2 Blatt 1

Die Berechtigten haben das lebenslängliche und unentgeltliche Wohnrecht (Art. 776ff.) an den Wohnräumen des Wohnhaus, Vers. Nr. 4, auf der belasteten Liegenschaft.

Die Kosten des gewöhnlichen Unterhalts sowie für Energie, Heizung, Wasser, Kehrrichtabfuhr, tragen die Wohnrechtsberechtigten. Die Hypothekarzinsse trägt die belastete Eigentümerin."

Das so begründete Wohnrecht wurde am 4. März 2004 mit folgendem Wortlaut im Grundbuch eingetragen (act. 3/2):

"Wohnrecht, zg. Ehegatten A._____, tt.6.1933; und B._____, tt.7.1936"

2. Vor Vorinstanz haben die Berufungskläger in tatsächlicher Hinsicht geltend gemacht, die beiden Berufungsbeklagten seien im August 2017 in ihrer (der Berufungskläger) Abwesenheit in das Erdgeschoss der streitgegenständlichen Liegenschaft gezogen und hätten zwischenzeitlich umfangreiche Umbauarbeiten vorgenommen. Sie selbst (die Berufungskläger) seien von den Berufungsbeklagten nach und nach systematisch aus der Liegenschaft gedrängt worden und hätten sich aufgrund der persönlich unerträglichen Situation auf Empfehlung des Hausarztes entschieden, vorübergehend aus der Liegenschaft auszuziehen (act. 1 Rn. 3 ff.). Die Berufungsbeklagten brachten in tatsächlicher Hinsicht demgegenüber vor, die Berufungsbeklagte 1 sei bereits im Jahr 2004, nachdem sie die Liegenschaft von ihren Eltern, den Berufungsklägern, übernommen und Sanierungsarbeiten in Höhe von Fr. 200'000.– finanziert habe, zu diesen in die streitgegenständliche Liegenschaft gezogen, wobei sie in Absprache mit diesen das obere Geschoss und die Berufungskläger selbst das Erdgeschoss bewohnt hätten. Dass im August 2017 auch ihr Ehemann, der Berufungsbeklagte 2, mit in die Liegenschaft gezogen sei und dass die Berufungskläger auf diesen Zeitpunkt hin vom Erd- in das obere Geschoss umgezogen seien, sei mit den Berufungsklägern ebenfalls so vereinbart und abgesprochen gewesen (act. 6 Rn. 5).

Unbestritten ist, dass es zwischen den Parteien nach dem Einzug des Berufungsbeklagten 2 bzw. dem Umzug der Berufungskläger von der unteren in die obere Etage – aus welchen Gründen auch immer – zum Streit gekommen ist, in dessen Verlauf die Berufungskläger die Berufungsbeklagten schliesslich mit Schreiben vom 26. Januar 2018 aufgefordert haben, bis spätestens 2. Februar 2018, 12:00 Uhr, aus der streitgegenständlichen Liegenschaft auszuziehen, wobei sie insbesondere ausführten, die Berufungsbeklagten hätten sie in schikanöser Weise an der Ausübung ihres Wohnrechts gehindert und systematisch aus der Liegenschaft gedrängt (act. 3/3 S. 1).

3.1 Am 13. April 2018 machten die Berufungskläger beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dielsdorf (nachfolgend Vorinstanz) im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO ein Ausweisungsgesuch gegen die Berufungsbeklagten anhängig und stellten die vorge-

nannten Rechtsbegehren. Zudem beantragten sie, es sei ihnen die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihnen in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen (act. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 19. April 2018 setzte die Vorinstanz den Berufungsbeklagten Frist zur Stellungnahme an (act. 4), welche von diesen innert erstreckter (vgl. act. 5) Frist erstattet wurde. Die Berufungsbeklagten stellten dabei die vorgenannten Anträge (act. 6 S. 1). Am 22. Mai 2018 nahmen die Berufungskläger im Rahmen des bundesgerichtlichen Replikrechts zu der Gesuchsantwort Stellung (act. 10).

3.2 Mit Verfügung vom 4. Juni 2018 traf die Vorinstanz den vorgenannten Endentscheid, mit welchem sie auf das Ausweisungsbegehren der Berufungskläger nicht eintrat. Indes bewilligten sie diesen mit Verfügung vom selben Tag die unentgeltliche Rechtspflege und bestellte ihnen in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (act. 14 [= act. 11 = act. 16]).

4. Gegen diesen Entscheid erhoben die Berufungskläger mit Eingabe vom 14. Juni 2018 (Datum Poststempel) rechtzeitig (vgl. act. 12/2) Berufung bei der Kammer und stellten die vorgenannten Berufungsanträge (act. 15 S. 2 f.). Zudem stellten sie für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und beantragten, es sei ihnen in der Person ihres vorinstanzlichen Vertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (act. 15 S. 3).

5. Da sich die Berufung – wie nachfolgend noch zu zeigen sein wird – sofort als offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet erweist, kann in Anwendung von Art. 312 Abs. 1 ZPO auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet und ohne Weiterungen entschieden werden.

II.

Zur Berufung im Einzelnen

1. Die Berufung ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Es sind Anträge zu stellen und diese sind zu begründen. Es kann sowohl

die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Dabei muss die Berufung erhebende Partei im Einzelnen darlegen, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (vgl. BGE 138 III 374, E. 4.3.1). Ist eine Berufung unbegründet geblieben oder verfügt sie über keine Anträge, ist auf sie nicht einzutreten. Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur dann noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hatten vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. dazu BGE 138 III 625). Ist das nicht der Fall, bleiben die neuen Tatsachen und Beweismittel unberücksichtigt. Eine Klageänderung ist im Berufungsverfahren nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO (gleiche Verfahrensart sowie entweder sachlicher Zusammenhang zum bisherigen Anspruch oder Zustimmung der Gegenpartei) gegeben sind und sie zudem auf neuen Tatsachen und Beweismittel beruht (Art. 317 Abs. 2 ZPO).

2. Die Berufungskläger stellen im Berufungsverfahren neue, über die bereits im erstinstanzlichen Verfahren gestellten Begehren hinausgehende Anträge, welche insbesondere die alleinige Ausweisung des Berufungsbeklagten 2 sowie eine Ausweisung der beiden Berufungsbeklagten einzig aus dem Erdgeschoss der streitgegenständlichen Liegenschaft zum Gegenstand haben (vgl. vorstehend). Da die Berufungskläger nicht geltend machen, dass diese Anträge auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruhen (vgl. act. 15 Rn. 122 ff.) und die Voraussetzungen einer Klageänderung im Berufungsverfahren gemäss Art. 317 Abs. 2 ZPO dementsprechend nicht erfüllt sind, ist darauf von vornherein nicht einzutreten. Daran ändert insbesondere nichts, dass die Berufungskläger zu ihrem Subeventualantrag vorbringen, die Berufungsbeklagten hätten im vorinstanzlichen Verfahren zwar vorgebracht, sie würden ihnen den Einzug in das Erdgeschoss der streitgegenständlichen Liegenschaft "gestatten", jedoch sei das blosses Angebot bei fortlaufendem Verfahren nicht ausreichend (act. 15 Rn. 126). Soweit die Berufungskläger aus diesem Vorbringen ableiten wollen, das während laufendem Verfahren gemachte Angebot stelle eine neue Tatsache im Sinne von Art. 317 Abs. 2 ZPO dar, weshalb der von ihnen erst im Berufungsverfahren gestellte, nur das

Erdgeschoss betreffende Ausweisungsanspruch auf neuen Tatsachen beruhe, erweist sich dies als unzutreffend. Vielmehr ergibt sich aus den vorinstanzlichen Akten, dass die Berufungsbeklagten den Berufungsklägern bereits am 5. März 2018 – und damit vor Anhängigmachung des Ausweisungsbegehrens durch die Berufungskläger am 13. April 2018 – mitgeteilt haben, der Nutzung des Erdgeschosses durch die Berufungskläger, wie sie seitens der Berufungskläger und der Berufungsbeklagten 1 von 2004 bis 2017 gelebt worden sei, stehe nichts im Wege (vgl. act. 3/5). Der Subeventualantrag der Berufungskläger beruht folglich ebenfalls nicht auf neuen Tatsachen im Sinne von Art. 317 Abs. 2 ZPO und ist deshalb im vorliegenden Verfahren unzulässig. Weiterungen zu den von den Berufungsklägern erst im Berufungsverfahren gestellten Anträgen erübrigen sich.

3. Die Berufungskläger haben den von ihnen gegenüber den Berufungsbeklagten behaupteten Ausweisungsanspruch im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO anhängig gemacht. Dieses Verfahren ermöglicht es der gesuchstellenden Partei bei klarer Sach- und Rechtslage rasch, d.h. ohne einlässlichen Prozess im ordentlichen Verfahren, zu einem rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid zu kommen. Allerdings ist dieses Verfahren mit Blick auf die Wirkung des Entscheides nur dann zulässig, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist (Art. 257 Abs. 1 ZPO). Fehlt es an klarem Recht oder sofort beweisbaren tatsächlichen Verhältnissen, so ist das Begehren illiquid und das Gericht tritt darauf nicht ein (Art. 257 Abs. 3 ZPO; vgl. zum ganzen etwa BGE 141 III 23 E. 3.2; BGE 138 III 620 E. 5.1.1). Der gesuchstellenden Partei steht in diesem Fall die Klage im ordentlichen Verfahren offen.

3.1 Zwischen den Parteien ist in tatsächlicher Hinsicht unbestritten, dass den Berufungsklägern an der streitgegenständlichen Liegenschaft ein (dingliches) Wohnrecht im Sinne der Art. 776 ff. ZGB zukommt. Strittig ist hingegen, ob es sich dabei um ein ausschliessliches Wohnrecht (alleiniges Benutzungsrecht) oder nur um ein Mitbenutzungsrecht (gemeinsam mit den Eigentümern) handelt. Die Berufungskläger vertreten diesbezüglich den Standpunkt, es handle sich um ein ausschliessliches Wohnrecht (act. 1 Rn. 1), weil sich weder dem Grundbuchaus-

zug noch dem Begründungsakt eine Einschränkung entnehmen lasse (act. 1 Rn. 25). In rechtlicher Hinsicht stellen sich die Berufungskläger auf den Standpunkt, dass sich Recht und Pflichten aus dem Grundbucheintrag deutlich ergeben würden, weshalb dieser gemäss Art. 738 Abs. 1 ZGB für den Inhalt der Dienstbarkeit ausschliesslich massgebend sei; eine Auslegung der Dienstbarkeit nach Art. 738 Abs. 2 ZGB sei folglich nicht vorzunehmen, weshalb es auf die Art, wie das Wohnrecht während längerer Zeit ausgeübt worden sei, gar nicht ankomme (act. 1 Rn. 33 ff.). Die Berufungsbeklagten hielten dem entgegen, es handle sich lediglich um ein Mitbenutzungsrecht, weil weder die Eintragung des Wohnrechts im Grundbuch noch die Formulierung im Kaufvertrag hinsichtlich der Ausschliesslichkeit des Wohnrechts eindeutig sei. Aus diesem Grund sei die Dienstbarkeit nach Art. 738 Abs. 2 ZGB auszulegen (act. 6 Rn. 25 f.). Folglich sei zu berücksichtigen, dass es weder im Zeitpunkt der Eintragung noch in den 13 Jahren danach der Wille der Parteien gewesen sei, den Berufungsklägern ein ausschliessliches Wohnrecht einzuräumen (act. 6 Rn. 2) und es auch nie so gelebt worden sei. Vielmehr habe die Berufungsbeklagte 1 seit 2004 mit ihren Eltern in den streitgegenständlichen Liegenschaft gewohnt, wobei die Eltern den unteren und die Tochter den oberen Stock bewohnt hätten (act. 6 Rn. 5 f.).

3.2 Die Vorinstanz hielt in ihrem Entscheid fest, dass man – aufgrund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs – zwar schon *"der Ansicht sein könne, dass der Wortlaut des Grundbuchs, welcher vom Wohnrecht spreche, klar genug sei. Dennoch folge das Gericht aber der Ansicht des Rechtsvertreters der Berufungsbeklagten"* (act. 14 E. III.2.2), womit die Vorinstanz im Ergebnis davon ausging, dass die Dienstbarkeit entgegen der Meinung der Berufungskläger nach der Art, wie sie während längerer Zeit unangefochten ausgeübt worden ist, auszulegen sei. Konkret berücksichtigte die Vorinstanz deshalb, dass die Berufungsbeklagte 1 über viele Jahre hinweg zusammen mit den Berufungsklägern die Liegenschaft bewohnt habe. Dieses faktisch gelebte Verhältnis und der damit verbundene – von beiden Parteien – geäusserte Wille, das Wohnrecht bereits während dieser Jahre nicht ausschliesslich auf die Berufungskläger beschränken zu wollen, offenbare eine Divergenz zwischen dem Eintrag und dem tatsächlich gelebten. Da der Parteiwille und folglich der Sachverhalt damit nicht klar genug bewiesen und die

Rechtslage nicht klar genug sei, trat die Vorinstanz in der Folge nicht auf das Ausweisungsbegehren der Berufungsklage ein (act. 14 E. III.2.2).

3.3 Ob das Begehren der Berufungskläger entgegen dem vorinstanzlichen Entscheid gutgeheissen werden kann, hängt – was die Vorinstanz in ihrer Begründung nicht klar festgehalten hat – einzig davon ab, ob sich Rechte und Pflichten aus dem Grundbucheintrag im Sinne von Art. 738 Abs. 1 ZGB deutlich ergeben. Denn wenn – wie die Berufungskläger sowohl vor Vorinstanz als auch im Berufungsverfahren zu Recht geltend machen (vgl. act. 1 Rn. 33; act. 15 Rn. 56 ff.) – sich der Inhalt der Dienstbarkeit aus dem Wortlaut des Grundbucheintrages deutlich ergeben würde, wäre dieser für den Inhalt der Dienstbarkeit alleine massgebend (Art. 738 Abs. 1 ZGB) und es wäre unzulässig, für die Ermittlung des Inhalts gestützt auf Art. 738 Abs. 2 ZGB auf den Erwerbgrund oder die Art, wie die das Wohnrecht während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist, abzustellen. Mit anderen Worten wäre diesfalls die von der Vorinstanz vorgenommene Auslegung der Dienstbarkeit unzulässig. Nur wenn der Wortlaut unklar ist, darf im Rahmen des Eintrags auf den Erwerbgrund zurückgegriffen werden (Art. 738 Abs. 2 ZGB), d.h. auf den Begründungsakt, der als Beleg beim Grundbuchamt aufbewahrt wird (Art. 948 Abs. 2 ZGB) und einen Bestandteil des Grundbuchs bildet (Art. 942 Abs. 2 ZGB). Ist auch der Erwerbgrund nicht schlüssig, kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit – im Rahmen des Eintrags – aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist (Art. 738 Abs. 2 ZGB; vgl. etwa BGE 137 III 145 E. 3; BGE 130 III 554 E. 3.1; BGE 128 III 169 E. 3a; BGE 123 III 461 E. 2a/b).

3.4 Aus dem Grundbuchauszug ergibt sich vorliegend das Bestehen eines Wohnrechts zugunsten der Berufungskläger (vgl. vorstehend Ziff. I.1), ohne dass dieses ausdrücklich als ausschliessliches Wohnrecht oder als blosses Mitbenutzungsrecht bezeichnet würde. Gleiches gilt auch für den Errichtungsakt in Form des Kaufvertrages vom 4. März 2004, gemäss welchem die *Berechtigten das lebenslängliche und unentgeltliche Wohnrecht (Art. 776ff.) an den Wohnräumen des Wohnhaus, Vers. Nr. 4, auf der belasteten Liegenschaft haben* (vgl. vorstehend Ziff. I.1).

3.4.1 Die Berufungskläger vertraten vorinstanzlich jedoch die Ansicht, bei diesem Wortlaut des Wohnrechts sei in rechtlicher Hinsicht klar, dass es sich um ein ausschliessliches Wohnrecht handle. Lasse sich nämlich – wie vorliegend – einerseits dem Grundbucheintrag keine Ein- bzw. Beschränkung des Wohnrechts entnehmen und sei andererseits dem dazugehörenden Beleg zu entnehmen, dass das Wohnrecht *"am ganzen Wohnhaus"* bestehe, dann sei vom Bestehen eines ausschliesslichen Wohnrechts im Sinne von Art. 778 Abs. 1 ZGB auszugehen (act. 1 Rn. 40; act. 15 Rn. 67).

Zu prüfen ist folglich, ob die Rechtslage betreffend der von den Berufungsklägern so vertretenen Rechtsauffassung als klar im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO bezeichnet werden kann. Ist dies der Fall und der Wortlaut des Wohnrechts dementsprechend im Sinne von Art. 738 Abs. 1 ZGB als dergestalt klar zu bezeichnen, dass sich das ausschliessliche Benutzungsrecht der Berufungskläger daraus deutlich ergibt, bliebe kein Raum für die von der Vorinstanz vorgenommene Auslegung der Dienstbarkeit nach Art. 738 Abs. 2 ZGB. Der Vollständigkeit halber anzumerken ist an dieser Stelle, dass die Vorinstanz entgegen dem wiederholten Hinweis der Berufungskläger (vgl. etwa act. 15 Rn. 12, 31, 43, 46, 61, 118) nicht der Auffassung war, der Grundbucheintrag sei klar im Sinne von Art. 938 Abs. 1 ZGB, hat sie doch vielmehr festgehalten, *"man könne zwar der Ansicht sein, dass der Wortlaut des Grundbuchs, welcher vom Wohnrecht spreche, klar genug sei"*, wobei sie in ihrem weiteren Entscheid jedoch ausdrücklich festhielt, der gegenteiligen Ansicht der Berufungsbeklagten zu folgen, weshalb sie die Dienstbarkeit entgegen der von den Berufungsklägern vertretenen Meinung auslegte (vgl. vorstehend Ziff. II.3.2). Aus der entsprechenden Formulierung der Vorinstanz können die Berufungskläger deshalb nichts zu ihren Gunsten ableiten.

3.4.2 *Klar* im Sinne im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO ist die Rechtslage, wenn sich die Rechtsfolge bei der Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung der Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres ergibt und damit die Rechtsanwendung zu einem eindeutigen Ergebnis führt. Dagegen ist die Rechtslage in der Regel nicht klar, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Um-

stände erfordert, wie dies namentlich bei der Beurteilung von Treu und Glauben zutrifft (BGE 141 III 23 E. 3.2; 138 III 123 E. 2.1.2; BGE 138 III 728 E. 3.3; BGer 4A_350/2015 vom 25. August 2015, E. 4.2). Auch wenn die genaue Bedeutung einer Gesetzesbestimmung dem Wortlaut nicht entnommen werden kann, kann sie doch klar sein im Hinblick auf den Sinn, der ihr nach bewährter Lehre und Überlieferung beigemessen wird. Zur Verneinung der Liquidität genügt indes, wenn das bestrittene Recht im Ernst diskutiert werden kann (ZR 93 [1994] Nr. 7 m.V.a. ZR 36 [1937] Nr. 30Z; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, 3. Aufl. 2016, Art. 257 N 9 ff. m.w.H.).

3.4.3 Die Berufungskläger stützen die von ihnen vertretene Rechtauffassung einerseits auf einen Entscheid des Kantonsgericht St. Gallen vom 25. Oktober 2016, in welchem dieses festgehalten hatte, im konkret zu beurteilenden Fall ergebe sich aus dem zum Grundbucheintrag gehörenden Beleg, dass das fragliche Wohnrecht "*am ganzen Wohnhaus*" bestehe, weshalb vom Bestehen eines ausschliesslichen Wohnrechts im Sinne von Art. 778 Abs. 1 ZGB auszugehen sei (Urteil des Kantonsgericht SG vom 25. Oktober 2016, BO.2015.53, E. 2). Andererseits verweisen die Berufungskläger auf die Autoren MOOSER und SCHMID-TSCHIRREN, welche den Standpunkt vertreten, mangels anderslautender Bestimmung könne davon ausgegangen werden, dass der Wohnberechtigte sein Recht ausschliesslich, zeitlebens und in der ganzen Wohnung ausüben könne (BSK ZGB II-MOOSER, 5. Aufl. 2015, Art. 777 N 2, m.V.a. MICHEL MOOSER, *Le droit d'habitation*, Diss. Fribourg 1997, S. 288 ff.; KuKo ZGB-SCHMID-TSCHIRREN, 2. Aufl. 2018, Art. 777 N 5).

MOOSER begründet seine Meinung, wonach der Wohnrechtsberechtigte sein Recht in Ermangelung einer anderen Vereinbarung ausschliesslich ausüben könne, mit der Wichtigkeit der Privatsphäre des Berechtigten: werde ihm die Anwesenheit des Eigentümers zugemutet, dann müsse ihm das ausdrücklich angezeigt werden (MOOSER, *Le droit d'habitation*, a.a.O., S. 291 N 4). Allerdings übersehen die Berufungskläger bereits, dass der genannte Autor bei Bestehen einer sog. gemischten Vereinbarung ("*acte mixte*"), also einer familienrechtlichen Vereinbarung, in welcher einerseits die Liegenschaft übertragen und andererseits ein

Wohnrecht eingeräumt wird, die Vermutung eines ausschliesslichen Nutzungsrechts nicht für anwendbar hält, da das Recht hier eine vorbestehende tatsächliche Sachlage besiegle (MICHEL MOOSER, Le droit d'habitation, Diss. Fribourg 1997, S. 3 und S. 291 N 4); entgegen dem von den Berufungsklägern vertretenen Standpunkt, wäre die Vermutung des Bestehens eines ausschliesslichen Nutzungsrecht nach Meinung des genannten Autors im vorliegenden Fall, wo die Eltern ihrer Tochter die Liegenschaft verkauft und diese ihnen im Gegenzug ein lebenslängliches Wohnrecht eingeräumt hat, eben gerade nicht anwendbar.

Ausserdem vertritt ein anderer Teil der Lehre den Standpunkt, sei im Errichtungsakt nicht ausdrücklich geregelt worden, ob es sich um ein ausschliessliches Nutzungsrecht oder ein blosses Mitbenutzungsrecht handle, dann bestimme sich der Inhalt und der Umfang des Wohnrechts gestützt auf Art. 771 Abs. 1 ZGB nach den persönlichen Bedürfnissen des Berechtigten (CHK ZGB-THURNHERR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 777 N 1; PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Bd. III, Bern 2012, N 2506a; CARL MUGGLIN, Das dingliche Wohnrecht im schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Bern 1940, S. 46).

Entgegen den Berufungsklägern stellt deshalb die von ihnen vertretene Rechtsauffassung, wonach vom Bestehen eines ausschliesslichen Wohnrechts auszugehen sei, wenn dem Grundbucheintrag keine Ein- bzw. Beschränkung des Wohnrechts zu entnehmen sei, keineswegs bewährte Lehre im vorgenannten Sinn dar, umso mehr, als bezüglich dieser Frage bis anhin kein höchstrichterlicher Entscheid ergangen ist. Daran ändert sodann nichts, dass sich dem zum Grundbucheintrag gehörenden Beleg entnehmen lasse, das Wohnrecht bestehe "*am ganzen Wohnhaus*", wird doch auch hier die Meinung vertreten, dies bedeutet nicht, dass es sich um ein ausschliessliches Wohnrecht handle (vgl. etwa MARX HEINZ, Das dingliche Wohnrecht, Diss. Bern 1970, S. 21 f.). Da der Wortlaut des Grundbucheintrages damit vorliegend nicht im Sinne von Art. 938 Abs. 1 ZGB als dergestalt klar bezeichnet werden kann, dass sich das ausschliessliche Benutzungsrecht der Berufungskläger daraus deutlich ergibt, ist das Bestehen einer diesbezüglich klaren Rechtslage entgegen den Berufungsklägern zu verneinen. Entgegen der Berufungskläger ist es deshalb nicht zu beanstanden, dass die Vor-

instanz gestützt auf Art. 738 Abs. 2 ZGB die Art berücksichtigt hat, wie das Wohnrecht während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist und deshalb zum Schluss gekommen ist, es bestehe hinsichtlich der Frage, ob den Berufungsklägern ein ausschliessliches Benutzungsrecht zukomme, kein klares Recht im Sinne von Art. 257 ZPO.

Die Berufung der Berufungskläger erweist sich aus diesem Grund als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist.

4. Für den Fall der Abweisung der Berufung beantragen die Berufungskläger sodann, der vorinstanzliche Entscheid sei insoweit aufzuheben, als den Berufungsbeklagten auf der ihnen zugesprochenen Parteientschädigung ein Mehrwertsteuerzuschlag gewährt worden sei, weil sie diesen Zuschlag nicht begründet hätten (act. 15 Rn. 23, Rn. 160 f.). Dieser Antrag der Berufungskläger erweist sich jedoch als unbegründet, weil anwaltlich vertretenen Parteien praxisgemäss ein Mehrwertsteuerzuschlag auf der Parteientschädigung zuzusprechen ist, sofern dies beantragt wird, ohne dass dieser Antrag ausdrücklich zu begründen wäre. An diesem Grundsatz ändert auch der von den Berufungsklägern angeführte Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Juli 2005 nichts, da auch dort am Grundsatz festgehalten wurde, dass zu einer Prozessentschädigung weiterer Schadenersatz in der Höhe des aktuellen Satzes der Mehrwertsteuer zugesprochen wird, weil allgemein davon auszugehen ist, dass der Klient einem Rechtsanwalt für dessen Leistungen Mehrwertsteuer bezahlen muss und diese damit zusätzlichen Schaden bildet. Ausnahmen von diesem Grundsatz bilden einzig Klienten mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland sowie Klienten, welche selbst mehrwertsteuerpflichtig sind (ZR 104 [2005] Nr. 76), was hier offenkundig nicht der Fall ist. Die Berufung der Berufungskläger ist somit auch insoweit abzuweisen.

III.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Berufungskläger beantragen, ihnen sei für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (act. 15 Rn. 131 ff.). Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege besteht, wenn die ersuchende Partei nicht über die zur Prozessführung erforderlichen Mittel verfügt und ihr Begehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO).

1.1 Als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO sind Begehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliesse; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (BGE 138 III 217 E.2.2.4, BGE 133 III 614 E. 5). Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten (BGE 138 III 217 E.2.2.4, BGE 133 III 614 E. 5), wobei hierfür auf die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse abzustellen ist, wie sie im Zeitpunkt des Gesuches um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege vorliegen (BGE 129 I 129 E. 2.3.1; BGE 128 I 225 E. 2.5.3; BGE 124 I 304 E. 2c m.w.H.; ZR 2011 Nr. 97 E. 2.5; ZR 2011 Nr. 99 E. 3.6; ZR 2011 Nr. 101 E. 3.3; ZR 2011 Nr. 102 E. 3.5). Für die Bejahung der Erfolgsaussichten im Rechtsmittelverfahren reicht es nicht, dass der angefochtene Entscheid oder das vorinstanzliche Verfahren an einem Mangel leidet. Entscheidend ist allein, ob das Rechtsmittel voraussichtlich gutgeheissen werden muss (BGer 5A_373/2008 vom 7. Juli 2008 E. 2; BGer 5A_153/2014 vom 10. Juli 2014, E. 3).

1.2 Vorliegend begründen die Berufungskläger die Erfolgsaussichten ihres Rechtsmittels im Wesentlichen damit, dass die Vorinstanz zu Recht und in Über-

einstimmung mit ihrem vorinstanzlichen Standpunkt davon ausgegangen sei, dass der Grundbucheintrag klar sei (act. 15 Rn. 151). Wie bereits (vorstehend Ziff. II.3.4.1) ausgeführt ist dies unzutreffend, ist die Vorinstanz doch vielmehr davon ausgegangen, die Dienstbarkeit sei in Anwendung von Art. 738 Abs. 2 ZGB nach der Art der bisherigen Nutzung auszulegen. Im Übrigen stützen die Berufungskläger die Nichtaussichtslosigkeit ihres Rechtsmittels darauf, dass sowohl das Recht wie auch der Sachverhalt betreffend des von ihnen gestellten Ausweisungsgesuchs klar sei, ihnen mithin ein ausschliessliches Wohnrecht an der gesamten streitgegenständlichen Liegenschaft und deshalb gegenüber den Berufungsbeklagten ein Ausweisungsanspruch zukomme. Wie gesehen ist dies jedoch nicht der Fall, weil sich die Lehrmeinung, auf welche die Berufungskläger die ihrer Ansicht nach klare Rechtslage stützen, nicht als unbestritten erweist, da ein nicht unbedeutender Teil der Lehre eine andere Meinung vertritt. Das von den Berufungsklägern eingereichte Ausweisungsverfahren war aus diesem Grund im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen von vornherein aussichtslos, weshalb auch dem gegen den vorinstanzlichen Entscheid erhobenen Rechtsmittel von vornherein kein Erfolg beschieden sein konnte.

2.1 Die Kosten des vorliegenden Verfahrens sind unter Beachtung der Regelung von Art. 106 Abs. 3 ZPO zur Solidarhaftung ausgangsgemäss den Berufungsklägern aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz hat den Streitwert des vorliegenden Verfahrens gestützt auf eine Kapitalisierung des Wohnrechts anhand eines marktüblichen Nettomietzinses von Fr. 1'700.– unangefochten und in vertretbarer Weise auf Fr. 189'924.– festgesetzt (act. 14 E. IV.2), weshalb dieser Streitwert auch für das Berufungsverfahren zu übernehmen ist. Die Gerichtsg Gebühr ist ausgehend davon sowie in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG i.V.m. § 4 Abs. 1, 2 und 3 GebV OG sowie § 8 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen.

2.2 Parteientschädigungen sind, den Berufungsklägern infolge Unterliegens, den Berufungsbeklagten mangels Umtrieben im vorliegenden Verfahren, keine zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Berufungskläger um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt und den Berufungsklägern je zur Hälfte auferlegt, unter solidarischer Haftung jedes einzelnen für den gesamten Betrag.
3. Den Berufungsbeklagten wird für das Berufungsverfahren keine Parteient-schädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten unter Bei-lage eines Doppels von act. 15, sowie an die Vorinstanz, je gegen Emp-fangsschein.
Die Akten des vorliegenden Verfahrens gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist zurück an die Vorinstanz.
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 Be-schwerde 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 rund Fr. 189'924.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am: