

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF190020-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw J. Camelin-Nagel

Beschluss vom 18. April 2019

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Beklagte und Berufungsklägerinnen,

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

gegen

C._____,

Kläger und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Vollstreckung / Ausweisung / Widerklage**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des
Bezirksgerichtes Horgen vom 7. März 2019 (EZ190001)

Rechtsbegehren

des Klägers (ursprünglich, act. 1):

- "1. Es sei den Gesuchsgegnerinnen 1 und 2 zu befehlen, das Einfamilienhaus, D.____-strasse ..., E.____, Kat.-Nr. ..., unverzüglich geräumt, gereinigt und in ordnungsgemäsem Zustand abzugeben, unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Weigerungsfalle.
2. Das Gemeindeammannamt E.____ sei anzuweisen, auf erstes Verlangen des Gesuchstellers, nach Eintritt der Vollstreckbarkeit des Ausweisungsbefehls, den Befehl zu vollstrecken.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer) zulasten der Gesuchsgegnerinnen – unter solidarischer Haftung."

des Klägers (modifiziert, act. 5):

- "1. Es sei den Gesuchsgegnerinnen 1 und 2 zu befehlen, das Einfamilienhaus, D.____-strasse ..., E.____, Kat.-Nr. ..., unverzüglich geräumt, gereinigt und in ordnungsgemäsem Zustand abzugeben, unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Weigerungsfalle.
Das Stadtammannamt F.____ sei anzuweisen, auf erstes Verlangen des Gesuchstellers, nach Eintritt der Vollstreckbarkeit, den Befehl gemäss Ziff. 2 zu vollstrecken.
2. Eventualiter in Vollstreckung des Urteils des Bezirksgerichts Horgen vom 14. November 2012 (Geschäfts-Nr. FE120086)
 - a) seien die Gesuchsgegnerinnen 1 und 2 zu verurteilen, das Einfamilienhaus an der D.____-str. ..., E.____, unverzüglich in geräumtem und gereinigtem Zustand zu verlassen und dem Gesuchsteller zu übergeben;
 - b) sei das Stadtammannamt F.____ anzuweisen, das Einfamilienhaus gemäss Ziff. 1 lit. a auf erstes Verlangen des Gesuchstellers zu räumen und dem Gesuchsteller zu übergeben.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer) zulasten der Gesuchsgegnerinnen 1 und 2 – unter solidarischer Haftung."

der Beklagten (act. 16):

"Stellungnahme und Widerklage

mit folgenden Rechtsbegehren als Stellungnahme:

1. Auf die Begehren vom 18. Januar 2019 sowie abgeändert am 30. Januar 2019 des Klägers betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen sei nicht einzutreten,
2. Auf das klägerische Vollstreckungsbegehren vom 30. Januar 2019 sei ebenfalls nicht einzutreten,
3. EVENTUALITER, seien die genannten Begehren gemeinsam mit der Widerklage der Beklagten 1/Widerklägerin in einem sep. Verfahren zu behandeln,
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers,

und folgenden Rechtsbegehren als Widerklage/Stufenklage:

1. Es sei der Widerbeklagte unter Hinweis auf Art. 292 Strafgesetzbuch zu verpflichten, binnen 5 Tagen, folgende Unterlagen zu edieren:
 - a. Ergebnisse der Wertschätzung der "G._____" betreffend die gegenständliche Liegenschaft an der D._____-strasse ...,
 - b. Sämtliche Unterlagen/Beilagen zur Wertschätzung,
 - c. Allfällig bereits erfolgte Verkaufsbemühungen,
 - d. Sämtliche Unterlagen der Hypothekarbank (insb. die aktuellen Kontoauszüge)

und sodann

2. Es sei Ziff. 9b) der im Verfahren FE120086 des Bezirksgerichts Horgens genehmigten Scheidungsvereinbarung v. 04. Oktober 2012 zu vollstrecken und der Widerbeklagte sei unter Strafandrohung gemäss Art. 292 Strafgesetzbuch anzuhalten, die ehemals eheliche Liegenschaft an der D._____-strasse ..., E._____ binnen neun Monaten zu verkaufen,
3. Es sei Ziff. 9a) der genannten Konvention zu vollstrecken und der Kläger sei zur Zahlung von CHF 27'500.00, Zug-um-Zug mit der Räumung/Rückgabe der D._____-strasse ..., E._____ zu verpflichten,
4. Alles unter KEF z.L. des Widerbeklagten

sowie die folgenden Verfahrensanhörungen:

1. Es sei den Beklagten bzw. der Widerklägerin rückwirkend ab Ausarbeitung und Einreichung der Schutzschrift (Verfahren: EW190001) vom 01. Januar 2019 die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und X. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter einzusetzen,
2. EVENTUALITER (ZU 1), Es sei der Kläger/Widerbeklagte zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses im Umfang von CHF 20'000.00 auf das Klientengeldkonto des Unterzeichners zu verpflichten (PC ...),
3. Es seien die Verfahren EZ190001 und EW190001 (sowie die Widerklage) zu vereinigen (bzw. abzutrennen und in einem ordentlichen Verfahren zu behandeln),
4. Es seien die vereinigten Verfahren zu sistieren, bis das Verfahren betreffend Ausstand (Eingabe des Zeichnenden v. 12. Februar 2019) rechtskräftig abgeschlossen worden ist,
5. Es seien die vereinigten Verfahren bis zum Abschluss des Rechtsmittelverfahrens gegen die Verfügung im Verfahren EW190001 des hiesigen Gerichts zu sistieren,
6. Es sei das mündliche Verfahren anzuordnen,
7. Es seien die Parteien zur Instruktionsverhandlung/zu Vergleichsgesprächen vorzuladen,
8. Es seien die Akten aus dem Prozess FE120086, Urteil v. 14. November 2012, beizuziehen, den Parteien zuzustellen (insb. die Protokolle) und den Parteien Frist zur Stellungnahme dazu anzusetzen,"

Verfügung und Urteil des Bezirksgerichtes vom 7. März 2019

(act. 21 = act. 29 = act. 31)

Es wird verfügt:

1. Die Eingabe vom 4. März 2019 (act. 20) wird aus dem Recht gewiesen.
2. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie das Gesuch um Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses werden abgewiesen.
3. Die prozessualen Anträge der Beklagten gemäss Ziffer 3-8 werden abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

4. Auf die Widerklage der Beklagten vom 28. Februar 2019 wird nicht eingetreten.

5.-6. Mitteilungen / Rechtsmittel

Es wird erkannt:

1. Die Beklagten werden unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall verpflichtet, das Einfamilienhaus, D._____-strasse ..., E._____, Kat.-Nr. ..., bis spätestens **5. April 2019, 12.00 Uhr**, zu räumen und dem Kläger ordnungsgemäss zu übergeben.
2. Das Stadttammannamt F._____ wird angewiesen, nach Eintritt der Rechtskraft und nach dem 5. April 2019 auf Verlangen des Klägers die Verpflichtung der Beklagten gemäss Ziffer 1 dieses Urteils zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind vom Kläger vorzuschüssen. Sie sind ihm aber von den Beklagten zu ersetzen.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.–.
4. Die Kosten werden den Beklagten auferlegt, unter solidarischer Haftbarkeit. Sie werden vollumfänglich vom Kläger bezogen, wofür diesem gegenüber den Beklagten das Rückgriffsrecht eingeräumt wird.
5. Die Beklagten werden verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.– (zuzüglich 7.7 % MwSt.) zu bezahlen.

6.-7. Mitteilungen / Rechtsmittel

Rechtsmittelanträge (act. 30 S. 2):

" Berufung und Beschwerde betreffend Vollstreckung einer unklaren Güterrechtsvereinbarung mit folgenden hauptsächlichen Rechtsbegehren – Berufung und Beschwerde

1. Es seien die Verfügung sowie das Urteil der Vorinstanz v. 07. März 2019 <EZ190001> wie folgt aufzuheben und die Sache sei

zur neuen Beratung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen,

so namentlich in der Verfügung

- Dispositiv-Ziff. 3: Aufhebung/Rückweisung betreffend die Abweisung von folgenden Verfahrensanträgen v. 28. Februar 2019 beantragt:

Nummern 2, 3, 6, 7 und 8

- Ziff. 4: vollständige Aufhebung/Rückweisung beantragt

und im Urteil

- Dispositiv-Ziffern 1, 2, 4

sowie mit folgenden Rechtsbegehren – Berufung

2. Es seien Dispositiv-Ziff. 1 und 2 des Urteils v. 07. März 2019 <EZ190001> aufzuheben und auf die klägerischen Begehren vom 18. Januar 2019 sowie vom 30. Januar 2019 vor Vorinstanz sei nicht einzutreten.

EVENTUALITER ZU ZIFF. 1 UND 2 - Berufung

3. Es sei Dispositiv-Ziff. 1 des Urteils <EZ190001> in Bezug auf das Räumungsdatum wie folgt anzupassen: "(...) bis spätestens Freitag, den 07. Juni 2019, 12:00 Uhr, zu räumen und (...)"
4. Es sei das Vollstreckungsdatum von Dispositiv-Ziff. 2 des gegenständlichen Urteils auf den Freitag, 05. Oktober 2019, 12:00 Uhr, anzusetzen,
5. Es sei als zusätzliche Dispositiv-Ziff. eine Entschädigung/Strafzahlung von CHF 80.00 pro Tag nach dem 07. Juni 2019 bis zur Schlüsselrückgabe z.G. des Berufungsbeklagten festzusetzen, in Anrechnung an den Gewinnanspruch aus Güterrecht der Beschwerdeführerin 1, unter Ausschluss jeglicher Solidarhaftung der Berufungsklägerin 2

und schliesslich mit folgenden Rechtsbegehren – Beschwerde

2. Es sei Dispositiv-Ziff. 2 der Verfügung v. 07. März 2019 <EZ190001> aufzuheben und den Berufungsklägerinnen sei rückwirkend die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und der Unterzeichner sei aus der Staatskasse zu entschädigen.
3. EVENTUALITER, sei der Berufungsbeklagte sei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von CHF 20'000.– in Anrechnung an das Güterrecht auf das Vorschusskonto des Unterzeichner PC ... zu verurteilen,
4. (..)

und folgenden Verfahrensanträgen

1. Es sei den Berufungsklägern die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und X. _____ für das Beschwerde- und für das Berufungsverfahren als unentgeltlicher Rechts- bzw. Prozessvertreter einzusetzen,
2. Es seien die Akten des Verfahrens BV190003 betreffend Ausstand Gerichtsperson der Vorinstanz beizuziehen,
3. Es seien die Akten der Verfahren LF190012/190013 beim Obergericht des Kantons Zürich beizuziehen,"

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Der Kläger und die Beklagte 1 wurden mit Scheidungsurteil vom 14. November 2012 geschieden. Die Beklagte 2 ist die gemeinsame Tochter der Parteien (act. 3/2). Die Beklagten bewohnen die ehemals eheliche Liegenschaft an der D. _____-strasse ... in E. _____. Der Kläger ist Alleineigentümer dieser Liegenschaft (act. 3/1). In der im Scheidungsurteil genehmigten Scheidungskonvention erklärte sich der Kläger bereit, die Beklagten bis Ende 2018 in der ehelichen Liegenschaft zu einem Mietzins von Fr. 1'500.– wohnen zu lassen (act. 3/2 Konventionsziffer 9.c).

1.2. Mit Eingabe vom 18. Januar 2019 stellte der Kläger beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Horgen (fortan Vorinstanz) gestützt auf Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen) ein Ausweisungsbegehren (vgl. act. 1). Auf gerichtliches Nachfragen (act. 4) präziserte der Kläger sein Begehren mit Eingabe vom 30. Januar 2019 (act. 5). Mit Eingabe vom 28. Februar 2019 nahmen die Beklagten Stellung zum Ausweisungsbegehren und erhoben Widerklage mit den obgenannten Rechtsbegehren (act. 17). Mit Urteil und Verfügung vom 7. März 2019 trat die Vorinstanz auf die Widerklage nicht ein und hiess das Ausweisungsge-such gut, verpflichtete die Beklagten zur Räumung der Liegenschaft bis zum 5. April 2019 und wies das Stadtmannamt F. _____ an, diesen Entscheid auf Begehren des Klägers zu vollstrecken (act. 21 = act. 29 = act. 31).

1.3. Dagegen erhoben die Beklagten rechtzeitig "Berufung und Beschwerde" mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (act. 30). Mit Eingabe vom 2. April

2019 stellten die Beklagten neu den Antrag, es sei eine mündliche Verhandlung anzuordnen und reichten eine Aktennotiz ein (act. 36; act. 37). Auf die Einholung einer Berufungsantwort wurde verzichtet (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1–27). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Rechtliche Vorbemerkungen

2.1. In Bezug auf das Nichteintreten auf die Widerklage belehrte die Vorinstanz die Beschwerde. Der Nichteintretensentscheid ist ein Endentscheid. Dieser ist je nach Streitwert mit Berufung oder Beschwerde anfechtbar (Art. 308 u. Art. 319 ZPO). Mit den Beklagten ist von einem Streitwert der Widerklage von Fr. 155'000.– auszugehen (vgl. act. 16; act. 30). Entsprechend ist das Rechtsmittel gegen den Nichteintretensentscheid als Berufung entgegen zu nehmen (Art. 308 Abs. 2 ZPO).

2.2. Im Übrigen (Ausweisung und unentgeltliche Rechtspflege) wurde das Rechtsmittel als Beschwerde entgegen genommen und unter der Verfahrensnummer PF190012 behandelt.

2.3. Mit der Berufung kann die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind die entsprechenden Beanstandungen von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen. Zwar besteht keine eigentliche Rügepflicht, aber eine Begründungslast: Die Berufung führende Partei muss sich sachbezogen und substantiiert mit den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Entscheides auseinandersetzen. Sie muss darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewendet hat bzw. welcher Sachverhalt unrichtig festgestellt worden sein soll (vgl. zum Ganzen etwa HUNGERBÜHLER/BUCHER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 311 N 29–31, N 36–39 und N 44; ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 36 f.; OGer ZH LB110049 vom 5. März 2012 E. 1.1 f., BGE 138 III 374, E. 4.3.1).

3. Zur Berufung im Einzelnen

3.1. Die Beklagten verlangen in Bezug auf die Widerklage die Rückweisung und einen neuen Entscheid über die Widerklage (act. 31 S. 2).

3.2. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, mehrere Ansprüche gegen eine Partei könnten in einer Widerklage nur dann vereint werden, wenn das gleiche Gericht sachlich dafür zuständig und die gleiche Verfahrensart anwendbar sei. Sei für die gehäuften Ansprüche nicht das gleiche Gericht zuständig oder eine andere Verfahrensart anwendbar, so trete das Gericht auf die objektiv gehäuften Widerklage insgesamt nicht ein. Die Beklagten beantragten die Edition von Unterlagen und stellten damit ein Leistungsbegehren im Sinne von Art. 84 ZPO. Ein solches sei im ordentlichen Zivilprozess, dem ein Schlichtungsverfahren voranzugehen habe, zu stellen. Die Widerklagebegehren 2 und 3 seien demgegenüber im summarischen Verfahren zu behandeln. Da auf die drei Widerklagebegehren nicht die gleiche Verfahrensart anwendbar sei, seien die Voraussetzungen von Art. 90 ZPO für die Widerklagebegehren nicht erfüllt und es sei auf die Widerklage insgesamt nicht einzutreten (act. 31 E. 4.3.). Im Übrigen seien widerklageweise beantragte Editionsbegehren im ordentlichen Verfahren und damit nicht in der gleichen Verfahrensart wie das klägerische Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen zu behandeln, weshalb die Voraussetzungen von Art. 219 i.V.m. Art. 248 ff. ZPO nicht gegeben seien. Eine "Umwandlung" des Hauptverfahrens in eine andere Verfahrensart sei nur in einem speziellen, hier nicht zutreffenden Fall der negativen Feststellungswiderklage (vgl. BGE 143 III 506) zulässig (act. 31 E. 4.3.). Selbst bei einem Eintreten auf die anderen zwei Widerklagebegehren würde es an einem vollstreckbaren Inhalt des zu vollstreckenden Entscheids bzw. Entscheidsurrogats fehlen. Inwiefern die von den Beklagten beantragte Vollstreckung der Ziffern 9a und 9b der Scheidungskonvention vom 4. Oktober 2012 den Kläger verpflichte, Fr. 27'500.– zu bezahlen bzw. einen Verkauf der Liegenschaft innerhalb eines gewissen Zeitraums vorzunehmen, sei prima facie nicht ersichtlich. Betreffend die Ausgleichszahlung werde explizit die Beklagte 1 zur Leistung verpflichtet und nicht der Kläger (wobei überdies keine Barauszahlung, sondern die Verrechnung bei Verkauf der Liegenschaft vorgesehen sei). Betreffend den Verkauf der Lie-

genschaft sehe die Vereinbarung unter Ziffer 9b keinen Zeitpunkt vor, zu welchem der Kläger die Liegenschaft tatsächlich zu verkaufen habe (act. 31 E. 4.4.).

3.3. Abgesehen vom Antrag auf Rückweisung und neuem Entscheid über die Widerklage beziehen sich sämtliche Vorbringen der Beklagten auf das Ausweisungsverfahren. Diese Vorbringen werden im Verfahren PF190012 behandelt. Ausführungen zur Widerklage machen die Beklagten keine (vgl. act. 31). Insbesondere gehen sie mit keinem Wort auf die vorinstanzlichen Erwägungen ein und zeigen auch nicht auf, was am vorinstanzlichen Entscheid falsch sein soll. So legen sie weder dar, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewendet hat, noch welcher Sachverhalt unrichtig festgestellt worden sein soll. Damit fehlt es an einer Auseinandersetzung mit dem vorinstanzlichen Entscheid und einer hinreichenden Begründung, weshalb auf die Berufung nicht einzutreten ist. Folglich erübrigen sich Ausführungen zum Antrag der Beklagten auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung (vgl. act 36).

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Die Beklagten stellen für das Rechtsmittelverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen (E. 3), erweist sich das Rechtsmittel als aussichtslos. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist daher abzuweisen (vgl. Art. 117 lit. b ZPO).

4.2. Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Beklagten kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) bilden einerseits der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse und andererseits der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls die Grundlage für die Festsetzung der Gebühr (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Unter Berücksichtigung der genannten Kriterien ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 1'000.– festzusetzen und den Beklagten aufzuerlegen, je unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag.

4.3. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen; den Beklagten nicht, weil sie unterliegen, dem Kläger nicht, da ihm keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Rechtsmittelverfahren wird abgewiesen.
2. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
4. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden den Beklagten auferlegt, je unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Horgen und die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.
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. 155'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtschreiberin:

MLaw J. Camelin-Nagel

versandt am: