

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF200058-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

Urteil vom 2. November 2020

in Sachen

1. **A.** _____,

2. **B.** _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

beide vertreten durch Rechtsanwalt MLaw, LL.M. X. _____

gegen

Stockwerkeigentümerschaft C. _____-halde ..., Zürich, Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. Juni 2020 (ER200076)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

Es sei den Gesuchsgegnern – unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB im Wiederhandlungsfall – zu verbieten, ihren Hund auf dem Grundstück der

Gesuchstellerin Kat. 1, GB-Blatt, C._____halde ..., ... Zürich, versäubern zu lassen, und zwar sowohl bezüglich Kot als auch bezüglich Urin; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegner."

Urteil des Einzelgerichtes:

1. Den Gesuchsgegnern wird verboten, ihren Hund auf dem Grundstück der Gesuchstellerin, Kat. Nr. 1, GB-Blatt, C._____halde ..., ... Zürich, bezüglich Kot und Urin versäubern zu lassen.
Im Widerhandlungsfall werden die Gesuchsgegner wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB mit Busse bis Fr. 10'000.– bestraft.
2. Die Entscheidgebühr von Fr. 1'000.– wird den Gesuchsgegnern unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt. Sie wird von der Gesuchstellerin bezogen, ist ihr aber von den Gesuchsgegnern unter solidarischer Haftbarkeit zu ersetzen.
3. Die Gesuchsgegner werden unter solidarischer Haftbarkeit verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.– zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung/Rechtsmittel

Berufungsanträge:

(act. 19 S. 2 und 13)

1. Das Urteil vom Bezirksgericht Zürich vom 5. Juni 2020 sei aufzuheben und auf das Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter seien die Ziffern 1., 2. und 3. des Urteils vom Bezirksgericht Zürich vom 5. Juni 2020 aufzuheben und das Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen sei abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin.

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Eingabe vom 4. Mai 2020 stellte die Stockwerkeigentümerschaft C.____-halde ..., Zürich beim Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich ein Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen und beantragte, es sei den Stockwerkeigentümern A.____ und B.____ unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall zu verbieten, ihren Hund auf dem Grundstück der Stockwerkeigentümerschaft versäubern zu lassen, und zwar sowohl bezüglich Kot als auch bezüglich Urin (vgl. act. 1). Mit Urteil vom 5. Juni 2020 wurde das Gesuch gutgeheissen (vgl. act. 18). Dagegen erhoben die Gesuchsgegner rechtzeitig Berufung beim Obergericht; sie beantragten, der vorinstanzliche Entscheidung sei aufzuheben und auf das Gesuch sei nicht einzutreten, eventualiter sei es abzuweisen (vgl. act. 19 und act. 16b).

1.2. Die Vorinstanz ging von einer nicht vermögensrechtlichen Streitigkeit aus (vgl. act. 18 E. 6). Eine vermögensrechtliche Streitigkeit ist gegeben, wenn mit der Klage letztlich ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird (vgl. BGE 142 III 145 E. 6.1). Dies ist der Fall bei nachbarschaftlichen Streitigkeiten über die Einwirkungen auf das Eigentum (vgl. BGE 52 II 292 E. 1; BGer 5C.14/2004 vom 27. April 2004 E. 1 sowie BGer 5A_23/2008 vom 3. Oktober 2008 E. 1). Demnach rechtfertigt sich auch hier die Annahme einer vermögensrechtlichen Streitigkeit, geht es doch darum, ein bestimmtes Verhalten des Hundes von Stockwerkeigentümern auf dem Grundstück der Stockwerkeigentümerschaft zu verbieten. Der Streitwert ist auf Fr. 20'000.– zu schätzen. Damit ist die Berufung zulässig (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO). Innert Frist bezahlten die Gesuchsgegner den verlangten Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– und reichte die Gesuchstellerin eine Berufungsantwort ein (vgl. act. 23 ff.). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-16). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

Gemäss Gesuchsgegnern war die Verwaltung nicht ermächtigt, den vorinstanzlichen Prozess einzuleiten und dafür eine Rechtsvertretung zu bevollmächtigen (vgl. act. 19 N 7 ff.). Dem ist nicht zuzustimmen: Selbst wenn die AGB des Verwaltungsvertrags nicht gelten würden, welche dies explizit erlauben, hätte die Verwaltung gestützt auf Art. 712t Abs. 2 ZGB ohne vorgängige Ermächtigung durch die Stockwerkeigentümerversammlung das summarische Verfahren anheben und dafür auch einen Anwalt bevollmächtigen dürfen (vgl. ZK ZGB-Wermelinger, 2. Auflage 2019, Art. 712t N 46).

3.

3.1. Art. 257 Abs. 1 ZPO sieht unter dem Titel "Rechtsschutz in klaren Fällen" vor, dass das Gericht Rechtsschutz im summarischen (raschen) Verfahren gewährt, wenn zum einen der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar (lit. a) und zum anderen die Rechtslage klar ist (lit. b).

3.2. Das Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen stützt sich auf folgenden Passus aus dem Protokoll über die Stockwerkeigentümerversammlung vom 4. Oktober 2019 (vgl. act. 4/12):

"Es wird einstimmig beschlossen, dass die Tiere sich nicht auf dem Grundstück versäubern dürfen. Der Besitzer ist für die Umsetzung verantwortlich und hat sich an diesen Beschluss zu halten."

3.3. Zur Gutheissung des Gesuchs führte die Vorinstanz aus, der Beschluss sei klar formuliert und insbesondere mit Blick auf den gestellten Antrag sei klar ersichtlich, zu was sich die Gesuchsgegner verpflichtet hätten: Dass sie das Tier, ihren Hund, auf der Liegenschaft nicht mehr versäubern liessen. Gemäss Duden sei unter dem Wort "versäubern" die Verrichtung der Notdurft (insbes. von Hund und Katze) zu verstehen, unter "Notdurft" wiederum die menschliche kleine und grosse Ausscheidung. Auch damit sei deutlich, dass die Verpflichtung darin bestehe, den Hund weder das kleine noch das grosse Geschäft auf der Liegenschaft verrichten zu lassen (vgl. act. 18 E. 4.4).

3.4. Mehrere Personen, denen ein Stockwerk gemeinschaftlich zusteht, haben nur eine Stimme, die sie durch einen Vertreter abgeben (Art. 712o Abs. 1 ZGB). Damit ist entgegen den Gesuchsgegnern unerheblich, dass die Gesuchsgegnerin nicht an der Versammlung teilnahm (vgl. act. 19 N 23). Der Einwand der Gesuchsgegner, das Traktandum sei nicht korrekt traktandiert worden (vgl. act. 19 N 23), hätte sodann bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht werden können und ist deshalb unbeachtlich (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO). Wie sich aus der von der Gesuchstellerin neu eingereichten Beilage ergibt, ist der Einwand ohnehin unzutreffend (vgl. act. 29).

3.5. Die Gesuchsgegner erachten den Begriff "versäubern" als unklar (vgl. act. 19 N 32 ff.). Unter "versäubern" ist das Verrichten der Notdurft zu verstehen. Der Duden definiert in seiner Online-Ausgabe die "Notdurft" als "menschliche Ausscheidungen" und erwähnt in den Wendungen, Redensarten und Sprichwörtern in eckigen Klammern eine grosse und kleine Notdurft. In der Buch-Ausgabe des Dudens steht bei "Notdurft" in Klammern "veraltend für Drang, den Darm, die Blase zu entleeren; Stuhlgang". Gemäss Wikipedia steht die "Notdurft" heute für die "Ausscheidung von Exkrementen, siehe Stuhlgang", wobei "Stuhlgang" als das "Ausscheiden von Kot aus dem menschlichen Verdauungstrakt" bezeichnet wird. Wikipedia verweist weiter auf "Wiktionary"; dort wiederum steht, "Notdurft" bedeute die "Ausscheidung von Kot oder Urin". Liest man den Passus aus dem Versammlungsprotokoll, bleibt auch nach der Konsultation des Dudens und der Wikipedia-Homepage unklar, ob mit dem Verbot des "Versäuberns" nur Kot oder auch Urin gemeint ist. Und es bleibt auch unklar, ob es nur um unbeseitigten oder auch um beseitigen Kot geht, zumal die Verwaltung dem Gesuchsgegner auf seine im Nachgang zur Versammlung gestellte Frage, woraus sich das Verbot ergebe, unbestrittenermassen einen Auszug aus dem Hundegesetz schickte, worin lediglich steht, Hundekot müsse beseitigt werden (vgl. act. 11/7). Die Gesuchstellerin wendet zwar ein, aus der langjährigen Vorgeschichte habe dem Gesuchsgegner klar sein müssen, dass mit dem beantragten Verbot auch das Urinieren gemeint gewesen sei. So sei im Prozess unbestritten geblieben, dass die Gesuchsgegner in der Regel den Kot aufgenommen hätten (vgl. act. 28 N 11). Auch diese Ausführungen können jedoch nichts daran ändern, dass die Passage aus dem

Protokoll, auf welche sich das Gesuch stützt, auslegungsbedürftig ist. Müssen Verträge ausgelegt, ergänzt oder angepasst werden, liegt kein klarer Fall i.S. von Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO vor (vgl. KUKO ZPO-Jent-Sørensen, 2. Aufl. 2014, Art. 257 N 8).

3.6. Soweit sich die Gesuchstellerin auf einen tatsächlichen Konsens beruft, der eine Auslegung gestützt auf das Vertrauensprinzip erübrige (act. 28 S. 5 Ziff. 14), steht dem die Bestreitung der Gesuchsgegner entgegen (act. 19 S. 9 Ziff. 30), die nicht haltlos erscheint und sich nicht ohne Weiteres widerlegen lässt, so dass auch kein unbestrittener oder sofort beweisbarer Sachverhalt i.S. von Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO besteht.

3.7. Da kein klarer Fall im Sinne des Gesetzes vorliegt, ist die Berufung gutzuheissen. Der vorinstanzliche Entscheid ist aufzuheben und auf das Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen ist nicht einzutreten (vgl. Art. 257 Abs. 3 ZPO).

4.

4.1. Da die Gesuchstellerin in beiden Verfahren vollumfänglich unterliegt, wird sie sowohl für das erstinstanzliche als auch für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2. Die Festsetzung der erstinstanzlichen Gerichtsgebühr und Parteientschädigung wurde von den Parteien nicht beanstandet. Die Beträge sind angemessen. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 20'000.– sind die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens in Anwendung von § 4 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'500.– und die Parteientschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren in Anwendung von § 4 Abs. 1, § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Ein Mehrwertsteuerersatz wurde nicht verlangt.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. Juni 2020 aufgehoben und auf das Gesuch nicht eingetreten.
2. Die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 1'000.– festgesetzt und der Gesuchstellerin auferlegt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 1'500.– festgesetzt, der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, den Gesuchsgegnern für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'200.– zu bezahlen.
5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, den Gesuchsgegnern für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'500.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage eines Doppels der Berufungsantwort samt Beilage, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. 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. 20'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am: