

BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.1 vom 29. März 2017

BS Appellationsgericht, 2017-03-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2017.1

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.1 du 29 mars 2017

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.1 del 29 marzo 2017

Erwägungen

E. 1

1.1 Angefochten ist ein Entscheid des Zivilgerichts vom 6. Dezember 2016 über eine vorsorgliche Massnahme. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten steht die Berufung gegen erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen offen, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt (Art. 308 Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]). Gemäss dem angefochtenen Entscheid ist davon auszugehen, dass der Streitwert weit über CHF 10'000.00 liegt (vgl. angefochtener Entscheid E. 6). Die Berufungsklägerin hat mit Eingabe vom 23. Dezember 2016 im Verfahren BEZ.2016.60 beantragt, der Streitwert sei auf CHF 15'000.00 festzusetzen. Die Berufungsbeklagten nehmen in der Berufungsantwort auf diese Eingabe Bezug, ohne einen abweichenden Streitwert zu behaupten (Berufungsantwort vom 27. Januar 2017 Ziff. 59). Die streitgegenständlichen Informationen sollen den Berufungsbeklagten ermöglichen, die Verwaltung von über 100 Mietobjekten von der Berufungsklägerin auf eine neue Beauftragte zu übertragen. Gemäss dem der neuen Beauftragten erteilten Bewirtschaftungsauftrag betragen die Bruttomietzinseinnahmen CHF 4'432'185.00 und die Verwaltungskosten 6.5 % der Bruttosollmietzinsen (Bewirtschaftungsauftrag vom 7./10. Juni 2016, Beilage 18 zum Gesuch der Berufungsbeklagten vom 24. November 2016). Damit haben die Berufungsbeklagten ein erhebliches wirtschaftliches Interesse an den Gegenstand der vorsorglichen Massnahme bildenden Informationen. Es besteht deshalb kein Zweifel, dass die Streitwertgrenze von CHF 10'000.00 deutlich überschritten ist. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht erhobene Berufung ist somit einzutreten.

1.2 Zur Beurteilung der vorliegenden Berufung ist das Dreiergericht des Appellationsgerichts zuständig (§ 92 Abs. 1 Ziff. 6 und § 99 Gesetz betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft [GOG, SG 154.100]). Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

E. 2

2.1 Die Vorinstanz hat den angefochtenen Entscheid vom 6. Dezember 2016 ohne Berücksichtigung der Stellungnahme der Berufungsklägerin vom 2. Dezember 2016 gefällt, weil diese nicht fristgerecht eingereicht worden sei. Die Berufungsklägerin rügt, die Vorinstanz habe damit ihren Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV, SR 101) in gravierender Art und Weise verletzt, weil ihre Stellungnahme vom 2. Dezember rechtzeitig erfolgt sei.

E. 2.2

2.2.1 Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 Abs. 1 ZPO haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dazu gehören das Recht auf Anhörung vor dem Entscheid und das Recht auf Äusserung zu den Vorbringen der Gegenpartei und zum Beweisergebnis (Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 53 N 5). Bei superprovisorischen Massnahmen wird das rechtliche Gehör gemäss Art. 265 Abs. 1 und 2 ZPO ausnahmsweise erst nachträglich gewährt. Dies ist jedoch nur bei besonderer Dringlichkeit zulässig. Die Berufungsbeklagten haben eine solche behauptet und beantragt, die Massnahme sei superprovisorisch ohne vorgängige Anhörung der Berufungsklägerin anzuordnen. Der Zivilgerichtspräsident hat jedoch festgestellt, dass die Sache nicht derart dringlich sei, dass es sich rechtfertigen würde, den Entscheid ohne Anhörung der Berufungsklägerin zu fällen. Es sei vielmehr vertretbar, der Berufungsklägerin eine kurze Frist zur vorgängigen Stellungnahme einzuräumen (angefochtener Entscheid Tatsachen III; Protokoll mündliches Gesuch vom 25. November 2016 S. 2). Dementsprechend hat er ihr mit Verfügung vom 25. November 2016 eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme bis 2. Dezember 2016 gesetzt. Damit hat der Zivilgerichtspräsident eine besondere Dringlichkeit zu Recht verneint. Folglich hat die Berufungsklägerin Anspruch darauf gehabt, vor dem Entscheid der Vorinstanz von dieser angehört zu werden und sich zu den Vorbringen der Berufungsbeklagten zu äussern, falls sie ihre Stellungnahme rechtzeitig eingereicht hat.

2.2.2 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Seine Verletzung führt deshalb unter Vorbehalt der Heilung ungeachtet der materiellen Richtigkeit des Entscheids und der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zu dessen Gutheissung und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (vgl. BGE 135 I 187 E. 2.2 S. 190; 132 V 387 E. 5.1 S. 390; OGer ZH LA130012-O/U vom 13. August 2013 E. 2.2 und 2.6; Gehri, in: Basler Kommentar, 2. Auflage, 2013, Art. 53 ZPO N 33; Göksu, in: Brunner et al. [Hrsg.] ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 53 N 42; Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Auflage, Zürich 2013, N 548 und Sutter-Somm/Chevalier, a.a.O., Art. 53 N 26). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz, die in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht über die gleiche Prüfungsbefugnis (Kognition) wie die Vorinstanz verfügt, zu äussern (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197; 133 I 201 E. 2.2 S. 204; 132 V 387 E. 5.1 S. 390; 129 I 129 E. 2.2.3 S. 135 und 126 I 68 E. 2 S. 72 sowie Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auf., Zürich 2016, N 1175; Gehri, a.a.O., Art. 53 ZPO N 34; Göksu, a.a.O., Art. 53 N 44; Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 548; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 3. Auflage, Basel 2014, N 271 und Sutter-Somm/Chevalier, a.a.O., Art. 53 N 27 f.). Bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist eine Heilung dagegen nur anzunehmen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197 f.; 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f.; 132 V 387 E. 5.1 S. 390; vgl. Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 548 und Sutter-Somm/Chevalier, a.a.O., Art. 53 N 28).

E. 2.3

2.3.1 Mit Verfügung vom 25. November 2016 hat der Zivilgerichtspräsident der Berufungsklägerin eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme zum Gesuch der Berufungsbeklagten um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme bis 2. Dezember 2016 gesetzt. Die Berufungsklägerin macht geltend, sie habe ihre Stellungnahme vom 2. Dezember 2016 gleichentags um 22:25 Uhr der Sihlpost in Zürich übergeben. Zum Beweis reicht sie ein Foto einer Seite eines Postbuchs ein. Darin findet sich in der Zeile mit der Adresse Zivilgericht Basel-Stadt, z. Hd. Gerichtspräsident M____, Postfach 964, 4001 Basel, ein Kleber mit der Aufgabennummer [...] und ein Poststempel der Sihlpost Zürich vom 2. Dezember 2016 (Beilage 6 zum Antrag der Berufungsklägerin vom 9. Dezember 2016). Aus der zur Sendungsnummer auf dem Kleber im Postbuch gehörigen Sendungsverfolgung ist ersichtlich, dass die Sendung mit der Zusatzleistung Signature am Freitag 2. Dezember 2016 um 22:25 Uhr auf der Sihlpost in Zürich aufgegeben, am Montag 5. Dezember 2016 um 20:19 Uhr in der Sortierstelle Urdorf sortiert und weitergeleitet und gleichentags um 22:23 Uhr im Paketzentrum Härkingen für die Zustellung sortiert worden ist. Als gelesener Zustellort wird 4001 Basel 1 Rüdengasse angegeben (Beilage 5 zum Antrag der Berufungsklägerin vom 9. Dezember 2016). Dies deutet darauf hin, dass die Sendung tatsächlich an das Zivilgericht Basel-Stadt adressiert worden ist. Die Zustelladresse des Zivilgerichts lautet Postfach 964, 4001 Basel. Die Poststelle 4001 Basel 1 Rüdengasse befindet sich in unmittelbarer Nähe des Zivilgerichts und hat die in der Zustelladresse des Zivilgerichts angegebene Postleitzahl. Auf der Sendung mit der Stellungnahme vom 2. Dezember 2016 findet sich als Adresse Zivilgericht Basel-Stadt, z. Hd. Gerichtspräsident M____, Postfach 964, 4001 Basel. Dies entspricht exakt der Adresse im von der Berufungsklägerin eingereichten Postbuch. Das Gewicht der Sendung beträgt gemäss dem auf der Sendung befindlichen Aufkleber der Post 3.867 kg. Gemäss der Sendungsverfolgung hat das Gewicht der Sendung mit der Nummer [...] 3.861 kg betragen (Beilage 5 zum Antrag der Berufungsklägerin vom 9. Dezember 2016). Schliesslich hat die Berufungsklägerin eine Kopie eines von der Post erstellten Fotos eingereicht, das ein an das Zivilgericht Basel-Stadt, z. Hd. Gerichtspräsident M____, Postfach 964, 4001 Basel adressiertes und mit einem Aufkleber mit der Sendungsnummer [...] versehenes Paket zeigt (Beilage 2 zur Eingabe der Berufungsklägerin vom 23. Dezember 2016).

2.3.2 Auf der beim Zivilgericht eingegangenen Sendung mit der Stellungnahme vom 2. Dezember 2016 findet sich statt des Aufklebers mit der Sendungsnummer [...] ein solcher mit der Sendungsnummer [...]. Gemäss Sendungsverfolgung ist diese Sendung am 6. Dezember 2016 um 07:46 Uhr bei der Poststelle 4001 Basel 1 Rüdengasse aufgegeben und am 7. Dezember 2016 um 07:21 via Postfach bei der Poststelle 4001 Basel 1 Rüdengasse zugestellt worden (Beilage 9 zum Antrag der Berufungsklägerin vom 9. Dezember 2016). Gemäss der Berufungsklägerin lässt sich dies nach Angaben der Post vermutlich damit erklären, dass sich die von der Post auf der Sendung angebrachte Barcodeetikette abgelöst habe und deshalb eine neue vergeben worden sei (Berufung vom 9. Januar 2017 Ziff. 16). Diese Erklärung ist nachvollziehbar und wird durch die von der Berufungsklägerin eingereichten Schreiben der Post vom 12. Dezember 2016 und 17. Januar 2017 bestätigt. Daraus ist zu entnehmen, dass das Paket mit der Nummer [...] am 2. Dezember 2016 in Zürich aufgegeben worden ist, dass sich dieser Barcode während des Transports abgelöst hat und dass auf der Poststelle Basel 1 die neue Sendungsnummer [...] auf der Sendung angebracht worden ist (Schreiben der Post vom 23. Dezember 2016, Beilage 3 zur Berufung vom 9. Januar 2017; Schreiben der Post vom 17. Januar 2017, Beilage zur Eingabe der Berufungsklägerin vom 20. Januar 2017).

2.3.3 Auf der Sendung mit der Stellungnahme vom 2. Dezember 2016 findet sich ein Frankaturstempel vom 2. Dezember 2016. Darauf ist [...] angegeben. Die Kanzlei des Rechtsvertreters der Berufungsklägerin befindet sich in [...]. Die Sendung ist gemäss der Berufungsklägerin auf der Poststelle 8021 Zürich 1 Sihlpost aufgegeben worden. Diese befindet sich an der Kasernenstrasse 97 in 8004 Zürich. Zudem findet sich auf der Bestätigung/Quittung der Postaufgabe die Angabe CHF 0.00 (Beilage 6 zum Antrag vom 9. Dezember 2016). Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass der Frankaturstempel von der Frankiermaschine der Kanzlei des Rechtsvertreters der Berufungsklägerin stammt. Damit vermag der Stempel die rechtzeitige Postaufgabe nicht unmittelbar zu beweisen. Er ist aber ein starkes Indiz gegen die These der Vorinstanz, die Sendung sei erst am Dienstag 6. Dezember 2016 der Post übergeben worden. Es erscheint höchst unwahrscheinlich, dass eine Anwaltskanzlei eine Sendung am Freitag 2. Dezember 2016 frankiert, den ganzen Montag 5. Dezember 2016 liegen lässt und am Dienstag 6. Dezember 2016 zur Post bringt. Schliesslich hat N____ am 8. Dezember 2016 schriftlich bestätigt, dass der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin sie am 2. Dezember 2016 zur Sihlpost gefahren habe, dass sie die Stellungnahme vom 2. Dezember 2016 dort gleichentags um 22:25 Uhr aufgegeben habe und dass sie der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin anschliessend nachhause gebracht habe (Beilage 10 zum Antrag der Berufungsklägerin vom 9. Dezember 2016). N____ ist juristische Mitarbeiterin des Rechtsvertreters der Berufungsklägerin und dürfte die Stellungnahme vom 2. Dezember 2016 mitverfasst haben (vgl. Kürzel ReP/WyJ). Ihre Bestätigung ist deshalb wegen Eigeninteressen am Nachweis der rechtzeitigen Postaufgabe mit Vorsicht zu würdigen und alleine nicht geeignet, die rechtzeitige Postaufgabe zu beweisen. Sie kann aber zumindest als Indiz mitberücksichtigt werden.

2.3.4 Unter Würdigung der vorstehend erwähnten Beweismittel besteht kein vernünftiger Zweifel daran, dass es sich bei der Sendung mit der Stellungnahme der Berufungsklägerin vom 2. Dezember 2016 um die gleiche Sendung handelt, die am 2. Dezember 2016 der Sihlpost übergeben worden ist. Somit ist der Beweis erbracht, dass die Berufungsklägerin ihre Stellungnahme vom 2. Dezember 2016 am letzten Tag der Frist zuhänden des Zivilgerichts Basel-Stadt der Schweizerischen Post übergeben hat. Folglich hat die Vorinstanz die Stellungnahme der Berufungsklägerin trotz fristgerechter Einreichung nicht berücksichtigt und ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs eine strafbewehrte und sofort vollstreckbare vorsorgliche Massnahme angeordnet, obwohl sie eine besondere Dringlichkeit zu Recht verneint hat. Aufgrund der unzutreffenden Annahme, die Berufungsklägerin habe innert der angesetzten Frist keine Stellungnahme eingereicht, ist die Vorinstanz bei ihrem Entscheid vom 6. Dezember 2016 zu Unrecht davon ausgegangen, grundsätzlich könne ohne Weiteres auf die (unbestrittenen) Ausführungen der Berufungsbeklagten abgestellt werden, weil die Berufungsklägerin ihre zivilprozessuale Bestreitungslast verletzt habe (vgl. angefochtener Entscheid Tatsachen III). Damit hat sie ohne weitere Prüfung auf die Angaben im Gesuch der Berufungsbeklagten vom 24. November 2016 abgestellt. Dies wird dadurch bestätigt, dass die Vorinstanz die Gerichtskosten gegenüber dem verlangten Kostenvorschuss um die Hälfte reduziert hat mit der Begründung, aufgrund des Ausbleibens einer Stellungnahme der Berufungsklägerin sei der Aufwand des Gerichts deutlich geringer gewesen als ursprünglich angenommen (Hinweis auf dem ohne schriftliche Begründung eröffneten Entscheid vom 6. Dezember 2016). Damit hat die Vorinstanz den Anspruch der Berufungsklägerin auf rechtliches Gehör in schwerwiegender Weise verletzt. Das Interesse der Berufungsklägerin daran, dass der

angefochtene Entscheid aufgehoben und sie damit zumindest vorerst von der Pflicht zur Lieferung der verlangten Dokumente befreit wird, für den Fall, dass das Gesuch der Berufungsbeklagten um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme nicht mit einem reformatorischen Entscheid der Berufungsinstanz abgewiesen wird, überwiegt das Interesse der Berufungskläger an einer beförderlichen Beurteilung der Sache. Eine Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs im Berufungsverfahren ist damit ausgeschlossen.

E. 2.3.5

2.3.5.1 Im Zeitpunkt der Fällung des angefochtenen Entscheids vom 6. Dezember 2016 hat die Vorinstanz noch keinerlei Kenntnis vom Inhalt der Stellungnahme der Berufungsklägerin gehabt. Dies ergibt sich aus ihren eigenen Angaben (Verfügung des Zivilgerichtspräsidenten vom 7. Dezember 2016; angefochtener Entscheid Tatsachen III) und dem Umstand, dass die Stellungnahme dem Gericht erst am 7. Dezember 2016 zugegangen ist.

2.3.5.2 Mit Verfügung vom 7. Dezember 2016 hat der Zivilgerichtspräsident angeordnet, dass die Stellungnahme der Berufungsklägerin vom 2. Dezember 2016 den Berufungsbeklagten zur Kenntnisnahme zugestellt wird, festgehalten, dass diese Stellungnahme im mit Entscheid vom 6. Dezember 2016 grundsätzlich abgeschlossenen Verfahren nicht mehr berücksichtigt werden könne, weil sie einerseits verspätet erfolgt und andererseits erst nach Erlass des Entscheids beim Gericht eingetroffen sei, und im Übrigen auf die Rechtsmittelbelehrung des Entscheids vom 6. Dezember 2016 verwiesen. In der Begründung dieser Verfügung hat der Zivilgerichtspräsident zudem erwogen, die ZPO kenne keine Möglichkeit, die es dem Gericht erlauben würde, auf den am 6. Dezember 2016 bereits ergangenen Entscheid zurückzukommen und diesen in irgendeiner Form abzuändern oder aufzuheben. Dies ist für den Entscheid über eine vorsorgliche Massnahme zwar unrichtig, wie die Berufungsklägerin zu Recht geltend macht. Gemäss Art. 268 Abs. 1 ZPO können vorsorgliche Massnahmen geändert oder aufgehoben werden, wenn sich die Umstände geändert haben oder sich die Massnahmen nachträglich als ungerechtfertigt erweisen. Aus der Verfügung vom 7. Dezember 2016 ergibt sich aber eindeutig, dass der Zivilgerichtspräsident seinen Entscheid vom 6. Dezember 2016 nach der Kenntnisnahme von der Stellungnahme der Berufungsklägerin vom 2. Dezember 2016 nicht inhaltlich überprüft und bestätigt bzw. durch einen gleichlautenden Entscheid ersetzt hat. Anfechtungsobjekt der vorliegenden Berufung bleibt damit der Entscheid vom 6. Dezember 2016. Dieser ist aber in besonders schwerwiegender Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör der Berufungsklägerin ergangen. Der nachträgliche Hinweis in der Begründung der Verfügung des Zivilgerichtspräsidenten vom 7. Dezember 2016 und in der nachträglich erstellten schriftlichen Begründung des Entscheids der Vorinstanz vom 6. Dezember 2016, die Stellungnahme der Berufungsklägerin hätte am Ausgang des Verfahrens ohnehin nichts geändert, vermag diese Verletzung entgegen der Auffassung der Berufungsbeklagten weder ungeschehen zu machen noch zu heilen. Aufgrund der formellen Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist der angefochtene Entscheid auch dann aufzuheben, wenn die Vorinstanz nachträglich geltend macht, sie hätte bei Gewährung des rechtlichen Gehörs gleich entschieden.

2.3.6 Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass der angefochtene Entscheid wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör der Berufungsklägerin unabhängig von seiner materiellen Richtigkeit aufzuheben ist.

2.4 Zu prüfen bleibt, ob die Berufungsinstanz nach der Aufhebung des angefochtenen Entscheids einen eigenen neuen Sachentscheid zu fällen oder die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen hat. Gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO kann die Rechtsmittelinstanz die Sache an die erste Instanz zurückweisen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt worden ist oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist. Schwerwiegende Verfahrensmängel vor erster Instanz haben zumindest regelmässig zur Folge, dass die Klage in wesentlichen Teilen nicht gehörig beurteilt worden ist, und stellen deshalb zumindest regelmässig einen Rückweisungsgrund dar (vgl. OGer ZH LB130066-O/U vom 9. April 2014 E. 3.5, LA130012-O/U vom 13. August 2013 E. 2.9 f.; Steininger, in: Brunner et al. [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 318 N 8; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 318 N 37 und Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 1538). Dies gilt insbesondere für eine nicht heilbare Verletzung des rechtlichen Gehörs (vgl. OGer ZH LB130066-O/U vom 9. April 2014 E. 3.5; Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 318 N 37 und Seiler, a.a.O., N 1540). In verfassungskonformer Auslegung von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO ist bei einer Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV stets vom Vorliegen eines Rückweisungsgrundes auszugehen. Damit steht es der Berufungsinstanz in solchen Fällen immer offen, die Angelegenheit zur Beseitigung des Mangels an die erste Instanz zurückzuweisen (Seiler, a.a.O., N 1540). Wenn die Berufungsinstanz im Falle einer nicht heilbaren Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Vorinstanz selber in der Sache entscheidet, bleiben selbst schwerwiegende Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör folgenlos, wenn sie inhaltlich keinen Einfluss auf den Entscheid haben. Damit würde der Anspruch auf rechtliches Gehör seiner formellen Natur vollständig beraubt und bliebe unberücksichtigt, dass dieser nicht nur ein Mittel der Sachverhaltsaufklärung, sondern auch ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht darstellt (vgl. zu Letzterem Oberhammer, in: Oberhammer et al. [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 53 N 2 und 13). Bei einer nicht heilbaren Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist die Sache deshalb grundsätzlich an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im vorliegenden Fall kann jedoch ausnahmsweise ein reformatorischer Entscheid gefällt werden. Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, ist das Gesuch der Berufungsbeklagten um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme in der Sache abzuweisen. Die Berufungsklägerin hat die Abweisung des Gesuchs beantragt. Damit hat sie für den Fall, dass diesem Antrag entsprochen wird, auf die Sanktionierung der Verletzung ihres rechtlichen Gehörs durch einen Rückweisungsentscheid verzichtet. Da sich nur die selbst davon betroffene Partei auf eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör berufen kann (BGer 5A_306/2016 vom 7. Juli 2016 E. 3.1; 1C_320/2011 vom 30. Mai 2012 E. 4.3.1; Sutter-Somm/Chevalier, a.a.O., Art. 53 N 26), können die Berufungsbeklagten aus der Verletzung des rechtlichen Gehörs der Berufungsklägerin keinen Anspruch darauf ableiten, dass statt eines reformatorischen Entscheids ein Rückweisungsentscheid gefällt wird.

E. 3

3.1 In der Sache rügt die Berufungsklägerin, die im angefochtenen Entscheid angeordnete vorsorgliche Massnahme sei unzulässig, weil sie den definitiven Entscheid über den von den Berufungsbeklagten behaupteten Anspruch vorwegnehme. Zudem seien die Voraussetzungen für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme nicht erfüllt.

E. 3.2

3.2.1 Mit Gesuch vom 24. November 2016 haben die Berufungsbeklagten beantragt, dass die Berufungsklägern im Sinne einer vorsorglichen Massnahme angewiesen wird, ihnen gestützt auf den Bewirtschaftungsauftrag vom 15. Dezember 2014/10. März 2015 folgende Dokumente/Akten herauszugeben bzw. über Folgendes Rechenschaft abzulegen: Mieterspiegel und Mietzins-Komponentenliste per Stichtag 31. Dezember 2016 pro Liegenschaft, Mieterspiegel und Mietzins-Komponentenliste für den Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Dezember 2016 pro Liegenschaft (mit Ausnahme der Liegenschaft [...]), Mieter- und Personenliste per Stichtag 31. Dezember 2016 pro Liegenschaft, Mieter- und Personenliste für den Zeitraum vom 1. Juli 2015 bis 31. Dezember 2016 pro Liegenschaft (mit Ausnahme der Liegenschaft [...]) sowie Auflistung über die Hausnebenkostenabrechnungstichtage und Kopien der letzten Hausnebenkostenabrechnungen pro Liegenschaft. Die Berufungsbeklagten machen geltend, die verlangten Dokumente seien Gegenstand der Rechenschafts- und Herausgabepflicht.

Der Bewirtschaftungsauftrag ist mit den Parteien und der Vorinstanz als einfacher Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. des Obligationenrechts (OR, SR 220) zu qualifizieren. Art. 400 Abs. 1 OR begründet zum einen eine Rechenschafts- und zum anderen eine Ablieferungs- oder Herausgabepflicht (BGE 141 III 564 E. 4.2.1 S. 567; 139 III 49 E. 4.1.2 S. 54; Gehrler Cordey/Giger, in: Huguenin et al. [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 400 OR N 1 ff.; Weber, in: Basler Kommentar, 6. Auflage, Art. 400 OR N 1 ff.). Die Rechenschaftspflicht umfasst alle Informationen über Belange des Auftragsverhältnisses, die für den Auftraggeber von Bedeutung sein können (vgl. BGE 139 III 49 E. 4.1.3 S. 54 und AGE AZ.2010.19 vom 4. November 2011 E. 4.2.2). Begrenzt wird der Rechenschaftsanspruch durch den Grundsatz von Treu und Glauben. Die Rechenschaftsablegung muss dem Beauftragten aufgrund einer Abwägung der gegenseitigen Interessen zumutbar sein (vgl. dazu eingehend AGE AZ.2010.19 vom 4. November 2011 E. 4.2.3 und 4.4.2). Die Ablieferungs- oder Herausgabepflicht erstreckt sich auf alles, was der Beauftragte vom Auftraggeber zur Ausführung des Auftrags erhalten, von Dritten in Ausführung des Auftrags erlangt oder in Erfüllung einer Vertragspflicht geschaffen hat (vgl. AGE AZ.2010.19 vom 4. November 2011 E. 4.3; Gehrler Cordey/Giger, a.a.O., Art. 400 OR N 12 und Fellmann, Berner Kommentar, 1992, Art. 400 OR N 116 f. und 135). Keine Herausgabepflicht besteht für selber geschaffene Unterlagen, die den Beauftragten lediglich in die Lage versetzen sollen, die Geschäftsbesorgung durchzuführen und die nicht eigentlich Gegenstand der ihm aufgetragenen Tätigkeiten sind (AGE AZ.2010.19 vom 4. November 2011 E. 4.3; Fellmann, a.a.O., Art. 400 OR N 136). Interne Dokumente unterliegen nicht der Herausgabepflicht. Vorbehältlich rein interner Dokumente kann ihr Inhalt aber Gegenstand der Rechenschaftspflicht bilden (vgl. dazu eingehend BGE 139 III 49 E. 4.1.3 S. 55 f. und AGE AZ.2010.19 vom 4. November 2011 E. 4.4).

Die Berufungsbeklagten haben in ihrem Gesuch vom 24. November 2016 nicht behauptet, dass sich die Berufungsklägerin zur Erstellung der verlangten Dokumente verpflichtet hätte. Eine entsprechende Vertragspflicht kann dem Bewirtschaftungsauftrag vom 15. Dezember 2014/10. März 2015 auch nicht entnommen werden. In Ziffer 1.11 dieses Vertrags hat sich die Berufungsklägerin bloss zum Erstellen einer jährlichen Liegenschaftsabrechnung pro Liegenschaft und zum Abgeben der Bilanz, Erfolgsrechnung und Kontendetails verpflichtet (Beilage 14 zur Stellungnahme der Berufungsklägerin vom 2. Dezember 2016). Selbst wenn die Berufungsklägerin entsprechende Dokumente bereits geschaffen haben sollte,

wären diese deshalb als interne Dokumente zu qualifizieren, die sie bloss in die Lage versetzen, ihren Auftrag zu erfüllen. Die verlangten Dokumente können deshalb höchstens Gegenstand der Rechenschaftspflicht bilden. Im Übrigen erscheint es fraglich, ob die betreffenden Dokumente bei der Berufungsklägerin bereits vorhanden sind. Die Berufungsbeklagten behaupten, die geforderten Informationen bzw. Dokumente seien der Berufungsklägerin im Rahmen des Auftrags zugegangen und/oder von ihr zwecks Auftrags Erfüllung erstellt worden. Bei den verlangten Unterlagen handle es sich um branchenübliche Dokumente, die auch die Berufungsklägerin bei der Ausführung des Bewirtschaftungsauftrags benötige (Gesuch vom 24. November 2016 Ziff. 26 f.). Wie insbesondere der Anhang der E-Mail des Rechtsvertreters der Berufungsklägerin vom 10. November 2016 (Beilage 25 zum Gesuch der Berufungsbeklagten vom 24. November 2016) beispielhaft zeige, seien die geforderten Informationen bei der Berufungsklägerin nachweislich vorhanden. Mit E-Mail vom 10. November 2016 hat die Kanzlei des Rechtsvertreters der Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten 2 Mieterspiegel betreffend die Liegenschaft [...] für die Jahre 2014 bis 2016 zugestellt. Dies beweist zwar, dass die Berufungsklägerin jedenfalls betreffend diese Liegenschaft über die gelieferten Informationen verfügt hat. Der E-Mail und deren Anhang kann aber nicht entnommen werden, ob die Dokumente bei der Berufungsklägerin bereits vorhanden gewesen sind, oder ob insbesondere der Mieterspiegel für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 2016 im Hinblick auf die Übermittlung erst erstellt werden müssen. Die Berufungsklägerin macht geltend, viele der geforderten Unterlagen lägen so gar nicht vor. Insbesondere müsste sie die Mieterspiegel per Stichtag 31. Dezember 2016 zunächst noch anfertigen (Antrag der Berufungsklägerin vom 9. Dezember 2016 Ziff. 5 und 18; Berufung vom 9. Januar 2017 Ziff. 9). Zumindest für den Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids erscheint es glaubhaft, dass bei der Berufungsklägerin keine Mieterspiegel per Stichtag 31. Dezember 2016 vorgelegen haben, weil sie solche für die laufende Verwaltung während des Jahres 2016 nicht gebraucht hat. Es ist davon auszugehen, dass dies auch für die Mieterspiegel für den Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Dezember 2016 sowie die Mietzins-Komponentenliste und die Mieter- und Personenliste per Stichtag 31. Dezember 2016 und für den Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Dezember 2016 gilt, weil nicht davon auszugehen ist, dass die Berufungsklägerin für die laufende Verwaltung während des Jahres bereits Dokumente für den Zeitraum bis zum Jahresende erstellt hat. Ob die Berufungsklägerin das Vorliegen der Dokumente rechtzeitig bestritten hat und ob sie nach Abschluss des Jahres 2016 inzwischen über die betreffenden Dokumente verfügt, kann offen bleiben, weil sie ohnehin nicht Gegenstand der Ablieferungspflicht sind, wie vorstehend eingehend dargelegt worden ist. Im Übrigen ist es für die Frage, ob die Herausgabe der von den Berufungsbeklagten verlangten Dokumente Gegenstand einer vorsorglichen Massnahme sein kann, nicht entscheidend, ob die Dokumente von der Ablieferungs- oder Rechenschaftspflicht erfasst werden. Die Dokumente sind für die Berufungsbeklagten bzw. die Erbengemeinschaft offensichtlich ausschliesslich wegen ihres Informationsgehalts von Interesse. In der Sache geht es damit in jedem Fall um die Erbringung einer Informationsleistung. Selbst wenn die Dokumente von der Ablieferungspflicht erfasst würden, wäre deshalb für die Frage der Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen auf die für die Rechenschaftspflicht geltenden Grundsätze abzustellen (vgl. unten E. 3.2.3).

3.2.2 Mit dem angefochtenen Entscheid vom 6. Dezember 2016 wird die Berufungsklägerin vorsorglich zur Erfüllung der von den Berufungsbeklagten als Verfügungsanspruch behaupteten auftragsrechtlichen Rechenschafts- und/oder Ablieferungspflicht gemäss

Art. 400 Abs. 1 OR verpflichtet. Diese Leistungsmassnahme hat endgültige Wirkung, weil die Berufungsbeklagten bzw. die Erbgemeinschaft mit der Vollstreckung der vorsorglichen Massnahme alles erhalten, worauf sie gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR Anspruch erheben, die Kenntnisnahme von den verlangten Dokumenten und Akten durch die Berufungsbeklagten und die K____, der die Berufungsbeklagten die Dokumente und Akten weitergeben wollen, nicht mehr rückgängig gemacht werden kann und der Prozess in der Hauptsache deshalb für die Parteien nach der Vollstreckung der vorsorglichen Massnahme kaum mehr von Interesse ist. Die Berufungsklägerin wird mit dem Entscheid vom 6. Dezember 2016, der in einem summarischen Verfahren ergangen ist, in dem die rechtserheblichen Tatsachen bloss glaubhaft zu machen und die Rechtsfragen bloss summarisch zu prüfen sind (vgl. BGE 131 III 473 E. 2.3 S. 476; Kofmel Ehrenzeller, in: Oberhammer et al. [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 261 N 6 und Zürcher, in: Brunner et al. [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 261 N 5 und 9 f.), gezwungen, Informationsansprüche gemäss Art. 400 Abs. 1 OR irreversibel zu erfüllen, bevor über diese in einem ordentlichen Verfahren entschieden worden ist.

3.2.3 Nach neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann das Gericht keine vorsorgliche Massnahme anordnen, die ihrer Natur nach einen definitiven Entscheid über den zu schützenden Anspruch mit sich bringt (BGE 141 III 564 E. 4.2.2 S. 568). Gemäss BGE 138 III 728 gilt dies zumindest im Prinzip (BGE 138 III 728 E. 2.7 S. 732). Nach einem aktuellen Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich darf der Massnahmeentscheid keinen Zustand schaffen, der nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, und den Entscheid des Hauptsachengerichts nicht präjudizieren (OGER ZH LF150071-O/U vom 26. Januar 2016). Indem die Beauftrage angewiesen wird, dem Auftraggeber gestützt auf die Rechenschaftspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR verlangte Informationen oder Dokumente zu liefern, regelt das Gericht das Schicksal des Anspruchs definitiv. Der Anspruch auf Rechenschaft ist mit der Übermittlung der Informationen oder Dokumente erschöpft (BGE 141 III 564 E. 4.2.2 S. 568; vgl. BGE 138 III 728 E. 2.7 S. 732 f.). Eine einmal erbrachte Informationsleistung führt zu einer irreversiblen Befriedigung des Informationsempfängers und lässt sich nicht mehr rückgängig machen. Mit einer vorsorglichen Massnahme auf Informationserteilung wird damit der definitive Rechtsschutz vorweggenommen (Waldmann, Informationsbeschaffung durch Zivilprozess, Diss. Basel 2009, S. 266 und 272). Aus den vom Bundesgericht und dem Obergericht des Kantons Zürich zu Recht statuierten allgemeinen Einschränkung folgt damit, dass es zumindest grundsätzlich nicht möglich ist, die Rechenschaftspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR mittels einer vorsorglichen Massnahme durchzusetzen. Gemäss einem beachtlichen Teil der Lehre kann die Rechenschaftspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR generell nicht Gegenstand einer vorsorglichen Massnahme sein (Eigenmann, Renseignements et sauvegarde d'urgence des droits successoraux, in: Anwaltsrevue 2016 S. 417, 418; Emmen-egger/Thévenoz/Good/Machado Gomes, Das schweizerische Bankprivatrecht 2012-2013, in SZW 2013 S. 309, 312; Hohl, Procédure civile, Bd. II, 2. Auflage, Bern 2010, N 1831 und 1836; Stucki/Pahud, Le régime des décisions superprovisionnelles et provisionnelles du code de procédure civile, SJ 2015 II S. 1, 5). In BGE 138 III 728 hat das Bundesgericht entschieden, dass diese Auffassung nicht willkürlich sei (BGE 138 III 728 E. 2.6 f. S. 732 f.). Mit freier Kognition in einer für den Entscheid tragenden Erwägung hat das Bundesgericht zwar soweit ersichtlich noch nicht festgehalten, dass es generell unzulässig sei, einen Beauftragen mittels einer vorsorglichen Massnahme zur Rechenschaftsablegung gemäss Art. 400 Abs. 1 OR zu verpflichten. Insbesondere aufgrund

der folgenden Entscheide kann aber kaum ein Zweifel daran bestehen, dass dies der Auffassung des Bundesgerichts entspricht. In BGE 141 III 564 hat das Bundesgericht entschieden, dass der Rechenschaftsablegungsanspruch gemäss Art. 400 Abs. 1 OR nicht auf dem Weg der vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO geltend gemacht werden kann. In der Begründung dieses Entscheids findet sich die folgende Erwägung: ■Selon la jurisprudence, le juge ne peut pas ordonner par voie provisionnelle une mesure qui, par sa nature, implique un jugement définitif de la prétention à protéger, comme la reddition de compte au sens de l'art 400 al. 1 CO■ (BGE 141 III 564 E. 4.2.2 S. 568). In BGer 5A_768/2012 hat das Bundesgericht unter Verweis auf BGE 138 III 728 entschieden, dass vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 261 ff. ZPO für das Auskunftsrecht gemäss Art. 170 Abs. 2 ZGB aufgrund der Natur dieses Rechts ausgeschlossen sind (BGer 5A_768/2012 vom 17. Mai 2013 E. 4.2). In der Begründung hat es zudem festgehalten, dass das Recht auf Auskunftserteilung und Vorlegung von Urkunden gemäss Art. 170 Abs. 2 ZGB wie die Rechte gemäss Art. 400 Abs. 1 OR sowie Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB ein materielles Recht sei (BGer 5A_768/2012 vom 17. Mai 2013 E. 4.1) und damit die Verwandtschaft zwischen diesen Rechten betont.

GemässMüllerkommen im Zusammenhang mit dem auftragsrechtlichen Auskunftsanspruch in Härtefällen zwar vorsorgliche Massnahmen in Betracht. Solche hätten aber nicht als Leistungs-, sondern als Sicherungsmassnahmen zu ergehen (Müller, Konto und Erbgang ■ Informationsfluss zwischen Bank/Post und den Erben des verstorbenen Kontoinhabers/wirtschaftlich Berechtigten, in: Jusletter vom 29. März 2010 N 115). Auch gemäss diesem Autor ist es damit selbst in Härtefällen nicht zulässig, den Beauftragten mit einer vorsorglichen Massnahme anzuweisen, die Informationen dem Auftraggeber zu erteilen. GemässWaldmannkönnen Informationsleistungen an den Gesuchsteller zwar grundsätzlich nicht Gegenstand vorsorglicher Massnahmen sein, sind aber Ausnahmen bei besonderer Gefahr und Dringlichkeit denkbar und erfordern solche eine Abwägung der widerstreitenden Interessen im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung. Diese Voraussetzungen können allerdings gemässWaldmannentgegen der Darstellung der Berufungsbeklagten höchstens dann bejaht werden, wenn ein Recht von existenzieller Bedeutung in Gefahr ist und nur durch eine dringliche Informationsleistung geschützt werden kann (vgl. Waldmann, a.a.O., S. 266 und 272 f.). ■Für die direkte Leistungserbringung [also die Informationsleistung an den Gesuchsteller (Hinweis hinzugefügt)] müssen Rechte von existenzieller Bedeutung in Gefahr sein, welche nur durch die dringliche Informationserteilung geschützt werden können■ (Waldmann, a.a.O., S. 273). Als Beispiel nenntWaldmannInformationen über den gesundheitlichen Vorzustand eines Patienten, die dieser von seinem vorbehandelnden Arzt benötigt, um eine dringende medizinische Entscheidung treffen zu können. Im Übrigen verweistWaldmannzur Gewährung vorsorglichen Rechtsschutzes für Informationsansprüche auf blosse Sicherungsmassnahmen wie insbesondere die Hinterlegung von Informationsträgern beim Gericht, bei denen die Rückgabe der Information möglich ist (vgl. Waldmann, a.a.O., S. 272 f.). Solche stehen im vorliegenden Fall jedoch nicht zur Diskussion. Ob in den vonWaldmanngenannten Ausnahmefällen die Anordnung einer vorsorglichen Leistungsmassnahme zum Schutz der Rechenschaftspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR zulässig ist, kann vorliegend offen bleiben, weil offensichtlich kein Recht von existenzieller Bedeutung der Berufungsbeklagten bzw. der Erbengemeinschaft gefährdet ist und diesen nicht einmal ein besonders schwerer Nachteil droht (vgl. unten E. 3.2.4).

Der Umstand, dass der Verfügungsanspruch im Sinne von Art. 216 Abs. 1 lit. a ZPO offensichtlich gegeben sei, stellt entgegen der Auffassung der Vorinstanz (angefochtener Entscheid E. 3) keinesfalls einen hinreichenden Grund für die ausnahmsweise Zulässigkeit eines den Entscheid des Hauptsachengerichts präjudizierenden vorsorglichen Massnameentscheids dar. Wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist und die Rechtslage klar ist, kann der Berechtigte gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO im summarischen Verfahren Rechtsschutz in klaren Fällen verlangen (vgl. Waldmann, a.a.O., S. 270 f.). Das Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen muss zeitlich nicht aufwändiger sein als ein Massnahmeverfahren und führt im Falle der Gutheissung zu einem materiell rechtskräftigen Entscheid (OGer ZH LF150071-O/U vom 26. Januar 2016). Wenn die Voraussetzungen des Rechtsschutzes in klaren Fällen nicht erfüllt sind, kann der Anspruch nicht derart offensichtlich gegeben sein, dass es dieser Umstand rechtfertigen könnte, in einem summarischen Massnahmeverfahren einen seiner Natur nach definitiven Entscheid über den Anspruch zu fällen. Die Gewährung von Rechtsschutz in klaren Fällen ist im vorliegenden Fall nach dem Dispositionsgrundsatz (Art. 58 Abs. 1 ZPO) aber ausgeschlossen, weil die Wahl des Rechtsschutzes in klaren Fällen aus dem Gesuch hervorgehen muss (BGer 4A_87/2012 vom 10. April 2012 E. 3.1.1; Sutter-Somm/Lötscher, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 257 N 2) und die Berufungsbeklagten mit ihrem Gesuch vom 24. November 2016 zweifellos keinen Rechtsschutz in klaren Fällen, sondern bloss die (superprovisorische) Anordnung einer vorsorglichen Massnahme beantragt haben. Ob der Verfügungsanspruch im vorliegenden Fall tatsächlich offensichtlich gegeben ist, kann damit offen bleiben.

Der Grund für die vorstehend dargelegten Einschränkungen des Anwendungsbereichs der vorsorglichen Massnahmen ist die besondere Natur von Informationsleistungen (vgl. Waldmann, a.a.O., S. 266 und 272 f.). Soweit die Dokumente für den Auftraggeber nur wegen ihres Informationsgehalts von Interesse sind, müssen die vorstehenden Erwägungen deshalb unabhängig davon gelten, ob die Dokumente Gegenstand der Rechenschafts- oder der Ablieferungspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR sind. Ob die betreffenden Dokumente von der Beauftragten in Erfüllung einer Vertragspflicht bereits erstellt worden sind und deshalb der Herausgabepflicht unterliegen oder nicht, kann insoweit nicht von entscheidender Bedeutung sein.

Aus den in Ziffer 42 der Berufungsantwort zitierten Ausführungen von Waldmann können die Berufungsbeklagten nichts zu ihren Gunsten ableiten. Zunächst stellt Waldmann unter Verweis auf BGE 120 II 352 fest, das Bundesgericht habe erkannt, dass es von der Sache her keine Möglichkeit gebe, über eine und dieselbe Informationsleistung später noch in einem ordentlichen Verfahren zu befinden, weshalb das Gericht mit voller Beweiskognition entscheiden müsse, auch wenn das kantonale Recht die Sache dem Summarverfahren zuweist (Waldmann, a.a.O., S. 266). In BGE 120 II 352 hat das Bundesgericht entschieden, dass ein im summarischen Verfahren gefällter kantonaler Entscheid kraft Bundesrecht materielle Rechtskraft habe und das Gericht deshalb von Bundesrechts wegen eine umfassende Prüfung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vornehmen müsse, wenn das kantonale Zivilprozessrecht für einen bundesrechtlichen Anspruch ausschliesslich das summarische Verfahren vorsieht (BGE 120 II 352 E. 2 S. 354 f.). Damit ist der Entscheid bereits deshalb nicht einschlägig, weil gemäss der geltenden Schweizerischen Zivilprozessordnung für die Durchsetzung des Rechenschafts- und/oder Ablieferungsanspruchs gemäss Art. 400 Abs. 1 OR das ordentliche oder vereinfachte

Verfahren und bei gegebenen Voraussetzungen als zusätzliche Alternative das summarische Verfahren auf Gewährung von Rechtsschutz in klaren Fällen offen stehen. An der zweiten von den Berufungsbeklagten zitierten Stelle aus der Dissertation von Waldmann wird die Verweisung ins ordentliche Verfahren ausdrücklich vorbehalten, was die Berufungsbeklagten in ihrer Berufungsantwort sinnenstellend unterschlagen (vgl. Waldmann, a.a.O., S. 267). Im Übrigen kann aus der erwähnten Rechtsprechung und Lehre entgegen der Auffassung der Berufungsbeklagten nicht geschlossen werden, das Gericht habe in einem Massnahmeverfahren gemäss Art. 261 ff. ZPO gestützt auf eine umfassende Prüfung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht einen umfassenden materiellen Entscheid zu fällen, wenn die beantragte vorsorgliche Massnahme ihrer Natur nach einen definitiven Entscheid über den zu schützenden Anspruch mit sich bringt und den Entscheid in der Hauptsache präjudiziert. Ein aufgrund einer umfassenden Prüfung gefällter definitiver Entscheid kann vielmehr nicht Gegenstand einer vorsorglichen Massnahme im Sinne von Art. 261 ff. ZPO sein. Mit vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 261 ZPO wird einer Partei nur vorläufiger Rechtsschutz gewährt bis zur definitiven Regelung der Rechtslage in einem Endurteil (vgl. BGE 138 III 728 E. 2.2 S. 729; Hohl, a.a.O., N 1733 und 1831 ff.; Huber, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Basel 2016, Art. 261 N 1; Kofmel Ehrenzeller, a.a.O., Art. 261 N 3; Sprecher, in: Basler Kommentar, 2. Auflage, 2013, Vor Art. 261 ■ 269 ZPO N 1 und Zürcher, a.a.O., Art. 261 N 1). Gerichtliche Entscheide, mit denen ein Anspruch definitiv beurteilt wird, sind keine vorsorglichen Massnahmen, unabhängig davon, ob sie im ordentlichen, vereinfachten oder summarischen Verfahren gefällt worden sind (vgl. Hohl, a.a.O., N 1831 ff.; Huber, a.a.O., Art. 261 N 10 und Zürcher, a.a.O., Art. 261 N 1 FN 2). Zudem gilt im Massnahmeverfahren gemäss der ausdrücklichen bundesrechtlichen Regelung von Art. 261 Abs. 1 ZPO sowie einhelliger Rechtsprechung und Lehre das reduzierte Beweismass der Glaubhaftmachung, auch wenn teilweise je nach Gegenstand der vorsorglichen Massnahme unterschiedliche Anforderungen an die Glaubhaftmachung postuliert werden (vgl. BGE 131 III 473 E. 2.3 S. 476 f.; Güngerich, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 261 ZPO N 18 f.; Huber, a.a.O., Art. 261 N 14 und 25 ff.; Kofmel Ehrenzeller, a.a.O., Art. 261 N 6 und 10; Sprecher, a.a.O., Vor Art. 261 ■ 269 ZPO N 57 und Art. 261 ZPO N 50 ff.; Sutter-Somm/Lötscher, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 257 N 56 und Zürcher, a.a.O., Art. 261 N 5 ff.).

3.2.4 Mit ihrem Gesuch vom 24. November 2016 beantragen die Berufungsbeklagten eine auf die vorsorgliche Erfüllung der Rechenschafts- und/oder Ablieferungsansprüche der Erbgemeinschaft gemäss Art. 400 Abs. 1 OR gerichtete vorsorgliche Leistungsmassnahme, wobei die allenfalls Gegenstand der Ablieferungspflicht bildenden Dokumente für sie ausschliesslich wegen ihres Informationsgehalts von Interesse sind. Aufgrund der von den Berufungsbeklagten behaupteten und glaubhaft gemachten Tatsachen drohen diesen bzw. der Erbgemeinschaft ohne die beantragte vorsorgliche Massnahme höchstens geringfügige Nachteile. Die Berufungsbeklagten haben in ihrem Gesuch vom 24. November 2016 geltend gemacht, die K_____ benötige die verlangten Informationen zwingend, um die Liegenschaftsverwaltung per 1. Januar 2017 geordnet übernehmen und auftragsgemäss vornehmen zu können. Wenn die Informationen der neuen Beauftragten nicht rechtzeitig zugänglich gemacht werden könnten, seien ein geordneter Übergang und eine geordnete Fortführung der Verwaltung der Nachlassliegenschaften nicht gewährleistet. In diesem Fall drohe der Erbgemeinschaft insbesondere deshalb Schaden, weil die neue Beauftragte das Inkasso der Mieten nicht korrekt und vollständig vornehmen

und Reparaturen nicht rechtzeitig veranlassen könne (Gesuch der Berufungsbeklagten vom 24. November 2016 Ziff. 16, 20, 26 und 31 f.). Es erscheint zwar glaubhaft, dass die neue Beauftragte die Verwaltung der Nachlassliegenschaften ohne die verlangten Informationen nicht oder jedenfalls nicht korrekt vornehmen kann und dass ihr deshalb die Verwaltung per 1. Januar 2017 nicht oder jedenfalls nicht vollständig hat übertragen werden können, obwohl die Erbengemeinschaft vertreten durch die Berufungsbeklagten, per Ende 2016 den Auftrag der Berufungsklägerin gekündigt und per Anfang 2017 der K_____ einen neuen Auftrag erteilt hatte. Dass den Berufungsbeklagten bzw. der Erbengemeinschaft daraus relevante praktische Nachteile oder gar ein besonders schwerer Nachteil entstünden, ist jedoch nicht glaubhaft.

Die Berufungsklägerin hat in ihrer Stellungnahme vom 2. Dezember 2016 geltend gemacht, sie würde die Verwaltung der Nachlassliegenschaften auch in den kommenden Monaten oder Jahren tadellos weiterführen, weshalb keine ungeordnete Verwaltung drohe. Sie habe die Liegenschaften während mehrerer Jahrzehnte sehr sorgfältig verwaltet und werde dies auch in Zukunft tun (Stellungnahme der Berufungsklägerin vom 2. Dezember 2016 Ziff. 42 und 45). An der Bereitschaft der Berufungsklägerin, die Nachlassliegenschaften weiterhin sorgfältig zu verwalten, ist nicht mehr zu zweifeln, weil der Präsident des Verwaltungsrats der Berufungsklägerin mit Einzelunterschrift, H_____, als Erbe daran selber ein grosses Interesse hat. Die Berufungsbeklagten werfen der Berufungsklägerin vor, sie habe die Berufungsbeklagten über ihren Honoraransatz vor dem Tod der Erblasserin getäuscht und diesen nach deren Tod eigenmächtig massiv erhöht sowie die Jahresrechnungen über die Nachlassliegenschaft regelmässig massiv verspätet abgegeben (Gesuch der Berufungsbeklagten vom 24. November 2016 Ziff. 9 f. und 13). Diese Vorwürfe werden von der Berufungsklägerin bestritten (Stellungnahme der Berufungsklägerin vom 2. Dezember 2016 Ziff. 13 f. und 22 ff.). Wie es sich damit verhält, kann im vorliegenden Verfahren offen bleiben, weil der erste Vorwurf nicht die Verwaltung der Liegenschaften als solche betrifft und die Berufungsbeklagten nicht behaupten, dass der Nachlass aufgrund der angeblich verspäteten Abgabe der Jahresrechnungen irgendeinen konkreten Nachteil erlitten hätte. Zudem haben die Berufungsbeklagten die Liegenschaftsverwaltung zunächst weiterhin der Berufungsklägerin überlassen und deren Bewirtschaftungsauftrag erst am 10. Juni 2016 gekündigt, obwohl sie gemäss eigenen Angaben spätestens seit Juni 2015 Kenntnis von der angeblichen Täuschung gehabt haben (vgl. Gesuch der Berufungsbeklagten vom 24. November 2016 Ziff. 10 f. und 14; Schreiben der Berufungsbeklagten an die Berufungsklägerin vom 3. Juni 2015, Beilage 14 zum Gesuch der Berufungsbeklagten vom 24. November 2016; Kündigung des Bewirtschaftungsauftrags vom 15. Dezember/10. März 2015 vom 10. Juni 2016, Beilage 17 zum Gesuch der Berufungsbeklagten vom 24. November 2016; Stellungnahme der Berufungsklägerin vom 2. Dezember 2016 Ziff. 14). Damit haben die Berufungsbeklagten gezeigt, dass die behauptete Täuschung selbst nach ihrer eigenen Einschätzung einer weiteren Verwaltung der Liegenschaften durch die Berufungsklägerin nicht entgegensteht. Die Behauptung der Berufungsbeklagten, H_____ habe eine Wohnung in der Liegenschaft [...] unentgeltlich bewohnt und die Berufungsklägerin habe diese im Mieterspiegel als Leerstand ausgewiesene (Gesuch der Berufungsbeklagten vom 24. November 2016 Ziff. 21), betrifft in erster Linie das erbrechtliche Verhältnis zwischen H_____ und seinen Miterben. Selbst bei Wahrunterstellung bietet sie deshalb keinen Anlass, an der Qualität der Liegenschaftsverwaltung der Berufungsklägerin oder deren Seriosität im Allgemeinen zu zweifeln. Zudem habe H_____ gemäss den Angaben der Berufungsbeklagten die Wohnung

mutmasslich bereits zu Lebzeiten der Erblasserin unentgeltlich bewohnt (Gesuch der Berufungsbeklagten vom 24. November 2016 Ziff. 21). Damit ist es ohne Weiteres möglich, dass H_____ mit dem Willen der Erblasserin als Eigentümerin zu deren Lebzeiten ein Recht zum unentgeltlichen Gebrauch der Wohnung eingeräumt worden ist. Für diesen Fall ist von vornherein nicht erkennbar, weshalb es pflichtwidrig sein sollte, dass die Berufungsklägerin diesem Recht auch nach dem Tod der Erblasserin Rechnung trägt. Mit Noveneingabe vom 8. Februar 2017 haben die Berufungsbeklagten ein Schreiben der Berufungsklägerin eingereicht, mit dem sich diese an die Mieter der Nachlassliegenschaften gewendet habe. Gemäss dem Schreiben der Berufungsklägerin vom 31. Januar 2017 hat die K_____ die Mieter mehrmals aufgefordert, ihr Daten bzw. Kopien ihres Mietvertrags auszuhändigen. Die Berufungsklägerin bittet die Mieter in ihrem Schreiben, mit Handlungen gemäss der Aufforderung der K_____ zuzuwarten, bis ein rechtskräftiger Gerichtsentscheid betreffend die Aktenherausgabepflicht der Berufungsklägerin vorliegt. Der Umstand, dass sich die K_____ und die Berufungsklägerin mit widersprüchlichen Aufforderungen bzw. Bitten an die Mieter gewendet haben, mag unter der Mieterschaft zu einer gewissen Verwirrung geführt haben. Dass eine geordnete und sorgfältige Verwaltung durch die Berufungsklägerin nicht mehr gewährleistet wäre und/oder den Berufungsbeklagten bzw. der Erbengemeinschaft aus der Erschwerung der Übernahme der Verwaltung durch die K_____ relevante praktische Nachteile entstünden, kann aber auch aus dem Schreiben der Berufungsklägerin vom 31. Januar 2017 nicht abgeleitet werden. Aus den vorstehenden Gründen ist davon auszugehen, dass die Berufungsklägerin Gewähr für eine sorgfältige Verwaltung bietet. Folglich können die Berufungsbeklagten die von ihnen behaupteten Nachteile infolge unzureichender Verwaltung verhindern, indem sie die Verwaltung der Nachlassliegenschaften bis zum Entscheid über die Rechenschaftsablegungs- und/oder Ablieferungspflicht in einem ordentlichen oder vereinfachten Verfahren oder einem Verfahren auf Rechtsschutz in klaren Fällen weiterhin der Berufungsklägerin überlassen.

Die Vorinstanz hat einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil für die Berufungsbeklagten bzw. die Erbengemeinschaft darin erblickt, dass diese für jeden Tag der Nichterfüllung mit Ersatzforderungen der K_____ zu rechnen hätten, wenn sie ihre Pflichten aus dem per 1. Januar 2017 abgeschlossenen Bewirtschaftungsauftrag nicht erfüllen könnten (angefochtener Entscheid E. 5). Die Berücksichtigung dieses angeblichen Nachteils ist nach dem Verhandlungsgrundsatz (Art. 55 Abs. 1 ZPO) ausgeschlossen, wie die Berufungsklägerin zu Recht geltend macht (Berufung vom 9. Januar 2017 Ziff. 38), weil die Berufungsbeklagten einen solchen in ihrem Gesuch vom 24. November 2016 nicht behauptet haben. Im Übrigen ist die Feststellung der Vorinstanz auch in der Sache unrichtig. Solange die Berufungsbeklagten der K_____ das vereinbarte Bewirtschaftungshonorar bezahlen, ist nicht ersichtlich, wie diese durch die Verzögerung der Übernahme der tatsächlichen Verwaltung der Liegenschaften einen Schaden erleiden könnte, der einen Schadenersatzanspruch begründen könnte.

Zusammenfassend ist kein Recht von existenzieller Bedeutung der Berufungsbeklagten bzw. der Erbengemeinschaft in Gefahr und droht diesen kein besonders schwerer Nachteil. Damit können die von den Berufungsbeklagten behaupteten Verfügungsansprüche nicht Gegenstand einer vorsorglichen Massnahme bilden, selbst wenn diese Möglichkeit für Ansprüche gemäss Art. 400 Abs. 1 OR in Ausnahmefällen bejaht würde. Aus diesem Grund ist das Gesuch der Berufungsbeklagten um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme

vom 24. November 2016 abzuweisen.

3.3 Da vorsorgliche Massnahmen zum Schutz des von den Berufungsbeklagten geltend gemachten Verfügungsanspruchs ausgeschlossen sind, braucht nicht weiter geprüft zu werden, ob deren allgemeine Voraussetzungen erfüllt sind.

E. 4

4.1 Da die Berufungsbeklagten vollständig unterliegen, haben sie die Prozesskosten zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Entgegen der Auffassung der Berufungsbeklagten besteht kein Anlass, die Gerichtskosten in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO aus Billigkeitsgründen dem Kanton aufzuerlegen. Erstens wären die Gerichtskosten der ersten und zweiten Instanz auch ohne Verletzung des Anspruchs der Berufungsklägerin auf rechtliches Gehör angefallen, weil die Vorinstanz auch in der Sache unrichtig entschieden hat. Zweitens können die Gerichtskosten des Rechtsmittelverfahrens selbst bei Rückweisung der Sache an die Vorinstanz wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs nur dann dem Kanton auferlegt werden, wenn sich die Gegenpartei nicht mit dem angefochtenen Entscheid identifiziert hat, indem sie die Abweisung des Rechtsmittels beantragt hat (Schmid, in: Oberhammer et al. [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, Basel 2014, Art. 107 N 13; vgl. Sterchi, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 107 ZPO N 26a). Die Berufungsbeklagten haben in ihrer Berufungsantwort die Abweisung der Berufung beantragt und entgegen der klaren Sach- und Rechtslage weiterhin die Auffassung vertreten, die Vorinstanz habe den Anspruch der Berufungsklägerin auf rechtliches Gehör nicht verletzt oder eine allfällige Verletzung wiege jedenfalls leicht und könne im Berufungsverfahren geheilt werden (vgl. Berufungsantwort vom 27. Januar 2017 Ziff. 12, 14 und 61). Damit sind es die Berufungsbeklagten, die allfälligen unnötigen Aufwand im Zusammenhang mit der Gehörsverletzung verursacht haben.

4.2 Die Gerichtskosten des Appellationsgerichts werden in Anwendung von § 11 Abs. 2 in Verbindung mit § 8 Ziff. 1.1 der Verordnung über die Gerichtsgebühren (GebV, SG 154.810) unter Berücksichtigung des erheblichen wirtschaftlichen Interesses der Parteien am Ausgang des vorliegenden Verfahrens (vgl. dazu oben E. 1.1) auf CHF 6'000.- festgesetzt.

4.3 Die Berufungsklägerin beantragt die Zusprechung einer nach Aufwand bemessenen Parteientschädigung von CHF 16'286.40 zuzüglich 8 % MWST. Gemäss § 3 Abs. 1 und 2 der Honorarordnung für die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt (HO, SG 291.400) bemisst sich das Honorar in vermögensrechtlichen Zivilsachen mit bestimmtem oder bestimmbarem Streitwert jedoch nach dem Streitwert. Die Berufungsklägerin hat im Verfahren BEZ.2016.60 beantragt, der Streitwert sei auf CHF 15'000.- festzusetzen (vgl. oben E. 1.1). Dabei ist sie zum Zwecke der Bemessung ihrer Parteientschädigung zu behaften. Bei diesem Streitwert ist die Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren in Anwendung von § 4 Abs. 1 lit. a Ziff. 7, § 4 Abs. 2 und § 10 Abs. 2 HO auf CHF 2'100.- festzusetzen. Gemäss § 12 Abs. 1 HO beträgt die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren damit CHF 1'400.-. Mit der Zusprechung einer Parteientschädigung soll der obsiegenden Partei der aus der anwaltlichen Parteivertretung im Verfahren erlittene Schaden ersetzt werden. Da die Parteientschädigung somit als Schadenersatz im Sinn von Art. 18 Abs. 2 lit. i des Mehrwertsteuergesetz (MWSTG, SR 641.20) zu qualifizieren ist, wird darauf keine Mehrwertsteuer erhoben. Wenn die Partei durch die ihr von ihrer anwaltlichen Vertretung in Rechnung gestellte

Mehrwertsteuer finanziell belastet wird, rechtfertigt es sich, diesen Betrag auch bei der Bemessung der Parteientschädigung zu berücksichtigen. Fehlt eine entsprechende Belastung, so ist die Mehrwertsteuer bei der Parteientschädigung hingegen nicht zu berücksichtigen. Wenn die obsiegende Partei selbst mehrwertsteuerpflichtig ist und den Prozess im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit geführt hat, kann sie die ihr von ihrer anwaltlichen Vertretung in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer in der Regel als Vorsteuer abziehen (Art. 28 Abs. 1 lit. a MWSTG). In diesem Fall wird die Parteientschädigung deshalb ohne Mehrwertsteuer zugesprochen, sofern die betroffene Partei nicht ausdrücklich einen Zuschlag für die MWST beantragt und nachweist, dass sie durch die Mehrwertsteuer belastet ist (vgl. zum Ganzen Honauer/Pietropaolo, Die Krux mit der Mehrwertsteuer, in: plädoyer 1/2011 S. 73 f.; Schmid, in: Oberhammer et al. [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 95 N 26; Suter/von Holzen, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 95 N 39 und Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006). Gemäss dem UID-Register ist die Berufungsklägerin mehrwertsteuerpflichtig. Das vorliegende Verfahren betrifft ihre unternehmerische Tätigkeit. Dass sie ausnahmsweise trotzdem durch die Mehrwertsteuer belastet sei, macht sie nicht geltend. Folglich sind ihr die Parteientschädigungen ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.