

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB140046-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter  
lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter Prof. Dr. I. Jent-Sørensen  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

## Urteil vom 5. Juni 2015

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagter, Widerkläger und Berufungskläger

vertreten durch lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

1. **B.** \_\_\_\_\_,

2. **C.** \_\_\_\_\_,

Kläger, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Dienstbarkeit und Persönlichkeitsverletzung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 8. Mai 2014;**

**Proz. CG120025**

**Rechtsbegehren Hauptklage (act. 1 S. 2):**

- " 1. [...]
2. [...]
3. Es sei dem Beklagten den Bau einer Aussentoranlage gemäss baurechtlichem Entscheid des Bauamtes D.\_\_\_\_\_ vom 11. Juni 2012 auf dem Grundstück GbBl. ..., Kat. Nr. ... nach Rechtskraft des baurechtlichen Entscheides unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB zu verbieten.
4. Eventualiter zu Antrag 3 sei dem Beklagten unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB zu verbieten, eine Videoüberwachungsanlage in die Aussentoranlage einzubauen und diese zu betreiben.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Beklagten."

**Rechtsbegehren Widerklage:**

(act. 10 S. 2)

- "1. Es sei festzustellen, dass die geplante öffentlich-rechtlich am 11. Juni 2012 von der Gemeinde D.\_\_\_\_\_ bewilligte Aussentoranlage auf dem Grundstück Kat.-Nr. ..., Gemeinde D.\_\_\_\_\_ (Grundbuchamt E.\_\_\_\_\_) oder eine ähnliche, funktionsgleiche Toranlage die Ausübung des auf dem Grundstück Kat.-Nr. ... lastenden und zugunsten des Grundstücks Kat.-Nr. ... allfälligerweise bestehenden Fuss- und Fahrwegrechts vom 6. Oktober 1959 weder verhindert noch erschwert, und die Widerbeklagten als derzeitige Eigentümer des Grundstücks Kat.-Nr. ... seien zu verpflichten, die Erstellung und den Betrieb dieser öffentlich-rechtlich von der Gemeinde D.\_\_\_\_\_ bereits bewilligten Toranlage oder einer ähnlichen, funktionsgleichen Toranlage auf dem Grundstück Kat. Nr. ... zu dulden.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MwSt.) unter solidarischer Haftbarkeit zulasten der Widerbeklagten."

**Beschluss und Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 8. Mai 2014 (act. 34 = act. 42 = act. 45):**

**Es wird beschlossen:**

- "1. Auf die klägerischen Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 wird nicht eingetreten.
2. Auf die Widerklage wird nicht eingetreten.
- 3./4. Schriftliche Mitteilung/Rechtsmittelbelehrung

**Es wird erkannt:**

- "1. Dem Beklagten wird der Bau der Aussentoranlage gemäss baurechtlichem Entscheid des Bauamtes D. \_\_\_\_\_ vom 11. Juni 2012 auf dem Grundstück GbBl. ..., Kat. Nr. ..., verboten.  
  
Missachtet der Beklagte das Verbot kann er wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB mit Busse bis CHF 10'000.00 bestraft werden.
2. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 4'750.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des ordentlichen Verfahrens von CHF 4'750.00 sowie die (bereits von den Klägern aus dem im Massnahmeverfahren geleisteten Kostenvorschuss bezogenen) Kosten des Massnahmeverfahrens (ET120015) von CHF 1'900.00 werden dem Beklagten auferlegt. Die Gerichtskosten des ordentlichen Verfahrens werden aus dem vom Beklagten im ordentlichen Verfahren geleisteten Kostenvorschuss bezogen und der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern den Kostenvorschuss im Umfang der von ihm zu tragenden Kosten des Massnahmeverfahrens von CHF 1'900.00 zu ersetzen.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das ordentliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 7'500.00 (zuzüglich 8% MwSt.) und für das Massnahmeverfahren (ET120015) eine Parteientschädigung von CHF 2'200.00 (zuzüglich 8% MwSt.) zu bezahlen.
- 5./6. Schriftliche Mitteilung/Rechtsmittel".

### **Berufungsanträge:**

des Klägers (act. 41 S. 2 f.):

- " 1. Die Ziff. 2 des Dispositivs des angefochtenen Beschlusses (Nichteintreten auf die Widerklage) sowie die Ziff. 1 bis 4 des Dispositivs des angefochtenen Urteils (Erkenntnis) des Bezirksgerichts Meilen vom 8. Mai 2014 (Geschäfts-Nr. CG120025-G/USA-Bu/mj) seien aufzuheben und es sei die Klage kosten- und entschädigungsfällig abzuweisen, soweit auf diese eingetreten werden kann, und es sei die Widerklage kosten- und entschädigungsfällig gutzuheissen, indem festzustellen sei, dass die geplante öffentlich-rechtlich am 11. Juni 2012 von der Gemeinde D.\_\_\_\_\_ bewilligte Aussentoranlage auf dem Grundstück Kat.-Nr. ..., Gemeinde D.\_\_\_\_\_ (Grundbuchamt E.\_\_\_\_\_) oder eine ähnliche, funktionsgleiche Toranlage die Ausübung des auf dem Grundstück Kat.-Nr. ... lastenden und zugunsten des Grundstücks Kat.-Nr. ... bestehenden Fuss- und Fahrwegrechts vom 6. Oktober 1959 weder ungesetzlich verhindert noch erschwert, und die Widerbeklagten als derzeitige Eigentümer des Grundstücks Kat.-Nr. ... seien zu verpflichten, die Erstellung und den Betrieb dieser öffentlichrechtlich von der Gemeinde D.\_\_\_\_\_ bereits bewilligten Toranlage oder einer ähnlichen, funktionsgleichen Toranlage auf dem Grundstück Kat.-Nr. ... zu dulden.

Eventualiter sei in kosten- und entschädigungsfälliger Aufhebung der Ziff. 2 des Dispositivs des angefochtenen Beschlusses (Nichteintreten Widerklage) sowie der Ziff. 1 bis 4 des Dispositivs des angefochtenen Urteils (Erkenntnis) des Bezirksgerichts Meilen vom 8. Mai 2014 (Geschäfts-Nr. CG120025-G/USA-Bu/mj) die Angelegenheit zur Neubeurteilung der Klage und Widerklage im Sinne der Berufungsbegründung an das gehörig zusammengesetzte Bezirksgericht Meilen zurückzuweisen.

Subeventualiter sei in teilweiser Aufhebung von Ziff. 3 und 4 des Dispositivs des angefochtenen Urteils (Erkenntnis) die Entscheidgebühr des angefochtenen Bezirksgerichtsurteils von CHF 4'750.-- neu zu 2/10 den Klägern und 8/10 dem Beklagten aufzuerlegen in Vornahme der entsprechenden Liquidation derselben nach Art. 111 ZPO. Zudem sei der Beklagte zu verpflichten, den Klägern für das ordentliche erstinstanzliche Gerichtsverfahren CHF 4'500.-- (anstatt CHF 7'500.--) zuzüglich 8 % MwSt. Parteientschädigung zu bezahlen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für die bezirks- und kantonsgerichtlichen Verfahren zulasten der Kläger / Berufungsbeklagten".

der Beklagten (act. 53 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. Mehrwertsteuer und unter Einschluss der Kosten und Entschädigungen für das vorinstanzliche Verfahren zu Lasten des Berufungsklägers".

### Erwägungen:

#### I.

1. Die Parteien sind die Eigentümer der zwei benachbarten Grundstücke F.\_\_\_\_\_-Strasse ... und F.\_\_\_\_\_-Strasse ... in D.\_\_\_\_\_. Auf dem Grundstück F.\_\_\_\_\_-Strasse ... des Beklagten/Widerklägers und Berufungsklägers (nachfolgend Berufungskläger) lastet seit 6. Oktober 1959 ein Fuss- und Fahrwegrecht zugunsten Kat. Nr. ... (F.\_\_\_\_\_-Strasse ...) der Kläger/Widerbeklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Berufungsbeklagte). Der Dienstbarkeitsvertrag aus dem Jahr 1959, abgeschlossen zwischen Rechtsvorgängern der Parteien, lautet: "Der Eigentümer des Grundstückes Kat. Nr. ... und der darauf zu erstellenden Gebäulichkeiten ... hat Fuss- und Fahrwegrecht, auch mit Motorfahrzeugen über das Grundstück ... in einer Breite von drei Metern längs dessen nördlicher Grenze entlang, von und nach der F.\_\_\_\_\_-Strasse. An den Unterhalt des Weggebietes hat der berechnigte Grundeigentümer im Verhältnis der Benützung beizutragen".

Die Berufungsbeklagten wollen dem Berufungskläger den Bau der mit baurechtlichem Entscheid rechtskräftig bewilligten Aussentoranlage untersagen lassen, die auf dem auch das Grundstück der Berufungsbeklagten erschliessenden Zufahrtsweg errichtet werden soll; der Berufungskläger hat mit der Widerklage die Feststellung verlangt, dass die zu installierende Aussentoranlage das Wegrecht der Berufungsbeklagten nicht verletzt und sie diese deshalb dulden müssten.

2. Die Vorinstanz ist auf die Widerklage des Berufungsklägers nicht eingetreten und hat die Klage der Berufungsbeklagten gutgeheissen (act. 45 S. 19 f.). Dagegen hat der Berufungskläger rechtzeitig Berufung eingelegt (act. 41).

3. Mit (Teil-)Urteil vom 30. Juni 2014 hat die Kammer den Antrag auf Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides und auf Rückweisung zur Neuentscheidung zufolge unrichtiger Besetzung des Bezirksgerichts abgewiesen und dem Berufungskläger einen Kostenvorschuss von Fr. 4'750.– auferlegt (act. 46 S. 5 f.). Dieser Entscheid ist unangefochten geblieben, und der Kostenvorschuss wurde geleistet (act. 48 und 49). Die Berufungsbeklagten erstatteten rechtzeitig die Berufungsantwort (act.54).

4. Mit Beschluss vom 9. Dezember 2014 (act. 55) wurde die Durchführung eines Augenscheins angeordnet und in diesem Zusammenhang der Kostenvorschuss um Fr. 2'000.– erhöht, welcher ebenfalls rechtzeitig geleistet wurde (act. 57). Der Augenschein fand am 27. Januar 2015 in Anwesenheit der Parteien und ihrer Vertreter sowie der Bauleiterin der Liegenschaft des Berufungsklägers statt (Prot. S. 7 ff.). In diesem Zusammenhang haben sich die Parteien abschliessend geäussert und erklärt, dass sie auf die Zustellung des Protokolls und auf eine weitere Gelegenheit zur Stellungnahme verzichten (Prot. S. 15). Die Sache ist spruchreif.

## II.

1. Die Vorinstanz hat ihren Entscheid zusammengefasst wie folgt begründet: Auf die Widerklage sei mangels eines schutzwürdigen Interesses nicht einzutreten (act. 45 S. 5). Das Wegrecht sei zweifellos gültig und die Anbringung von amtlichem Umschlagbogen und Siegelband am Vertrag eine blosser Ordnungsvorschrift (act. 45 S. 12). Das Wegrecht sei seit 33 bzw. 34 Jahren unangefochten über die drei Meter breite Strasse ausgeübt worden und bis heute sei auf dem belasteten Grundstück kein Tor gestanden (act. 45 S. 13). Bewohner und Dritte hätten bis anhin ungehindert zur Liegenschaft der Berufungsbeklagten fahren können. Mangels einer planmässigen Festlegung des drei Meter breiten Streifens definiere die bestehende geteerte Strasse die örtliche Lage des Rechts (act. 45 S. 13). Diese äussere Erscheinung müsse sich ein Dritterwerber entgegen halten lassen (act. 45 S. 13). Was dem Berechtigten zustehe, habe der Verpflichtete zu

unterlassen, wobei das Gebot der schonenden Rechtsausübung nicht zu einer inhaltlichen Verengung des Rechts führe könne (act. 45 S. 14). Das Recht auf ungehinderte Zufahrt erlaube es dem Berufungskläger nicht ohne weiteres, eine die geteerte Strasse mitumfassende Abschlussvorrichtung gegen die F. \_\_\_\_\_-Strasse hin zu errichten (act. 45 S. 14). Inwieweit die umstrittene Abschlussvorrichtung der ungehinderten Ausübung des Wegrechts entgegenstehe, sei unter Abwägung der beidseitigen Interessen zu beurteilen (act. 45 S. 14). Ein Augenschein oder eine andere Beweisabnahme erübrige sich, weil die örtliche Situation unbestritten bzw. für das Gericht, soweit entscheidend, bildlich festgehalten sei (act. 45 S. 14). Die Spezifikation der Toranlage ergebe sich aus den von den Parteien eingereichten Unterlagen und der Objektbeschreibung (es folgen weitere detaillierte Angaben zu baulichen Gegebenheiten und zur Funktionsweise der Anlage). Aussentoranlagen seien Gestaltungselemente luxuriöser Wohnanlagen und würden nicht zuletzt aus Prestige Gründen errichtet bzw. gewünscht. Diese Erwartungen der (potentiellen) Eigentümer seien jedoch nicht entscheidend, weil das Fuss- und Fahrwegrecht der Gestaltung der Wohnanlage zum vornherein Grenzen setze. Allein die Erwartungen (potentieller) Eigentümer an die Gestaltung der vom Beklagten erstellten Wohnanlage könne aber nicht zu einer inhaltlichen Beschränkung der Dienstbarkeit führen (act. 45 S. 16). Die Berücksichtigung der Rechte Dritter könne zu einer Abweichung vom Quartierüblichen führen. Das voll geöffnete Tor lasse eine Durchfahrt von 3 m zu. Das geschlossene Tor könne mit der mitgeführten Fernsteuerung oder durch Befahren der Kontaktschleife, unmittelbar vor dem Tor, vollautomatisch innert 15 - 20 Sekunden geöffnet werden, so dass kein Aussteigen erforderlich sei. Diese Wartezeit könne dadurch abgekürzt werden, dass – wer eine Fernsteuerung besitze – die Toröffnung aus grösserer Entfernung betätigen könne, was allerdings nur von der einen Seite her möglich sei, weil die Bedienung der Fernsteuerung auf der öffentlichen F. \_\_\_\_\_-Strasse gegen Art. 31 Abs. 1 SVG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 VRG verstossen würde (act. 45 S. 16). Fussgänger müssten das Tor (zwei Flügel à 120 und 225 cm) manuell öffnen, was mindestens ebenso viel Zeit in Anspruch nehme wie die vollautomatische Öffnung und was mehr Kraft als die Öffnung einer üblichen Haustüre erfordere (act. 45 S. 17). Die Einfahrt könne auch ohne das Tor, welches ohne (die ur-

sprünglich geplante und inzwischen aufgegebene) Videoanlage weder vor Einbrechern noch vor Vandalen schützen, zeitgemäss gestaltet werden. Wenn der Berufungskläger wegen Sicherheit und Privatsphäre grösseren Schutz beanspruchen wolle, wären dafür ohnehin Schutzmassnahmen am Gebäude und die bauliche Gestaltung der Gebäudeumgebung erforderlich, so dass die Toranlage einzig für die Gesamtwirkung der Wohnanlage von Bedeutung sei, ohne hingegen ein entscheidendes gestalterisches Element darzustellen (act. 45 S. 18). Die Einschränkung des freien Zugangs der Berufungsbeklagten sei im Verhältnis zum Interesse des Berufungsklägers höher zu gewichten. Auch ohne Beeinträchtigung der Dienstbarkeitsfläche und bei dauernd voll geöffneten Torflügeln würden die Rechte der Berufungsbeklagten beeinträchtigt, weil ein allfälliger gutgläubiger Dritterwerber davon ausgehen könnte, dass das Wegrecht dem Betrieb einer Aussenanlage nicht entgegenstehe, so dass sich das Recht der Berufungsbeklagten im Zusammenhang mit einem Verkauf inhaltlich verengen könnte (act. 45 S. 18). Eine mildere Massnahme als das Bauverbot gebe es deshalb nicht. Hingegen wäre die Errichtung von einzig Dekorationszwecken dienenden Säulen ausserhalb der bestehenden geteerten Strasse durch den Berufungskläger nicht verboten (act. 45 S. 19).

2. Der Berufungskläger begründet seine Berufung (act. 41) zusammengefasst wie folgt: Wegen seines Verzichts vor Vorinstanz sei die Überwachungskamera nicht mehr Prozessthema. Die Vorinstanz habe Art. 737 Abs. 3 ZGB unrichtig angewendet, weil sie eine deutliche Erschwerung des Wegrechts bejaht hat. Die Annahme der Vorinstanz, es handle sich um ein personell unbeschränktes Recht, sei nicht ganz zutreffend, da es nur Personen, die mit redlicher Absicht zur Liegenschaft der Berufungsbeklagten gelangen wollten, zustehe (act. 41 S. 12 f.). Es handle sich lediglich um ein Mitbenützungsrecht (Beitragspflicht im Verhältnis der Mitbenützung); die anderen Mitbenützer seien Eigentümer, Besucher, Gäste etc. des Grundstückes des Berufungsklägers. Sein Grundstück war und sei über den gleichen Weg erschlossen, was die Rechte der Berufungsbeklagten bereits einschränke (act. 41 S. 13). Es bestehe ein grundsätzliches Recht auf Einfriedung, welches auch durch die Belastung der Liegenschaft mit einem Wegrecht nicht entkräftet werde, wobei Vorkehrungen zu treffen seien, die die Ausübung

des Wegrechts nicht unzulässigerweise erschweren (act. 41 S. 15). Die Durchfahrt mit Halt sei nicht ohne weiteres unzumutbar. Die Vorinstanz habe die Toranlage nicht als Teil der Einfriedung sehen wollen und sie habe nicht festgestellt, dass es ein intensiveres Verkehrsbedürfnis und besondere Umstände, die eine Durchfahrt ohne Halt gebieten würden, gebe (act. 41 S. 16). Der Einbau von Toren sei vom Zürcher Obergericht seit jeher erlaubt worden, verboten sei jedoch bei einer grossen Anzahl von Benützern das Abschliessen des Tores (act. 41 S. 16 f.). Das erforderliche Öffnen des kleineren Torflügels durch Fussgänger sei nach dieser Rechtsprechung keineswegs unzumutbar. Das Grundstück der Berufungsbeklagten sei ein Einfamilienhaus mit wenigen Bewohnern, es liege kein vergleichbarer Fall vor wie bei einem Tor auf einer Verbindungsstrasse zwischen zwei öffentlichen Strassen (act. 41 S. 17 f.). Der spätere Bau eines Mehrfamilienhauses sei wegen des Zonenplanes mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszuschliessen. Besondere Umstände, z.B. eine besondere Nutzung, würde nicht geltend gemacht und eine solche wäre auch zonenwidrig (act. 41 S. 18 f.). Das Baurekursgericht habe die Durchfahrt als ungeschmälert beurteilt und damit die privatrechtliche Frage unter dem Gesichtspunkt des Wegrechts durchaus auch mitbeurteilt, was allerdings nicht absolut bindend, jedoch dennoch beachtenswert sei (act. 41 S. 19). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 5A\_349/2011 bzw. BGE 138 III 49) sei eine von einer Verwaltungsbehörde bewilligte Baute in der Regel keine übermässige Immission i.S.v. Art. 684 ZGB. Zivil- und öffentliches Rechts seien ohne Not nicht unterschiedlich auszulegen (act. 41 S. 20). Art. 737 Abs. 3 ZGB betreffe erhebliche Erschwerungen. Das Motiv zur Servitutsbegründung sei seinerzeit der Notweganspruch gewesen. Die Berufungsbeklagten würden durch die verbesserte Orientierungssituation nicht eingeschränkt. Bei einer Wegbreite von 3 m sei das Kreuzen nur eingeschränkt möglich, so dass es zur Benützung der Parkplätze/des Vorplatzes des Berufungsklägers kommen könne, die nicht vom Wegrecht umfasst seien. Die Sicherheit von Zu- und Abfahrt werde verbessert, was behördlich festgehalten worden sei (act. 41 S. 21, S. 24), so dass – bei diesbezüglichen Zweifeln – der erstinstanzlich gestellte Antrag auf ein Gerichtsgutachten samt Augenschein wiederholt werde. Auch die Berufungsbeklagten hätten ihr Grundstück eingefriedet, gleich wie sämt-

liche anderen Bewohner des betreffenden Villenquartiers, was bei einem Augenschein sichtbar werde. Der Berufungskläger wolle eine Einfriedung, um unberechtigtes Betreten zu verhindern. Ein Tor wie das vorgesehene erhöhe die Hemmschwelle und diese Abhaltewirkung mache das Recht auf Einfriedung aus (act. 41 S. 22). Dass Vandalen und Einbrecher nicht abgehalten würden, treffe zu, sei aber für das Einfriedungsrecht nicht ausschlaggebend und dieses werde nicht durch die Möglichkeit, Schutzmassnahmen am Haus des Berufungsklägers zu installieren, ersetzt. Auf dem Grundstück des Berufungsklägers befänden sich die Hauptliegenschaft für den Eigentümer, ein Abwarthaus, ein Gartenhaus sowie ein hochwertig konzipierter Umschwung mit Aussenschwimmbad etc. Die Vorinstanz räume ein, dass für Sicherheit und Privatsphäre eine gewisse Gestaltung der Gebäudeumgebung unabdingbar sei, wofür das Recht auf Einfriedung bestehe, welches von der Vorinstanz jedoch einseitig und gesetzesverletzend ausgelegt werde. Die Vorinstanz blende die erwähnte und auch von den Berufungsbeklagten gemeldete Tatsache des unberechtigten Betretens des Grundstückes aus (act. 41 S. 23). Das Verkehrsleitregime der Toranlage mit Kontaktschlaufe und Ampel verbessere die Benutzungssituation. Bisher sei es wegen der eingeschränkten Möglichkeit zum Kreuzen verschiedentlich zu gefährlichen Situationen gekommen. Durch das Tor würden Dritte abgehalten, die gar nicht zu den Parteien gelangen wollten. Die Berufungsbeklagten hätten auf ihrem Grundstück ebenfalls ein Tor angebracht gehabt. Die geplante Toranlage habe eine Abhaltewirkung, weil diese von Neugierigen und ungebetenen "Gästen" nicht ohne weiteres durchquert werde, und zwar unabhängig von einer Verriegelung (act. 41 S. 24 f.). Sie sei deshalb nicht nutzlos, was bei der Interessenabwägung berücksichtigt werden müsse (act. 41 S. 25 f.). Der Fall von BGE 113 II 151 = Pra 1988 Nr. 142 sei dem vorliegenden nicht vergleichbar, ganz abgesehen von der technischen Entwicklung, die bei Abschluss des Dienstbarkeitsvertrages nicht voraussehbar gewesen sei. In BGE 113 II 151 = Pra 1988 Nr. 142 hätte zur Torpassage zweimal angehalten werden müssen, was bei einem automatischen Torbetrieb entfallende (act. 41 S. 27). Einfach zu bedienende und handliche Fernbedienungen, die den Berufungsbeklagten zur Verfügung stehen würden, gehörten heute zum Standard, z.B. bei Garagentoren; ein "Muss" wären sie – wegen der Kontaktschlaufen – al-

lerdings ohnehin nicht. Das Drücken der Fernbedienung sei nicht unzulässig im Sinne von Art. 31 Abs. 1 SVG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 VRV (act. 41 S. 29). Das Ausschalten der Fernbedienung sei selbstverständlich möglich; allerdings habe der Berufungskläger vor Vorinstanz zugesichert, dass dies nicht geschehen werde und wiederhole diese Zusicherung im obergerichtlichen Verfahren. Im Fall eines Defektes werde das Tor bis zu dessen Behebung offen bleiben und die Berufungsbeklagten werden in die Lage versetzt, jederzeit den Hauswart erreichen zu können. Betreffend das Wetter-/Schneefallrisiko gebe es am massgeblichen Ort kaum Schneefälle und schon gar nicht in relevanten Mengen. Das Tor sei unmittelbar neben dem Hauswarthaus und werde ganzjährig gepflegt, was auch die Schneeräumung umfasse. Die Kontaktschleife werde durch Schneeräumfahrzeuge nicht beeinträchtigt. Bei erheblichen Schneemengen sei das Befahren der nicht geräumten Strasse auch ohne das Tor, das vom Hauswart im Problemfall offen gelassen werde, eine Schwierigkeit, die allerdings nur an 2 - 3 Tagen pro Jahr auftrete und daher vernachlässigbar sei (act. 41 S. 29 f.). Im Übrigen sei der Berufungskläger bereit, zusätzlich zu den Kontaktschleifen Lichtschranken zu montieren. Was die freie Fahrt im Falle eines allfälligen Verkaufes anbelangte, verpflichte sich der Berufungskläger, den Rechtsnachfolger auf den gleichen Gebrauch der Toranlage zu verpflichten, andernfalls die Berufungsbeklagten die jederzeitige Benutzbarkeit der Toranlage bzw. ihre Entfernung durchsetzen könnten (act. 41 S. 30 f.). Für Fussgänger seien das Drücken von Türklinke bzw. Knopf sowie ein Durchgang von 120 cm unproblematisch; ausserdem gebe es noch zwei weitere Zugänge für Fussgänger, was im Zweifelsfall eine Gerichtsexpertise bestätigen würde. Alle Liegenschaften im Quartier seien eingefriedet, das Tor trage zu einer guten Gesamtwirkung der Wohnanlage bei und der Sichtschutz gebe die quartierübliche Privacy. Die Toranlage vervollständige die nordseitige Einfriedung (act. 41 S. 31). Die Säulen der Toranlage stünden nicht auf dem dienstbarkeitsbelasteten Grund, was die Vorinstanz, anders als die Massnahmenrichterin, erkannt habe (act. 41 S. 32). Die Toranlage führe zu keinen Einschränkungen, Unbequemlichkeiten oder Behinderungen von Durchfahrt und Durchgang, sondern Zu- und Wegfahrt würden erleichtert. Die Mitbenutzung sei gewährleistet und sichergestellt und der Besitz sei nicht gestört (act. 41 S. 33). Es liege bei den Be-

rufungsbeklagten, ob sie eine am Tor angebrachte Klingel wünschten oder nicht (act. 41 S. 33). Gegen den Versuch der Berufungsbeklagten, mit zivilrechtlichen Mitteln das Eigentumsrecht des Berufungsklägers zu unterlaufen, stehe die Eigentumsfreiheitsklage von Art. 641 Abs. 2 ZGB zur Verfügung, weshalb widerklageweise die Duldung der Toranlage verlangt werde, andernfalls sich die Berufungsbeklagten jederzeit mit einer Klage gegen eine Änderung der geplanten Anlage zur Wehr setzen könnten, auch wenn die Änderung ohne Einfluss auf die Funktionalität wäre. Mit der Widerklage solle verhindert werden, dass wegen einer kleinen ästhetischen Änderung das ganze Prozedere nochmals beginnen müsse (act. 41 S. 35).

3. Die Berufungsbeklagten beantworten die Berufung wie folgt (act. 53): Sie würden sich mit ihrem Anliegen nicht rechtsmissbräuchlich verhalten. Rechtsmissbrauch würde nicht schon vorliegen, wenn die Interessenabwägung zu Gunsten des Berufungsklägers ausfalle. Allerdings würden die Interessen der Berufungsbeklagten überwiegen (act. 53 Rz 6). Art. 737 ZGB beziehe sich auf den Inhalt der Dienstbarkeit. Zunächst müsse allerdings der Inhalt von Dienstbarkeitsrecht und Dienstbarkeitspflicht bestimmt werden und erst dann könne beurteilt werden, ob eine Handlung die Ausübung genau dieser Dienstbarkeit erschwere oder nicht. Art. 737 Abs. 2 ZGB sei keine Inhaltsumschreibung (act. 53 Rz 10). Gemäss Grundbuch sei es ein Fuss- und Fahrwegrecht, gemäss Dienstbarkeitsvertrag auch mit Motorfahrzeugen. Mitbestimmend sei auch die während längerer Zeit unangefochten und gutgläubig vorgenommene Ausübung. Alle anderen Auslegungshilfen seien zweitrangig (act. 53 Rz 11). Die Dienstbarkeit sei während über 30 Jahren unangefochten, in Übereinstimmung mit dem Grundbuch, ausgeübt worden, so dass die Berufungsbeklagten ein Recht auf einen Durchgang ohne Einschränkungen und damit ohne Tor hätten (act. 53 Rz 12 f.). Der Inhalt der Dienstbarkeit sei seit ihrer Errichtung dem Recht auf vollständige Einfriedung entgegengestanden (act. 53 Rz 14). Der Dienstbarkeitsbelastete habe nach Art. 737 Abs. 1 ZGB alles zu unterlassen, was die Ausübung der Dienstbarkeit behindere oder erschwere. Der Berechtigte müsse sich keine Einschränkungen gefallen lassen. Nur dürfe die Ausübung der Dienstbarkeit nicht rechtsmissbräuchlich sein, was sich aus der Regeste von BGE 113 II 151 ff. = Pra 1988 Nr. 142 mit aller

Deutlichkeit ergebe (act. 53 Rz 17 f.). Wegen des Tors wäre die Durchfahrt nicht mehr frei und ungehindert, sondern dieses sei eine Einschränkung für die Ausübung. Zulässigkeit oder Unzulässigkeit sei lediglich dahingehend zu beurteilen, ob sich die Berufungsbeklagten rechtmisbräuchlich verhalten würden. Erwähnenswert sei auch die psychologische Einschränkung. Die zahlreichen grösseren und kleineren Behinderungen würden zeigen, dass sich die Berufungsbeklagten nicht rechtmisbräuchlich verhielten (act. 53 Rz 19 f.). Die Toranlage bringe dem Berufungskläger keinen wirklichen Nutzen. Der behauptete Abschreckungseffekt des unverschlossenen Tores sei konstruiert und lebensfremd. Was es bringe, sei möglicherweise ein Prestigegewinn und einen höheren Verkaufspreis der Liegenschaft. Angesichts des fehlenden Nutzens sei die Haltung der Berufungsbeklagten erst recht nicht missbräuchlich (act. 53 Rz 21). Das Vorliegen einer rechtskräftigen Baubewilligung sei unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauches irrelevant. Zivilrechtliche Fragestellungen würden in öffentlich-rechtlichen Verfahren nur geprüft, wenn das Bauvorhaben die raumplanerische Erschliessung der Liegenschaft der Berufungsbeklagten beeinträchtigt hätte, was nicht der Fall sei (act. 53 Rz 23). Das Recht auf Einfriedung, wenn es ein solches überhaupt gebe, sei hier nicht massgebend, so dass sich die Vorinstanz zu Recht nicht im Einzelnen damit auseinandergesetzt habe. Ob Art. 737 Abs. 2 ZGB richtig angewendet worden sei, entscheide sich nicht daran, ob das Interesse des Berufungsklägers überwiege, sondern ob das Beharren der Berufungsbeklagten auf eine freie Durchfahrt rechtmisbräuchlich sei (act. 53 Rz 25). Die Liegenschaft könne auch ohne Tor vollständig eingefriedet werden, was auch geschehen sei. Lediglich auf der Ostseite des Grundstückes müsse eine Passage von 3 m offen bleiben. Die Sicht auf die Liegenschaft sei durch die Mauer, die Bauten und die Hecke praktisch verunmöglicht. Das Tor wäre ausserdem nicht blickdicht. Die Gestaltung des Einfahrtsbereichs schütze vor unbeabsichtigtem oder durch Neugier verursachtem Betreten der Liegenschaft. Dieser Effekt könne noch durch ein Zutrittsverbot oder durch eine Warnung verstärkt werden. Die Liegenschaft könnte auch auf der Südseite des dienstbarkeitsbelasteten Weges eingefriedet werden, was auch geschehen sei, wie das beiliegende Foto (act. 54) zeige. Die Aussage, die Einfriedung nütze ohne Toranlage nichts (act. 41 S. 31), sei daher falsch (act. 53 Rz 26

S. 6). Die Berufungsbeklagten müssten von einem bevorstehenden Verkauf ausgehen (leerstehendes Haus, Ausschreibung zum Verkauf), so dass die Beteuerungen bezüglich des Betriebes der Anlage keinen, nicht einmal einen psychologischen Wert hätten. Die Zusicherungen des Beklagten seien nicht durchsetzbar (act. 53 Rz 28). Auf dem Grundstück wohne, jedenfalls zur Zeit, auch kein Hauswart (act. 53 Rz 30). Man müsse sich auch fragen, ob sich Kaufinteressenten bei Preisvorstellungen von Fr. 30 Mio. an hiesige Anstandsregeln halten oder sich um gerichtlich festgehaltene Zusicherungen, z.B. betreffend Verzicht auf den Einbau einer Videoanlage, kümmern würden (act. 53 Rz 31). Für die Widerklage fehle es an einem schutzwürdigen Interesse (act. 53 Rz 33). Bezüglich der "bereits bewilligten" Toranlage sei der Streitgegenstand identisch, betreffend eine ähnliche funktionsgleiche Anlage fehle das schutzwürdige Interesse an der Feststellung. Es sei der Gläubiger und nicht der Schuldner, der den Zeitpunkt der Geltendmachung von Ansprüchen bestimme (z.B. BGer 4A\_36/2009, E. 3). Die Berufungsbeklagten hätten ihre Ansprüche auch erst nach dem Bau der Anlage geltend machen können (act. 53 Rz 34). Der Nichteintretensentscheid sei zu Recht erfolgt, Noven könnten nicht berücksichtigt werden (act. 53 Rz 35).

### III.

1. a) Der Berufungskläger hat vor Vorinstanz eine Widerklage erhoben. Sein Eigentumsrecht werde durch die Opposition der Berufungsbeklagten gegen den Torbau unberechtigterweise eingeschränkt, so dass er sich mit der Eigentumsfreiheitsklage i.S.v. Art. 641 Abs. 2 ZGB wehren und widerklageweise aktiv vorgehen dürfe, damit die Berufungsbeklagten die Toranlage dulden müssten (act. 41 Rz 17 S. 35). Diese Feststellungsklage sei insofern von selbständiger Bedeutung, als, würde sie nicht erhoben, die Berufungsbeklagten sich jederzeit gegen eine Abänderung der geplanten Anlage zur Wehr setzen könnten mit einem provisorischen Bauverbot und Baustopp, selbst wenn diese Änderung keinerlei Einfluss auf die Funktionalität der Anlage hätte. Selbstverständlich sei, dass nur eine funktionsgleiche Toranlage unter diesen Feststellungsantrag falle, nicht eine andere Anlage, die nicht gleich funktioniere. Es könne aber nicht sein, dass

eine Anlage, die lediglich in ästhetischer Sicht etwas verändere, nochmals zur gleichen Prozedur führe (act. 41 S. 35).

b) Nach Ansicht der Berufungsbeklagten fehlt für die Widerklage das erforderliche schutzwürdige Interesse (act. 53 Rz 33-35): Bezüglich der bereits bewilligten Toranlage handle es sich um den exakt gleichen Streitgegenstand wie bei der Klage. "Ähnliche, funktionsgleiche" Toranlagen könnten nicht Gegenstand der Feststellungklage sein, andernfalls bei jedem zivilrechtlichen Rechtsverhältnis, welches Ansprüche statuiert, die irgendwann einmal geltend gemacht werden könnten, ein Feststellungsinteresse gegeben wäre. Es sei jedoch grundsätzlich der Gläubiger, nicht der Schuldner eines zivilrechtlichen Anspruchs, welcher den Zeitpunkt der Geltendmachung bestimmen könne (vgl. z.B. BGer 4A\_36/2009, E. 3). Der Berufungskläger habe ein mit einer Dienstbarkeit belastetes Grundstück gekauft. Er habe von Anfang an damit rechnen müssen, dass aus diesem Rechtsverhältnis irgendwann einmal Ansprüche geltend gemacht werden könnten (act. 53 Rz 33). Die Berufungsbeklagten hätten ihre zivilrechtlichen Ansprüche auch später – beispielsweise erst nach dem Bau der Anlage – gerichtlich geltend machen können. Dann hätte die Anlage im Falle der Klagegutheissung wieder abgerissen werden müssen. Die Vorinstanz sei daher zu Recht auf die Widerklage nicht eingetreten. Tatsachenbehauptungen, welche erst im Berufungsverfahren geltend gemacht werden, seien im Übrigen nicht zu berücksichtigen (act. 53 Rz 34 f.).

c) Die Zulässigkeit der Widerklage wäre nur dann zu prüfen, wenn die Toranlage, so wie sie derzeit projiziert und öffentlich-rechtlich bewilligt worden ist, zulässig wäre, weil nur dann geringfügige Modifikationen einer gleich positionierten und gleich funktionierenden Anlage in Frage kämen. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist die Berufung des Berufungskläger abzuweisen und die Klage der Berufungsbeklagten gutgeheissen, so dass es beim fehlenden Rechtsschutzinteresse und damit beim Nichteintreten auf die Widerklage bleibt.

2. Zur vor Vorinstanz geäusserten Kritik an der öffentlichen Beurkundung des Dienstbarkeitsvertrages (vgl. act. 45 S. 9) – fehlender amtliche Umschlagsbogen und fehlendes Siegelband – muss nicht Stellung genommen werden, da

die Frage in der Berufung nicht mehr thematisiert ist. Vollständigkeitshalber ist lediglich anzumerken, dass die Original-Rechtsgrundaussweise im Kanton Zürich in gebundener Form amtlich aufbewahrt werden.

#### IV.

1. Zu klären ist die Tragweite von Art. 737 ZGB, welcher lautet: (1) "Der Berechtigte ist befugt, alles zu tun, was zur Erhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit nötig ist. (2) Er ist jedoch verpflichtet, sein Recht in möglichst schonender Weise auszuüben. (3) Der Belastete darf nichts vornehmen, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert".

Besteht ein beschränktes dingliches Recht an einer Sache, so engt dies die Herrschaftsbefugnisse des Eigentümers ein (Heinz Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I, 3. Auflage, Bern 2007, Rz 580). Der Inhaber des beschränkten dinglichen Rechts hat den Vorrang gegenüber dem Eigentümer (Rey, a.a.O., Rz 581), allerdings nur mit beschränkten Einwirkungsmöglichkeiten auf die Sache (Rey, a.a.O., Rz 583). Art. 737 ZGB dient dazu, das Verhältnis dieser Rechte untereinander festzulegen. Der Berechtigte ist befugt, alle Handlungen vorzunehmen, mit denen die Dienstbarkeit ausgeübt wird und ohne die er die Dienstbarkeit nicht ausüben könnte (BSK ZGB II-Petitpierre [4. Aufl. 2011], N. 5 zu Art. 737). Verboten ist allerdings die rechtsmissbräuchliche Ausübung (BSK ZGB II-Petitpierre [4. Aufl. 2011], N. 8 zu Art. 737). Art. 737 ZGB verdeutlicht den Grundgedanken, dass der belastete Grundeigentümer nichts behindern darf, was der Grunddienstbarkeitsberechtigte zu tun befugt ist und dass der Berechtigte verpflichtet ist, sein Recht in möglichst schonender Weise auszuüben (BGE 137 III 145 E. 5.1). Der Berechtigte muss auf eine den Belasteten beeinträchtigende Rechtsausübung verzichten, soweit diese Rechtsausübung unnützlich ist oder sein Interesse daran jedenfalls in einem krassen Missverhältnis zum Interesse des Belasteten an der Unterlassung der Beeinträchtigung steht (BGE 137 III 145 E. 5.4). Abs. 2 von Art. 737 ZGB schränkt nicht Umfang oder Inhalt der Dienstbarkeit ein, sondern untersagt deren missbräuchliche Ausübung (BGE 137 III 145 E. 5.5 mit weiteren Hinweisen). Das Gebot der schonenden Ausübung und das Gebot der Duldung vernachlässigbarer Beeinträchtigungen (was beide den

Dienstbarkeitsberechtigten anspricht) dürfen allerdings nicht zu einer inhaltlichen Verengung des Dienstbarkeitsrechts führen. In diesem Sinne handelt nicht gegen Treu und Glauben, wer die Beseitigung von Bauten verlangt, die die Dienstbarkeit verletzen (BGE 137 III 145 E. 5.5).

a) Liver weist darauf hin, dass das Verbot gegen den Belasteten gemäss Abs. 3 zu absolut formuliert sei und dass sich ein solches Verbot lediglich auf eine erhebliche Erschwerung beziehen könne (ZK ZGB-Liver, N. 74 zu Art. 737). Nach ZK ZGB-Liver (N. 78 zu Art. 737) ist die Tragweite von Abs. 3 von Art. 737 ZGB am häufigsten streitig, wenn es sich um die Einfriedung eines mit einem Wegrecht belasteten Grundstückes unter Anbringung einer Einrichtung (eines Tores etc.) handelt. A.a.O. (N. 79 zu Art. 737) fährt er fort: "Für den Berechtigten kann das jedesmalige Öffnen und Schliessen des Durchlasses und die dadurch verursachte Verzögerung der Durchfahrt recht lästig sein, namentlich wenn er genötigt ist, einen Schlüssel bei sich zu haben, um das Tor aufzuschliessen. Der Grundeigentümer kann an der Einfriedung der Liegenschaft ein so wesentliches Interesse haben, dass demgegenüber die Unbequemlichkeit für den Dienstbarkeitsberechtigten ein unverhältnismässig geringer Nachteil und deshalb nicht als unzulässige Erschwerung anzusehen ist. Grundsätzlich wird denn auch das Recht der Einfriedung durch die Belastung der Liegenschaft mit einem Wegrecht nicht entkräftet [...]. Wenn jedoch die Dienstbarkeit einem intensiveren Verkehrsbedürfnis zu dienen hat oder wenn sonstige besondere Umstände die Durchfahrt ohne Anhalten nötig machen, kann die Erschwerung, welche mit der Einfriedung verbunden ist, dem Durchfahrtsberechtigten nicht zugemutet werden und fällt dann unter das Verbot des 3. Absatzes unseres Artikels. [...]. Überall wird grundsätzlich das Recht des mit dem Wegrecht belasteten Grundeigentümers zur Einfriedung der Liegenschaft anerkannt, aber in Abwägung der beidseitigen Interessen nach den Umständen des Einzelfalles beurteilt, welche Vorkehren zu treffen sind, damit die Ausübung des Wegrechts nicht über das zulässige Mass erschwert wird (Öffnung auf Meldung hin, Aushändigung von Schlüsseln, Offenhalten zu bestimmten Zeiten des Tages oder des Jahres)".

b) Nach Steinauer (Les droits réels, Bd. II, 4. Auflage, 2012, Rz 2281, Rz 2287, Rz 2297a) ergibt sich aus dem Prinzip der schonenden Ausübung ("servitus civiliter exercenda"), dass der belastete Grundeigentümer vom Berechtigten gewisse Unannehmlichkeiten (certaines incommodités) verlangen kann, wenn sie die Ausübung des Rechts nicht ernsthaft stören. Er kann verlangen, dass gewisse Massnahmen ergriffen werden, um die schädigende Wirkung der Servitut zu mindern, so lange die Dienstbarkeit als solche nicht beschränkt wird (BGE 100 II 195). Um zu entscheiden, was dem Berechtigten zugemutet werden kann, sind die Interessen abzuwägen (BGE 113 II 151). So ist das Öffnen und Schliessen eines Tors für die Zufahrt auf das berechnigte Grundstück grundsätzlich nicht zu tolerieren, ausser es bestehe ein überwiegendes Interesse des Grundeigentümers und Dienstbarkeitsverpflichteten. Abs. 2 von Art. 737 verbietet nur die rechtsmissbräuchliche Ausübung; wer sich gegen Anlagen wehrt, die der Dienstbarkeit widersprechen, handelt nach BGE 91 II 339 nicht missbräuchlich.

c) Gemäss BSK ZGB II-Petitpierre (4. Aufl. 2011, N. 1 zu Art. 737) wird in Art. 737 ZGB der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben zum Ausdruck gebracht. Das Verbot der Erschwerung bzw. Verhinderung der Ausübung gegen den Belasteten sei das Spiegelbild zur schonenden Rechtausübung. Soweit die Ausübung des Berechtigten im Rahmen des vereinbarten Umfangs und nicht schikanös erfolge, dürfe der Belastete nicht in die Ausübung eingreifen. Den bereits mehrfach erwähnten BGE 113 II 151 ff. kommentiert er wie folgt: Das Bestehen des Berechtigten auf ein Wegrecht ohne Halt an einer Barriere sei nicht schikanös.

d) BK-Leemann (N. 7 zu Art. 698 ZGB) weist darauf hin, dass namentlich zu beachten sei, dass insbesondere Grunddienstbarkeiten durch Einfriedungen nicht beeinträchtigt werden. Bezogen auf den Umfang der Dienstbarkeit führt BK-Leemann (N. 12 zu Art. 737 ZGB) aus: "Jedoch nur erhebliche Erschwerungen der Ausübung muss der Belastete unterlassen: geringfügige Unbequemlichkeiten hat sich der Berechnigte gefallen zu lassen (das folgt aus dem Grundsatz der schonenden Ausübung nach Abs. 2)". Leemann nennt a.a.O. die Anbringung eines Tores zu einem Fussweg und führt dazu aus: "Doch kann in letzterem Falle,

namentlich mit Rücksicht auf die grosse Anzahl der Bewohner des servitutsberechtigten Hauses, eine erhebliche und daher unzulässige Erschwerung der Ausübung der Servitut vorliegen, wenn das Tor geschlossen gehalten wird, und zwar auch dann, wenn der Belastete dem Berechtigten einen oder mehrere Schlüssel zum Gebrauch aushändigt [...], denn es kann dem Berechtigten nicht zugemutet werden, jeweilen an das Mitnehmen eines Schlüssels zu denken oder einen solchen beständig bei sich zu tragen".

e) Aus der Rechtsprechung sind zu erwähnen:

BGE 113 II 151 E. 5 = Pra 1988 Nr. 142 E. 5: In der Errichtungsurkunde war eine Einzäunung nicht erwähnt; sie wurde erst mehr als zehn Jahre nach der Errichtung der Dienstbarkeit angebracht. Nach allgemeinen Grundsätzen war eine Interessenabwägung vornehmen. Der Zaun reichte über die belastete Parzelle hinaus auf eine Nachbarparzelle, die von der Dienstbarkeit nicht betroffen war und gerade dieser zusätzliche Teil behinderte das Wegrecht. Die Einzäunung war nicht durchgehend und das einzige Interesse, das zu Gunsten des Zaunes geltend gemacht wurde, war ein Hund, der am Entweichen gehindert werden sollte. Das Interesse des Dienstbarkeitsberechtigten an der Aufhebung eines Tores, das zu (zweimaligem) Ein- und Aussteigen zwang, und das mehrmals am Tag durchfahren werden musste, wurde gegenüber dem Interesse des Dienstbarkeitsverpflichteten an der Einfriedung höher gewertet.

BGE 138 III 49 = Pra 2012 Nr. 75 (zur Frage des Verhältnisses zum öffentlichen Baurecht; Bedeutung der erteilten Baubewilligung bezüglich übermässiger Einwirkungen i.S.v. Art. 684 ZGB): Der Zivilrichter kann überprüfen, ob ein (bewilligtes) Bauwerk dem Zivilrecht entspricht, insbesondere wenn die zivilen Rechte im öffentlich-rechtlichen Verfahren nicht berücksichtigt worden sind, nicht aber die Gültigkeit des baurechtlichen Entscheides. Öffentlich-rechtliche Vorfragen kann er nur beurteilen, so lange die zuständige Behörde darüber nicht entschieden hat (BGE 137 III 8 E. 3.3.1). Die (rechtskräftige) öffentlich-rechtliche Bewilligung steht hingegen der Anwendung von Art. 684 ZGB nicht in absoluter Weise entgegen, wenn sich die "durch das kantonale öffentliche Recht erlassenen formal- und materiellrechtlichen Vorschriften [...] als unzulänglich für den Schutz der Nachbarn

erweisen". Der Zivilrichter kann daher auch ein bewilligtes Bauvorhaben untersagen oder abändern, wenn die verursachten Einwirkungen so schwerwiegend sind, dass der auf Art. 684 gestützte Mindestschutz andernfalls nicht mehr gewährleistet wäre.

Anzumerken ist, dass Art. 684 ZGB das Nachbarrecht als solches regelt, während Art. 737 ZGB ein Dienstbarkeitsverhältnis, das auf einer Abrede beruht, betrifft.

ZBGR 1986 S. 294 ff. (OGer LU): Zur Fernhaltung von unberechtigten Dritten an Wochenenden in den Sommermonaten stellte der Beklagte, ein Segelklub, an den Zugängen des Fahrweges je zwei Eisenpfosten auf und sperrte die Zugänge mit einer Eisenkette (ohne Schloss) ab. Es wird auf das grundsätzlich bestehende Einfriedungsrecht hingewiesen, das allerdings das Wegrecht nicht in unzumutbarem Mass stören darf. Der Grundeigentümer kann an einer Abschranke ein so grosses Interesse haben, so dass ein damit verbundener, unverhältnismässig geringerer Nachteil für den Berechtigten nicht als unzulässige Erschwerung betrachtet werden kann und von diesem hinzunehmen ist: "Vorliegend hat der Beklagte ein schützenswertes Interesse, dass unberechtigte Dritte nicht aus Versehen oder absichtlich das Grundstück betreten. Mit der Versetzung der Verbotstafel an einen besser sichtbaren Ort könnte allenfalls erreicht werden, dass jene, die das Grundstück versehentlich betreten, nicht aber jene, die das absichtlich tun wollen, davon abgehalten werden. Mit solchen muss gemäss Erfahrungen gerechnet werden, um so mehr, als das Verbot an einem abgelegenen ländlichen Ort angebracht ist und das Grundstück direkt an der Grenze zum frei begehbaren Wald liegt. Mit der Vorinstanz kann davon ausgegangen werden, dass dieses Gebiet an Wochenenden bei Fussgängern sehr beliebt ist, so wie alle Gegenden, die sich im näheren Umkreis von bewohntem Gebiet an schöner Seelage befinden [...] Auf der anderen Seite sind die Kläger daran interessiert, nicht jedes Mal aus dem Fahrzeug steigen und die Kette abhängen zu müssen. Insbesondere für den Erstkläger, der vom Fahrwegrecht unbestrittenermassen oft Gebrauch macht, bedeutet dies einen Nachteil. Dieser Nachteil wird gemildert dadurch, dass vorliegend keine besonderen Umstände die Durchfahrt ohne An-

halten nötig machen. Es entstehen einerseits keine besondere Gefahren [...] Andererseits liege die Abschränkung nahe an der Bootshütte, ... so dass pro Fahrt jeweils nur einmal angehalten und ausgestiegen werden muss. Insbesondere, und das ist ausschlaggebend, steht vorliegend nur die Abschränkung an den Wochenenden und den Feiertagen im Sommerhalbjahr [...] zur Diskussion. Zudem handelt es sich bei der Abschränkung nur um eine leichte Kette ohne Schloss, die auch von einem Kind oder alten Leuten mit Leichtigkeit ein- und ausgehängt werden kann. In diesem Ausmass aber ist die Unbequemlichkeit der Abschränkung für den Kläger ein im Verhältnis zu den Interessen des Beklagten geringer Nachteil, so dass sie nicht als unzulässige Erschwerung im Sinne von Art. 737 Abs. 3 ZGB betrachtet werden kann [...]"

Der vom Berufungskläger in einem Sekundärzitat aus ZK-Liver, N. 84 zu Art. 737 ZGB angeführte Entscheid liess sich in der integralen Fassung aus dem Jahr 1895 nicht finden (er war offenbar publiziert in BIHE [Handelsgerichtliche Entscheidungen], welche in den Jahren 1882 - 1901 die Vorgängerin der ZR waren). Die Zusammenfassung bei Liver, a.a.O., besagt, dass das Anbringen eines Tores gestattet, jedoch das Abschliessen mit einem Schlüssen angesichts der grossen Zahl von Bewohnern des herrschenden Grundstückes verboten worden war.

In BGer 5A\_833/2009 E. 4.3.1 wird festgehalten, dass der Grundsatz "servitus civiliter exercenda", welcher Art. 737 Abs. 2 ZGB zugrunde liege, nicht das Recht als solches, sondern nur dessen missbräuchliche Ausübung betrifft. In die gleiche Richtung zielt BGer 6A\_617/2009 E. 2.3: 2.3, wonach Art. 737 Abs. 2 ZGB die Ausübung der Dienstbarkeit ("schonend") nach Massgabe ihres feststehenden Inhalts und Umfangs regelt.

2. Der Berufungskläger beruft sich verschiedentlich auf das Einfriedungsrecht. Die Einfriedung ist der Abschluss gegen die benachbarte Liegenschaft und kann verschiedenen Zwecken dienen, z.B. dem Fernhalten von fremden Personen und Tieren, Schutz vor Wind und anderen natürlichen Einwirkungen, Verhinderung des Entlaufens von Kindern, Haus- und Nutztieren (BSK ZGB II-Rey/Strebel [4. Aufl. 2011], N. 1 zu Art. 697). Es besteht grundsätzlich ein Einfrie-

dungsrecht jedes Eigentümers auf seinem Grundstück, das allerdings aufgrund einer entsprechenden rechtsgeschäftlichen Vereinbarung oder im Zusammenhang mit der Ausübung einer Dienstbarkeit ganz oder teilweise untersagt sein kann, wenn deren Ausübung verhindert oder erschwert wird, z.B. wenn die Einfriedung mit einem Tor versehen ist, das zum Anhalten, Aussteigen, Durchfahren und zum erneuten Anhalten zwingt (BK-Leemann, N. 7 zu Art. 697 ZGB; BSK ZGB II-Bösch [4. Aufl. 2011], N. 5 ff. zu Art. 697). Die Ortsüblichkeit von Einfriedungen wird vor allem im Zusammenhang mit den übermässigen Einwirkungen aus Nachbarrecht (Art. 684 ZGB) thematisiert (Verbot übermässiger Einwirkungen vs. Duldungspflicht von mässigen Immissionen; BSK ZGB II-Rey/Strebel [4. Auflage 2011], N. 1 zu Art. 684). Es wird in jenem Zusammenhang auf die objektive Abwägung der gegenläufigen (Grundeigentümer)-Interessen hingewiesen (BSK ZGB II-Rey/Strebel [4. Auflage 2012], N. 10 zu Art. 684).

3. Die vorstehend angeführte Literatur und Rechtsprechung stecken den Rahmen ab. Grundsätzlich besteht nach h.A. das Recht auf Einfriedung auch für ein mit einer Wegrechtdienstbarkeit belastetes Grundstück (vgl. BGE 113 II 151 ff. = Pra 1988 Nr. 142; ZK-Liver, N. 78 zu Art. 737 ZGB; vgl. auch Urteilsbesprechung von Heinz Rey, in: Die privatrechtliche Rechtsprechung des BGer 1987, ZBJV 1989, S. 155). Rey fasst (a.a.O., S. 156 f.) den Inhalt von Art. 737 ZGB anschaulich zusammen: Der Dienstbarkeitsberechtigte hat die Befugnis, alles zu tun, was zur Erhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit nötig ist (Abs. 1), der Belastete ist verpflichtet, alles zu unterlassen, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert (Abs. 3), wobei der Dienstbarkeitsberechtigte zur schonenden Rechtsausübung verpflichtet wird (Abs. 2). Abs. 2 ist die Schranke gegen eine rechtsmissbräuchliche Ausübung der jeweiligen Nutzungsbefugnisse. Die Pflicht des Berechtigten zur möglichst schonenden Rechtsausübung gemäss Abs. 2 beschlägt Umstände und Verhaltensweisen bei der Ausübung der Dienstbarkeit, worunter schädigende Ausübung des Rechts, unnötiger Lärm etc. verstanden werden müssen. Das Begehren auf Beseitigung von Abschränkungen bzw. Toren auf dem mit der Dienstbarkeit belasteten Wegstück ist deshalb keine missbräuchliche Ausübung, weil Abs. 2 keine entsprechende Duldungspflicht statuiert.

Aufgrund der angeführten Lehre und Rechtsprechung ist zu entscheiden, ob die umstrittene Toranlage das Wegrecht der Berufungsbeklagten in dem Sinne einschränkt, dass es dieses verhindert oder erschwert bzw. die reibungslose Ausübung der Dienstbarkeit beeinträchtigt oder ob es den Berufungsbeklagten lediglich geringfügige, vernachlässigbare Unbequemlichkeiten bereitet, welche sie hinnehmen müssen. Das ist nicht nur von der Einschränkung als solcher abhängig, sondern auch von den Interessen der Parteien. Je gewichtiger die Interessen des Berufungsklägers sind, desto eher ist den Berufungsbeklagten eine Einschränkung zumutbar. Entscheidend ist letztlich die Frage, ob das Beharren der Berufungsbeklagten auf einem torlosen Weg rechtsmissbräuchlich ist. Im Folgenden wird aufgezeigt, dass das – wie bereits die Vorinstanz zutreffend entschieden hat – nicht der Fall ist.

4. a) Der Berufungskläger wirft der Vorinstanz vor, sie habe es tunlichst unterlassen, sich mit dem grundsätzlichen Recht (des Eigentümers des dienenden Grundstücks) auf Einfriedung auseinanderzusetzen. Ausserdem habe sie unterlassen, die Aussentoranlage als Teil der Einfriedung zu bezeichnen (act. 41 S. 16 Rz 4.1). Der Weg hin zum Grundstück der Berufungsbeklagten dürfe einzig von den Berufungsbeklagten sowie dem Berufungskläger samt den Zubringern zu den beiden Liegenschaften benutzt werden, so dass es heute wie in der Zukunft kein intensives Verkehrsaufkommen geben könne (vgl. act. 41 S. 16 Rz 4.2). Schon vor 100 Jahren habe das Züricher Obergericht nicht die Einfriedung als solche, sondern nur das Verschliessen mit einem Schlüssel untersagt (act. 41 S. 16 Rz 4.3). Es würden keine Umstände geltend gemacht, die eine Durchfahrt ohne Halt erfordern würden; solche Umstände gebe es auch nicht (act. 41 S. 18). Zu Unrecht erachte die Vorinstanz das Öffnen des kleineren Torflügels durch Passanten mittels eines vollautomatischen Knopfes wetterbedingt und bei Mitführen von Taschen etc. als übermassig einschränkend (act. 42 S. 17 Rz 4.3).

Wie der Augenschein bestätigt hat, ist das Grundstück des Berufungsklägers zu einem grossen Teil eingefriedet. Das Ziel des Berufungsklägers der vollständigen Einfriedung könnte mit der geplanten Toranlage erreicht werden. Wegen der Baute als solcher, deren Eingangstüre an den dienstbarkeitsbelasteten

Weg grenzt (gut erkennbar auf act. 19/16 Blatt 2 unteres Bild), ist allerdings das Grundstück bereits heute in weiten Teilen nicht frei zugänglich (vgl. act. 60 Bild 3, Bild 4, Bild 11, Bild 12). Sieht man vom dienstbarkeitsbelasteten Weg ab, der bisher nicht in die Einfriedung integriert ist, so fehlt der Einfriedung der Gartenanlage ein kleines Stück entlang dem dienstbarkeitsbelasteten Weg (act. 60 Bild 5; Prot. S. 9 f.). Diese Lücke liesse sich problemlos mit einem Zaun schliessen. Das, was derzeit ungehindert betreten werden kann, sind der Weg als solcher sowie der Vorplatz samt Treppe zur Liegenschaft des Berufungsklägers und die dortigen Parkplätze. Die Berufungsbeklagten haben darauf hingewiesen, dass es möglich wäre, die Interessen des Berufungsklägers ohne Einschränkung der Zufahrt durch eine Einfriedung südlich der Zufahrt und einem Tor bei den Besucherparkplätzen zu befriedigen (act. 1 Rz 35), was an sich zutrifft; dann würde letztlich nur noch der Weg als solcher ausserhalb der Einfriedung liegen. Dass der Berufungskläger das Einfriedungsrecht auch für diesen Grundstücksteil in Anspruch nehmen und das Grundstück als Ganzes einfrieden kann (vgl. act. 41 Rz 5.2 S. 23), ist an sich selbstverständlich, soweit es mit dem Wegrecht vereinbar ist. Darauf wird zurückzukommen sein. Der uneingefriedete Teil kann ausserdem im Zusammenhang mit der Abwägung der Interessen der Berufungsklägers an der Einfriedung und den Berufungsbeklagten an der freien Zufahrt eine gewisse Bedeutung haben.

b) Der Berufungskläger widerspricht der Vorinstanz, die davon ausgeht, dass eine selbstöffnende Aussentoranlage nicht geeignet ist, Einbrecher und Vandalen, welche das Terrain in deliktischer bzw. unlauterer Absicht betreten wollen, abzuhalten. Dass sich "gewisse" Einbrecher und Vandalen auch durch eine problemlos zu durchquerende Toranlage abhalten lassen, ist nach Ansicht des Berufungsklägers notorisch (act. 41 S. 23). Schon vor Vorinstanz führte er dazu aus, dass "alleine durch den Bestand eines Tores eine gewisse Abschreckungswirkung gegenüber Personen, denen der Zutritt nicht erlaubt ist, erreicht wird. So kann ein Sicherheitsinteresse effizient gewahrt werden. Rein psychologisch gesehen, hindert alleine der Bestand eines Tores vor ungebetenem Zutritt fremder Personen. Ausserdem bildet die Toranlage einen geeigneten und verhältnismässigen Abschluss" (act. 41 S. 22 f., act. 10 Rz 10 S. 23; act. 33 S. 9 f.). "Der Beklagte (Berufungskläger) möchte [...] seine ganze Parzelle einfrieden, um zu ver-

hindern, dass Unbefugte, also Personen, die weder Bewohner noch Gäste noch Anlieferer oder dgl. der Grundstücke der Parteien sind, dort versehentlich oder bewusst durchgehen. Die Hemmschwelle bei der Art des Tores führt alleine dazu, dass solche Personen dann nicht durchgehen. [...] Die Auffassung der Vorinstanz, die Anlage könnte gesetzestreue Passanten vom versehentlichen oder durch eine gewisse Neugierde getriebene Passanten vom Betreten des beklaglichen Grundeigentums abhalten, stimmt durchaus. Und das genügt. Das ist genau die Zielsetzung des Rechts auf Einfriedung, das der Beklagte als Eigentümer des dienenden Grundstücks hat. Und [...] diese Abhaltungswirkung genügt für sich bereits allein für eine Interessenabwägung. Denn: kein Eigentümer muss sich auch nur ansatzweise gefallen lassen, dass nicht berechnigte Personen sein Grundstück betreten" (act. 41 Rz 5.2 S. 22).

c) Bereits im Zusammenhang mit der Berufungsantwort haben die Berufungsbeklagten ein Foto des neu gestalteten dienstbarkeitsbelasteten Wegs eingereicht (act. 54). Die Örtlichkeiten, wie sie im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens bildlich dokumentiert worden sind, haben danach eine markante bauliche bzw. gestalterische Veränderung erfahren. Der dienstbarkeitsbelastete Weg, der parallel zum (öffentlich begehbaren) Aussichtsweg verläuft und ursprünglich von diesem lediglich durch eine kleine grasbewachsene Rabatte und einen Holzzaun abgetrennt war (act. 11/1-3; act. 12/5 Foto 3, 11 und besonders deutlich Foto 12, woraus sich ergibt, dass das Fussgängerzeichen zudem auf der "falschen" Seite des Holzzaunes steht), ist inzwischen gepflästert und durch einen weit mehr als mannshohen Lebhag vom Aussichtsweg abgegrenzt worden (act. 60 Bilder 3, 4, 6, 9, 10). Während es beim ursprünglichen Zustand gut vorstellbar war, dass mehr oder weniger aufmerksame Unberechnigte – statt auf den Aussichtsweg – auf den Privatweg und das Grundstück des Berufungsklägers einbogen, haben die baulichen und gartengestalterischen Vorkehren den Eindruck nachhaltig verändert. Wie sich auch anlässlich des von der Kammer durchgeführten Augenscheins bestätigt hat, muss aufgrund des neuen Erscheinungsbildes für jedermann klar sein, dass es sich nicht um eine öffentlichen Durchgangsstrasse, sondern um einen Zugang bzw. um eine Zufahrt zu privaten Liegenschaften handelt, worauf auch die Berufungsbeklagten hinweisen (act. 53 Rz 26 S. 6). Die Gefahr

versehentlicher Belästigungen, die von nicht besonders aufmerksamen Spaziergängern und Autofahrern ausgehen können (act. 33 S. 10), dürften damit weitgehend gebannt sein. Dass sich eine Verdeutlichung durch entsprechende Hinweisschilder erzielen liesse (act. 53 Rz 26), erwähnen die Berufungsbeklagten zu Recht. Zu denken wäre allenfalls auch an ein gerichtliches Verbot i.S.v. Art. 260 ff.

d) Mit den Berufungsbeklagten und der Vorinstanz ist nicht anzunehmen, dass eine sich selbst öffnende Toranlage gegen Einbrecher und Vandalen effektiven Schutz bietet, lassen sich doch vor allem Einbrecher auch von erheblich schwerer zu überwindenden Hindernissen wie verschlossenen Häusern mit verriegelten Fenstern und Türen etc. nicht abhalten; dass etwas anderes "notorisch" sein soll, trifft offensichtlich nicht zu, sondern notorisch ist allenfalls das Gegenteil. Damit bleibt als Zielgruppe, gegen die mit der Toranlage ein "Mehrwert" geschaffen wird, praktisch nur noch Personen, die an sich wissen, dass sie fremdes Gelände betreten, für die es jedoch ganz deutliche Zeichen braucht, um sie davon abzuhalten. Das "Zielpublikum", vor dem die Toranlage effektiv schützen würde, schrumpft damit ganz erheblich.

Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass die rapportierten Fälle, wonach Unberechtigte das Grundstück betreten haben, ganz offensichtlich aus der Bauphase stammen, wie sich aus der eigenen Sachdarstellung des Berufungsklägers ergibt (vgl. auch den Mailverkehr in act. 24; vgl. act. 33 S. 9 Abschnitt 1). Diesbezüglich ist es notorisch, dass Baustellen eine grosse Anziehungskraft haben und von Unberechtigten recht ungeniert inspiziert werden, dass solche Begehungen auf fremdem Boden dann allerdings aufhören, wenn die Bauarbeiten abgeschlossen sind. Aus der Zeit nach Abschluss der Bauarbeiten werden denn auch keine besonderen Auffälligkeiten mehr rapportiert.

e) Der Berufungskläger macht geltend, die Berufungsbeklagten hätten ihr Grundstück ebenfalls eingefriedet (act. 33 Rz. 2.2. S. 4; Prot. S. 12); weiter oben vor ihrem Haus gebe es ausserdem einen Lebhag (Prot. S. 14; Bild 15). Das hat der Augenschein bestätigt. Das zeigt nach Ansicht des Berufungsklägers, dass auch die Berufungsbeklagten – wie im betreffenden Villenquartier üblich – Pri-

vatsphäre für sich beanspruchen (act. 41 Rz 5.2 S. 22; Prot. S. 14). Der Grund für die geplante Errichtung der Toranlage sei sein gleichwertiges und berechtigtes Bedürfnis nach Privacy; diese habe angesichts der Lage seines Grundstückes bei der Weggabelung einen besonders hohen Stellenwert (Prot. S. 15). Die Grundstücke der Parteien würden in einem Quartier mit Wohnbauten von ausgesprochenem Luxuscharakter liegen, die Neugierige anziehen würden und die deshalb allesamt eingefriedet seien (act. 33 S. 10). Durch die hohe Hecke entlang dem Aussichtsweg sei eine Privacy entstanden, welche es durch die Toranlage zu vervollständigen gelte, denn ohne diese nützte die übrige Einfriedungsanlage nichts (act. 41 Rz 13). Alle Liegenschaften im Quartier seien eingefriedet und das Tor gebe eine gute Gesamtwirkung der Wohnanlage sowie einen Sichtschutz (act. 41 Rz 13).

Es stimmt, dass Einfriedungen durchaus quartierüblich sind. Die Frage der Ortsüblichkeit stellt sich im Zusammenhang mit dem Nachbarrecht, welches die Gesamtheit von Nutzungsbeschränkungen des Grundeigentums bezeichnet, d.h. die "Rücksichtnahme auf einen engeren oder weiteren Kreis benachbarter Grundeigentümer" (Rey, a.a.O., Rz 1099). Die Grundstücksnachbarn haben "normale Einwirkungen" gegenseitig zu dulden, während übermässige (materielle oder immaterielle) Einwirkungen verboten sind (Rey, a.a.O., Rz 1100, Rz 1106, Rz 1108, Rz 1113). Ob Einwirkungen übermässig sind, beurteilt sich nach dem Ortsgebrauch; ob Ortsunüblichkeit vorliegt, misst sich daran, ob Einwirkungen in der betreffenden Gegend als normal empfunden werde (Rey, a.a.O., Rz 1121, 1124). Auch trifft es zu, dass das Grundstück der Berufungsbeklagten über weite Strecken von einem Gitterzaun umgeben ist (vgl. Prot. S. 12 Bild 10; S. 14 Bild 14 und 15; Prot. S. 15). Auch diesbezüglich gilt, was bereits erwähnt wurde, dass die Berufungsbeklagten – weil sie ihrerseits nur an das allgemeine Nachbarrecht gebunden sind – in diesem Rahmen frei über die Einfriedung entscheiden können. Wegen des Wegrechts der Berufungsbeklagten ist für den Berufungskläger hingegen nicht die Quartierüblichkeit massgeblich, sondern er hat die daraus folgenden Einschränkungen hinzunehmen, auch wenn sich seine Situation dadurch vom Üblichen unterscheidet.

f) Der Berufungskläger hat das eigene Tor der Berufungsbeklagten thematisiert (act. act. 10 Rz 1 S. 19, Rz 3.3 S. 15; act. 23 Rz 5.1 S. 5), das an der Grundstücksgrenze der Berufungsbeklagten montiert war und mit dem der Vorplatz ihres Hauses abgeschlossen werden konnte. Der Berufungskläger geht davon aus, dass die Berufungsbeklagten dieses Tor errichtet hätten, um zu verhindern, dass der Weg versehentlich von Passanten benützt wurde, die weiter als zum Grundstück der Berufungsbeklagten gelangen wollten (act. 41 Rz 7.1 S. 24 f.). Nach Angaben der Berufungsbeklagten stand das Tor allerdings stets offen, ausser wenn die Berufungsbeklagten einen Feriehund bei sich gehütet hätten, was inzwischen nicht mehr der Fall sei (Prot. S. 10). Dieses Tor sei von Hand bedienbar und knapp einen Meter hoch und mit Drahtgeflecht ausgefacht gewesen (act. 18 Rz 13; vgl. Foto in act. 12/5 Foto 1, 2, 4, 5, 6, 8). Käme es darauf an, so müsste über die divergierenden Behauptungen der Parteien Beweis erhoben werden. Da es im Zusammenhang mit den Bauarbeiten entfernt worden ist, was der Augenschein bestätigt und auch der Berufungskläger einräumt hat (act. 23 Rz 5.1 S. 5), sind keine Weiterungen erforderlich.

5. a) Der vorinstanzliche Entscheid gibt die Spezifikationen der geplanten baurechtlich bewilligten Toranlage zutreffend wieder. Fest steht, dass diese die Breite des Weges von 3 m nicht beeinträchtigt, dass sie voll automatisch gesteuert wird und dass sich das Tor über eine unterhalb der Oberfläche eingebaute Kontaktschleife innert 15 bis max. 20 Sekunden (act. 12/2 S. 9) nach der Zufahrt komplett öffnet bzw. mit einem fünflibergrossen Fernfunkgerät sogar mit einem geringeren Zeitverlust geöffnet werden kann.

b) Die geplante Toranlage bedeutet – verglichen mit der freien Durchfahrt bzw. dem freien Durchgang, welche die Berufungsbeklagten und mit ihnen ihre Besucher, Nachbarn, Postboten und Lieferanten (act. 1 Rz 27) seit über 30 Jahren in guten Treuen i.S.v. Art. 738 Abs. 2 ZGB hatten (act. 53 Rz 12, act. 1 Rz 26), eine Einschränkung, führt sie doch selbst bei einwandfreiem Funktionieren zu gewissen Verzögerungen, und zwar auch dann, wenn das Fernfunkgerät – was umstritten ist – gebraucht werden darf. Dass das Wegrecht nicht nur den Bewohnern der F.\_\_\_\_\_ -Strasse ... zusteht, sondern selbstverständlich auch ihren Be-

suchen, Lieferanten etc., die über den dienstbarkeitsbelasteten Weg zur Liegenschaft F. \_\_\_\_\_-Strasse ... gelangen können und auch gelangen, ist nicht zweifelhaft und unbestritten. Dass das kleine Gittertor beim Briefkasten der Berufungsbeklagten nicht einmal vom Pöstler benutzt wird, der auf den Vorplatz der Berufungsbeklagten vorfährt (Prot. S. 11; act. 60 Bild 8), ist unbestritten geblieben. Dass es für Fussgänger im Falle des Versagens der Toranlage den Zutritt ermöglichen würde, wie der Berufungskläger geltend macht, ist hingegen zutreffend.

Auch für motorisierte Besucher, Lieferanten etc. öffnet sich das Tor automatisch, allerdings nur, wenn sie auf die Kontaktschleufe auffahren, die 100 cm vom Tor entfernt unterhalb der Oberfläche eingebaut werden soll. Dass das Tor mit den geplanten Ausmassen, von dem sich der Berufungskläger die Fernhaltung von "ungebetenen Gästen" verspricht, auch "erwünschte Besucher" abhalten könnte, ist allerdings naheliegend. Bei einem Halt vor der Kontaktschleufe bliebe das Tor verschlossen, was die Besucher von der Zufahrt auf das Grundstück der Berufungsbeklagten abhalten könnte. Klingelknöpfe, deren Einbau der Berufungskläger den Berufungsbeklagten als freie Option offeriert hat, würden voraussichtlich dazu führen, dass sich Ankömmlinge zum Läuten genötigt fühlen würden, und dafür anhalten und aussteigen würden. Verglichen mit der bisherigen freien Durchfahrt ist auch das eine Einschränkung, die (indirekt) das Wegrecht der Berufungsbeklagten tangiert. Gleiches gilt auch für das erforderliche Öffnen der ins Tor eingelassenen Türe für Fussgänger. Der Standpunkt des Berufungsklägers, dass die (behördlich bewilligte) Toranlage Bewohner, Gäste, Anlieferer, Polizei- und Sanitätsfahrzeuge überhaupt nicht beeinträchtigt und zu keinen Einschränkungen, Unbequemlichkeiten oder Behinderungen weder für Fussgänger noch für Fahrzeuge führe, trifft daher offensichtlich nicht zu. Dass das Nutzungs- bzw. Mitbenutzungsrecht im gleichen Mass gewährleistet wird wie bisher (act. 41 Rz 15), ist unzutreffend.

c) Der Berufungskläger will sich darauf behaften lassen, dass die Toranlage nie abgeschossen und verriegelt werden wird (act. 41 Rz 6.1 S. 23). Für den Fall von Funktionsstörungen der Torautomatik werde jederzeit – so der Berufungskläger – der an der F. \_\_\_\_\_-Strasse ... domizillierte Hauswart zur Verfügung stehen,

der das Problem beheben oder mindestens das Tor offenstehen lassen könne (act. 41 S. 29 f.). In einer Liegenschaft der Luxusklasse wie der vorliegenden sei ein Hausabwart, das sei notorisch, das ganze Jahr vor Ort; für ihn sei ein separates Diensthaus errichtet worden (act. 23 Rz 5.2 S. 5). Ausserdem bestehe stets die Möglichkeit, das Tor von Hand zu öffnen (act. 10 S. 9, S. 15 Rz 3.3). Die Berufungsbeklagten wenden ein, dass die Liegenschaft des Berufungsklägers bis anhin leer stehe und dass es bisher auch keinen Hauswart gebe. Der Berufungskläger bestreitet das nicht, und auch nicht, dass sein Haus zum Verkauf steht (Prot. S. 9). Er versichert allerdings, dass er einen Käufer auf die gleichen Zusagen verpflichten werde, auf die er sich selber behaften lasse. Die Berufungsbeklagten bezweifeln den Wert einer solchen "Behaftungsweitergabe" und weisen darauf hin, dass sich ein neuer Eigentümer kaum daran gebunden fühlen werde bzw. dass er seine Pflichten im Zusammenhang mit dem Betrieb der Toranlage missachten könnte (act. 53 Rz 28 f.). Ausserdem erwähnen sie, dass die Technik zum Tor völlig ausserhalb ihres Einflussbereiches sei, so dass sie, kurz gesagt, für das Funktionieren des Tors auf "Gedeih und Verderben" vom neuen Eigentümer abhängig seien. Der Berufungskläger sieht keine Gefahr für eine mögliche absichtliche Verlangsamung, Abschaltung oder Vernachlässigung der Toranlage (act. 10 S. 17; act. 41 S. 29 f.), weil Widersetzlichkeit den Fortbestand des Tores gefährden würde. Schliesslich könnten die Berufungsbeklagten jederzeit ans Gericht gelangen und dort, auch superprovisorisch, eine Offenhaltung des Tors erreichen. Allenfalls stünden ihnen auch strafrechtliche Mittel zur Verfügung.

Welche vollstreckbaren Wirkungen die Zusicherungen des Berufungsbeklagten überhaupt haben, ist tatsächlich fraglich und die Durchsetzbarkeit gegenüber einem neuen Erwerber ist daher umso zweifelhafter. In diesem Zusammenhang ist ergänzend anzumerken, dass die Unterhaltsfrage trotz der neuen Gegebenheiten offenbar nicht neu diskutiert wurde. Art. 741 ZGB sieht vor, dass die Vorrichtung, die zu einer Dienstbarkeit gehört, vom Berechtigten zu unterhalten ist (Abs. 1) und dass – bei geteiltem Interesse, indem der Belastete die Anlage mitbenützt – auch die Unterhaltungspflicht geteilt wird. Dabei handelt es sich um eine dispositive Vorschrift, die zur dinglichen Wirksamkeit der Eintragung ins Grundbuch bedarf (vgl. z.B. BK-Leemann, N. 2 zu Art. 741 ZGB). Für die Parteien und

für deren Rechtsnachfolger gilt bis auf weiteres die Ordnung, wie sie ursprünglich im Jahre 1959 getroffen wurde, nämlich Tragung des Unterhalts im Verhältnis zur Benützung (act. 4/3). Die Skepsis der Berufungsbeklagten betreffend jederzeitige Fehlerbehebung wie auch betreffend die Wirkungen der "Behaftungsweitergabe" ist daher durchaus nachvollziehbar und berechtigt.

6. Der Berufungskläger rügt die Vorinstanz, dass sie nicht festgestellt habe, dass die Berufungsbeklagten nur ein Mitbenützungsrecht hätten. Die Erschliessung der Liegenschaft des Berufungsklägers erfolge über den gleichen Weg (act. 41 E. 2.2 S. 13), was das Wegrecht der Berufungsbeklagten einschränke (act. 41 E. 2.3 S. 13). Das ist an sich unbestritten. Inwiefern die Mitbenützung im Zusammenhang mit der Duldung der Toranlage von Bedeutung ist, ist allerdings nicht ersichtlich und wird vom Berufungskläger auch nicht näher dargelegt, so dass darauf nicht weiter eingegangen werden muss.

7. a) Der Berufungskläger macht geltend, dass er unbestrittenermassen über eine rechtskräftige Baubewilligung verfüge (act. 41 S. 13 f. 1.). Im Bauverfahren sei rechtskräftig festgestellt, dass die Erschliessung über die Dienstbarkeitsfläche absolut nicht geschmälert würde, weil das Tor in beiden Richtungen automatisch öffne (act. 41 S. 19 Mitte). Das Bundesgericht habe in BGer 5A\_349/2011 bzw. BGE 138 III 49 (= Pra 2012 Nr. 75) festgehalten, dass eine behördlich bewilligte Baute in der Regel keine übermässige Immission i.S.v. Art. 684 ZGB darstelle. Öffentliches Recht und Zivilrecht sollten wenn möglich nicht unterschiedlich ausgelegt werden (act. 41 S. 20). Es sei vom Baurekursgericht keine Erschwernis oder Einschränkung des bestimmungsgemässen Gebrauchs festgestellt worden und die Berufungsbeklagten hätten es dabei bewenden lassen und das Verwaltungsgericht nicht angerufen (act. 41 S. 20).

Art. 684 ZGB regelt das Nachbarrecht. Im vom Berufungskläger genannten Entscheid (E. 4) geht es darum, ob eine durch einen rechtskräftigen Verwaltungsentscheid bewilligte Baute überhaupt gegen Art. 684 ZGB verstossen könne, was zur Wahrung eines Mindestschutzes bejaht wurde. Im vorliegenden Fall geht es allerdings nicht um Art. 684 ZGB, sondern um Art. 737 ZGB. Im Protokoll der kommunalen Baukommission vom 11. Juni 2012 (act. 4/4 S. 2 Ziff. 9) wird ausge-

führt, dass die freizuhaltenden Sichtbereiche nicht negativ beeinflusst würden. Die Stützpunkfeuerwehr E.\_\_\_\_\_ habe die geplante Zufahrt für sich in Ordnung befunden. Das Bauamt prüfe die Einhaltung von Sichtweiten, Einlenkradien, Fahrbahnbreite, Geometrie etc. nur hinsichtlich der Auswirkungen auf die öffentlichen Strassen. In Ziff. 10 wird auf die verkehrsrechtliche Beurteilung der Zufahrt und der Torsituation hingewiesen. Es gebe, unter Beachtung der Installation eines Warnblinksystems keine Bedenken. Zur besseren Orientierung der Verkehrsteilnehmer seien die beiden Hausnummern gut sichtbar im Einfahrtsbereich anzubringen (Ziff. 11). Dem Bauvorhaben wird eine befriedigende ortsübliche und landschaftliche Einordnung attestiert (Ziff. 12) und in Ziff. 13 ausgeführt, dass das Bauamt die Einhaltung privatrechtlicher Bestimmungen und Abmachungen nicht überprüfe und das selbst dann nicht, wenn sie ins Grundbuch eingetragen seien. Daraus ergibt sich klar, dass die Vereinbarkeit mit dem (privatrechtlichen) Wegrecht der Berufungsbeklagten nicht geprüft wurde. Aus dem Entscheid des Baurekursgerichts vom 4. Dezember 20. Dezember 2012 (act. 12/6) ergibt sich kein anderes Bild. Da der dienstbarkeitsbelastete Weg einzig der Erschliessung der beiden Liegenschaften der Parteien diene, wurde die Zufahrt als nicht öffentlich qualifiziert, so dass § 265 Abs. 1 PBG nicht anwendbar sei (E. 4.1). Das Tor erfülle die Voraussetzungen einer Baute nicht, so dass kein Strassenabstand gemäss § 265 Abs. 1 PBG erfüllt werden müsse (E. 4.2). Schliesslich wurde der Weg als private Strasse, die ausschliesslich dem privaten Gebrauch diene, qualifiziert, so dass sich die Frage der Verkehrssicherheit nicht stellte (E. 4.3). Zur Frage, ob die Toranlage die Erschliessung beeinträchtigte, hielt das Baurekursgericht fest, dass die Erschliessung beider Grundstücke über den im Norden des Baugrundstückes verlaufenden Weg erfolge (E. 5.1). In act. 5.2 wurde zur Dienstbarkeitssituation ausgeführt, dass die Zufahrt "auch mit Motorfahrzeugen" zulasten der Parzelle Kat.-Nr. ... "in einer Breite von drei Metern längs dessen nördlicher Grenze entlang, von und nach der F.\_\_\_\_\_ -Strasse" führe. Wegen des Grundbucheintrages sei die Zufahrt auch rechtlich hinreichend gesichert. In der Folge erörtert das Baurekursgericht, dass es sich seinerzeit vermutlich um eine Notwegsituation gehandelt habe. Schliesslich verneint das Baurekursgericht die Beeinträchtigung

der Erschliessung und hält fest, dass sich die Rekurrierenden ausdrücklich nicht gegen die technischen Eigenschaften des Tores wenden würden (E. 5.3).

b) Zum Inhalt des Wegrechts der Berufungsbeklagten ist dem baurechtlichen Rekursentscheid nichts zu entnehmen. Dieser beschränkt sich auf die Prüfung, ob die Erschliessung nicht beeinträchtigt werde, was gemäss § 236 Abs. 1 PBG die genügende Zugänglichkeit, die ausreichende Wasser- und Energieversorgung sowie die einwandfreie Behandlung von Abwässern, Abfallstoffen und Altlasten betrifft (vgl. act. 12/6 E. 5 S. 7). Damit ist die Beeinträchtigung der Wegdienstbarkeit auch nicht vorfrageweise beurteilt worden. Bei einem Weiterzug, der nach Ansicht des Berufungsklägers von den Berufungsbeklagten zu erwarten gewesen wäre (act. 41 S. 20), hätte sich die Beurteilungsgrundlage nicht verbreitert, sondern es hätten höchstens auf nächsthöherer Stufe die bereits aufgeworfenen Fragen nochmals behandelt werden können. Der Vorwurf des Berufungsklägers, die Vorinstanz habe die Schlussfolgerung der Fachbehörde, dass mit der Toranlage eine deutlich bessere Situation geschaffen worden sei als zuvor, übergangen, ist deshalb nicht von entscheidender Bedeutung (act. 41 Rz 17 S. 34 f.), weil es eben um eine andere Sichtweise als die baupolizeiliche geht.

8. Für beide Parteien ist mit der Einfriedung ein bestimmtes "Lebensgefühl" verbunden. Für den Berufungskläger ist es die Privatsphäre, die ihm wichtig ist ("Ob sich jemand eingebettet fühlt oder nicht, ist ein immaterieller Wert" [Prot. VI S. 17]). Was die Befindlichkeit der Berufungsbeklagten anbelangt, nicht Teil des festungsartigen, ummauerten Villenkomplexes des Berufungsklägers zu werden (eine 4 Meter breite, über 2 Meter hohe geschlossene Wand vermittele den Eindruck, als würde in eine Sicherheitszone eingefahren [act. 1 Rz 32; act. 53 Rz 20]), weist der Berufungskläger darauf hin, dass den Berufungsbeklagten ein Recht auf 3 m Fahrwegbreite zustehe, das ihnen jedoch "kein Recht auf ein Lebensgefühl von Freiheit oder zu einer bestimmten Lebensweise [gebe]" (act. 10 S. 17 Rz 4.1; vgl. act. 41 Rz 16 S. 34). Für beide Parteien gilt, dass ihr Lebensgefühl im Zusammenhang mit Weg und Einfriedung nicht unmittelbar geschützt wird, sondern dass sich ihre persönlichen Bedürfnisse nur insofern schützen lassen, als

sich dies mit den gesetzlichen Bestimmungen und der vereinbarten Dienstbarkeit in Einklang bringen lässt.

9. Gemäss BGE 137 III 145 muss der Berechtigte auf eine den Belasteten beeinträchtigende Rechtsausübung verzichten, soweit diese Rechtsausübung unnütz ist oder sein Interesse daran jedenfalls in einem krassen Missverhältnis zum Interesse des Belasteten an der Unterlassung der Beeinträchtigung steht (BGE 137 III 145 E. 5.4). Abs. 2 von Art. 737 ZGB schränkt nicht Umfang oder Inhalt der Dienstbarkeit ein, sondern untersagt deren missbräuchliche Ausübung (BGE 137 III 145 E. 5.5 mit weiteren Hinweisen). Das Gebot der schonenden Ausübung und das Gebot der Duldung vernachlässigbarer Beeinträchtigungen (welche beide den Dienstbarkeitsberechtigten ansprechen) dürfen allerdings nicht zu einer inhaltlichen Verengung des Dienstbarkeitsrechts führen. In diesem Sinne handelt nicht gegen Treu und Glauben, wer die Beseitigung von Bauten, die die Dienstbarkeit verletzen, verlangt (BGE 137 III 145 E. 5.5).

Die Beklagten haben ein Fuss- und Fahrwegrecht über das Grundstück des Berufungsklägers. Eine Einschränkung ist weder aus dem Grundbuch bzw. aus dem Dienstbarkeitsvertrag der Rechtsvorgänger der Parteien ersichtlich, noch gab es bisher irgendwelche Einschränkungen in der Benützung. Allerdings ist eine nachträgliche Einfriedung nicht grundsätzlich ausgeschlossen, wie sich aus BGE 113 II 151 ff. = Pra 1988 Nr. 142 ergibt, wobei dies für den Berechtigten nicht zu einer namhafte Erschwerung führen darf. Die Parteien sind sich über das zu erwartende Mass der Einschränkungen grundsätzlich einig, bewerten diese jedoch unterschiedlich. Für den Berufungskläger verursacht das Aussentor keine nennenswerte Beeinträchtigungen, indem für die Durchfahrt mit Auffahrt auf die Schlaufe mit 15 bis max. 20 Sekunden Verzögerung zu rechnen ist (act. 4/12 S. 2), die durch die Benützung eines automatischen Toröffners sogar noch verkürzt werden könnte. Für die Berufungsbeklagten bedeutet das Tor den Verlust der freien Durchfahrt (des freien Durchgangs) für sich sowie Besucher, Lieferanten etc. und die damit einhergehenden Wartezeiten sind gegenüber der freien Zu- und Abfahrt eine fühlbare Einschränkung. Ins Gewicht fallen für sie auch die ver-

schiedenen Unwägbarkeiten, die sich aus der uneingeschränkten Herrschaft der Rechtsnachfolger des Berufungsklägers über die Toranlage ergeben.

Soweit sich die Rechtsprechung mit Türen und Toren beschäftigt hat, waren jene Fälle teilweise mit grösseren Einschränkungen für die Berechtigten verbunden als die neue Situation den Berufungsbeklagten zumutet, vor allem wenn pro Passage ein zweimaliges Aussteigen erforderlich war. Die vorliegend eher etwas günstigere Situation hängt allerdings davon ab, dass die Anlage technisch einwandfrei funktioniert und dass der Rechtsnachfolger des Berufungsklägers sämtliche Versprechen des Berufungsklägers einhält, was nicht gewährleistet ist. Der Berufungskläger räumt ein, dass es möglich ist, die Torautomatik, zu der die Berufungsbeklagten keinen Zutritt haben, auszuschalten (act. 10 S. 17; act. 41 S. 29 f.). Wegen der Abhängigkeit von den neuen Nachbarn, die allein über die Tor-technik verfügen können, steht nicht fest, dass sich die Berufungsbeklagten letztlich nicht in einer vergleichbaren Situation befinden wie jene Wegberechtigten aus der Gerichtspraxis, die bei jeder Passage zu zweimaligem Aussteigen gezwungen waren. Was die geäusserten witterungsbedingten Bedenken anbelangt, treten diese angesichts der derzeitigen klimatischen Verhältnisse gegenüber den anderen Unwägbarkeiten eher in den Hintergrund, sind jedoch auch nicht völlig zu vernachlässigen.

Die Zusicherungen, welche der Berufungskläger im Rahmen des Prozesses abgegeben hat, lassen sich gegenüber einem Käufer nicht durchsetzen (act. 53 Rz 27 f.). Ein Vorschlag zu einer verbindlicheren Regelung als es die Zusicherungen des Berufungsklägers im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens sind, fehlt oder wird zumindest nicht geltend gemacht. Dass sich die Berufungsbeklagten bei allfälliger fehlender Kooperation neuer Eigentümer gerichtlich zur Wehr setzen könnten, ist kein Argument zu Gunsten der Toranlage, sondern die Folge einer fragilen Situation, die zur Einschränkung des Wegrechts und in der Folge zu einem Nachbarschaftsstreit führen kann, den die Berufungsbeklagten mit der Verteidigung der freien Durchfahrt im vorliegenden Verfahren verhindern möchten.

Dem Berufungskläger geht, wenn die geplante Toranlage nicht gebaut werden kann, die Möglichkeit verloren, sein Grundstück vollständig einzufrieden. Das

mag seine Situation von den Grundstücken in der Nachbarschaft unterscheiden, die ihrerseits wohl nicht auf ein auf ihren Grundstücken lastendes Wegrecht Rücksicht nehmen müssen. Dass ein Tor, das sich automatisch öffnet bzw. öffnen lässt, nur eine beschränkte Abhaltewirkung hat, ist bereits einlässlich dargelegt worden. Dass die als Sichtschutz neu angepflanzte hohe Hecke entlang dem Aussichtsweg die quartierübliche Privacy nicht gewährleiste und nichts nütze, wenn die Einfriedung insgesamt nicht durch die Toranlage vervollständigt würde (act. 33 S. 15), trifft nur höchst bedingt zu. Wie der Augenschein ergeben hat, schützt die Hecke die Privatsphäre unabhängig von der Toranlage, ist sie doch ein dichter Sichtschutz zwischen dem Grundstück des Berufungsklägers und dem von der Allgemeinheit begangenen Aussichtsweg. Aber auch wenn dies nicht so wäre, würde sie nicht für den Standpunkt des Berufungsklägers sprechen, weil er sie in einem Zeitpunkt erstellen liess, als es über die Toranlage und damit über die vollständige Einfriedung bereits einen Rechtsstreit gab.

Auch ohne die geplante Toranlage lässt sich der grösste Teil des Grundstückes des Berufungsbeklagten einfrieden, wenn die Lücke in der Einfriedung zur Gartenanlage geschlossen wird. Ausserhalb der Einfriedung befinden sich dann noch der Eingangsbereich des Hauses sowie der Parkplatz am Südrand des Weges sowie der Weg selber. Die Berufungsbeklagten haben geltend gemacht, dass sich das Grundstück auch entlang dem Südrand des Weges einfrieden liesse, so dass dann nur noch der dienstbarkeitsbelastete Weg ausserhalb der Einfriedung liegen würde. Mit dem Einwand, der Berufungskläger habe Anrecht auf eine vollständige Einfriedung, stellt er das Bestehen dieser Möglichkeit nicht grundsätzlich in Abrede.

In der vorzunehmenden Interessenabwägung kann festgehalten werden, dass die Gegenwehr der Berufungsbeklagten gegen die Toranlage durchaus nachvollziehbare Gründe hat und sie daher nicht unnütz ist und das Bestehen auf einem torlosen Durchgang keineswegs als rechtsmissbräuchlich erscheint. Die Interessen des Berufungsklägers an einer nur beschränkt nützlichen vollständigen Einfriedung sind gegenüber denjenigen der Berufungsbeklagten an einer garantiert freien Durchfahrt jedenfalls nicht höher zu gewichten, im Gegenteil. Damit

besteht jedenfalls kein (krasses) Missverhältnis gegenüber den Interessen des belasteten Berufungsklägers (BGE 137 III 145 E. 5.4), so dass der Bau und Betrieb der Toranlage zu unterbleiben hat. Anzumerken ist, dass die vom Berufungskläger positiv bewerteten Auswirkungen der Neugestaltung des belasteten Weges bzw. der Toranlage – bessere Orientierung bei der Zufahrt, Neugestaltung des Weges mit (faktisch benützbaren) Ausweichmöglichkeiten für das Kreuzen etc. – zutreffen mögen. Allerdings können sie nicht in dem Sinne in die "Interessensbilanz" eingesetzt werden, dass sie eine Milderung bzw. Herabsetzung der von den Berufungsbeklagten bekämpften Beeinträchtigungen herbei führen.

Überwiegen die Interessen der Berufungsbeklagten diejenigen des Berufungsklägers, so ist ihre Weigerung auch nicht rechtsmissbräuchlich, und die Berufung ist abzuweisen.

## V.

1. Der Berufungskläger kritisiert die vorinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen. Auch wenn die Berufung in der Sache nicht gutgeheissen werden sollte, geht er davon aus, dass, nachdem die Vorinstanz nicht auf die klägerischen Rechtsbegehren 1 und 2 eingetreten sei, die vorinstanzliche Entscheidungsbüher zu mindestens 2/10 den Berufungsbeklagten aufzuerlegen gewesen wäre, was wiederum zu einer Reduktion der Parteientschädigung auf 6/10 hätte führen müssen (act. 41 S. 36 f.). Ein anderes Ergebnis würde Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO widersprechen.

Die Berufungsbeklagten weisen darauf hin, dass die Anträge bezüglich der vorsorglichen Massnahmen durch Nichteintreten erledigt worden seien. Der Berufungskläger habe sich dazu nicht geäussert und auch keinen Aufwand gehabt. Zudem seien die entsprechenden Massnahmeanträge im vorgelagerten Summarverfahren gutgeheissen worden, so dass die Kostenentscheidungen der Vorinstanz rechtmässig gewesen seien.

2. Die Berufungsbeklagten hatten vorprozessual beim Einzelgericht im summarischen Verfahren Anträge um vorsorgliche Massnahmen (und Anträge auf Besitzschutz gestellt; act. 3 S. 2). Die beantragten vorsorglichen Massnahmen wurden bewilligt (und auf den Rechtsschutz in klaren Fällen wurde nicht eingetreten). Bezüglich der hier relevanten vorsorglichen Massnahmen bezog das Einzelgericht die darauf entfallenden Kosten von den Berufungsbeklagten und behielt die endgültige Entscheidung betreffend die auf die vorsorglichen Massnahmen entfallenden Kosten in der Höhe von Fr. 1'900.– dem Erkenntnisgericht vor. Im Zusammenhang mit der Einreichung der Klage ersuchten die Berufungsbeklagten im vorinstanzlichen Verfahren um Aufrechterhaltung der vorprozessual bewilligten Massnahmen. Aufgrund von Art. 263 ZPO ist davon auszugehen, dass die vorsorglichen Massnahmen bei fristgerechter Prosequierung bestehen bleiben. Allerdings sind vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 268 ZPO abänderbar, und zwar nach Einleitung des Hauptsacheprozesses durch das Hauptsachengericht (vgl. z.B. BK ZPO-Güngerich, N. 4 zu Art. 268). Der Antrag, die angeordneten Massnahmen aufrecht zu erhalten, war damit überflüssig, ausser wenn der Berufungskläger eine Abänderung der Massnahmen verlangt hätte. Das geschah nicht, hingegen wies der Berufungskläger in der Klageantwort (act. 10 Rz 6) darauf hin, dass ihm bezüglich Ziff. 1 und 2 – weil auf die Begehren ohnehin nicht einzutreten sei – zu Recht keine Frist zur Beantwortung angesetzt worden war. Andernfalls wäre der Schriftenwechsel dazu noch zu eröffnen. Die Vorinstanz hat dann im Rahmen des Endentscheides darauf hingewiesen, dass der ohne Aufwand gefällte Nichteintretensentscheid vernachlässigbar sei, so dass der Berufungskläger sowohl in der Hauptsache als bei den vorsorglichen Massnahmen vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig werde (act. 45 S. 19). Diesen Überlegungen schliessen sich die Berufungsbeklagten in Berufungsverfahren an (act. 53 Rz 36 f.).

Die Überlegungen der Vorinstanz sind nicht zu beanstanden. Die Berufungsbeklagten hatten hinsichtlich der vorsorglichen Massnahmen vorprozessual obsiegt und im Hauptsacheverfahren waren die bezüglichlichen Kostenfolgen zu regeln. Ausserdem haben sie in der Hauptsache obsiegt. Wegen des überflüssigen Antrags betreffend Weitergeltung der vorsorglichen Massnahmen hat die Vor-

instanz keinen Zusatzaufwand leisten müssen, was sich auch daraus ergibt, dass die Gerichtsgebühr von Fr. 4'750.– für das Hauptsacheverfahren auf der Basis von 100 % berechnet wurde. Der Berufungskläger hat in seiner Klageantwort acht Zeilen (act. 10 Rz 6) geschrieben, für die keine besonderen Überlegungen erforderlich waren. Obwohl die beiden Nichteintretensentscheide betreffend Ziff. 1 und 2 zahlenmässig eine gewisse Bedeutung haben, rechtfertigt es sich, sie wegen des praktisch fehlenden Aufwandes im Zusammenhang mit den Kosten- und Entschädigungsfolgen zu vernachlässigen, was 106 Abs. 1 ZPO nicht verletzt. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 2-4) ist daher zu bestätigen.

3. Im Berufungsverfahren unterliegt der Berufungskläger, was ihn auf der Basis eines Streitwertes von Fr. 40'000.– zuzüglich Kosten für den durchgeführten Augenschein gemäss Art. 106 Abs. ZPO kostenpflichtig macht. Entsprechend hat er die Berufungsbeklagten gemäss § 11 Abs. 1 und 2 (für die Teilnahme am Augenschein) zu entschädigen (wobei der Reduktionsgrund von § 13 Abs. 2 GerGebV zu berücksichtigen ist).

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und der Beschluss und das Urteil des Bezirksgerichts Meilen, Abteilung, vom 8. Mai 2014 werden bestätigt.
2. Die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositiv-Ziff. 2 bis 4) werden bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'750.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Berufungskläger auferlegt und mit seinen Kostenvorschüssen verrechnet.
5. Der Berufungskläger wird verpflichtet, den Berufungsbeklagten für beide Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 6'000.– (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Meilen, Abteilung, 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. 40'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. T. Engler

versandt am: