

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB180039-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Urteil vom 1. März 2019

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Kläger und Berufungskläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. et betr. oec. FH X2._____,

gegen

C._____ **AG**,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **Wegrechtsdienstbarkeit**

**Berufung gegen einen Beschluss der 10. Abteilung des Bezirksgerichtes
Zürich vom 4. September 2018; Proz. CG180041**

Rechtsbegehren:

- "1. Es sei der Beklagten unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB zu untersagen, auf dem Mittelteil (Fahrbahn) der das Grundstück Kat. Nr. 1 querenden Passage zwischen D._____-Strasse und E._____-Hof sowie im Bereich unmittelbar vor derselben, Tisch, Stühle oder andere Gegenstände aufzustellen.
2. Im Sinne einer vorsorglichen Massnahme sei der Beklagten unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB zu untersagen, auf dem Mittelteil (Fahrbahn) der das Grundstück Kat. Nr. 1 querenden Passage zwischen D._____-Strasse und E._____-Hof sowie im Bereich unmittelbar vor derselben, Tische, Stühle oder andere Gegenstände aufzustellen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten."

Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom 4. September 2018 (act. 4 = act. 5/20 = act. 3/1):

1. Das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Über die Prozesskosten wird im Endentscheid befunden.
- (3. Mitteilungssatz)
- (4. Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

der Kläger und Berufungskläger (act. 2):

- "1. Ziff. 1 des Entscheides des Bezirksgerichts Zürich vom 4. September im Verfahren CG180041 sei aufzuheben und es der Beklagten im Sinne einer vorsorglichen Massnahme unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB zu untersagen, bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens CG180041 auf dem Mittelteil (Fahrbahn) der das Grundstück Kat. Nr. 1 querenden Passage zwischen D._____-Strasse und E._____-Hof sowie im Bereich unmittelbar vor derselben, Tische, Stühle oder andere Gegenstände aufzustellen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten:

Erwägungen:

I.

1. Die Kläger und Berufungskläger (nachfolgend: Kläger) sind Stockwerkeigentümer des Grundstückes Kat. Nr. 2 in der Stadt Zürich. Das Grundstück ist Teil einer Blockrandbebauung zwischen D.____-Strasse und F.____-Strasse im Kreis 1 von Zürich. Die Blockrandbebauung umfasst den mit einem Arkadenbereich versehenen quadratischen E.____-Hof. Der E.____-Hof ist ein Innenhof, der vier Zugänge (Passagen) hat. Einer davon verläuft über die Bauparzelle 1 und verbindet die D.____-Strasse mit dem Innenhof. Die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Beklagte) betreibt auf dem Grundstück 1 im Gebäude zu beiden Seite der Passage zwischen E.____-Hof und D.____-Strasse sowie auf öffentlichem Grund im E.____-Hof und unter den Arkaden das Restaurant "G.____".

Die Kläger sind aus einem Fuss- und Fahrwegrecht berechtigt, die auf der Parzelle 1 gelegene Passage zwischen dem E.____-Hof und der D.____-Strasse mit Fahrzeugen aller Art zu benutzen. Die Beklagte plant die Erweiterung des Aussenbereichs des Restaurants in der Passage mit weiteren 26 Sitzplätzen. Die Kläger machen geltend, dass mit der Realisierung von Sitzplätzen in der Passage und unmittelbar davor auf dem Trottoir der D.____-Strasse die Ausübung des Wegrechts verunmöglicht werde.

2. Am 29. Mai 2018 machten die Kläger die Klage mit obgenanntem Rechtsbehelfen bei der Vorinstanz anhängig (act. 5/1, act. 5/2). Nach Eingang des gestützt auf Art. 98 ZPO verlangten Kostenvorschusses wurden der Beklagten (unterschiedlich lange) Fristen angesetzt um zum Gesuch auf Erlass vorsorglicher

Massnahmen und (im Hauptprozess) zur Beantwortung der Klage Stellung zu nehmen (act. 6, act. 9, act. 14, act. 28). Die Stellungnahme der Beklagten zum Massnahmebegehren (act. 11) wurde den Klägern zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 16). Mit Datum vom 4. September 2018 erging der Entscheid des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, über die vorsorglichen Massnahmen. Das Bezirksgericht wies das Begehren der Kläger auf Erlass solcher Massnahmen ab (act. 4 = act. 20 = act. 3/1 [nachfolgend nur noch act. 4]).

3. Mit Eingabe vom 11. September 2018 erhoben die Kläger Berufung gegen den Entscheid der Vorinstanz vom 4. September 2018. Die Kläger streben die Anordnung der Verpflichtung an, es sei der Beklagten bereits während der Dauer des Verfahrens bis zur rechtskräftigen Erledigung des Prozesses zu untersagen, auf der Fahrbahn der streitgegenständlichen Passage zwischen D.____-Strasse und E.____-Hof sowie im Bereich unmittelbar vor derselben Tische, Stühle etc. aufzustellen (act. 2 S. 2; act. 5/1). Der gestützt auf Art. 98 ZPO für das Rechtsmittelverfahren verlangte Kostenvorschuss ging rechtzeitig am 2. Oktober 2018 ein (act. 8). Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 5/1-21). Weitere prozessleitende Anordnungen waren nicht notwendig. Der Prozess ist spruchreif. Der Beklagten ist indes noch ein Doppel von act. 2 zuzustellen.

II.

1. Anfechtungsobjekt ist ein Entscheid über den Erlass vorsorglicher Massnahmen. Der Hauptsachenprozess ist vor Bezirksgericht noch hängig. Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen unterliegen bei einem Fr. 10'000.- übersteigenden Streitwert der Berufung (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Vorinstanz ging von einem Streitwert von Fr. 80'000.-- aus (act. 6). Die Parteien machen keine abweichenden Angaben. Das Verfahren ist summarischer Natur (Art. 248 lit. d ZPO). Es gilt das Beweismass des Glaubhaftmachens (Art. 261 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht trifft gestützt auf Art. 261 Abs. 1 ZPO die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die klagende Partei glaubhaft macht, dass (a) ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (Verfü-

gungsanspruch; Hauptsachenprognose) und dass (b) ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Verfügungsgrund; Nachteilprognose). Der Nachteil ist dann nicht leicht wieder gutzumachen, wenn das Resultat des Hauptverfahrens nicht abgewartet werden kann. Damit verbunden ist eine zeitliche Dringlichkeit. Kann der verlangte Rechtsschutz auf dem ordentlichen Prozessweg mit einem Endentscheid sichergestellt werden, besteht keine Dringlichkeit. Schliesslich muss die vorsorgliche Massnahme geeignet sein, den drohenden Nachteil abzuwenden. Die vorsorgliche Massnahme muss in zeitlicher und sachlicher Hinsicht erforderlich sein, und der Eingriff in die noch nicht beurteilten Rechte soll nur so weit gehen wie nötig. Demgemäss haben die Gerichte vor der Anordnung von Massnahmen eine Interessenabwägung vorzunehmen (anstatt vieler: BGE 131 III 473, E. 2.3. = Pra 95 Nr. 32). Die Kläger beantragen die sofortige Anordnung der Unterlassung einer die Ausübung des Wegrechts beeinträchtigenden Tätigkeit. Der Natur nach ist eine solche Anordnung eine Sicherungsmassnahme, aber auch eine vorläufige Vollstreckung eines streitigen Anspruches.

2. Das Bezirksgericht ging unter Hinweis auf die im Grundbuch eingetragene Dienstbarkeit gemäss Art. 730 ZGB zulasten der Liegenschaft Kat.Nr. 1 (act. 5/4/8) davon aus, es sei glaubhaft gemacht, dass zugunsten der Kläger in der fraglichen Passage ein Fahrwegrecht bestehe und sie berechtigt seien, den Durchgang zwischen D._____-Strasse und E._____-Hof mit ihrem Fahrzeug zu befahren. Die Vorinstanz stellte fest, dass die mit der Erweiterung des Aussenbereichs verbundene Bestuhlung der Passage die Ausübung des Wegrechts erheblich beeinträchtigen würde. Ein Ausübungsinteresse (Verfügungsanspruch) der Kläger an der Wegdienstbarkeit ist mit der Vorinstanz glaubhaft gemacht. Es kann, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, auf diese richtigen Ausführungen des Bezirksgerichts verwiesen werden (act. 4 Erw. S. 6 f., Ziffern 5-7).

3. Das Bezirksgericht liess den Anspruch der Kläger auf Erlass vorsorglicher Massnahmen aber am Erfordernis des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils scheitern. Es hielt dafür, bereits heute werde die Zufahrt zum E._____-Hof von der D._____-Strasse aufgrund baulicher Massnahmen auf öffentlichem Bo-

den verhindert (act. 4 S. 7 Ziff. 7 unten). Vor dem Durchgang befinde sich ein öffentliches Trottoir sowie, mit einem Randstein vom Trottoir abgetrennt, öffentliche Parkplätze auf der D._____-Strasse. Die Zufahrt sei derzeit auch mit einem Fahrverbot ("Einfahrt verboten") versehen. Das Fahrwegrecht sei deshalb bereits ohne das von der Beklagten geführte (bzw. geplante) Aussenrestaurant nicht möglich. Da die Kläger bereits durch diese öffentlich-rechtlichen baulichen Massnahmen an der Ausübung der Dienstbarkeit gehindert würden, sei nicht ersichtlich, inwieweit sie durch den Betrieb des Aussenrestaurants im besagten Durchgang einen über den bisherigen Zustand hinausgehenden, nicht leicht wieder gutzumachen Nachteil erleiden würden. Dementsprechend hielt das Bezirksgericht dafür, die Kläger hätten nicht glaubhaft machen können, dass sie mit dem Zuwarten bis zum Endentscheid, das heisst ohne Erlass vorsorglicher Massnahmen, einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil erleiden würden. Die Vorinstanz sah dementsprechend die Voraussetzung des Verfügungsgrundes nicht gegeben und wies, wie gesehen, das Gesuch der Kläger um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab (act. 4 S. 8 Ziffer 7).

4.1. Die Kläger wehren sich gegen diese Betrachtung der Nachteile, welche sich durch die Nichtanordnung der vorsorglichen Massnahme für sie ergibt.

Als Nachteil gilt eine Beeinträchtigung der Ausübung absoluter Rechte (Botschaft ZPO, BBl 2006 7354). Entgegen der Auffassung der Kläger ist aber die Beeinträchtigung absoluter, und somit auch dinglicher Rechte nicht in jedem Fall und von vornherein ein relevanter Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO (act. 2 S. 10 Rz. 31). Es ist auch hier zu prüfen, ob der Nachteil ein nicht leicht wieder gutzumachender ist.

Die Kläger haben (zumindest derzeit und für die weitere Dauer des Prozesses) gleichwertige Ausweichmöglichkeiten und sind in diesem Sinne nicht auf die Ausübung des strittigen Wegrechts angewiesen. Sie haben zwei frei zugängliche Wege von ihrem Grundstück auf die öffentlichen Strassen. Es blieb unbestritten, dass die Kläger für diese Passagen gegen die F._____- und die H._____-Strasse ebenfalls ein Wegrecht besitzen. Die Nutzung dieser Wegrechte ist für den motorisierten Verkehr (nahezu jederzeit) uneingeschränkt möglich. Anderes wurde

nicht geltend gemacht. Die Kläger behaupten nicht, die beiden Passagen gegen die F. _____ - und H. _____ -Strasse für die Dauer des Prozesses nicht oder nur mit unverhältnismässig grossem Aufwand, etwa durch kompliziertes Manövrieren oder Umwegfahrten, nutzen zu können. Es fehlen zudem in grundsätzlicher Hinsicht Angaben darüber, wie oft und zu welchen Tageszeiten die Passage, auf die sich das Begehren des Klägers bezieht, mit dem Auto zu befahren ist.

Hier spielen zu Recht und entgegen der Auffassung der Kläger die von der Vorinstanz dargelegten äusseren Umstände hinein, die die Ausübung der Dienstbarkeit (derzeit) grösstenteils verunmöglichen. Die Durchfahrt ist wegen öffentlicher Parkplätze in der D. _____ -Strasse vor allem tagsüber während Büro- und Ladenöffnungszeiten stark beeinträchtigt bzw. unmöglich (act. 2 S. 7 Rz. 17). Sind Fahrzeuge in der D. _____ -Strasse vor der Passage parkiert, stehen Hindernisse im Weg, und die Durchfahrt lässt sich in einem Auto nicht passieren. Die Kläger machen geltend, die Aufhebung der Parkplätze in der D. _____ -Strasse vor der Passage sei nur noch eine Frage der Zeit (act. 2 S. 7 Rz. 18). Diese Darstellung und die Konsequenzen hinsichtlich des Ausübungsinteresses der Kläger an der strittigen Dienstbarkeit müssen dem Hauptprozess vorbehalten bleiben. Den Klägern ist beizupflichten, dass sich (an extra bezeichneten Stellen) das Trottoir mit dem Auto überqueren lässt (act. 2 S. 11 Rz 13 f.; act. 3/5-9). Trottoirüberfahrten sind ein bekanntes Mittel der Strassenraumgestaltung. Es ist auch richtig, dass die Passage zwischen E. _____ -Hof und D. _____ -Strasse nicht mit einem Fahrverbot belegt ist. Aufgrund der Aktenlage ist (zumindest) die Ausfahrt vom E. _____ -Hof auf die D. _____ -Strasse erlaubt (act. 2 S. 8 Rz. 19 ff, act. 3/9-10). Sind die Fahrzeuge in der D. _____ -Strasse auf den öffentlichen Parkplätzen parkiert und versperren sie die Durchfahrt, nützen den Klägern die Erlaubnis zu Trottoirüberfahrten und das Einbahnregime indes nichts.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Interessen der Kläger selbst dann nicht gehörig gewahrt werden können, wenn die geforderte Massnahme angeordnet wird. Das Interesse der Kläger an der Anordnung der Massnahme ist dementsprechend für die Dauer des Prozesses relativiert.

4.2. Es ist umstritten, inwiefern die Anordnung der beantragten Massnahme für die Beklagte eine schwerwiegende Massnahme darstellen würde, weil sie sie einer wichtigen Einnahmequelle berauben würde (act. 5/11 S. 11 f., act. 2 S. 10 Rz. 32). Da wie gezeigt wegen der (derzeit) bestehenden tatsächlichen Verhältnisse die Anordnung der Massnahme die Interessen der Kläger höchstens teilweise wahren liesse, sind diese Interessen der Beklagten, den Aussenbereich zu nutzen, nicht weiter zu prüfen. Das wird im Rahmen des Hauptprozesses der Fall sein müssen.

4.3. Der Betrieb der Aussenwirtschaft in der Passage/Trottoir mit einhergehender Bestuhlung stellt eine Beeinträchtigung der Rechtsstellung der Kläger und damit einen Nachteil für die aus der Dienstbarkeit berechtigten Kläger dar. Es liegt aber mit der Vorinstanz im hier massgeblichen Kontext noch kein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO vor. Der geforderte Rechtsschutz kann mit dem Endentscheid sichergestellt werden.

III.

Bei Unterliegen werden die Kläger voll kostenpflichtig. Die Entscheidgebühr ist unter Hinweis auf die Ausführungen des Bezirksgerichtes zum Streitwert im Beschluss vom 11. Juni 2018 (act. 5/6) und unter Hinweis darauf, dass einstweiliger Rechtsschutz (Art. 248 lit. d und Art. 261 ZPO) Gegenstand des Berufungsverfahrens ist, weshalb der Reduktionsgrund von § 8 GebV OG zur Anwendung kommt, auf Fr. 1'000.-- festzusetzen. Der Aufwand für die Berufungsinstanz war in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht gross. Der Beklagten ist mangels Umtriebe keine Entschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 4. September 2018 (Prozess Nr. CG180041) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Klägern und Berufungsklägern auferlegt, je unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag, und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte und Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert bläuft sich auf über Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Gerichtsschreiberin:

C. Funck

versandt am: