

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB200009-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

## Urteil vom 20. Mai 2020

in Sachen

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

2. **B.**\_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

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

gegen

**C.**\_\_\_\_\_ **AG**,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Wegrechtsdienstbarkeit**

**Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich (10. Abteilung) vom 12. Dezember 2019; Proz. CG180041**

**Rechtsbegehren:**

(act. 2 S. 2)

- "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.\_\_\_\_\_ sowie im Bereich unmittelbar vor derselben, Tische, 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.\_\_\_\_\_ sowie im Bereich unmittelbar vor derselben, Tische, Stühle oder andere Gegenstände aufzustellen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

**Beschluss des Bezirksgerichtes:**

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 8'000.–.
3. Die Gerichtskosten werden den klagenden Parteien je zur Hälfte auferlegt und mit dem vom Kläger 2 geleisteten Vorschuss verrechnet. Die Klägerin 1 hat dem Kläger 2 die Hälfte Gerichtskosten (Fr. 4'000.–) zu ersetzen.
4. Die klagenden Parteien werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteientschädigung von Fr. 9'700.– zu bezahlen.
- (5. Mitteilungssatz)
- (6. Rechtsmittelbelehrung)

### **Berufungsanträge:**

#### der Kläger und Berufungskläger (act. 43):

- "1. Der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Dezember 2019 im Verfahren CG180041 sei aufzuheben und die Sache der Vorinstanz zur materiellen Beurteilung zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei die Gerichtsgebühr der Vorinstanz zu reduzieren und es sei der Beklagten lediglich eine reduzierte Gerichtsgebühr zuzusprechen.
3. 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. 1 in der Stadt Zürich. Das Grundstück ist Teil einer Blockrandbebauung zwischen D.\_\_\_\_-Strasse und F.\_\_\_\_-Strasse im Kreis ... von Zürich. Die Blockrandbebauung umfasst den mit einem Arkadenbereich versehenen quadratischen E.\_\_\_\_. Der E.\_\_\_\_ 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 Seiten der Passage zwischen E.\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_-Strasse sowie auf öffentlichem Grund im E.\_\_\_\_ 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.\_\_\_\_ 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 Rechtsbegehren bei der Vorinstanz anhängig (act. 1). Das Gesuch der Kläger um Erlass vorsorglicher Massnahmen wies das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, mit Beschluss vom 4. September 2018 ab (act. 20). Die dagegen erhobene Beschwerde wies die II. Zivilkammer mit Beschluss vom 1. März 2019 ebenfalls ab (act. 25).

Nach Erstattung der Klageantwort (act. 22), einer Instruktionsverhandlung und der Sistierung des Verfahrens (act. 28, act. 32) infolge aussergerichtlicher Vergleichsgespräche trat das Bezirksgericht auf die Klage der grundsätzlich aus einer Wegrechtsdienstbarkeit berechtigten Kläger, es sei der Beklagten zu untersagen, auf der Fahrbahn der streitgegenständlichen Passage zwischen D.\_\_\_\_\_-Strasse und E.\_\_\_\_\_ sowie im Bereich unmittelbar vor derselben Tische, Stühle etc. aufzustellen, mit Beschluss vom 12. Dezember 2019 nicht ein (act. 38 S. 11 = act. 45 = act. 44/1 [nachfolgend nur noch act. 45]). Das Bezirksgericht begründete den Entscheid zusammengefasst damit, dass die Gebäudepassage ohnehin nicht befahren werden könne, weil es aufgrund der aktuellen strassenverkehrstechnischen Signale, Markierungen und Bauten (act. 45 S. 10 oben) unmöglich sei, vom E.\_\_\_\_\_ durch die fragliche Gebäudepassage auf die D.\_\_\_\_\_-Strasse zu gelangen (act. 45 E. 3.1. - E. 3.5.). Selbst bei einer Gutheissung der Klage könne der mit der Klage verfolgte Zweck – die ungehinderte Durchfahrt zwischen H.\_\_\_\_\_-Platz und D.\_\_\_\_\_-Strasse – nicht erreicht werden (act. 45 S. 10 E. 4.3.).

3. Gegen den Nichteintretensentscheid erhoben die Kläger mit Eingabe vom 21. Februar 2020 rechtzeitig Berufung (Datum Poststempel vom gleichen Tag). Nach Eingang des gestützt auf Art. 98 ZPO verlangten Kostenvorschusses (act. 46, act. 48) wurde der Beklagten Frist angesetzt, um die Berufungsantwort einzureichen (act. 49). Innert der aufgrund der ausserordentlichen Lage verlängerten Frist bis 11. Mai 2020 (SR. 173.110.4) ging keine Stellungnahme der Beklagten ein (act. 50). Das Verfahren ist spruchreif.

1. Die Kläger beanstanden in der Berufung die Negierung des Rechtsschutzinteresses und machen eine willkürliche Feststellung des Sachverhaltes geltend (act. 43 S. 6 ff.). Ferner habe die Vorinstanz durch Nichtgewähren der Möglichkeit zu einer Replik den Klägern verunmöglicht, die Sachdarstellung der Beklagten zu korrigieren und damit das rechtliche Gehör verletzt (act. 43 S. 3 und S. 13). Dementsprechend sei die Sache zur Weiterführung des Prozesses an die Vorinstanz zurückzuweisen (act. 43 S. 2, S. 13 unten).

2. Die Kläger weisen zu Recht darauf hin, dass das Bezirksgericht nach der Klageantwort (act. 22) nicht zu ihren Ungunsten entscheiden durfte, ohne ihnen das rechtliche Gehör zu gewähren. Die Berufung ist daher begründet. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, womit seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führt (BGer 4A\_453/2016 vom 16. Februar 2017; BGE 135 I 187 E.2.2. mit Hinweisen). Eine ausnahmsweise Heilung dieses Mangels und ein Absehen von einer Rückweisung ist zwar nicht ausgeschlossen. Die Voraussetzungen hierfür liegen aber im zu beurteilenden Fall nicht vor (vgl. dazu BGE 137 I 195 E. 2.3.2 u.a.). Der neue Entscheid wird sich voraussichtlich mit zahlreichen Elementen rechtlicher und tatsächlicher Natur ergänzend auseinandersetzen. Es ist daher angezeigt, die Sache zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 ZPO).

### III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten dieses Berufungsverfahrens festzusetzen. Die Entscheidgebühr ist auf Fr. 500.– festzusetzen. Ihre Verlegung auf die Parteien ist dem Endentscheid des Bezirksgerichts vorzubehalten, unter Hinweis auf den von den Klägern geleisteten Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'500.–. Die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren erscheint in der Höhe von Fr. 1'000.– angemessen. Deren allfällige Zusprechung ist ebenfalls dem Endentscheid vorzubehalten.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. Dezember 2019 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
3. Die Verlegung der Kosten auf die Parteien und das Zusprechen einer allfälligen Parteientschädigung wird dem Endentscheid des Bezirksgerichts vorbehalten, unter Hinweis darauf, dass die Kläger und Berufungskläger für das Berufungsverfahren bei der Obergerichtskasse einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 1'500.– geleistet haben.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Obergerichtskasse und – unter Beilage der Akten – an das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, je gegen Empfangsschein.
5. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

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

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

M<sup>Law</sup> C. Funck

versandt am: