

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB220033-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, die Oberrichterinnen
Dr. S. Janssen und lic. iur. B. Schärer sowie
Gerichtsschreiber MLaw R. Meli

Beschluss und Urteil vom 30. März 2023

in Sachen

A._____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X._____,

gegen

B._____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Dienstbarkeit**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, im
ordentlichen Verfahren vom 17. August 2022 (CG200059-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 2 S. 2 f.; Urk. 23 S. 2; Urk. 46 S. 1 und 4)

1. Dem Beklagten sei zu verbieten, auf dem mit Dienstbarkeit SP C. _____ Nr. 1 (gegenseitiges Fuss- und Fahrwegrecht und Einfriedungsverbot) belasteten Hofraum des Grundstückes Kat.-Nr. 2, D. _____-strasse 3, Zürich ...:
 - ein Parkplatz zu installieren und diesen als Parkgelegenheit für Autos und andere Fahrzeuge zu benützen;
 - Containerplätze zu installieren und diese als Abstellfläche für Hauscontainer zu gebrauchen;

unter der Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall.

Dem Beklagten sei zudem zu befehlen, den auf dem mit der Dienstbarkeit SP C. _____ Nr. 1 (gegenseitiges Fuss- und Fahrwegrecht und Einfriedungsverbot) belasteten Hofraum des Grundstückes Kat.-Nr. 2, D. _____-strasse 3, Zürich ..., erstellten Parkplatz bzw. die bereits erfolgte gelbe Parkplatzmarkierung in- nert einer vom Gericht anzusetzenden Frist von maximal 30 Ta- gen zu entfernen, unter der Androhung der Ersatzvornahme durch die Klägerin auf Kosten des Beklagten im Unterlassungs- fall;

2. [...]
3. [...]
4. Es sei die Klage hinsichtlich Rechtsbegehren Ziff. 2 und 3 infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben;
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer) zulasten des Beklagten.

Entscheid des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 17. August 2022:

(Urk. 54 S. 14 f.)

Es wird beschlossen:

1. Betreffend Rechtsbegehren Ziffern 2 und 3 wird die Klage als gegenstands- los geworden abgeschrieben.

2. Auf das Vollstreckungsbegehren im ergänzten Rechtsbegehren Ziffer 1 gemäss Schlussvortrag vom 10. Mai 2022 ("Ersatzvornahme durch die Klägerin") wird nicht eingetreten.
3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen richten sich gemäss nachfolgendem Urteil.
4. [Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel]

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Klage wird dem Beklagten verboten, auf dem mit Dienstbarkeit SP C. _____ Nr. 1 (gegenseitiges Fuss- und Fahrwegrecht und Einfriedungsverbot) belasteten Hofraum des Grundstückes Kat.-Nr. 2, D. _____-strasse 3, Zürich ...,
 - einen Parkplatz zu installieren und diesen als Parkgelegenheit für Autos und andere Fahrzeuge zu benützen und
 - Containerplätze zu installieren und diese als Abstellfläche für Hauscontainer zu gebrauchen.
2. Für den Fall eines Verstosses gegen diesen Befehl gemäss Ziffer 1 wird der Beklagte auf die **Strafandrohung von Art. 292 StGB** aufmerksam gemacht, wonach mit **Busse** bestraft werden kann, wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafandrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 11'805.– festgesetzt. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
4. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen der Klägerin verrechnet. Der Fehlbetrag von Fr. 1'305.– wird vom Beklagten nachgefordert.

5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 14'415.– (zzgl. 7.7 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Zudem hat er der Klägerin die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 600.– sowie die Kostenvorschüsse im Umfang von insgesamt Fr. 10'500.– zu ersetzen.
6. [Schriftliche Mitteilung]
7. [Rechtsmittel]
8. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 53 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 17. August 2022 (Geschäfts-Nr. CG200059-L) aufzuheben und es sei die Klage betreffend Rechtsbegehren Ziffer 1 abzuweisen.
2. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 17. August 2022 (Geschäfts-Nr. CG200059-L) aufzuheben und die Klage betreffend Rechtsbegehren Ziffer 1 zwecks Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inklusive Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens) zuzüglich MwSt. zu Lasten der Berufungsbeklagten."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 59 S. 2):

- "1. Die Berufung, namentlich die vom Berufungskläger gestellten Begehren seien abzuweisen.
2. Das Urteil des Bezirksgericht Zürich vom 17. August 2022 (Geschäfts-Nr. CG200059) sei zu bestätigen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7% Mehrwertsteuer) zulasten der Berufungskläger für beide Verfahren."

Erwägungen:

I.

1.1 Die Klägerin und Berufungsbeklagte (Klägerin) ist Eigentümerin des Grundstücks Kat. Nr. 4 an der D._____-strasse 5/6 in Zürich. Der Beklagte und Berufungskläger (Beklagter) ist Eigentümer des benachbarten Grundstücks Kat. Nr. 2 an der D._____-strasse 3. Zugunsten und zulasten der beiden Grundstücke ist im Grundbuch die Grunddienstbarkeit SP C._____-Nr. 1 aus dem Jahr 1893 mit dem Stichwort "Gegenseitiges Fuss- und Fahrwegrecht und Einfriedungsverbot" (Dienstbarkeit) eingetragen, welche gemäss Servitutenprotokoll/Begründungsakt folgenden Wortlaut aufweist: "Der Hofraum auf der Grenze von Kat-Nr. 7 und Kat-Nr. 8 ist in der ganzen Tiefe von Kat-Nr. 8 in der Breite von sieben Metern als gemeinschaftlicher Fuss- und Fahrweg für beide Eigentümer offen zu lassen; es darf daher kein Zaun auf die Grenze gestellt werden". Der sieben Meter breite Hofraum entspricht bis heute der Fläche zwischen den auf den beiden benachbarten Grundstück stehenden Gebäuden. Die gemeinsame Grundstücksgrenze verläuft durch die Mitte des Hofraums (Urk. 2 S. 5 ff.; Urk. 4/6; Urk. 13 Rz 6 f.).

1.2 Ab Herbst 2017 erstellte der Beklagte auf seinem Grundstück ein neues Mehrfamilienhaus, wobei er einen der nötigen Pflichtparkplätze (als Behindertenparkplatz markiert [vgl. dazu auch E. III.7.2]: Behindertenparkplatz) und den Containerabstellplatz ohne die Zustimmung der Klägerin auf dem in seinem Eigentum stehenden Teil der Dienstbarkeitsfläche realisierte. Der Behindertenparkplatz wies anlässlich des gerichtlichen Augenscheins vom 10. Mai 2022 eine äussere Breite von 2.23 Meter und eine äussere Länge von 5.2 Meter auf. Der Containerabstellplatz mass 1 Meter in der Breite und 2.5 Meter in der Länge (Urk. 54 E. II.1.1; Prot. I S. 13-16; vgl. auch E. III.7.2).

2. Mit Eingabe vom 18. September 2020 erhob die Klägerin unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes Zürich, Kreise ... und ..., vom 15. Juli 2020 beim Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) Klage mit dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren (Urk. 1 f.). Sie sieht in dem vom Beklagten auf der Dienstbarkeitsfläche realisierten Parkplatz und dem dort installierten Containerab-

stellplatz eine Verletzung der Dienstbarkeit (Urk. 2 S. 3). Der Beklagte vertritt dagegen kurz gefasst den Standpunkt, dass die Klägerin durch den Parkplatz und den Containerabstellplatz in keiner Weise in der Nutzung des servitutsbelasteten Hofraums eingeschränkt ist (Urk. 13 Rz 9).

3.1 Nach durchgeführtem Verfahren (zum Prozessverlauf vgl. Urk. 54 S. 3 f.; Prot. I S. 3 ff.) hiess die Vorinstanz die Klage mit Urteil vom 17. August 2022 gut, soweit sie auf diese eintrat und sie nicht als gegenstandlos geworden abschrieb (Urk. 54 S. 14 f.).

3.2 Gegen das vorinstanzliche Urteil liess der Beklagte am 20. September 2022 mit den eingangs erwähnten Anträgen Berufung erheben (Urk. 53). Mit Verfügung vom 21. September 2022 wurde ihm Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 6'800.– angesetzt (Urk. 56), der in der Folge geleistet wurde (Urk. 57). Ihre Berufungsantwort erstattete die Klägerin unter dem 25. November 2022 innert der mit Verfügung vom 26. Oktober 2022 angesetzten Frist (Urk. 58 f.). Mit Eingaben vom 12. Dezember 2022 und 23. Januar 2023 respektive 21. Dezember 2022 machten die Parteien von ihrem Replikrecht Gebrauch (Urk. 61-63/1-2; Urk. 65 f.; Urk. 68). Die letzte Eingabe des Beklagten wurde der Klägerin am 25. Januar 2023 zur Kenntnis zugestellt (Urk. 68 f.). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-52). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Der Beklagte ist durch das Urteil der Vorinstanz beschwert. Es handelt sich um eine berufungsfähige Streitigkeit (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1 ZPO; Urk. 51; Urk. 53) und der verlangte Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (Urk. 56 f.). Auf die Berufung ist unter dem Vorbehalt hinreichender Begründung (vgl. Art. 310 ZPO; BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 141 III 569 E. 2.3.3) einzutreten.

2. Der Beklagte begehrt mit seiner Berufung die Abweisung der Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für die Verfahren beider Instanzen zulasten der Klägerin (Urk. 53 S. 1). Seine Berufung richtet sich damit gegen die Disposi-

tiv-Ziffern 1, 2, 4 und 5 des vorinstanzlichen Urteils. Dispositiv-Ziffer 3 gilt als mitangefochten (vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO). Nicht angefochten und in Rechtskraft erwachsen ist der Beschluss der Vorinstanz, wovon vorab Vormerk zu nehmen ist.

III.

1. Die Vorinstanz erwog nach Darstellung des unstrittigen bzw. erstellten Sachverhalts (Urk. 54 E. II.1.1.) und der Parteivorbringen zum strittigen Sachverhalt (Urk. 54 E. II.1.2. und 2.2.2. f.) sowie nach Ausführungen zur Rechtslage (Urk. 54 E. II.2.1. und 2.2.1.), dass aus dem Wortlaut des Grundbucheintrags klar hervorgehe, dass es sich um ein gegenseitiges Fuss- und Fahrwegrecht handle, für welches der auf der Grenze der Grundstücke Kat.-Nr. 7 und Kat.-Nr. 8 liegende Hofraum offen zu lassen sei. Der eindeutige Wortlaut enthalte dabei keine Einschränkungen in Bezug auf den Umfang des Fuss- und Fahrwegrechts und biete keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass eine einseitige Einschränkung zulässig wäre. Vielmehr ergebe sich aus dem Wortlaut klar und deutlich, dass der Hofraum zwecks des Zugangs zu den hinteren Teilen der Grundstücke für beide Parteien frei zu halten sei. Der "Hofraum" bezeichne hierbei - unbestritten und wiederum eindeutig - die gesamte Fläche zwischen den beiden auf den jeweiligen Grundstücken stehenden Gebäuden der Parteien. Ein Hinweis dafür, dass lediglich ein Teil des zwischen den Gebäuden liegenden Raumes von der Dienstbarkeit erfasst sein solle, finde sich dahingehend nicht. Der Inhalt der Dienstbarkeit lasse sich damit aufgrund des Wortlautes klar feststellen; der gesamte zwischen den Gebäuden liegende Hofraum sei vorliegend von der Dienstbarkeit umfasst und absolut frei zu halten. Gestützt auf die Auslegung der Dienstbarkeit im Sinne von Art. 738 Abs. 1 ZGB beschränkten der im Hofraum liegende Parkplatz und der Containerabstellplatz somit das Ausmass der Dienstbarkeit. Es sei folglich im Sinne von Art. 737 Abs. 3 ZGB zu prüfen, ob die Beeinträchtigung erheblich sei und somit unrechtmässig erfolge (Urk. 54 E. II.2.1.). Vorliegend würden insbesondere der Parkplatz, aber auch der (dauerhafte) Containerabstellplatz aufgrund ihres Ausmasses substantiell und einseitig in die Dienstbarkeit eingreifen. Die Nutzung dieses Teils der Dienstbarkeitsfläche des Beklagten werde dadurch eingeschränkt oder gar verunmöglicht. Dies werde im Ergebnis zur Folge haben, dass

Fahrzeuge bei der Durchfahrt des Hofraums auf die Dienstbarkeitsfläche der Klägerin ausweichen müssten. Durch die Errichtung des Parkplatzes und des Containerabstellplatzes werde die Dienstbarkeit somit zu einem mehrheitlich einseitigen Recht zu Gunsten des Beklagten bzw. einer einseitigen Last für die Klägerin. Würde die Klägerin in der Folge auf ihrer Hälfte der Dienstbarkeitsfläche ebenfalls einen Parkplatz mit den gleichen Massen oder einen (dauerhaften) Containerabstellplatz errichten, würde dies die Durchfahrt des Hofraums gänzlich verunmöglichen. Dass der Beklagte schlicht der Erste gewesen sei, der die Dienstbarkeitsfläche einseitig in Anspruch genommen habe, könne daher nicht geschützt werden. Der Augenschein habe die knappen räumlichen Verhältnisse eindeutig offenbart. Das Gesagte zeige auf, dass der vom Beklagten errichtete Parkplatz und Containerabstellplatz zu einer erheblichen Beeinträchtigung und damit zu einer Verletzung der Dienstbarkeit führe (Urk. 54 E.II.2.2.4. mit Hinweis auf Prot. I S. 14 ff.). Zusammenfassend sei der Hofraum frei zu lassen. Dessen streitgegenständliche Nutzung durch den Beklagten sei übermässig und unzulässig, was zur Gutheissung der Klage führe (Urk. 54 E. III.2.3.).

2. Der Beklagte moniert im Berufungsverfahren kurz gefasst eine unzureichende und falsche Auslegung der Dienstbarkeit durch die Vorinstanz (Urk. 53 Rz 8-17) und macht eventualiter geltend, dass die Vorinstanz die Beeinträchtigung jedenfalls nicht als erheblich im Sinne von Art. 737 Abs. 3 ZGB hätte qualifizieren dürfen (Urk. 53 Rz 18-21). Die Klägerin widerspricht dem und stellt sich auf den Standpunkt, die Feststellungen und Schlussfolgerungen der Vorinstanz betreffend den Inhalt der Dienstbarkeit und der Dienstbarkeitskonformität des realisierten Parkplatzes und Containerabstellplatzes seien richtig (Urk. 59 S. 3 ff.).

3. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz hat sich - abgesehen von offensichtlichen Mängeln - grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift selber in rechtsgenügender Weise erhoben werden (BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_111/2016 vom 6.9.2016, E. 5.3; BGer 4A_258/2015 vom 21.10.2015, E.2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1.9.2014, E. 3.1

und 5; BGer 4A_651/2012 vom 7.2.2013, E. 4.2; vgl. auch zum diesbezüglich analogen bundesgerichtlichen Verfahren BGer 4A_498/2021 vom 21.12.2021, E. 2.1.; BGer 5A_563/2021 vom 18.10.2021, E. 2.3.). In diesem Rahmen ist nachfolgend auf die Vorbringen des Beklagten (Urk. 53; vgl. auch Urk. 61 und Urk. 68) und der Klägerin (Urk. 59; vgl. auch Urk. 65) insoweit einzugehen, als sie für die Entscheidungsfindung relevant sind. Die Überprüfung erfolgt dabei in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht mit unbeschränkter Kognition (BGE 144 III 394 E. 4.1.4).

4.1 Die Ermittlung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit richtet sich nach Art. 738 ZGB. Massgebend ist primär der Grundbucheintrag, soweit sich Rechte und Pflichten daraus deutlich ergeben. Ist sein Wortlaut unklar, darf im Rahmen des Eintrags auf den Erwerbgrund zurückgegriffen werden. Ist auch der Erwerbgrund nicht schlüssig, kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit wiederum im Rahmen des Eintrags aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist. Die Auslegung des Erwerbgrundes richtet sich, soweit der überstimmende wirkliche Willen der Parteien wie vorliegend unbestritten nicht mehr festgestellt werden kann, nach dem Vertrauensgrundsatz unter Berücksichtigung gewisser Einschränkungen, die sich aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs ergeben (BGE 130 III 554 E. 3.1).

4.2 Gemäss 737 Abs. 1 und 3 ZGB darf der Berechtigte alles tun, was zur Erhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit notwendig ist, und der Belastete darf die Ausübung der Dienstbarkeit nicht verhindern oder erschweren. Der Berechtigte kann die Dienstbarkeit also nach Massgabe ihres Inhalts und Umfangs ausüben und der Belastete darf ihn darin nicht hindern. Steht einmal fest, welches die Befugnisse des Berechtigten sind, so sind damit auch die Unterlassungspflichten des Belasteten bestimmt (BK-LIVER, Bd. IV.1, N 73 zu Art. 737 ZGB). Absatz 2 der Bestimmung, der vom Berechtigten die möglichst schonende Ausübung der Dienstbarkeit verlangt, schränkt das Recht in Inhalt und Umfang nicht ein, sondern untersagt nur dessen missbräuchliche Ausübung. Das führt im Ergebnis dazu, dass der Berechtigte Beschränkungen zwar hinzunehmen hat, solange diese die Ausübung der Dienstbarkeit nicht merklich beeinträchtigen; zu einer eigentlichen inhaltlichen Verengung des Dienstbarkeitsrechts darf es dabei jedoch nicht

kommen (BGE 137 III 145 E. 5.; BGE 113 II 151 E. 4; vgl. auch BK-LIVER, Bd. IV.1, N 59 zu Art. 737 ZGB).

5.1 In casu ist die Dienstbarkeit im Grundbuch mit dem Stichwort "Gegenseitiges Fuss- und Fahrwegrecht und Einfriedungsverbot" eingetragen. Für deren strittigen Inhalt ergibt sich aus dieser Benennung allein nichts Schlüssiges. Für die Bestimmung von Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit ist daher weiter auf das Servitutenprotokoll zurückzugreifen, das unbestritten den Wortlaut des Begründungsaktes aus dem Jahr 1893 wiedergibt (Urk. 2 S. 6; Urk. 13 Rz 31 f.). Daraus ergibt sich, dass der Hofraum auf der Grenze der beiden betroffenen Grundstücke in der Tiefe auf der gesamten Länge des beklagischen Grundstücks und in der Breite auf sieben Meter "als gemeinschaftlicher Fuss- und Fahrweg für beide Eigentümer offen zu lassen" ist; "es darf daher kein Zaun auf die Grenze gestellt werden".

5.2 Der Beklagte beanstandet, dass die Vorinstanz nicht darauf eingegangen sei, was im Sinne der Dienstbarkeit unter "offen zu lassen" zu verstehen sei. Sie verweise einzig auf das Einfriedungsverbot. Eindeutig gehe daraus hervor, dass eine Einfriedung verboten sei. Ob ein Behindertenparkplatz und ein Containerabstellplatz mit dem Inhalt der Dienstbarkeit vereinbar seien, lasse sich aufgrund des Wortlauts des Grundbucheintrags jedoch nicht eindeutig bestimmen. Da der Wortlaut unklar sei, seien weitere Elemente wie der verfolgte Zweck, die Interessenlage der Parteien oder die Gesamtumstände heranzuziehen. Im Jahr 1893 sei der Hofraum wohl für das Passieren von Tieren und Fuhrwerken vorgesehen gewesen. Im Laufe der Jahre sei der Hofraum dann für das Parkieren von Autos und die Warenanlieferung mit einem Lastwagen genutzt worden. Der Wille der aus der Dienstbarkeit belasteten bzw. berechtigten Personen sei somit nie dahingegangen, dass der Hofraum immer frei gelassen werden sollte. Die fragliche Fläche sollte jedoch nicht eingefriedet oder in ähnlich einschneidender Weise beschränkt werden. In diesem Sinn sei somit auch die Dienstbarkeit auszulegen, wonach der Hofraum "offen zu lassen" sei. Der Begründungsakt spreche somit dafür, dass ein Behindertenparkplatz und ein Containerabstellplatz mit dem Inhalt der Dienstbarkeit vereinbar seien. Um allfällige Unklarheiten zu beseitigen, sei ferner im Rah-

men des Grundbucheintrags die Art, wie die Dienstbarkeit während längerer Zeit und in gutem Glauben ausgeübt worden sei, zu beachten. Wie er im vorinstanzlichen Verfahren im Einzelnen aufgezeigt habe, sei der dienstbarkeitsbelastete Hofraum während Jahrzehnten von beiden Parteien unbestritten zum Parkieren genutzt worden. Ebenso sei die Dienstbarkeitsfläche im Hofraum von beiden Parteien stets als Abstellplatz für die Container für Betriebskehricht und Züri-Säcke genutzt worden. Diese Art der jahrelangen Ausübung der Dienstbarkeit hätte von der Vorinstanz bei der Bestimmung des Inhalts der Dienstbarkeit berücksichtigt werden müssen, denn nur so lasse sich letzterer klar feststellen (Urk. 53 Rz 9-15).

5.3.1 Richtig ist, dass die Vorinstanz davon ausging, "der Wortlaut des Grundbucheintrags" sei klar und eindeutig, indem aus diesem hervorgehe, dass es sich um ein *gegenseitiges* Fuss- und Fahrwegrecht handle, für welches der Hofraum *offen zu lassen* sei. Unzutreffend ist, dass dem Entscheid nicht zu entnehmen ist, wie die Vorinstanz "offen zu lassen" interpretierte. So hielt sie fest, es ergebe sich aus dem Wortlaut klar und deutlich, dass der Hofraum zwecks des Zugangs zu den hinteren Teilen der Grundstücke von beiden Parteien "frei zu halten" sei. Sie verstand "offen lassen" im vorliegenden Kontext also als Synonym von "frei halten". Damit setzt sich der Beklagte nicht auseinander und legt folglich auch nicht dar, inwiefern dieses Verständnis von "offen zu lassen" unzutreffend ist. Abgesehen davon ging die Vorinstanz – wie u.a. die soeben zitierte Entscheidpassage zeigt – im Ergebnis nicht davon aus, der Wortlaut des Stichwortes im Grundbuch definiere die Dienstbarkeit eindeutig, sondern dieser zusammen mit dem Text des Begründungsaktes beantworte die Frage nach Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit schlüssig. Das ist nicht zu beanstanden (vgl. nachfolgend E. III.5.4). Zur Ermittlung von Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit fällt die während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben erfolgte Art der Ausübung der Dienstbarkeit daher ausser Betracht.

5.3.2 Selbst wenn man diese im Grundsatz als massgeblich erachten würde, würde sich am Ergebnis aber nichts ändern. Zwar wurde der Hofraum unbestritten während Jahrzehnten auch zum Parkieren von Autos gebraucht. Diese Nutzung beruhte jedoch auch gemäss beklagtischer Darstellung auf vertraglicher Grundla-

ge (Urk. 53 Rz 14 mit Verweis auf Urk. 13 Rz 17-18; vgl. auch Urk. 59 S. 5 f.) und beeinflusst daher Inhalt und Umfang des in Frage stehenden dinglichen Rechts von vornherein nicht (vgl. BGE 131 III 345 E. 2.3.2). Die allgemein gehaltene Behauptung des Beklagten, die Dienstbarkeitsfläche im Hofraum sei auch stets als Abstellplatz für die Container für Betriebskehricht und für Züri-Säcke genutzt worden (Urk. 53 Rz 14; vgl. auch Urk. 13 Rz 19 und Urk. 27 Rz 30), wird von der Klägerin sodann bestritten. Sie macht auch im Berufungsverfahren weiterhin geltend, die Container seien von den Parteien jeweils auf nicht servitutsbelasteten Flächen abgestellt und nur am Tag der Müllabfuhr und bis die Entleerung stattgefunden habe, auf das Trottoir scharf an der Grenze zur D. _____-strasse gestellt worden (Urk. 59 S. 6; vgl. auch Urk. 23 S. 13). Aus dem Schreiben der Klägerin, auf das der Beklagte zur Unterstützung seines (nicht gehörig substantiierten) Standpunktes auch im Berufungsverfahren verweist, ergibt sich im Übrigen kein über die Darstellung der Klägerin im Verfahren hinausgehendes Zugeständnis (vgl. Urk. 15/2 ["- auf dem vordersten Kundenparkplatz werden einmal pro Woche die Container für Betriebskehricht und für "Züri Säcke" für alle drei Liegenschaften vom ERZ geleert"). Ferner ist es bekanntermassen gängig bzw. unvermeidlich, dass Abfallcontainer für die Entleerung von einem Ort an einen anderen verschoben werden, wenn am Ort der Entleerung kein Abfallsammelplatz fest installiert ist. Auch die Lebenserfahrung o.ä. spricht nicht prinzipiell gegen die Überzeugungskraft der klägerischen Darstellung. Zusammengefasst wurde vom insoweit behauptungs- und beweisbelasteten (Art. 8 ZGB) Beklagten keine relevante Art der jahrelangen Ausübung der Dienstbarkeit (substantiiert) behauptet, geschweige denn bewiesen. Die von ihm ins Feld geführten veränderten Bedürfnisse der involvierten Personen (Urk. 53 Rz 12) sind schliesslich von vornherein ohne Bedeutung, weil vorliegend – wie die Klägerin richtig vorträgt (Urk. 59 S. 4 f.) – nicht die Frage zu beantworten ist, auf welche Weise das Fuss- und Fahrwegrecht ausgeübt werden darf.

5.4 Gemäss Stichwort handelt es sich bei der Dienstbarkeit um ein gegenseitiges Fuss- und Fahrwegrecht und ein Einfriedungsverbot. Gemäss Wortlaut des Begründungsaktes ist der Hofraum als gemeinschaftlicher Fuss- und Fahrweg für beide Eigentümer offen zu lassen. Die Dienstbarkeit bezweckt folglich gemäss ih-

rem klaren Wortlaut die Schaffung einer gemeinsamen (zur Mitbenützung zur Verfügung stehenden) Verkehrsfläche im Bereich des Hofraums. Dieser erstreckt sich - wiederum gemäss Wortlaut des Begründungsaktes - in der Breite auf sieben Meter, wovon nach übereinstimmender Parteidarstellung je 3.5 Meter auf dem Grundstück der Klägerin und des Beklagten liegen, und in der Tiefe auf die gesamte Länge des beklaglichen Grundstücks. Die sich aus der Dienstbarkeit ergebende Belastung besteht darin, dass der jeweilige Eigentümer seine Hofhälfte als Verkehrsfläche offen zu lassen hat. Das gleichzeitig statuierte Einfriedungsverbot, das gemäss dem Wortlaut des Begründungsaktes direkt aus der Zweckbestimmung des Hofraums als gemeinsame Verkehrsfläche folgt ("; es darf daher kein Zaun auf die Grenze gestellt werden."), relativiert diese Belastung nicht zu Gunsten des Belasteten. Vielmehr klärt es die Frage, ob eine Einfriedung mit dem konkreten Wegrecht vereinbar ist (vgl. auch BK-LIVER, Bd. IV.1, N 78-83 zu Art. 737 ZGB), ausdrücklich negativ und hängt mit dem Fuss- und Fahrwegrecht insofern zusammen, als es dessen ungehinderte Ausübung im Bereich des Hofraums gewährleisten soll. Das Wort "offen lassen" ist folglich nicht mit Blick auf das Einfriedungsverbot (vgl. Urk. 53 Rz 13), sondern bezogen auf die Zweckbestimmung des Hofraums als gemeinsame Verkehrsfläche zu verstehen und impliziert, dass dieser in seiner gesamten Ausdehnung als solche zur Verfügung zu stehen hat. Dem Wortlaut der Dienstbarkeit lässt sich damit unzweideutig entnehmen, dass das Ausscheiden von Teilen der Dienstbarkeitsfläche zur anderweitigen Nutzung durch nur einen der Eigentümer, wie es der Beklagte mit dem Containerabstellplatz und dem Parkplatz tut, mit der Dienstbarkeit nicht vereinbar ist.

6.1 Der Beklagte hält dafür, dass die Klägerin eine Beeinträchtigung in der Ausübung der Dienstbarkeit entgegen der Vorinstanz jedenfalls mangels Erheblichkeit hinzunehmen habe (Urk. 53 Rz 18). Die Begründung der Dienstbarkeitsverletzung durch die Vorinstanz mit Verweis auf das Ausmass überzeuge betreffend den Containerplatz nicht. Die Kreuzung und Durchfahrt von Fahrzeugen sei auch nach Installation desselben problemlos möglich. Die Vorinstanz gehe auf den flächenmässigen Unterschied zwischen dem Behindertenparkplatz und dem Containerabstellplatz mit keinem Wort ein. Letzterer sei unstrittig lediglich 1 Meter breit und 2.5 Meter lang. Angesichts dieses Ausmasses könne in keiner Weise von einer

erheblichen Beeinträchtigung der Dienstbarkeit ausgegangen werden (Urk. 53 Rz 20). Bei der Beurteilung des Parkplatzes lasse die Vorinstanz komplett ausser Acht, dass die Ein- und Ausfahrt der Fahrzeuge über den Hofraum nach wie vor möglich bleibe, ebenso das Befahren des Hofraums mit einem Lastwagen zur Anlieferung von Waren. Da es sich vorliegend um einen Behindertenparkplatz handle, bleibe der von wenigen Ausnahmesituationen abgesehen ohnehin unbenutzt. Viel öfters als der Behindertenparkplatz tatsächlich belegt sein werde, trete der Fall ein, dass Lastwagen und andere Fahrzeuge der Klägerin bzw. deren Mieter zur Warenanlieferung oder weiteren Zwecken im Hofraum abgestellt würden. Hinzu komme, dass es sich bei den ein- und ausfahrenden Fahrzeugen praktisch ausschliesslich um Fahrzeuge von Kunden handle, welche aufgrund der von der Klägerin vermieteten Ladenlokalität verkehrten. Ein Ausweichen auf die jeweilige andere Seite des Hofraums sei hierbei nicht untersagt und mit dem Sinn und Zweck der Dienstbarkeit vereinbar. Die Auswirkungen des Parkplatzes seien für die Klägerin deshalb absolut annehmbar und schränkten sie in der Nutzung des Hofraums nicht ein (Urk. 53 Rz 21).

6.2 Der Containerabstellplatz und der Behindertenparkplatz scheiden Teilflächen der von der Dienstbarkeit erfassten Verkehrsfläche dauerhaft im einseitigen Interesse des Beklagten bzw. des Eigentümers des Grundstücks Kat.-Nr. 8 aus. Sowohl der Containerabstellplatz als auch der Behindertenparkplatz sind funktionell auf ein länger dauerndes Abstellen von Containern bzw. Fahrzeugen ausgerichtet und daher weder mit dem Befahren und Begehen der Fläche noch mit dem unbestritten von der Dienstbarkeit gedeckten Abstellen von Fahrzeugen für den kurzzeitigen Waren- und/oder Personenumschlag, bei dem der Lenker regelmässig in der Nähe des Fahrzeugs bleibt, vergleichbar. Die Nutzungen können schon deshalb bei der Beurteilung der durch sie bewirkten Belastung in der Häufigkeit ihres Auftretens nicht gegeneinander aufgewogen werden. Dass der Behindertenparkplatz meist unbenutzt sein werde, wie der Beklagte geltend macht, ist im Übrigen eine Annahme, die nicht darüber hinwegtäuschen kann, dass die ausgeschiedene Fläche das Parkieren täglich und rund um die Uhr zulässt. Entscheidend für die Frage der Erheblichkeit der Beeinträchtigung der Dienstbarkeit durch den Containerabstellplatz und den Behindertenparkplatz ist daher, wie sich das

Ausscheiden der entsprechenden Teilflächen auf die Dimension des von der Servitut erfassten Bereichs auswirkt.

6.3.1 Die Dienstbarkeit sieht eine Verkehrsfläche vor, die sich in der Breite auf sieben Meter, wovon je 3.5 Meter auf dem Grundstück der Klägerin und des Beklagten liegen, und in der Tiefe auf die gesamte Länge des beklagischen Grundstücks erstreckt. Sie steht gemäss Wortlaut der Dienstbarkeit beiden Parteien in ihrer gesamten Ausdehnung gemeinsam zur Verfügung und lässt damit - wie der Beklagte richtig festhält und unbestritten ist - ein Ausweichen beim Begehen und Befahren auf die jeweilige andere Seite des Hofraums jederzeit und unabhängig von den gerade gegebenen konkreten Verhältnissen zu. Soweit der Beklagte daraus schliessen möchte, der Containerabstellplatz und/oder der Behindertenparkplatz seien unproblematisch, ist ihm jedoch zu widersprechen. Die aus der Dienstbarkeit folgenden Unterlassungspflichten treffen ihn als Eigentümer des Grundstücks Kat. Nr. 2 auf der gesamten Breite und Länge des in seinem Eigentum stehenden Teils des Hofraums. Ein durch einen Containerabstellplatz und/oder einen Behindertenparkplatz auf dieser Fläche bewirkter Zwang zum Ausweichen bedeutet aus Sicht des insoweit berechtigten, im Eigentum der Klägerin stehenden Grundstücks eine inhaltliche Verengung der Dienstbarkeit. Dabei spielt es keine Rolle, ob die verbleibende Verkehrsfläche als Ein- und Ausfahrt für Fahrzeuge über den Hofraum und das Befahren des Hofraums mit einem Lastwagen zur Anlieferung von Waren noch genügt (Urk. 53 Rz 21).

Der Behindertenparkplatz weist (ohne Freihalteflächen; vgl. Urk. 65 S. 3 und Urk. 68 Rz 5) eine äussere Breite von 2.23 Meter und eine äussere Länge von 5.2 Meter auf (Urk. 54 E. II.1.1; vgl. auch Prot. I S. 13-16). Der im Eigentum des Beklagten stehende Teil des Hofraums reduziert sich dadurch im Bereich des Behindertenparkplatzes auf einer Länge von über fünf Metern in der Breite um gut 63 Prozent von dreieinhalb auf 1.27 Meter. Der Containerabstellplatz, der in der Breite ein Meter und in der Länge zweieinhalb Meter misst (Urk. 54 E. II.1.1; vgl. auch Prot. I S. 13-16), reduziert den Anteil des Beklagten am Hofraum auf der entsprechenden Länge in der Breite um knapp 29 Prozent von dreieinhalb auf zweieinhalb Meter. Der Behindertenparkplatz und der Containerabstellplatz führen

damit jeder für sich zu einer spürbaren inhaltlichen Verengung des Dienstbarkeitsrechts der Klägerin, die diese sich weder im Grundsatz (vgl. BGer 5A_770/2017 vom 24.05.2018, E. 3.5. und BGer 5A_369/2016 vom 27.1.2017, E. 6.1.) noch im gegebenen Ausmass gefallen lassen muss.

6.3.2 Der Vollständigkeit halber ist zudem festzuhalten, dass die Massnahmen des Beklagten auf seinem Grundstück die Belastung der Klägerin bezogen auf den gesamten Hofraum steigen lassen, indem sich der auf ihr Grundstück entfallende Anteil an der gemeinsamen Verkehrsfläche erhöht. Das diesbezügliche Gleichgewicht liesse sich zwar wiederherstellen, indem zugelassen würde, dass auch die Klägerin auf ihrem Grundstück einen Behindertenparkplatz und einen Containerabstellplatz erstellt. Das würde aber im Bereich des Behindertenparkplatz auf einer Länge von mehr als fünf Metern zu einer Verengung der Verkehrsfläche von sieben auf gut zweieinhalb Meter und im Bereich des Containerabstellplatzes auf einer Länge von zweieinhalb Meter zu einer solchen von sieben auf fünf Meter führen und die Ausdehnung des Hofraums gegenüber dem Ursprungszustand noch deutlicher reduzieren. Grundsätzlich ist zudem zu bemerken, dass die Verkehrsfläche gemäss Dienstbarkeit so dimensioniert ist, dass mit angemessener Vorsicht ein weitgehend sicheres Nebeneinander selbst sich kreuzender Autos, Velofahrer und/oder Fussgänger sowie der Verkehr mit den Liegenschaften der Parteien nebst dem Warenumschlag mittels Lastwagen möglich ist (vgl. auch Prot. I S. 16 f.). Eine (merkliche) Reduktion des in diesem Sinn relativ grosszügig bemessenen Hofraums, die bereits ein Containerabstellplatz bewirkt, muss sich die Klägerin aber auch bei einer Gesamtbetrachtung nicht gefallen lassen.

7.1 Schlussfolgernd ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht zum Schluss kam, dass der Beklagte mit der Errichtung eines Parkplatzes und eines Containerabstellplatzes die Dienstbarkeit unzulässig verletzt. Das vorinstanzliche Urteil (Dispositiv-Ziffern 1 und 2) ist folglich in Abweisung der Berufung zu bestätigen.

7.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens kann offenbleiben, wie es sich mit der von der Vorinstanz bei der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigten Noveneingabe der Klägerin vom 20. Juli 2022 (Urk. 48) verhält und ob es sich beim vom Beklagten ausgeschiedenen Parkplatz tatsächlich um einen Behindertenparkplatz han-

delt (Urk. 59 S. 2 f., 8 ff.; Urk. 61 Rz 3, 10 ff.; Urk. 65 S. 3 ff.). Gleiches gilt für die neuen Vorbringen der Klägerin im Berufungsverfahren (Urk. 65 S. 4, letzter Absatz mit Beweisofferte [Urk. 66/1]; Urk. 68).

IV.

1. Die von der Vorinstanz festgesetzte Entscheidunggebühr und Prozessentschädigung wurden in ihrer Höhe nicht beanstandet und sind zu übernehmen. Ein Grund, die Kostenverteilung zugunsten des Beklagten anzupassen, besteht angesichts des Ausgangs des Verfahrens nicht. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffern 3, 4 und 5) ist zu bestätigen.
2. Für das zweitinstanzliche Verfahren wird der unterliegende Beklagte vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt Fr. 65'000.– (Urk. 2 Rz 4). Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 6'800.– festzusetzen und mit dem vom Beklagten geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Die zweitinstanzliche Parteientschädigung bemisst sich nach § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 AnwGebV. Sie ist einschliesslich Mehrwertsteuer auf Fr. 5'000.– festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 17. August 2022 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 17. August 2022 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 6'800.– festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 65'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG

Zürich, 30. März 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Huizinga

MLaw R. Meli

versandt am:
Im