

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB220042-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.
R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 18. Januar 2023

in Sachen

1. **A._____ SA,**

2. ...

Beklagte und Berufungsklägerin

gegen

B._____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

betreffend **Verbot**

**Berufung gegen ein Urteil der 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
8. November 2022; Proz. CG210024**

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2)

- "1. Es sei den Beklagten zu verbieten, Fahrzeuge irgendwelcher Art auf der Liegenschaft C.____-strasse (Kat.-Nr. 1, Zürich) in der grün eingefärbten Teilfläche gemäss Beilage 3 abzustellen und zu parkieren;
2. Das Verbot gemäss Ziffer 1 hiavor sei unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB auszusprechen;
3. Es sei der Beklagten 1 zu befehlen, die gelbe Parkmarkierung auf der Liegenschaft C.____-strasse (Kat.-Nr. 1, Zürich), welche die grün eingefärbte Teilfläche gemäss Beilage 3 unterteilt und umrahmt, innert einer vom Gericht anzusetzenden Frist von maximal 30 Tagen, zu entfernen;
4. Der Befehl gemäss Ziffer 3 hiavor sei unter der Androhung der Ersatzvornahme im Unterlassungsfall anzuordnen, namentlich sei die Klägerin für berechtigt zu erklären, die gelbe Parkplatzmarkierung auf Kosten der Beklagten selber zu beseitigen, sollten die Beklagten diese nicht innert der vom Gericht angesetzten Frist den Befehl umgesetzt zu haben. Hierfür seien die Beklagten zu verpflichten, der Klägerin einen Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– zu bezahlen - unter solidarischer Haftung;
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7% Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten - unter solidarischer Haftung."

Urteil des Bezirksgerichtes:

1. Den Beklagten 1 und 2 wird verboten, Fahrzeuge irgendwelcher Art auf der Liegenschaft C.____-strasse in Zürich (Kat.-Nr. 1) auf der im Miteigentum der Klägerin stehenden Teilfläche (gemäss der diesem Urteil angehefteten Beilage mit farblicher Markierung) abzustellen und zu parkieren.
2. Der Beklagten 1 wird befohlen, die gelbe Parkplatz-Markierung auf der Liegenschaft C.____-strasse in Zürich (Kat.-Nr. 1) auf der im Miteigentum der Klägerin stehenden Teilfläche (gemäss der diesem Urteil angehefteten Beilage mit farblicher Markierung) innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Urteils zu entfernen.

Im Unterlassungsfall ist die Klägerin berechtigt, die gelbe Parkplatz-Markierung auf Kosten der Beklagten 1 selbst zu entfernen (Ersatzvornahme).

3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
4. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten werden den Beklagten 1 und 2 je zur Hälfte auferlegt, je unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag.

Die Gerichtskosten werden vorab mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss verrechnet. Die Beklagten 1 und 2 haben der Klägerin den Vorschuss von Fr. 5'500.– je zur Hälfte zu ersetzen, je unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag.

6. Die Beklagten 1 und 2 werden verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 7'500.– (einschliesslich Zuschlag für Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Die Beklagten 1 und 2 haben diese Entschädigung je hälftig zu bezahlen und haften solidarisch für den ganzen Betrag.
7. (Schriftliche Mitteilung).
8. (Berufung).

Berufungsanträge:

der Beklagten 1 und Berufungsklägerin (act. 73 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichtes vom 8. November 2022 ist aufzuheben.
2. Das Urteil ist Willkür und auf Grund der Verweigerung des rechtlichen Gehörs auch nichtig und deshalb aufzuheben.
3. Alle Kosten, inklusiv Prozessentschädigung, Gebühren und Steuern sind von der Klägerin zu bezahlen."

Erwägungen:

I.

1. Die A._____ SA (Beklagte 1 und Berufungsklägerin, nachfolgend Beklagte) und B._____ (Klägerin und Berufungsbeklagte, nachfolgend Klägerin) sowie weitere Personen sind Miteigentümer der C._____ -strasse in Zürich (Kat.-Nr. 1). Die Strasse dient den Anstössern als Zufahrt zu ihren Liegenschaften (act. 5/1 f.). Die D._____ AG (Beklagte 2 im vorinstanzlichen Verfahren, nachfolgend Mieterin) ist Mieterin der Liegenschaft der Beklagten an der C._____ -strasse. Die Parteien streiten sich darüber, ob die Beklagte und die Mieterin Teile der Fläche der im Miteigentum stehenden C._____ -strasse für private Parkplätze beanspruchen dürfen.

2. Mit Klage vom 11. März 2021 ersuchte die Klägerin das Bezirksgericht Zürich darum, der Beklagten und der Mieterin unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB zu verbieten, auf einer Teilfläche der C._____ -strasse (grün eingefärbt, act. 5/3) zu parkieren, und der Beklagten unter Androhung der Ersatzmassnahme im Unterlassungsfall zu befehlen, die von ihr angebrachte gelbe Parkmarkierung zu entfernen (act. 2). In der Klageantwort erhob die Mieterin die Einrede der Unzuständigkeit des Kollegialgerichts (act. 23). Diese wies die Vorinstanz mit Beschluss vom 20. September 2021 ab und bejahte ihre Zuständigkeit (act. 45). Die dagegen erhobene Berufung wies die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit Urteil vom 7. Dezember 2021 ab (act. 48). Nach einem Schriftenwechsel zur Sache und der Durchführung der Hauptverhandlung verbot die Vorinstanz mit Urteil vom 8. November 2022 der Beklagten und der Mieterin, Fahrzeuge auf der im Miteigentum der Klägerin stehenden Teilfläche der C._____ -strasse abzustellen. Die Vorinstanz befahl der Beklagten gleichzeitig, die gelbe Parkplatz-Markierung zu entfernen, und berechnete die Klägerin, bei Säumnis die gelbe Markierung auf Kosten der Beklagten selbst zu entfernen. Im Übrigen wies die Vorinstanz die Klage ab (act. 67 = act. 74/4 = act. 75 [Aktenexemplar]).

3. Gegen diesen Entscheid erhob die Beklagte mit Eingabe vom 8. Dezember 2022 (Poststempel vom 9. September 2022) Berufung; sie verlangt im Wesentlichen die Aufhebung des angefochtenen Entscheids (act. 73). Die Akten der Vorinstanz (act. 1-71) wurden von Amtes wegen beigezogen und es wurde ein Vorschuss von der Beklagten eingeholt (act. 76 ff.). Weiterungen erübrigen sich, weil sich die Berufung ohne weiteres als unbegründet erweist (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

II.

1. Die Beklagte reichte die mit Anträgen sowie einer Begründung versehene Berufungsschrift innert 30-tägiger Rechtsmittelfrist beim zuständigen Obergericht ein (act. 69 und 73, Art. 311 ZPO und § 48 GOG). Der Streitwert übersteigt mit CHF 49'500.– die für eine Berufung notwendige Streitwertgrenze von CHF 10'000.– (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Vorschuss wurde von der Beklagten rechtzeitig geleistet (act. 78), weshalb die Rechtsmittelvoraussetzungen erfüllt sind.

2.

2.1. Mit der Berufung können sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO); zu Letzterer zählt auch die unrichtige Anwendung des pflichtgemässen Ermessens. Die Berufung erhebende Partei trifft eine Begründungslast. Sie hat substantiiert vorzutragen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid unrichtig ist und wie er geändert werden muss (BGer 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3 und 5A_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3). Blosser Verweise auf die Vorakten oder Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine hinreichende Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (BSK ZPO-SPÜHLER, 3. Auflage, Art. 312 N 15; ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Auflage, Art. 311 N 36 f.; BGE 138 III 374 ff. E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4).

2.2. Die Berufungsinstanz prüft sämtliche hinreichend substantiierten Mängel in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei und uneingeschränkt (BGE 138 III 374 ff.

E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4). Sie ist dabei weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheids gebunden, sondern wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO; vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Die volle Kognition der Berufungsinstanz bedeutet allerdings nicht, dass diese alle sich stellenden Fragen zu untersuchen hat, wenn die Berufung erhebende Partei diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt. Vielmehr hat sich die Berufungsinstanz – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff. E. 2.2.4; BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018 E. 4.1.4; 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3). Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 2 ZPO berücksichtigt.

3.

3.1. Soweit sich die Beklagte zur Unterschriftsberechtigung von E._____ äussert (act. 73 S. 1), übt sie keine Kritik am angefochtenen Urteil. Die anfängliche Unsicherheit der Vorinstanz darüber, ob die Klageantwort von der Beklagten rechtsgültig unterzeichnet wurde, konnte im erstinstanzlichen Verfahren geklärt (act. 21, 29 ff., 35) und die Unterschrift auf der Klageantwort konnte E._____, Verwaltungsratspräsident der Beklagten mit Einzelzeichnungsberechtigung (act. 66/11), zugeschrieben werden. In der Folge liess die Vorinstanz die Klageantwort als Rechtschrift der Beklagten zu und behandelte E._____ an der Hauptverhandlung als deren Vertreter (Prot. Vi S. 11).

3.2. Die Vorbringen der Beklagten, die Klägerin habe ein neues Verbot für Fussgänger erfunden und eine Fussgängerungsverbotstafel auf die C._____ -strasse gemalt (act. 73 S. 2), betreffen nicht den Verfahrensgegenstand dieses Berufungsverfahrens. Die Beklagte stellte zur (allfällig) unbefugten Anbringung des Verbotsszeichens für Fussgänger (vgl. act. 5/4) vor Vorinstanz keine Anträge, weshalb im angefochtenen Entscheid nichts dazu erwogen und entschieden wurde (act. 75). Folglich kann die Kammer im Berufungsverfahren darauf nicht eingehen.

4.

4.1. Die Beklagte rügt, es sei ihr an der Hauptverhandlung von der Vorinstanz das rechtliche Gehör verweigert worden. Die Vorinstanz habe dem für die Beklagte zusammen mit E._____ erschienenen F._____ nicht zugehört, obwohl dieser über eine Generalvollmacht der Beklagten verfügt habe und den Streit seit über 50 Jahren kenne. Als F._____ nach dem langen klägerischen Vortrag endlich geglaubt habe, reden zu können, habe ihn der Vorsitzende sofort unterbrochen und damit die Versammlung zwangsweise beendet. Der Vorsitzende habe zu E._____ und F._____ gesagt, sie könnten jetzt gehen. Es sei unverständlich, dass im Urteil stehe, sie seien weggelaufen und die Verhandlung sei weitergeführt worden. Dies sei eine Lüge. Die drei übrigen Mitwirkenden sollen dies unter Eid erklären, was sie jedoch nicht könnten (act. 73 S. 1).

4.2. Der aus Art. 29 Abs. 2 BV fließende Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines Entscheids zur Sache zu äussern und erhebliche Beweise beizubringen sowie zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 142 I 86 E. 2.2 S. 89; 135 I 187 E. 2.2 S. 190). Auch gewährleistet Art. 29 Abs. 2 BV das Recht auf Vertretung als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör (BGE 119 Ia 260 E. 6.a; BVGE E-3162/2011 vom 6. Dezember 2011 E. 4.1; HÄFELIN/ MÜLLER/ UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz 1037). Der Anspruch ist formeller Natur, womit seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führt. Ausnahmsweise können aber auch schwerwiegende Verletzungen des rechtlichen Gehörs im Rechtsmittelverfahren geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz volle Überprüfungsbefugnis in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht hat und eine Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse an einer beförderlichen Erledigung nicht zu vereinbaren wären (vgl. BGE 137 I 195

E. 2.3.2; BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2 und BGE 133 I 202 E. 2.2). Die Wahrung des rechtlichen Gehörs stellt damit keinen Selbstzweck dar. Die Rechtsprechung soll vielmehr verhindern, dass sich die Verletzung des rechtlichen Gehörs in einem fehlerhaften Entscheid auswirkt. Es genügt deshalb nicht, eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend zu machen, sondern die beschwerdeführende Partei hat in der Begründung des Rechtsmittels anzugeben, was sie vor Vorinstanz vorgebracht und wie es sich auf den Entscheid ausgewirkt hätte, wenn sie angehört worden wäre (BGer 4A_453/2016 vom 16. Februar 2017 E. 4.2.3; BGer 4A_438/2019 vom 23. Oktober 2019 E. 3.2; BGer 5A_85/2021 vom 26. März 2021 E. 6.2).

4.3. Die Vorinstanz führte zum Verhandlungsablauf im angefochtenen Entscheid unter anderem aus, zur Hauptverhandlung sei für die Beklagte [1] E._____ in Begleitung von F._____ erschienen. Es seien die ersten Parteivorträge im Sinne von Art. 228 ZPO erstattet worden. E._____ und F._____ hätten den Gerichtssaal verlassen, ohne sich die Replik der Klägerin anzuhören (act. 75 S. 4 mit Verweis auf Prot.Vi S. 11 ff. und S. 19). Im Rahmen der Säumnisfolgen erwog die Vorinstanz, die Beklagte [1] habe die mündliche Hauptverhandlung vor Erstattung der Replik der Klägerin verlassen, wobei sie ausdrücklich darauf hingewiesen worden sei, dass die Hauptverhandlung fortgesetzt werde. Damit habe die Beklagte [1] auf weitere Vorträge im Sinne von Art. 228 Abs. 2 ZPO verzichtet (act. 75 S. 5).

4.4. Gemäss vorinstanzlichem Protokoll ergibt sich folgender Verhandlungsablauf: Der Vorsitzende habe nach dem Vortrag der Klägerseite einen Unterbruch angekündigt, worauf E._____ darauf bestanden habe, dass die Verhandlung sofort fortgesetzt werde. Anschliessend habe der Vorsitzende E._____ das Wort erteilt. F._____ habe sich erhoben und ausgeführt, er habe die Situation als Einziger miterlebt, worauf der Vorsitzende darauf hingewiesen habe, er sei keine Partei im Verfahren und ihm das Wort nicht erteilt worden sei. F._____ habe sich aufgebracht gezeigt und sich nicht beruhigen lassen. Der Vorsitzende habe erneut darauf hingewiesen, dass er nicht der Rechtsvertreter von E._____ sei, weshalb er nicht für diesen Stellung nehmen könne. Danach habe E._____ für die Beklagte zum ersten Parteivortrag Stellung genommen (Prot.Vi S. 16). Nach dem Vortrag habe er erklärt, die Verhandlung nun zu verlassen. Der Vorsitzende habe

ihn darauf aufmerksam gemacht, dass die Verhandlung in seiner Abwesenheit fortgeführt werde, was E._____ zur Kenntnis genommen und mit F._____ den Gerichtssaal verlassen habe (Prot. VI S. 19). Das Protokoll dokumentiert damit einerseits den im angefochtenen Entscheid beschriebenen Verfahrensablauf, wonach E._____ auf die Fortsetzung der Hauptverhandlung hingewiesen worden sei und er dennoch nach Erstattung der Klageantwort mit F._____ den Gerichtssaal verlassen habe. Andererseits wird auch der Vorwurf der Beklagten bestätigt, das Gericht habe F._____ nicht zu Wort kommen lassen. Das beschriebene Vorgehen der Vorinstanz wird gerügt und ist nachfolgend genauer zu betrachten:

4.5. Der Vorsitzende ging bei der Weigerung, F._____ anzuhören, offenbar davon aus, dieser verfüge über keine Vollmacht, die Beklagte an der Hauptverhandlung zu vertreten. Diese Annahme wird im angefochtenen Entscheid indes nicht näher begründet und lässt sich aufgrund der Protokolleinträge nicht schlüssig nachvollziehen. Im Verhalten von E._____, F._____ an die Verhandlung mitzunehmen und ihn an seiner Stelle vortragen zu lassen, als ihm das Gericht die Möglichkeit zur Stellungnahme erteilte, ist ohne weiteres eine konkludente Vollmachtserteilung an F._____ zu erblicken, anstelle von E._____ für die Beklagte zu plädieren, ansonsten E._____ gegen die Rede von F._____ hätte einschreiten müssen. Die Umstände deuteten daher mindestens auf eine Duldungsvollmacht zugunsten von F._____ hin (vgl. BGer 4A_360/2020 vom 2. November 2020 E. 5.2). Als einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsratspräsident der Beklagten war E._____ zur Vollmachtserteilung ohne weiteres befugt. Die Äusserung des Vorsitzenden anlässlich der Hauptverhandlung, F._____ sei nicht der Vertreter der Beklagten bzw. von E._____, erweist sich daher als vorschnell und augenscheinlich nicht korrekt. Vielmehr wäre der Vorsitzende gehalten gewesen, F._____ anzuhören oder bei Zweifeln E._____ zum Stellvertretungsverhältnis zu befragen.

4.6. Was die Zulässigkeit der Vertretung der Beklagten durch F._____ betrifft, bestehen im Zivilprozess zwar Einschränkungen bezüglich der *berufsmässigen* Vertretung einer Partei und es gilt das Anwaltsmonopol (Art. 68 Abs. 2 ZPO). Dies führt jedoch nicht dazu, dass eine Parteivertretung durch eine nicht anwaltliche Person unzulässig ist. Gemäss Botschaft zur ZPO kann sich die Partei durch eine

beliebige Vertrauensperson vertreten lassen. Es muss sich nicht um einen Anwalt oder eine Anwältin handeln, solange die Vertrauensperson das Mandat nicht berufsmässig ausübt (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBl 2006 7279, Ziff. 5.5.2 zu Art. 66 des Entwurfs). Das Bundesgericht erwog, bei der Auslegung des Begriffs der berufsmässigen Vertretung stehe das Schutzbedürfnis des Publikums im Vordergrund. Eine berufsmässige Vertretung sei anzunehmen, wenn der Vertreter bereit sei, in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen tätig zu werden. Darauf könne geschlossen werden, wenn er bereit sei, die Vertretung ohne besondere Beziehungsnähe zum Vertretenen zu übernehmen. In solchen Fällen gründe das Vertrauen in den Vertreter nicht auf seiner Person oder seiner Nähe zum Vertretenen, sondern auf anderen Eigenschaften des Vertreters (z.B. seine behauptete Fachkompetenz, Mitgliedschaft in Interessenverbänden etc.) und damit auf ähnlichen Kriterien wie bei der Auswahl eines Berufsmanns bzw. einer Berufsfrau (BGE 140 III 555 E. 2.3).

Anzeichen dafür, F._____ hätte als berufsmässiger Vertreter der Beklagten gehandelt, waren vor Vorinstanz nicht erkennbar. Im Gegenteil erklärte E._____ auf die Frage des Gerichts, in welcher Funktion F._____ anwesend sei, er werde nicht als Zeuge angerufen, aber er kenne den Fall bestens (Prot.Vi S. 11). Dies liess auf eine persönliche Beziehung von F._____ zur Beklagten und eine besondere Kenntnis der Streitsache schliessen. Dagegen fehlten Anhaltspunkte, F._____ habe aufgrund einer besonderen Fachkompetenz die Beklagte vertreten wollen und sei bereit, in unzähligen Fällen als Vertreter zu handeln. Es waren und sind daher keine Hindernisse gegen eine Vertretung der Beklagten durch F._____ ersichtlich. Zusammenfassend verletzte die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beklagten bzw. deren Vertretungsrecht, indem sie ohne weitere Abklärungen F._____ nicht zu Wort kommen liess.

4.7. Bei der Beurteilung, ob die Verletzung des rechtlichen Gehörs zur Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheids und zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz führt, fällt in Betracht, dass der Vorsitzende E._____ nach der Weigerung, F._____ anzuhören, das Wort erteilte und ihn im Beisein von F._____ gestützt auf Art. 56 ZPO befragte. Abschliessend wurde E._____ vom Vorsitzenden gefragt, ob er noch etwas ergänzen möchte, beispielsweise zu den Behauptungen

der Klägerin und den eingereichten Belegen. Darauf antwortete dieser, "Ich bestreite alles. Ihr sollt entscheiden", und schloss mit dem Satz, "Ich werde den Entscheid weiterziehen" (Prot.Vi S. 16 ff.). Die Beklagte konnte sich somit durch ihren Verwaltungsratspräsidenten umfassend zur Klage und zu den Vorbringen der Klägerin an der Hauptverhandlung äussern. Sie lässt in ihrer Berufung bzw. vor der Kammer, die über freie Kognition bei der Beurteilung der Sache verfügt, offen, welche für den Entscheid relevanten Ausführungen F._____ hätte vortragen wollen. Solche Behauptungen hätte sie aufzeigen müssen, um allfällige Leerläufe durch eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu verhindern. Unter diesen Umständen führt die unzulässige Weigerung der Vorinstanz, F._____ anzuhören, nicht zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids.

4.8. Im Umstand, dass die Verhandlung weitergeführt wurde, nachdem E._____ und F._____ den Gerichtssaal verlassen hatten, ist ebenfalls keine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beklagten zu erblicken, welche die Aufhebung des angefochtenen Entscheids rechtfertigt. Es ist nicht ersichtlich, dass sich die Vorinstanz im Entscheid auf neu vorgebrachte Behauptungen der Klägerin in der Replik abstützte (Prot.Vi S. 19 ff.). Auch zeigt die Beklagte nicht auf, welche Vorbringen sie in der Duplik hätte einbringen wollen, die zu einer anderen Entscheidung hätten führen können. Ferner ist zu berücksichtigen, dass sich die Beklagte in einer Rechtsschrift sowie an der Hauptverhandlung frei zur Sache äussern konnte und sie damit vor Vorinstanz die Möglichkeit zu zwei umfassenden Vorträgen erhielt (act. 12, 18; Prot.Vi S. 16 ff.). Eine relevante Gehörsverletzung ist aus diesen Gründen nicht erkennbar.

4.9. Die sinngemässe Behauptung der Beklagten, der Vorsitzende habe die Verhandlung zwangsweise beendet und E._____ und F._____ fortgeschickt (act. 73 S. 1), findet in den Akten keine Stütze. Es erübrigt sich, auf den Vorwurf weiter einzugehen, weil die Fortsetzung der Verhandlung ohne Anwesenheit der Vertreter der Beklagten wie gesehen im Ergebnis nicht zu deren Schlechterstellung und Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt. Die Rüge, das vorinstanzliche Protokoll sei unrichtig abgefasst worden (act. 73 S. 1), ist überdies pauschal und aufgrund des Ausgeführten ohne ersichtliche Bedeutung.

4.10. Aus den vorstehenden Gründen kann auf eine Beweisabnahme zu den Vorgängen anlässlich der Hauptverhandlung verzichtet werden (vgl. zum Recht auf Beweis nachfolgend E. 5.5) und es sind insbesondere "die Mitwirkenden" (act. 73 S. 1) nicht zu befragen, wobei anzumerken bleibt, dass der von der Beklagten angerufene Beweis des Eides gemäss geltender Zivilprozessordnung nicht zulässig wäre.

5.

5.1. Zur Sache bringt die Beklagte vor, es bestehe zwischen den Miteigentümern der C.____-strasse kein schriftlicher Vertrag über die Nutzung der Privatparkplätze. Es sei aber alleinige Sache aller Miteigentümer, die Benutzung der Parkplätze zu regeln. Sie hätten vor ca. 70 Jahren einstimmig beschlossen, in der C.____-strasse (längsverlaufende) Parkplätze zu erstellen und diese den einzelnen Miteigentümern zur Benutzung zuzuweisen. Aufgrund des grossen Miteigentumsanteils der Beklagten von 20 Prozent sei später abgemacht worden, die Beklagte solle eine Baubewilligung für quer zur Strasse verlaufende Parkplätze einholen, was auch geschehen sei. Da die Klägerin auf der C.____-strasse im Sommer eine Gartenwirtschaft betreibe, hätten die Miteigentümer zudem abgemacht, dass nur auf der anderen Seite der C.____-strasse parkiert werden dürfe. Die Vorinstanz masse sich an, über die Köpfe der Miteigentümer hinweg über die Benutzung der Parkplätze zu bestimmen (act. 73 S. 1 f.).

5.2. Mit diesen Ausführungen wiederholt die Beklagte im Wesentlichen ihre vor Vorinstanz vorgebrachten Behauptungen (act. 18 und Prot.Vi S. 16 f.), ohne näher auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil einzugehen. Die Vorinstanz begründete schlüssig, die Klägerin erhebe eine Eigentumsfreiheitsklage gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB, mit welcher sie die Beseitigung bestehender ungerechtfertigter Beeinträchtigungen an ihren Miteigentumsanteilen verlangen könne. Es sei unbestritten, dass die streitgegenständliche Teilfläche der Parkfelder 1 und 2 ausschliesslich durch die Beklagte und ihre Mieterin genutzt würden und die Klägerin durch die parkierten Autos am Befahren der in ihrem Miteigentum stehenden Teilfläche gehindert werde. Es liege deshalb eine andauernde Störung vor. Wer ein Recht zur Einwirkung auf Miteigentum behaupte, müsse dies beweisen. Die Be-

klagte habe ein Recht zur ausschliesslichen Nutzung der fraglichen Fläche aber nicht dartun können. Weder stünde die öffentlich-rechtliche baupolizeiliche Bewilligung zum Bau der Parkplätze dem privatrechtlichen Anspruch der Klägerin als Miteigentümerin auf Beseitigung der Störung entgegen, noch bestehe eine Nutzungsvereinbarung aller Miteigentümer, die der Beklagten das Parkieren erlaube (act. 75 S. 10 ff.).

5.3. Diesen Überlegungen der Vorinstanz kann gefolgt werden. E._____ erklärte an der Verhandlung, eine Vereinbarung zwischen den Miteigentümern habe es nie gegeben (Prot.Vi S. 16), und er bekräftigte, dass 1968 keine Vereinbarung zwischen den Miteigentümern über die Nutzung der Parkplätze zustande gekommen sei (Prot.Vi S. 18). Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz annimmt, es fehle ein Vertrag aller Miteigentümer, welcher die Beklagte zur ausschliesslichen Nutzung der Parkplätze berechtere. Zwar ist der Beklagten zuzustimmen, dass es den Miteigentümern grundsätzlich offen steht, die Benutzung baurechtlich bewilligter privater Parkplätze untereinander zu regeln. Eine solche gemeinsame Regelung vermochte die Beklagte aber gerade nicht zu belegen. Im Gegenteil räumte sie ein, es gebe seit 60 Jahren Streit wegen der Parkplätze (Prot.Vi S. 17). Auch sonst ist nicht ersichtlich, was sie aus der jahrelangen Benutzung der Parkplätze zu ihren Gunsten ableiten könnte. So kann ein obligatorisches Recht insbesondere nicht ersessen werden (BSK ZGB II-STREBEL, Art. 661 N 1).

5.4. Die Beklagte wirft der Vorinstanz vor, frühere gerichtliche Urteile gegen den Vater der Klägerin nicht konsultiert zu haben (act. 73 S. 2), ohne zu konkretisieren, welche Urteile sie meint. Bei den vorinstanzlichen Akten befinden sich zwei Entscheide des Baurekursgerichts des Kantons Zürich vom 6. November 2015 und

25. November 2016, welche jedoch die Klägerin selber betreffen (act. 20/1 f.). Wie die Vorinstanz korrekt ausführt, handelt es sich dabei um öffentlich-rechtliche Entscheide, die den privatrechtlichen Anspruch der Klägerin auf uneingeschränkte Nutzung der in ihrem Miteigentum stehenden Strasse nicht schmälern können (vgl. act. 75 S. 11 f.). Denn das Bundeszivilrecht, in welchem die Eigentumsrechte

geregelt sind, geht als übergeordnetes Recht kantonalen öffentlich-rechtlichen Erlassen und Anordnungen (wie Baubewilligungen) vor. Entsprechend wird in Dispositiv-Ziff. I des Entscheids des Baurekursgerichts vom 25. November 2016 erkannt, die Rekurrentin (Klägerin) werde angewiesen, die Markierung und Benützung der rechtskräftig bewilligten Abstellplätze zu dulden, *solange sie nicht ein anders lautendes Urteil eines Zivilrichters vorweisen könne* (act. 20/2 S. 10).

5.5. Die Vorinstanz hat auf einen Augenschein mit der Begründung verzichtet, die von der Klägerin als Beweismittel zu den Akten gereichten Fotografien zur Örtlichkeit (vgl. act. 66/4 ff.) seien aussagekräftig genug. Darauf sei zu erkennen, dass die Zufahrt zum Innenhof der Klägerin mit einem Fahrzeug befahrbar sei und das Einbiegen auf die C.____-strasse (vom Innenhof herkommend) bei besetzten Parkfeldern 1 und 2 nicht in einem Zug (ohne Korrekturmanöver) möglich sei (act. 75 S. 11). Die Beklagte scheint mit diesen Erwägungen nicht einverstanden zu sein (act. 73 S. 2).

Das Recht auf Beweis gemäss Art. 152 ZPO vermittelt der beweispflichtigen Partei einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche bestrittene Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, wenn ihr Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des anwendbaren Prozessrechts entspricht. Dieses Recht ergibt sich wie gesehen auch aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV. Es schliesst jedoch eine vorweggenommene (antizipierte) Würdigung von Beweisen nicht aus (BGE 143 III 297 E. 9.3.2). Eine antizipierte Beweiswürdigung liegt vor, wenn das Gericht zum Schluss kommt, ein an sich taugliches Beweismittel vermöge seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer strittigen Tatsache, die es insbesondere aufgrund der bereits abgenommenen Beweismittel gewonnen hat, nicht zu erschüttern. Das Gericht kann deshalb auf ein beantragtes Beweismittel verzichten, wenn sie ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen darf, eine weitere Beweiserhebung werde ihre Überzeugung nicht beeinflussen. Der Gehörsanspruch ist andererseits verletzt, wenn einem Beweismittel zum vornherein jede Erheblichkeit abgesprochen wird, ohne dass hierfür sachliche Gründe angegeben werden können (BGer 4A_285/2019 vom 18. November 2019 E. 4.2).

Die Beklagte begründet nicht, weshalb ein Augenschein an der Örtlichkeit zu einem anderen Ergebnis geführt hätte. Insbesondere äussert sie sich nicht näher zu den von der Vorinstanz als Beweismittel gewürdigten Fotoaufnahmen, welche anschaulich die engen Strassenverhältnisse bei der Einfahrt zur Liegenschaft der Klägerin (insbesondere act. 66/5 und 66/6) und ein Fahrzeug in deren Einfahrt (act. 66/5) zeigen. Es besteht aufgrund der Fotos kein Anlass, von der Einschätzung der Vorinstanz abzuweichen, diese seien beweiskräftig und würden genügend belegen, dass die Klägerin durch die Parkplätze an der Benutzung ihrer Einfahrt gehindert werde. Da ein Erkenntnisgewinn aufgrund eines Augenscheins aus sachlichen Gründen nicht zu erwarten war, stellte die Vorinstanz mit dem Verzicht auf dieses Beweismittel weder den Sachverhalt unvollständig fest noch wandte sie das Recht falsch an. Es erübrigt sich deshalb zu prüfen, ob der Augenschein als Beweismittel prozessrechtlich korrekt angeboten wurde.

6. Zusammenfassend dringt die Beklagte mit ihrer Berufung nicht durch, auch wenn die Vorinstanz den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör bzw. auf Vertretung an der Hauptverhandlung verletzt hat.

7.

7.1. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit; der Streitwert beträgt CHF 49'500.– (act. 75 S. 15). Gestützt auf §§ 4 und 12 GebV OG sowie in Anbetracht des im durchschnittlichen Rahmen liegenden Zeitaufwands und Schwierigkeit der Sache ist die Gerichtsgebühr auf CHF 4'000.– festzusetzen und ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr ist mit dem von ihr geleisteten Vorschuss von CHF 4'000.– zu verrechnen.

7.2. Eine Parteienschädigung ist nicht zuzusprechen: der Beklagten nicht, weil sie unterliegt, und der Klägerin nicht, weil ihr keine zu entschädigenden Aufwände entstanden sind.

8. Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens hat es bei der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsregelung (act. 75 Dispositiv-Ziff. 4-6) sein Bewenden.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 8. November 2022 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf CHF 4'000.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt. Die Kosten werden mit dem von ihr geleisteten Vorschuss von CHF 4'000.– verrechnet.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 73, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 49'500.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

lic. iur. K. Würsch

versandt am: