

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF110101-O/U,  
damit vereinigt LF110102

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

## **Beschluss vom 18. Mai 2012**

in Sachen

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

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

Beklagte, Erstberufungsklägerinnen und Zweitberufungsbeklagte,

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

gegen

1. **C.**\_\_\_\_\_,

2. **D.**\_\_\_\_\_,

Kläger, Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungskläger,

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

betreffend **Befehl**

(Rückweisung des Bundesgerichts vom 28. März 2011)

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen vom 24. August 2011 (ER110024)

**Ursprüngliche klägerische Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2 und act. 12 S. 2)

1. Es sei die sofortige Einstellung des Kranbetriebes auf dem Grundstück Kat.-Nr. ..., [Adresse], E. \_\_\_\_\_, anzuordnen.
2. Es sei die sofortige Entfernung des Baukranes vom Grundstück Kat.-Nr. ..., [Adresse], E. \_\_\_\_\_, anzuordnen.
3. Es sei die sofortige Entfernung der Erdnägel aus dem Grundstück der Kläger, Kat.-Nr. ..., [Adresse], E. \_\_\_\_\_, anzuordnen.
4. Bei Zuwiderhandeln seien die Beklagten 1 und 2 gemäss Art. 292 StGB zu bestrafen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten 1 und 2.

**Noch rechtshängige klägerische Rechtsbegehren:**

(vgl. act. 29 S. 3)

1. [...].
2. [...].
3. Es sei die sofortige Entfernung der Erdnägel aus dem Grundstück der Kläger, Kat.-Nr. ..., [Adresse], E. \_\_\_\_\_, anzuordnen.
4. Bei Zuwiderhandeln seien die Beklagten 1 und 2 gemäss Art. 292 StGB zu bestrafen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten 1 und 2.

**Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen  
Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen vom 24. August 2011:**  
(act. 34 S. 15 f.)

1. Den Beklagten wird befohlen, die im Grundstück der Kläger, Kat.-Nr. ..., [Adresse], E.\_\_\_\_\_, eingebrachten Erdnägeln innert drei Monaten ab Bauvollendung bzw. ab Rechtskraft dieser Verfügung zu entfernen, unter der Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse) im Widerhandlungsfall.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'200.--.
3. Die Kosten werden den Klägern zu 3/5 und den Beklagten zu 2/5, je unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag, auferlegt.
4. Die Kläger werden solidarisch verpflichtet, den Beklagten 1 und 2 eine reduzierte Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 950.-- zu bezahlen.
- 5.-8. Mitteilung / Rechtsmittel / Fristenstillstand.

**Berufungsanträge:**

Der Beklagten, Erstberufungsklägerinnen und Zweitberufungsbeklagten (act. 40):

Zur Erstberufung:

1. Es sei die Verfügung vom 24. August 2011 der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen aufzuheben und es sei auf die Klage nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei die Verfügung vom 24. August 2011 der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen aufzuheben und es sei die Klage abzuweisen.
3. Subeventualiter sei die Klage zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt zulasten der Kläger.

Zur Zweitberufung der Kläger (act. 58/49):

Distanzierung.

Der Kläger, Zweitberufungskläger und Erstberufungsbeklagten (act. 58/39):

Zur Zweitberufung:

1. Es sei Disp. Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und es sei den Beklagten zu befehlen, die im Grundstück der Kläger, Kat.-Nr. ... (altKat.-Nr. ...), [Adresse], E.\_\_\_\_\_, eingebrachten Erdnägel innert 3 Monaten nach Rechtskraft der Verfügung, d.h. unabhängig von der Bauvollendung, zu entfernen, unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB im Wiederhandlungsfall.
2. Es sei Disp. Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung aufzuheben, soweit damit den Klägern im Zusammenhang mit dem Antrag auf Entfernung der Erdnägel Kosten auferlegt worden sind.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt zulasten der Beklagten.

Zur Erstberufung der Beklagten (act. 50):

Es sei die Berufung abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten.

**Erwägungen:**

**I.**

**Sachverhalt und Prozessgeschichte**

1. Die Kläger sind Eigentümer des mit einem Einfamilienhaus überbauten Grundstücks Kat.-Nr. ... (altKat.-Nr. ...) an der [Adresse] in E.\_\_\_\_\_. Das benachbarte Grundstück Kat.-Nr. ... steht im Eigentum der Beklagten 1. Auf diesem realisiert(e) die Beklagte 2 eine Überbauung mit dreizehn Wohnungen. Beide Grundstücke befinden sich in Hanglage nebeneinander. Im Untergrund des klägerischen Grundstücks brachte die Beklagte 2 ohne Zustimmung der Kläger insgesamt 18 Erdnägel mit einer Gesamtlänge von 132 Laufmetern ein (act. 1 S. 3 und 5; act. 19 S. 1; Prot. I [=Verfahren EU090047] S. 3; act. 40 Rz 5).

2.1 Die Kläger machten mit Eingaben vom 26. und 27. Mai 2009 sowie im Sinne einer Klageänderung mit Eingabe vom 18. Juni 2009 ein Befehlsverfahren

gemäss § 222 Ziff. 2 ZPO/ZH mit den vorstehend wiedergegebenen (ursprünglichen) Rechtsbegehren anhängig (act. 1 und 12), welche sie auf Art. 928 ZGB und Art. 641 ZGB stützten (Prot. I S. 5). Die Beklagten beantragten Nichteintreten, eventualiter Abweisung der klägerischen Anträge (act. 19). Mit Verfügung vom 12. August 2009 trat der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen auf die Befehlsbegehren nicht ein; in Bezug auf den Baukran mit der Begründung, dass die Baukommission der Gemeinde E. \_\_\_\_\_ am tt.mm.2009 bereits über die Inanspruchnahme des Luftraums über dem klägerischen Grundstück durch den Baukran entschieden habe, weshalb im Befehlsverfahren kein Raum für einen weiteren Entscheid bleibe und bezüglich der Erdnägel mit der Begründung, dass die Verankerung der Baugrube als typische Beanspruchung im Sinne von § 229 PBG gelte und diese Bestimmung somit auch auf die Erdnägel, welche nach Beendigung der Bauarbeiten wieder entfernt werden könnten, Anwendung finde, weshalb für die Frage der Zulässigkeit des Anbringens von Erdnägeln im Nachbargrundstück die örtliche Baubehörde zuständig sei (act. 23, Verfahren EU090047).

2.2 Gegen diesen Entscheid erhoben die Kläger hierorts Rekurs mit dem Begehren, es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und es sei den Beklagten zu befehlen, die Erdnägel unverzüglich und vollständig aus ihrem Grundstück zu entfernen (act. 44/1, Verfahren NL090136). Mit Beschluss vom 7. Dezember 2009 merkte die Kammer die Teilrechtskraft des vorinstanzlichen Entscheides – Einstellung Kranbetrieb und Entfernung Baukran – vor und wies den Rekurs hinsichtlich des Nichteintretensentscheides bezüglich des Begehrens um Entfernung der Erdnägel ab (act. 29).

2.3 Die gegen diesen Beschluss erhobene Nichtigkeitsbeschwerde der Kläger wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich mit Zirkulationsbeschluss vom 22. Oktober 2010 ab (act. 30, Verfahren AA100002). Mit Eingabe vom 25. November 2010 gelangten die Kläger an das Bundesgericht und beantragten, es sei der Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichtes und der Beschluss des Obergerichtes aufzuheben und es sei den Beklagten zu befehlen, die Erdnägel unverzüglich und vollständig aus ihrer Liegenschaft zu entfernen, eventualiter sei

die Sache an das Obergericht oder das Bezirksgericht zurückzuweisen. Die Beklagten beantragten Nichteintreten auf die Beschwerde, eventualiter Abweisung und subeventualiter Abschreibung der Beschwerde wegen Gegenstandslosigkeit; Letzteres zufolge des von den Klägern am 23. November 2011 unterbreiteten und von der Beklagten 2 am 29. November 2011 unterzeichneten Vergleichs (act. 32 S. 2 f.). Das Bundesgericht bejahte die sachliche Zuständigkeit der Zivilgerichte mit der Begründung, dass die kantonalen Baubehörden gestützt auf § 229 f. PBG die ausschliessliche Zuständigkeit beanspruchen, anstelle der Zivilgerichte darüber zu entscheiden, ob die Inanspruchnahme von Drittgrundstücken für Bauarbeiten zivilrechtlich zulässig sei. Diese Vorschriften würden sich jedoch an den Ansprecher, d.h. den Bauherrn, richten, die Abwehrrechte des Grundeigentümers, der durch Bauarbeiten in seinem Besitz gestört oder in seinem Eigentumsrecht verletzt werde, jedoch nicht einschränken. Dieser könne wahlweise an die Baubehörde gelangen oder seine privatrechtlichen Ansprüche vor den Zivilgerichten einklagen (act. 32 S. 7 f.). Sodann erwog das Bundesgericht, dass der zwischen den Klägern und der Beklagten 2 am 23./29. November 2010 geschlossene Vergleich das Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht nicht beende, einem allfälligen Rechtsstreit vor den ordentlichen Gerichten über den Inhalt und Umfang der Vereinbarung mit den entsprechenden Ausführungen, die lediglich die Gegenstandslosigkeit des bundesgerichtlichen Verfahrens betreffen, jedoch nicht vorgegriffen werde (act. 32 S. 10). Mit Urteil vom 28. März 2011 hiess das Bundesgericht die Beschwerde der Kläger gut, soweit darauf eingetreten wurde, hob den Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichtes vom 22. Oktober 2010 auf und wies die Sache an den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen zum Entscheid über die Erteilung eines Befehls im Sinne von § 222 Ziff. 2 ZPO/ZH zurück (act. 32 S. 12.). Zur Neuverlegung der Kosten und Entschädigungen der kantonalen Rechtsmittelverfahren wurde die Sache an das Obergericht des Kantons Zürich zurückgewiesen (act. 32 S. 11). Mit Beschluss vom 1. Juli 2011 nahm die Kammer die Neuverlegung der Kosten und Entschädigungen vor und sandte die Akten an das Bezirksgericht Horgen (act. 33 = act. 44/25).

3. Gestützt auf die Akten im Verfahren EU090047 verfügte die Vorinstanz am 24. August 2011 im vorerwähnt wiedergegebenen Sinne (act. 34). Gegen diese Verfügung liessen die Beklagten mit Eingabe vom 5. September 2011 rechtzeitig (Erst-)Berufung mit den vorstehenden Anträgen erheben (act. 35/2; act. 40). Gleichentags liessen auch die Kläger rechtzeitig (Zweit-)Berufung gegen die vorerwähnte Verfügung erheben (act. 35/1; act. 58/39). Die Berufung der Kläger wurde als separates Verfahren unter der Prozessnummer LF110102 angelegt. Beide Berufungsschriften wurden der jeweiligen Gegenpartei zugestellt. Mit Eingabe vom 28. Oktober 2011 erstatteten die Kläger die (Erst-)Berufungsantwort (act. 50). Die Beklagten verzichteten mit Schriftsatz vom 27. Oktober 2011 auf (Zweit-)berufungsantwort und erklärten Distanzierung vom Verfahren LF110102 (act. 58/49). Beide Eingaben sowie die Noveneingabe der Beklagten vom 28. November 2011 (act. 53) wurden der jeweiligen Gegenpartei zur Kenntnis gebracht (act. 51; act. 55; act. 58/50), welche sich hiezu unaufgefordert äusserten (act. 52; act. 56). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1 - 37).

## **II. Prozessuales**

### 1. Prozessvereinigung

Gemäss Art. 125 lit. c ZPO kann das Gericht zur Vereinfachung der Verfahren selbständig eingereichte Klagen bzw. Berufungen vereinigen. Die Vereinigung ist aus Gründen der Prozessökonomie dann angezeigt, wenn die Klagen einen sachlichen Zusammenhang aufweisen. Gegenstand der beiden Rechtsmittelverfahren ist derselbe Entscheid zwischen denselben Parteien, weshalb der enge Sachzusammenhang zwischen den beiden Verfahren gegeben ist. Beide Verfahren befinden sich zudem im gleichen Stadium. Das Berufungsverfahren LF110102 ist daher mit dem vorliegenden Berufungsverfahren LF110101 zu vereinigen und unter der letzteren Verfahrensnummer weiterzuführen. Das Verfahren LF110102 ist als dadurch erledigt abzuschreiben.

### 2. Anwendbares Recht

2.1 Die Vorinstanz, bei welcher die vorliegende Streitsache im Jahre 2009 und somit vor Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 anhängig gemacht wurde, erwog, dass im Falle einer Rückweisung durch die Rechtsmittelinstanz für die Fortsetzung des Verfahrens bisheriges Recht weiter gelte, da der Prozess in die Lage zurückversetzt werde, in der er sich vor Ausfällung des angefochtenen Entscheides befunden habe, er somit nicht zum Abschluss gekommen sei. Folglich prüfte die Vorinstanz die Voraussetzungen des beantragten Befehls nach § 222 Ziff. 2 ZPO/ZH (act. 34 S. 4 f.).

2.2 Zur Frage des anwendbaren Rechts im Falle einer Rückweisung der Sache an eine Vorinstanz hielt das Bundesgericht im Entscheid 4A\_471/2011 vom 17. Januar 2012 E. 3.3 fest:

„Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Das Verfahren vor einer Instanz wird durch einen rechtskräftigen Endentscheid abgeschlossen. Wird ein Entscheid in einem Verfahren durch eine Rechtsmittelinstanz aufgehoben und zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen, wird damit das Verfahren vor dieser Instanz nicht abgeschlossen, sondern in den Stand zurückversetzt, in welchem es sich vor der Ausfällung des angefochtenen Entscheids befunden hat (FREI/ WILLISEGGER, in: Basler Kommentar, ZPO, 2010, N. 13 zu Art. 404 BGG; a.M. IVO SCHWANDER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Alexander Brunner und andere [Hrsg.], 2011, N. 29 zu Art. 404 ZPO). Demnach muss gemäss dem Grundsatz der Einheit der Instanz bei der Wiederaufnahme des Verfahrens nach einem Rückweisungsentscheid das bisherige Verfahrensrecht weiterhin Anwendung finden (Urteil 4A\_225/2011 vom 15. Juli 2011 E. 2.2; FRIDOLIN WALTER, Das Übergangsrecht zur neuen ZPO - offene Fragen und mögliche Antworten, SZZP 4/2010, S. 409 ff., 414; DENIS TAPPY, Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure civile unifiée, JdT 2010 III, S. S. 11 ff., 26; a.M. SCHWANDER, a.a.O., N. 29 zu Art. 404 ZPO; Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich NK 100014 vom 12. Januar 2011 E. 7, in: ZR 110/2011 S. 8 ff. Nr. 6, der insoweit Art. 453 Abs. 2 StPO auch bei Zivilverfahren analog anwenden will).“

2.3 Die Kammer hat bislang anders entschieden und sich im Falle der Rückweisung der Sache durch eine Rechtsmittelinstanz für die Anwendung des neuen Rechts ausgesprochen (OGerZH LB110001 vom 10. Januar 2011, OGerZH NK100014 vom 12. Januar 2011, OGerZH PS110023 vom 14. März 2011, zuletzt OGerZH LB110077 vom 20. März 2012). Für sie ist ausschlaggebend, dass der Gesetzgeber neues Verfahrensrecht eher früher als später angewendet

wissen will und namentlich, dass er nur ein Jahr vor der Verabschiedung der ZPO die analoge Frage in der StPO ausdrücklich zu Gunsten des neuen Rechts entschieden hat.

2.4 Im vorliegenden Fall ist diese Frage jedoch insofern von untergeordneter Bedeutung, als für Zürich das neue Recht in Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen) im Vergleich zur analogen Bestimmung in § 222 Ziff. 2 ZPO/ZH (Befehlsverfahren) keine Änderung gebracht hat. So erfolgt die Prüfung des Begehrens nach der alten wie auch nach der neuen Bestimmung im summarischen Verfahren unter Beschränkung der Beweismittel (Art. 248 lit. b, Art. 254 und Art. 257 ZPO; § 209 Abs. 2 ZPO/ZH) und müssen für dessen Gutheissung einerseits unstreitige oder sofort beweisbare Tatsachen und andererseits klares Recht vorliegen (Art. 257 Abs. 1 ZPO; § 222 Ziff. 2 ZPO/ZH), andernfalls auf das Begehren um Erteilung eines Befehls nicht einzutreten und die klagende Partei in das ordentliche Verfahren zu verweisen ist (Art. 257 Abs. 3 ZPO; § 226 ZPO/ZH). Im Weiteren kann zum Inhalt von § 222 Ziff. 2 ZPO/ZH, um Wiederholungen zu vermeiden, auf die zutreffenden rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 23 S. 7 f.).

### **III. Materielles**

#### **A. Rechtliches**

1. Umstritten ist im vorliegenden Fall, ob das Anbringen von Erdnägeln in das Erdreich eines Nachbargrundstücks im Rahmen der Erstellung einer Baute durch § 229 PBG gerechtfertigt ist oder ob dieser Eingriff eine ungerechtfertigte Eigentums- bzw. Besitzesstörung im Sinne von Art. 641 ZGB und Art. 928 ZGB darstellt (Prot. I S. 5).

2. Eine ungerechtfertigte Einwirkung auf das Eigentum bzw. Besitzesstörung durch verbotene Eigenmacht liegt dann nicht vor, wenn die Störung vom Eigentümer bzw. Besitzer erlaubt wurde oder wenn der Störer zu seinem Tun aufgrund gesetzlicher Vorschrift berechtigt ist. Derartige Erlaubnisnormen können auf der Grundlage von Vorschriften bestehen, die die Kantone im Rahmen der Vor-

behalte in Art. 686 Abs. 2 ZGB (Baurecht) und in Art. 695 ZGB (Zutrittsrecht) erlassen haben (vgl. BSK ZGB II-Ernst, 4. Aufl., Basel 2011, N 19 der Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB). So erliess der Kanton Zürich gestützt auf Art. 695 ZGB das in den §§ 229 f. PBG statuierte sog. Hammerschlags- oder Leitrecht. Gemäss § 229 PBG ist jeder Grundeigentümer berechtigt, Nachbargrundstücke zu betreten und vorübergehend zu benutzen, soweit es für die Erstellung von Bauten *nötig* ist und soweit dadurch das Eigentum des Betroffenen *nicht unzumutbar gefährdet oder beeinträchtigt* wird. Dieses Recht ist möglichst schonend und gegen volle Entschädigung auszuüben. Obwohl Art. 695 ZGB nur von der Befugnis, das Nachbargrundstück zu betreten, spricht, ist gemäss Bundesgericht ohne weiteres anzunehmen, dass sich eine kantonale Regelung auch insoweit auf diese Bestimmung stützen kann, als sie ein Recht zur vorübergehenden Benützung der nachbarlichen Liegenschaft vorsieht (BGE 104 II 166 E. 3.c; Ernst, a.a.O., N 19 der Vorbem. zu Art. 926-929 ZGB). Die §§ 229 f. PBG sind für alle typischen Beanspruchungen anwendbar, die im Rahmen von Bauarbeiten denkbar sind, worunter auch die Baugrubensicherung fällt (Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, Band 2, 5. Aufl., Zürich 2011, S. 554 Ziff. 11.6.1.3).

#### B. Zulässigkeit der Störung während der Bauzeit

1. Vorweg ist festzuhalten, dass unbestritten ist, dass die Bauarbeiten der Beklagten 2 auf dem Grundstück der Beklagten 1 mittlerweile beendet sind (act. 53, 54/1 und 56). Dies lässt jedoch das Interesse der Kläger an der Prüfung des strittigen Eingriffs in ihr Eigentum bzw. ihren Besitz während der Bauzeit nicht gänzlich dahinfallen.

2. Die Vorinstanz erachtete die tatsächlichen Verhältnisse als nicht streitig und bejahte gestützt auf § 229 PBG das Vorliegen klaren Rechts im Sinne von § 222 Ziff. 2 ZPO/ZH. So sei unbestritten, dass die Erdnägel ohne Zustimmung der Beklagten (recte: Kläger) im Boden des Grundstücks angebracht worden seien, dessen Eigentümer und Besitzer die Kläger seien. In diesem Sinne wurde erwogen, dass die Beklagten gestützt auf § 229 PBG grundsätzlich das Recht gehabt hätten, während der Bautätigkeit auf das klägerische Grundstück einzuwirken und auf dieses zuzugreifen. Die Erdnägel seien unbestrittenermassen zur Si-

cherung der Baugrube angebracht worden. Ob sie auch mit Bezug auf den Kranstandort angebracht worden seien (so die Kläger), könne offen bleiben, da die Beseitigung des Krans nicht mehr Verfahrensgegenstand sei. Das Graben einer Baugrube und deren Sicherung seien zur Erstellung einer grösseren Baute notwendig und damit unvermeidbar. Die Kläger hätten nicht behauptet, dass das Anbringen der Erdnägel ihr Grundstück gefährdet hätte bzw. aktuell gefährden würde. Auch eine unmittelbare unzumutbare Beeinträchtigung sei nicht geltend gemacht worden. Während der Bautätigkeit der Beklagten sei die Besitzes- und Eigentumsstörung durch die Erdnägel gestützt auf objektives Recht bzw. § 229 PBG zulässig gewesen und die Erteilung des beantragten Befehls während der Bautätigkeit somit ausgeschlossen (act. 23 S. 9 f.).

3. Die Kläger stellen sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass das Einbringen von Baumaterial bzw. die Beanspruchung eines Drittgrundstücks mit Erdnägeln nicht durch § 229 PBG gedeckt sei. Überdies erfordere deren Entfernung anerkanntermassen einen Aushub auf dem klägerischen Grundstück, was einen massiven Eingriff in dessen Substanz darstelle, wenn auch erst nach Abschluss der Bauarbeiten. Angesichts dieser Sachlage könne den Klägern nicht ernsthaft vorgeworfen werden, sie hätten nicht dargetan, dass die Erdnägel ihr Grundstück während der Bauzeit gefährden oder unzumutbar beeinträchtigen. Von einer vorübergehenden Beanspruchung könne angesichts des nötigen Eingriffs für deren Rückgängigmachung nicht ernsthaft gesprochen werden. Dass dieser Eingriff in die Substanz erst nach Abschluss der Bauarbeiten stattfindet, ändere nichts an dessen Unzulässigkeit (act. 58/39 Rz 4, 11-16; act. 50 Rz 4, 9, 28).

4. Die Beklagten halten dafür, dass der relevante Sachverhalt für die Beurteilung der Zulässigkeit der Störung während sowie insbesondere nach der Bautätigkeit strittig sei sowie im vorliegenden Fall kein klares Recht vorliege und somit die Voraussetzungen gemäss § 222 Ziff. 2 ZPO/ZH nicht gegeben seien (act. 40 Rz 18 und 22). Des Weiteren machen sie geltend, dass keine verbotene Eigenmacht vorgelegen habe, als die Erdnägel in das Erdreich eingeführt worden seien, da die Inanspruchnahme des klägerischen Grundstücks gestützt auf § 229

PBG erlaubt gewesen sei. Es sei allgemein bekannt, dass sich Erdnägel normalerweise wieder entfernen lassen, sobald sie zur Baugrubensicherung nicht mehr benötigt würden. Davon seien auch sie, die Beklagten, ausgegangen, was unbestritten geblieben sei. Sie seien davon ausgegangen, dass sich die Erdnägel herausziehen liessen (act. 40 Rz 5 mit Verweis auf act. 34 S. 7 sowie act. 40 Rz 28). Gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO wurde sodann vorgebracht, die Beklagte 2 habe am 12./13. August 2010 (somit noch während des hängigen Verfahrens vor Kassationsgericht, Anmerkung des Gerichts) versucht, die ohne Zustimmung der Kläger eingebrachten Erdnägel durch ein darauf spezialisiertes Unternehmen herausreißen zu lassen. Die mehrmaligen Versuche seien jedoch trotz Einsatz von 35 Tonnen Zugkraft gescheitert. Die Erdnägel seien abgebrochen und hätten nicht entfernt werden können (act. 40 Rz 6 - 8).

5.1.1 Die Darstellungen der Parteien (welche ihre Behauptungen im erstinstanzlichen Verfahren vor allem auf den Kranstandort fokussierten), zur Installation der Erdnägel sind im sachrelevanten Punkt, nämlich ob die Erdnägel bloss vorübergehend oder auf Dauer eingesetzt wurden, umstritten. Nicht erwiesen und lediglich unsubstantiiert wurde von den Klägern behauptet, dass die Erdnägel dauernd seien und keine vorübergehende Beanspruchung im Sinne von § 229 PBG vorliege. Man könne die Erdnägel herausnehmen, dies sei aber mit Aufwand verbunden (Prot. I S. 5). Der nicht offensichtlich haltlose Einwand der Beklagten (zu den Anforderungen an den Einwand im Verfahren nach Art. 257 ZPO vgl. ZR 110/2011 Nr. 59; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 3 zu § 226 ZPO/ZH), die zur Baugrubensicherung eingebrachten Erdnägel würden die Substanz des klägerischen Grundstücks in keiner Weise beeinträchtigen und könnten nach Abschluss der Bauarbeiten wieder entfernt werden, weshalb eine nach § 229 PBG gerechtfertigte vorübergehende Beanspruchung des klägerischen Grundstücks vorliege (Prot. I S. 7; act. 19 S. 6), machten das klägerische Begehren illiquid, da dieser Einwand von den Klägern vor Vorinstanz nicht sofort als unzutreffend entkräftet werden konnte.

5.1.2 Dass der nicht näher substantiierte Aufwand im Zuge der Entfernung der Erdnägel für die Frage, ob ein solcher Eingriff von § 229 PBG noch erfasst sein kann, entscheidend ist, haben auch die Kläger erkannt und machen erstmals im Berufungsverfahren geltend, die Rückgängigmachung bzw. die Entfernung der Erdnägel sei nur durch einen Aushub auf dem klägerischen Grundstück bis auf die Tiefe der untersten Nagellage und damit durch einen massiven Eingriff in die Substanz des Grundstücks möglich. Dies hätte auch die Beklagten anlässlich der Hauptverhandlung mit den Worten „bei einem Aushub wie eine Wurzel entfernt werden“, anerkannt (act. 50 Rz 4 und 28; act. 58/39 Rz 11). Diese Tatsachenbehauptung ist ein unechtes Novum und erfolgte verspätet, zumal die Kläger nicht darlegen, weshalb sie diese nicht schon vor Vorinstanz haben vorbringen können (Art. 317 Abs. 1 ZPO). In diesem Sinne geht auch die Kritik der Kläger am angefochtenen Entscheid fehl, es könne ihnen nicht ernsthaft vorgeworfen werden, sie hätten nicht dargetan, dass die Erdnägel ihr Grundstück während der Bauzeit gefährden oder unzumutbar beeinträchtigen (act. 58/39 Rz 11 f.). Doch selbst wenn die neue klägerische Behauptung im Berufungsverfahren berücksichtigt würde, bliebe es bei der Illiquidität des Sachverhaltes.

5.1.3 Dass diese neue Behauptung von den Beklagten anerkannt worden sei, kann dem vorinstanzlichen Protokoll so nicht entnommen werden. So führten die Kläger anlässlich der Hauptverhandlung aus, dass sie einen Lift und ein Untergeschoss planen und dabei auf der ganzen Höhe der Baugrube durch die Erdnägel beeinträchtigt würden. Hierauf erwiderten die Beklagten: „Zur Beeinträchtigung durch die Erdnägel: [...] Sie beeinträchtigen auch keinen Bau. Ein entspannter Nagel kann bei einem Aushub wie eine Wurzel entfernt werden.“ (Prot. I S. 7). Dass die Beklagten, welche vor Vorinstanz geltend machten, dass die Erdnägel weder die Nutzung noch die Substanz des klägerischen Grundstücks in irgendeiner Weise beeinträchtigen, damit anerkannt hätten, dass eine Entfernung ausschliesslich durch einen Aushub auf dem klägerischen Grundstück möglich sei, welche Problematik von den Klägern erstmals im Berufungsverfahren vorgebracht wurde, ist nach dem Gesagten zu verneinen und wurde nach dem entsprechenden Vorbringen der Kläger im Berufungsverfahren im Rahmen der Wahrung des rechtlichen Gehörs von den Beklagten auch umgehend bestritten (act. 53).

5.2 Im vorliegenden Fall ist auch der Verweis der Kläger in der Berufungsschrift auf BGE 5A\_176/2009 E. 5.4 unbehelflich (act. 58/39 Rz 14). In jenem Entscheid erachtete das Bundesgericht die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach es sich bei der Einlassung von Erdankern um eine bundesrechtswidrige Einwirkung auf das Nachbargrundstück handle, selbst wenn sie nur vorübergehend angebracht worden seien, als nicht willkürlich (a.a.O. E. 5.4). Sodann wurde erwo-gen, dass sich die vorübergehende Nutzung als unrealistisch erweise. Wie die erste Instanz ausgeführt habe, dessen Überlegungen vom Obergericht durch Verweisung übernommen worden seien, würden solche Anker, die auch das Erdreich ausserhalb der Anker mit hineingepresstem Material stabilisieren, nicht bloss vorübergehend eingesetzt, weshalb ihre Schlussfolgerung gesamthaft betrachtet nicht willkürlich sei. Damit halte auch der rechtliche Schluss, der Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 79o EGZGB/BE (Recht auf vorübergehende Benutzung eines fremden Grundstücks zur Errichtung einer Baute) sei nicht anwendbar, vor Art. 9 BV stand (a.a.O., E. 6.1.2). Im vorliegenden Befehlsverfahren ist aber gerade der Verwendungszweck der in Frage stehenden Erdnägel (dauernde oder vorübergehende Sicherung) umstritten und blieb unbewiesen. Sodann legen die Kläger mit keinem Wort dar, inwiefern Erdnägel mit Erdankern gleich zu setzen seien. Auch der klägerische Verweis auf BGE 5A\_655/2010 hilft vorliegend nicht (act. 58/39 Rz 15), hatte in jenem Fall das Bundesgericht gerade nicht zu prüfen, ob der Eingriff (unterirdisch auf das Nachbargrundstück hineinragender Beton) gestützt auf eine kantonale rechtliche Norm gerechtfertigt sein könnte.

5.3 Ob die von den Beklagten vorgebrachten, sich nach ihrem letzten Vortrag anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 7. Juli 2009 ereigneten und erstmals im vorliegenden Berufungsverfahren vorgebrachten gescheiterten Ausreissversuche vom 12./13. August 2010 als echte Noven zulässig sind oder ob die Beklagten diese unmittelbar nach dem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts vom 28. März 2011 bzw. dem Kostenentscheid des Obergerichts vom 1. Juli 2011 (so die Kläger, act. 50 Rz 7) mit unaufgeforderter Eingabe bereits bei der Vorinstanz, welche den angefochtenen Entscheid nach der Rückweisung ohne weitere prozessuale Schritte gefällt hatte, hätten geltend machen müssen, braucht an dieser Stelle nicht abschliessend beurteilt zu werden. Dass indes

die Erdnägel beim Ausreissversuch zerbrochen sind und trotz Zugkraft von 35 Tonnen nicht entfernt werden konnten, ist unbestritten. Dies kann zwar Indiz, entgegen dem Dafürhalten der Kläger jedoch nicht Beweis dafür bilden, dass keine vorübergehende Beanspruchung vorliege bzw. sich die Erdnägel von allem Anfang an nicht hätten ohne Substanzveränderungen auf dem klägerischen Grundstück entfernen lassen (act. 50 Rz 9). Ebenso verhält es sich mit der von den Klägern nicht unterzeichneten Vereinbarung zum Belassen der Erdnägel in ihrem Grundstück. Die Abklärung dieser Umstände kann nur im ordentlichen Verfahren erfolgen.

6. Nach dem Gesagten ist der Umfang der vorliegenden Inanspruchnahme des klägerischen Grundstücks umstritten und blieb unbewiesen, ob das Einbringen der Erdnägel im klägerischen Grundstück dauerhaft bzw. derart angelegt war, dass (von Anbeginn) keine Möglichkeit der Entfernung ohne erheblichen Eingriff in die Substanz des klägerischen Grundstücks bestand. Ob dies zutrifft, wäre in einem allfälligen ordentlichen Verfahren beweismässig abzuklären. Somit kann in tatsächlicher Hinsicht nicht von liquiden Verhältnissen ausgegangen werden. Vor diesem Hintergrund lässt sich auch nicht beurteilen, ob die strittige Beanspruchung im Lichte von § 229 PBG während der Bautätigkeit der Beklagten gerechtfertigt war.

### C. Zulässigkeit der Störung nach Beendigung der Bautätigkeit / Rechtsmissbrauch

1.1 Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und – was bei echten Noven definitionsgemäss immer der Fall ist – trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor Vorinstanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Mit der Noveneingabe vom 28. November 2011 führten die Beklagten aus, sie hätten gleichentags erfahren (act. 53), dass die Kläger seit Herbst 2011 ein Bauvorhaben auf ihrem Grundstück realisieren und zwecks Sicherung der Baugrube Erdnägel und Erdanker teilweise in den Bereich ihres Grundstücks eingebracht haben, in welchem sich die von der Beklagten eingebrachten Erdnägel befinden (act. 53). Dies wurde von den Klägern nicht bestritten (act. 56). Bei dieser Sach-

lage, so die Beklagten, sei die von den Klägern beantragte umgehende Entfernung der Erdnägel rechtsmissbräuchlich (act. 53). Dem halten die Kläger entgegen, sie hätten es nicht zu vertreten, dass es zufolge falscher Annahme der Zürcher Gerichte über die sachliche Zuständigkeit der Zivilgerichte im vorliegenden Verfahren über zwei Jahre gedauert habe, bis ein materielles Urteil der ersten Instanz vorgelegen habe. Dass die laufenden Bauarbeiten und die dafür eingebrachte Baugrubensicherung es den Beklagten erschweren dürften, die Erdnägel aus dem Erdreich ihres Grundstücks, der Kläger, zu entfernen, weil dabei ihre Baugrubensicherung nicht beeinträchtigt werden dürfe, liesse sich nicht von der Hand weisen, dies hätten jedoch nicht die Kläger zu vertreten. Wären die Erdnägel im Sommer 2009 antragsgemäss entfernt worden, stünden die Beklagten heute nicht vor diesem Problem (act. 56).

1.2 Vorweg ist festzuhalten, dass die Frage des Rechtsmissbrauchs im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB sich nur und erst stellt, wenn den Klägern ein Anspruch überhaupt zusteht, denn nur dann kann gefragt werden, ob dessen Durchsetzung ihnen unter den gegebenen besonderen Umständen als zweckwidrig, eben offenbar rechtsmissbräuchlich, verweigert werden muss (vgl. BSK ZGB I-Honsell, 4. Aufl., Basel 2010, N 24 f., 38 f. Art. 2 ZGB). Dass der strittige Eingriff grundsätzlich nicht unter Art. 641 ZGB und Art. 928 ZGB fällt, machen die Beklagten im Berufungsverfahren nicht (mehr) geltend. Sodann ist klar, dass § 229 PBG nach Beendigung der Bautätigkeit keine Anwendung mehr finden kann.

1.3 Bei der Annahme von klarem Recht im Zusammenhang mit Rechtsmissbrauch ist Zurückhaltung geboten, allerdings kann insoweit klares Recht gegeben sein, als Rechtsmissbrauch klarerweise vorliegt bzw. nicht gegeben ist (vgl. Viktor Lieber, Handhabung und Verletzung klaren Rechts, in Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, S. 223). Dies erscheint vorliegend fraglich. Die Kläger werden die im Rahmen des von ihnen realisierten Baus eingebrachten Erdanker und Erdnägel nach Bauvollendung entweder im Untergrund ihres Grundstücks belassen oder entfernen. Ob im ersten Fall das Begehren der Kläger auf Entfernung der von den Beklagten eingebrachten Erdnägel an sich und im zweiten Fall jedenfalls unab-

hängig von der Bauvollendung und damit dem Zeitpunkt der Entfernung der von den Klägern eingebrachten Erdnägel und Erdanker verlangt werden kann, ist zweifelhaft, zumal nicht geltend gemacht wird, die Erdnägel würden das klägerische Bauprojekt beeinträchtigen. Vielmehr haben die Kläger unbestrittenermassen auf die separate Lifterschliessung, welche im Bereich der von den Beklagten eingebrachten Erdnägel vorgesehen war, im Rahmen des realisierten Baus verzichtet (act. 40 Rz 33; act. 50 Rz 42 f.). Ob unter den vorliegenden Umständen die Kläger die Entfernung der Erdnägel wie beantragt verlangen können, ohne dass Rechtsmissbrauch anzunehmen wäre, erscheint damit zumindest unklar und es kann diesbezüglich nicht von klarem Recht ausgegangen werden.

2.1 Die Berufung der Beklagten auf rechtmisbräuchliches Verhalten der Kläger wurde ihnen von der Vorinstanz mit der Begründung der eigenen Bösgläubigkeit – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – zu Unrecht aberkannt.

2.2 Die Vorinstanz qualifizierte die im klägerischen Grundstück eingebrachten Erdnägel als ungerechtfertigte Einwirkung auf deren Grundstück, welche nach Beendigung der Bautätigkeit der Beklagten nicht mehr vom Rechtfertigungsgrund gemäss § 229 PBG erfasst sei. Da es sich um einen direkten Eingriff handle, seien keine Verhältnismässigkeitsüberlegungen anzustellen zwischen dem den Besitzern bzw. Eigentümern zugefügten Nachteil und die dem Störer entstehenden Kosten der Entfernung. Eine solche Interessenabwägung sei abgesehen von Fällen des krassen Rechtsmissbrauchs nicht vorzunehmen. Ein Rechtsmissbrauch seitens der Kläger sei vorliegend nicht ersichtlich. Weder bedürfe es eines aktuellen Interesses der Kläger an der Beseitigung der Erdnägel noch müssten sie dulden, dass Erdnägel in ihrem Grundstück verbleiben, denn das Eigentum an Grund und Boden erstrecke sich gemäss Art. 667 ZGB nach oben und unten. Überdies sei den Beklagten die Berufung auf den Rechtsmissbrauch wegen ihrer eigenen Bösgläubigkeit verwehrt. So habe zumindest die Beklagte 2 als Bauunternehmerin gewusst, dass mit dem Einbringen der Erdnägel das klägerische Eigentums- und Besitzesrecht verletzt werde, habe sie doch selber in ihrem Vergleichsvorschlag eingeräumt, die Erdnägel zu entsorgen, sofern diese in den nächsten zwei Jahren aus dem Grundstück entfernt werden sollten. Dieses Wissen sei der Be-

klagten 1 anzurechnen, da die Beklagte 2 als deren Beauftragte gehandelt habe. Diese Rechtslage sei im Sinne von § 222 Ziff. 2 ZPO/ZH klar.

2.3 Wie von den Beklagten zu Recht moniert, ging die Vorinstanz fälschlicherweise davon aus, dass der erwähnte Vergleichsvorschlag von den Beklagten ausging. Vielmehr ist aktenkundig, dass die Initiative hiezu von den Klägern ausging (act. 32 E. 4). Andererseits setzt sich die Vorinstanz mit ihrer Argumentation, die Beklagte 2 habe als Bauunternehmerin gewusst, dass sie mit dem Einbringen der Erdnägel das Eigentums- und Besitzesrecht der Kläger verletzte, in Widerspruch zur eigenen Feststellung, wonach dieser Eingriff während der Bautätigkeit und somit im Zeitpunkt des Einbringens gestützt auf § 229 PBG gerechtfertigt gewesen sei. Die Frage nach der Rechtsmissbräuchlichkeit des klägerischen Verhaltens ist insofern von Bedeutung, als bei deren Bejahung eine Interessenabwägung vorzunehmen wäre und sich die Beklagten, wie zu Recht geltend gemacht, auf ein Missverhältnis zwischen dem Nachteil der Einwirkung und den Kosten für deren Behebung (nachdem die Erdnägel unbestrittenermassen gebrochen sind) berufen könnten (act. 40 Rz 19).

3.1 Auf die weiteren Umstände im Zusammenhang mit dem Vergleich, welche schon im bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheid thematisiert wurden, ging die Vorinstanz nicht ein.

3.2 In ihrer Berufungsschrift rügen die Beklagten, dass sich seit dem Nichteintretensentscheid der Vorinstanz vom 12. August 2009 neue, in der Sache relevante Tatsachen ereignet hätten, welche die Vorinstanz nach der Rückweisung durch das Bundesgericht gestützt auf die Prozessakten aus dem Jahre 2009 bei ihrem materiellen Entscheid über die Streitsache mit Verfügung vom 24. August 2011 offenbar nicht gekannt und daher nicht habe berücksichtigen können oder unrechtmässig nicht berücksichtigt habe. So habe die Beklagte 2, nachdem der Versuch die Erdnägel auszureissen gescheitert sei, das Gespräch mit den Klägern gesucht, um eine Einigung über das Belassen der Erdnägel im Erdreich zu erzielen und um zu erreichen, dass die Kläger den Strafantrag wegen Sachbeschädigung gegen ihren Mitarbeiter F. \_\_\_\_\_ zurückziehen. Der klägerische Rechtsvertreter, Rechtsanwalt lic. iur. Z. \_\_\_\_\_, habe der Beklagten 2 am 23. No-

vember 2010 einen Vergleichsvorschlag unterbreitet, welchen diese am 29. November 2010, ohne die Beklagte 1 zu informieren, unterzeichnet habe. Dieser sehe vor, dass die Beklagte 2 den Klägern Fr. 20'000.-- bezahle und sich dazu verpflichte, für die fachgerechte Entsorgung der Erdnägel im klägerischen Grundstück besorgt zu sein, sofern diese innerhalb der nächsten zwei Jahre aus dem Grundstück entfernt und fachgerecht entsorgt werden müssten. Im Gegenzug würden die Kläger den Strafantrag und die Strafanzeige wegen Sachbeschädigung gegen Herrn F. \_\_\_\_\_ zurückziehen. Sodann wurde festgehalten, dass sich die Parteien per Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt erklären. Die damals nicht anwaltlich vertretene Beklagte 2 sei davon ausgegangen, dass die Saldoklausel auch das vorliegende Zivilverfahren erfasse. Vielmehr hätten die Kläger jedoch zwei Tage nach Versand des Vergleichsvorschlags bzw. am 25. November 2010 Beschwerde beim Bundesgericht erhoben und diese auch nach Unterzeichnung des Vergleichs durch die Beklagte am 29. November 2010 nicht zurückgezogen. Dieses Vorgehen sei rechtsmissbräuchlich (act. 40 Rz 9 f., 12-15).

3.3 Die Kläger stellen sich auf den Standpunkt, dass der von den Beklagten vorgebrachte neue Sachverhalt nicht entscheiderelevant sei. Darüber hinaus seien die Vorbringen verspätet, da sie spätestens nach Ergehen des obergerichtlichen Rückweisungsentscheides vom 1. Juli 2011 in einer entsprechenden Eingabe an die Vorinstanz vorzutragen gewesen wären (act. 50 Rz 5, 7). Lediglich der Vollständigkeit halber sei jedoch anzufügen, dass der von den Klägern im Rahmen eines Strafverfahrens abgeschlossene Vergleich mit der Beklagten 2 keine Auswirkungen auf das vorliegende zivilrechtliche Verfahren habe. Die Kläger seien im Strafverfahren durch einen anderen Rechtsanwalt vertreten gewesen und wenn die Beklagte 2 im Strafverfahren ohne anwaltlichen Beistand und ohne die Beklagte 1 einzubeziehen über die Erledigung des Strafverfahrens verhandelt habe, dann habe sie sich die auf das Strafverfahren und ihre Person beschränkte Wirkung der getroffenen Vereinbarung selber zuzuschreiben (act. 50 Rz 10 f., 14-16, 20, 31).

3.4 Selbst wenn der Vergleich vom 23./29. November 2010 zwischen den Klägern und der Beklagten 2 im vorliegenden Rechtsmittelverfahren zu berücksichtigen wäre, wäre die Prüfung des Inhalts sowie des Umfangs und die sich in diesem Zusammenhang stellende Frage des Rechtsmissbrauchs sowie zwangsläufig der Passivlegitimation der Beklagten 2 im Zivilverfahren mangels klaren Rechts dem ordentlichen Verfahren vorzubehalten.

#### D. Fazit

Ob die Beanspruchung des klägerischen Grundstücks durch Erdnägel während der Bautätigkeit der Beklagten im Lichte von § 229 PBG zulässig war und ob die Entfernung der Erdnägel nach nunmehr beendeter Bautätigkeit verlangt werden kann, ist zufolge Illiquidität des Sachverhaltes wie auch mangels klaren Rechts im vorliegenden Verfahren nicht zu entscheiden. Die Berufung der Beklagten ist somit gutzuheissen, die vorinstanzliche Verfügung vom 24. August 2011 aufzuheben und auf das Befehlsbegehren der Kläger wegen Illiquidität nicht einzutreten. Den Klägern steht die Klage im ordentlichen Verfahren offen.

### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1.1 Bei diesem Verfahrensausgang werden die Kläger für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2, 68 Abs. 1 ZPO/ZH; Art. 106 Abs. 1 ZPO).

1.2 Betreffend der vor Vorinstanz gegenstandslos gewordenen Rechtsbegehren (Einstellung Kranbetrieb, Entfernung Baukran) und dem mutmasslichen Obsiegen der Beklagten in Bezug auf diese Rechtsbegehren kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 34 S. 13 f.).

2.1 Die Gerichtsgebühr berechnet sich nach Massgabe des Streitwertes (§ 4 Abs. 1 und 2 sowie § 7 aGerGebV), welcher vor Vorinstanz Fr. 50'000.-- betrug. Die vorinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 4'200.-- (act. 34 Dispositiv-Ziffer 4) erscheint vor diesem Hintergrund angemessen und ist zu bestätigen.

2.2 Die Prozessentschädigung, welche die Kläger den Beklagten unter solidarischer Haftung zu bezahlen haben, berechnet sich ebenfalls nach Massgabe des vorerwähnten Streitwertes und ist für das erstinstanzliche Verfahren in Anwendung von § 3 Abs. 1, § 6 Abs. 1 lit. a sowie § 7 aAnwGebV auf Fr. 4'750.-- festzusetzen.

3. Im Berufungsverfahren war nur noch die Entfernung der Erdnägel strittig, weshalb mit der Vorinstanz von einem diesbezüglichen Streitwert von Fr. 25'000.-- auszugehen ist (act. 34 S. 13 f.). Die Grundgebühr ist unter Berücksichtigung der Verfahrensvereinigung um einen Drittel zu erhöhen. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist somit in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 Abs. 1 GerGebV auf Fr. 2'700.-- festzusetzen. Überdies sind die Kläger 1 und 2 unter solidarischer Haftung zu verpflichten, den Beklagten 1 und 2 für das Berufungsverfahrens in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und § 9 AnwGebV eine Prozessentschädigung von Fr. 2'000.-- zu bezahlen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Berufungsverfahren LF110102 wird mit dem vorliegenden Verfahren LF110101 vereinigt und unter der letztgenannten Prozessnummer weitergeführt. Das Verfahren LF110102 wird als dadurch erledigt abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Beschluss.

#### **Sodann wird beschlossen:**

1. In Gutheissung der Berufung der Beklagten 1 und 2 wird die Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen vom 24. August 2011 aufgehoben. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 4'200.-- wird bestätigt.

3. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden den Klägern 1 und 2 unter solidarischer Haftung auferlegt.
4. Die Kläger 1 und 2 werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, den Beklagten 1 und 2 für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 4'750.-- zu bezahlen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'700.-- festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden den Klägern 1 und 2 unter solidarischer Haftung auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
7. Die Kläger 1 und 2 werden solidarisch verpflichtet, den Beklagten 1 und 2 für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von total Fr. 2'000.-- (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer, ergibt total Fr. 2'160.--) zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein und die Obergerichtskasse.

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

9. 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. 25'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic

versandt am: