

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF110107-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-
Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke.

Urteil vom 17. Oktober 2011

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller und Berufungskläger,

vertreten durch Fürsprecher X._____,

gegen

Kanton Zürich, **Zustelladresse:** BVK Personalgruppe des Kantons Zürich, Real
Estate Management, Stampfenbachstr. 63, Postfach, 8090 Zürich,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Forderung**

Berufung gegen eine Verfügung der 5. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
1. September 2011 (CG110085)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. A. _____ (im Folgenden: Berufungskläger) ist Eigentümer des Grundstückes Kat.-Nr. ... an der ...strasse in B. _____. Zu Gunsten dieses Grundstückes wurde am 17. August 1859 eine Baubeschränkung als Dienstbarkeit ins Grundbuch eingetragen, die am 22. Dezember 1947 und am 4. Februar 1983 neu gefasst wurde (vgl. act. 4/4-6). Sie lautet heute wie folgt (act. 4/7 S. 2):

"Nr. ...

Dienstbarkeit

Baubeschränkung

zugunsten

Kat. Nr. ...

Blatt ...

zulasten

Kat. Nr. ...

Blatt ...

Das Gebäude Vers.Nr. ... mit Zinne, auf dem im Situationsplan rot eingezeichneten Teil des belasteten Grundstückes, darf nicht höher gemacht werden.

Gilt zugunsten des berechtigten Grundstückes."

Der Kanton Zürich (im Folgenden: Berufungsbeklagter) ist Eigentümer des – seit über hundert Jahren (act. 1 S. 4) – unbebauten Grundstückes Kat.-Nr. ..., auf dem er durch die Beamtenvorsorgekasse (BVK) eine Baute erstellen lassen möchte (vgl. act. 4/3). Der Berufungskläger vertritt die Auffassung, dass die projektierte und bewilligte Baute die zugunsten seines Grundstückes errichtete Dienstbarkeit verletzen würde (act. 1 S. 4).

1.2. Mit Eingabe vom 15. Juni 2011 (act. 1) gelangte der Berufungskläger überdies an das Bezirksgericht Zürich und beantragte, es sei dem Berufungsbeklagten und jedem späteren Eigentümer des Grundstückes Kat.-Nr. ... an der ...strasse in

B._____ im Sinne einer verfahrensleitenden Verfügung bis zur definitiven Klärung der Rechtslage vorsorglich jegliche bauliche Massnahme zu verbieten, welche die im Grundbuch eingetragene Baubeschränkung zugunsten des klägerischen Grundstückes Kat.-Nr. ... verletzen könnte; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsbeklagten. Am 4. Juli 2011 reichte der Berufungskläger sechs Fotos ein, welche belegen sollen, dass in der Woche zuvor auf dem Grundstück des Berufungsbeklagten Bauarbeiten stattgefunden haben (act. 11).

1.3. Nachdem der Berufungsbeklagte mit Eingabe vom 22. August 2011 (act. 33) innert der ihm mit Verfügung vom 19. Juli 2011 angesetzt und erstreckten Frist zum Massnahmebegehren Stellung genommen hatte (vgl. act. 21-25, act. 31 und act. 32), wurde dieses mit Verfügung vom 1. September 2011 (act. 35 = act. 40 = act. 42) mangels Substantiierung abgewiesen.

1.4. Gegen diesen Entscheid erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 21. September 2011 (act. 41) rechtzeitig Berufung (vgl. act. 36). Mit Präsidialverfügung vom 30. September 2011 (act. 43) wurde ihm Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt, der am 10. Oktober 2011 fristgerecht einbezahlt wurde (act. 44 und act. 45). Eine Berufungsantwort wurde nicht eingeholt (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. Materielles

2.1. Nach Art. 261 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr daraus ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Obwohl es das Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, ist zudem eine zeitliche Dringlichkeit erforderlich (vgl. Botschaft ZPO S. 7354 und anstatt vieler: Johann Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 261 N 8 mit weiteren Hinweisen). Die erwähnten Voraussetzungen sind glaubhaft zu machen, wozu ein Wahrscheinlichkeitsbeweis nach summarischer Prüfung genügt. Dazu sind dem Gericht die Tatsachen darzutun, für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, ohne dass die Möglichkeit anders liegender Verhältnisse ausgeschlossen erscheint (vgl. auch act. 35 S. 3).

2.2. Der Berufungskläger vertritt den Standpunkt, die Vorinstanz hätte sein Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht mangels Substantiierung abweisen dürfen. Er habe dieses ausreichend begründet und substantiiert. Namentlich habe er seinen Rechtsanspruch, die Wahrscheinlichkeit einer drohenden Verletzung, die Dringlichkeit einer vorsorglichen Massnahme sowie den nur sehr schwer wiedergutzumachenden Nachteil beim Ausbleiben der vorsorglichen Massnahme dargelegt (act. 41 S. 3 f.; vgl. act. 1 S. 4 ff.).

2.3. Es ist dem Berufungskläger beizupflichten, dass er seinen behaupteten Anspruch mit dem Zitieren des Grundbucheintrages bezüglich der Dienstbarkeit Nr. ... hinreichend substantiiert hat (act. 41 S. 4). Ob der Bestand des behaupteten Anspruches als glaubhaft erscheint, kann vorliegend offen bleiben, da das Begehren des Berufungsklägers um Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen – wie zu zeigen sein wird – ohnehin abzuweisen ist.

2.4. Mit Bezug auf die drohende Verletzung des von ihm geltend gemachten Anspruchs hat der Berufungskläger im vorinstanzlichen Verfahren lediglich ausgeführt, dass der projektierte Bau mit der Baubeschränkung (Dienstbarkeit) kollidiere. Überdies hat er auf einen Plan verwiesen, auf dem die Kollision sichtbar sei. Dort erscheine das projektierte Gebäude im Grundriss dunkelgrau, während das in der Dienstbarkeit/Baubeschränkung erwähnte Zinnengebäude rot markiert sei. Die Überschneidung sei rot schraffiert (act. 1 S. 6 mit Hinweis auf act. 4/8). Weder dem Plan noch den Erläuterungen des Berufungsklägers lässt sich entnehmen, wie hoch das in der Dienstbarkeit erwähnte Zinnengebäude war und wie hoch der Bau des Berufungsklägers an der fraglichen Stelle werden soll. Eine drohende Verletzung der von ihm behaupteten Dienstbarkeit (einer Höhenbeschränkung) hat er somit nicht ausreichend dargelegt. Dies hat die Vorinstanz richtig erkannt und dementsprechend korrekt das Massnahmebegehren abgewiesen (act. 35 S. 6).

2.5. Den vorinstanzlichen Ausführungen des Berufungsklägers lässt sich darüber hinaus auch an keiner Stelle entnehmen, inwiefern diesem ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohen könnte (vgl. act. 1). Es findet sich lediglich der Hinweis, dass die Beachtung der strittigen Rechte und die Eigentumsgarantie in

nicht wieder gut zu machender Weise verletzt wären, wenn mit dem Bau begonnen würde (act. 1 S. 4). Mit dieser pauschalen Behauptung ist der Berufungskläger seiner Pflicht bezüglich einer ordnungsgemässen Substantiierung nicht nachgekommen. Insbesondere ist nicht zu erkennen, dass eine rechtswidrig erstellte Baute nicht sollte abgerissen werden können, wenn die Rechtswidrigkeit festgestellt ist. Dem Einwand der Unverhältnismässigkeit kann der Berechtigte entgegen, indem er den Bauwilligen abmahnt. Auch vor diesem Hintergrund bestand der Berufungskläger folglich vergeblich, dass die Vorinstanz sein Gesuch als nicht hinreichend substantiiert erachtet und deshalb abgewiesen hat. In seiner Berufungsschrift hat der Berufungskläger zwar (erstmalig) Ausführungen zum drohenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil gemacht (act. 41 S. 5). Diese sind jedoch verspätet und können nicht mehr berücksichtigt werden (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2.6. Mit Bezug auf die zeitliche Dringlichkeit ist ebenfalls zu bemerken, dass keinerlei Ausführungen dazu in der Gesuchsbegründung des Berufungsklägers vorhanden sind (act. 1). Der blosser Verweis auf das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Baubewilligung (vgl. act. 1 S. 4), vermag entgegen der Ansicht des Berufungsklägers (act. 41 S. 4) jedenfalls nicht zu genügen. Sein Gesuch ist daher auch in diesem Punkt als mangelhaft substantiiert zu erachten. Lediglich am Rande bleibt zu bemerken, dass die Baubewilligung für das vom Berufungsbeklagten geplante Objekt bereits am 30. November 2010 erteilt wurde (act. 4/3), während der Berufungskläger mit der Einreichung eines Schlichtungsbegehrens bis zum 4. Mai 2011 und mit seinem Massnahmebegehren bis zum 15. Juni 2011 zuwartete. Angesichts dieser Umstände hätte bei der – hier nicht zu führenden – Nachteilsdiskussion zumindest ein erhöhter Erklärungsbedarf bestanden (Johann Zürcher, a.a.O., Art. 261 N 10).

2.7. Auf Grund der dargelegten Erwägungen erweist sich die Berufung als unbegründet. Sie ist deshalb abzuweisen.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Kosten des Berufungsverfahrens sind bei diesem Ausgang dem Berufungskläger aufzuerlegen (Art. 116 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr ist grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Bestimmungen zu bemessen (§ 12 Abs. 1 GebV OG). Grundlage für die Festsetzung der Gebühren bildet im Zivilprozess der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Im vorinstanzlichen Verfahren hat der Berufungskläger den Streitwert zuletzt mit Fr. 64'000.-- (act 29 S. 2), der Berufungsbeklagte mit Fr. 500'000.-- (act. 20 und act. 33 S. 6) beziffert. Wie das Gericht bei der Festsetzung des Streitwertes vorzugehen hat, schreibt die Zivilprozessordnung nicht vor. Es ist folglich ein Ermessensentscheid zu fällen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Verzögerungen bei grösseren Bauprojekten in der Regel mit erheblichen Kosten verbunden sind. Der vom Berufungsbeklagten genannte Betrag erscheint nicht unangemessen, weshalb einstweilen von einem Streitwert von Fr. 500'000.-- auszugehen ist. In Anwendung von § 4 Abs. 1 in Verbindung mit § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 9'000.-- festzusetzen. Die Gerichtskosten sind mit dem vom Berufungskläger geleisteten Vorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Dem Berufungsbeklagten sind im Zusammenhang mit dem zweitinstanzlichen Verfahren keine wesentlichen Umtriebe entstanden, weshalb ihm keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und die Verfügung der Einzelrichterin der 5. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 1. September 2011 wird bestätigt.

2. Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 9'000.-- festgesetzt.
3. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Berufungskläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es wird für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 41, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Einzelrichterin der 5. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein.
6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 500'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. F. Gohl Zschokke

versandt am: