

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF140080-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

Beschluss und Urteil vom 22. Januar 2015

in Sachen

1. ...,
2. **Stockwerkeigentümergeinschaft A.**_____,
Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin,

Nr. 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

sowie

1. **B.**_____,
 2. **C.**_____,
- Nebenintervenienten,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

gegen

1. **D.**_____,
 2. **E.**_____,
- Gesuchsteller und Berufungsbeklagte,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____

betreffend
vorsorgliche Massnahmen

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen vom 16. September 2014 (ET140002)

Rechtsbegehren:
(act. 1)

1. Die Beklagte Nr. 1 sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 263 ZPO zu verpflichten, beim Gebäude "Wohnbaukasten A.____-Bauten", F.____-Strasse ... in ... G.____, die über das Oblicht der Stockwerkeigentumseinheit Nr. 1.1 führende Brücke sofort wieder an ihren ursprünglichen Ort, über das Oblicht der Stockwerkeigentumseinheit Nr. 5.0, zu versetzen.
2. Für den Fall, dass die Beklagte Nr. 1 ihrer Verpflichtung gemäss Ziffer 1 hier- vor nicht innert 5 Tagen ab formeller Rechtskraft der gerichtlichen Anordnung nachkommen sollte, sei ihrem verantwortlichen Organ, H.____, F.____- Strasse ..., ... G.____, für jeden Tag der Nichterfüllung eine Ordnungsbusse in der Höhe von CHF 1'000.00 anzudrohen.
3. Die Beklagte Nr. 2 sei zur Rückversetzung der Brücke im Sinne von Ziffer 1 hiervor zu verpflichten, unter Androhung von Ordnungsbusse im Sinne von Ziffer 2 hiervor.
4. Die Beklagte Nr. 2 sei zu verpflichten, die Vollstreckung der in Ziffer 1 anbe- gehrten Massnahme zu dulden.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten Nr. 1, eventuell zu Lasten der Beklagten Nr. 2.

Urteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 16. September 2014:

(act. 17 = act. 22 = act. 25)

1. Auf die Begehren 1 und 2 um vorsorgliche Massnahme gegenüber der Ge- suchsgegnerin 1 wird nicht eingetreten.
2. Die Gesuchsgegnerin 2 wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme mit sofortiger Wirkung verpflichtet, beim Gebäude "Wohnbaukasten A.____- Bauten", F.____-Strasse ... in G.____, die über das Oblicht der Stockwer- keigentumseinheit Nr. 1.1 führende Brücke **innert 20 Tagen** ab formeller

Rechtskraft des Urteils wieder an ihren ursprünglichen Ort, über das Oblicht der Stockwerkeigentumseinheit Nr. 5.0, zu versetzen.

Missachtet die Gesuchsgegnerin 2 die Verpflichtung, kann sie wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB mit Busse bis Fr. 10'000.– bestraft werden.

3. Die Gesuchsteller werden in Anwendung von Art. 264 Abs. 1 ZPO zu einer Sicherheitsleistung in der Höhe von Fr 10'000.– verpflichtet, welche innert 10 Tagen ab Rechtskraft dieses Entscheids der Gerichtskasse (Postkonto 80-5645-8) zu überweisen ist. Leisten sie diesen Betrag nicht fristgerecht, so fallen die angeordneten Massnahmen ohne weiteres dahin.
4. Den Gesuchstellern wird eine Frist von **30 Tagen** ab Zustellung dieses Entscheids angesetzt, um den Hauptsachenprozess direkt beim zuständigen Gericht anzuheben, unter der Androhung, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist die vorsorgliche Massnahme ohne weiteres dahinfallen würde.
5. Die Entscheidgebühr von Fr. 1'000.– wird von den Gesuchstellern bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im Hauptsachenprozess. Für den Fall, dass die Gesuchsteller innert Frist gemäss Dispositivziffer 2 die Klage nicht anhängig machen, wird ihnen die Entscheidgebühr definitiv auferlegt.
6. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im Hauptsachenprozess vorbehalten.
7. Versäumen die Gesuchsteller jedoch die ihnen in Dispositivziffer 4 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, werden sie verpflichtet, den Gesuchsgegnern eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zu bezahlen.
8. [Mitteilung]
9. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge der Gesuchsgegnerin:

(act. 23)

Es sei in Gutheissung der Berufung Dispositiv Ziffer 2 des angefochtenen Urteils aufzuheben und das Gesuch der Gesuchsteller auf Erlass vorsorglicher Massnahmen sei abzuweisen, soweit auf das Gesuch überhaupt einzutreten ist;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsteller.

Berufungsanträge der Gesuchsteller:

(act. 42)

Die Berufung sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen.

Erwägungen:

1.

Die Gesuchsteller und Berufungsbeklagten (im Folgenden: Gesuchsteller) sind Eigentümer der Stockwerkeigentumseinheit 2.2 in der Liegenschaft "A. _____" an der F. _____-Strasse ... in G. _____. Das Flachdach des Hauses wird durch die Oberlichter der Stockwerkeigentumseinheiten zweigeteilt. Die Westseite des Daches erreicht man vom Haus über einen Treppenaufgang. Dieser Dachteil ist mit der Ostseite durch eine Brücke verbunden, die über die Oberlichter der darunter liegenden Stockwerkeigentumseinheiten führt. Die Brücke befand sich über der Stockwerkeigentumseinheit 5.0, bevor sie am 17. März 2014 mit einem Pneu Kran über die Stockwerkeigentumseinheit 1.1 versetzt wurde. Mit Eingabe vom 30. April 2014 reichten die Gesuchsteller beim Bezirksgericht Horgen ein Gesuch um Erlass vorprozessualer vorsorglicher Massnahmen ein und stellten die eingangs erwähnten Begehren. Das Gesuch richtete sich gegen die I. _____ ag (Gesuchsgegnerin 1 im vorinstanzlichen Verfahren) sowie gegen die Gesuchsgegnerin 2 und Beschwerdeführerin (im Folgenden: Gesuchsgegnerin 2). Die Passivlegitimation der Gesuchsgegnerin 1 begründeten die Gesuchsteller damit, dass die Gesuchsgegnerin 1 den Auftrag zur Versetzung der Brücke gegeben habe.

Mit Urteil vom 16. September 2014 trat die Vorinstanz auf das Begehren gegen die Gesuchsgegnerin 1 nicht ein und hiess dasjenige gegen die Gesuchsgegnerin 2 teilweise gut (act. 17 = act. 22 = act. 25). Der Entscheid wurde der Gesuchsgegnerin 2 am 30. September 2014 zugestellt (act. 18/2), was für den Beginn des Fristenlaufs unabhängig vom Datum des Einlegens des Postavis massgeblich ist (vgl. BGer 5A_211/2012). Würde man hingegen an den ersten erfolglosen Zustellungsversuch anknüpfen, der laut übereinstimmender Annahme der Parteien am 22. September 2014 stattgefunden habe (act. 23 S. 2; act. 42 S. 4), gälte die Zustellung als am 29. September 2014 erfolgt (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO), was hier nichts an der Einhaltung der Rechtsmittelfrist ändert. Mit Eingabe vom 9. Oktober 2014 (Datum Poststempel) erhob die Gesuchsgegnerin 2 rechtzeitig Beschwerde und stellte die obgenannten Berufungsanträge (act. 23). Mit Verfügung vom 16. Oktober 2014 wurde der Gesuchsgegnerin 2 Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses für das Berufungsverfahren von CHF 1'500.00 angesetzt (act. 27). Mit Eingabe vom 30. Oktober 2014 stellte die Gesuchsgegnerin 2 den Antrag, die genannte Frist sei abzunehmen, eventualiter um 10 Tage bis am 10. November 2014 zu erstrecken (act. 29). Mit Verfügung vom 31. Oktober 2014 wurde die Frist bis am 10. November 2014 erstreckt (act. 29). Der Kostenvorschuss wurde am 10. November 2014 einbezahlt (act. 32). Mit Verfügung vom 13. November 2014 wurde den Gesuchstellern Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 33). Mit Eingabe vom 13. November 2014 stellten die Nebenintervenienten als Eigentümer der Stockwerkeigentumseinheit 5.0 den Antrag, sie seien als Nebenintervenienten auf Seiten der Gesuchsgegnerin 2 zuzulassen (act. 35). Mit Verfügung vom 17. November 2014 wurde den Hauptparteien Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 37). Mit Eingaben vom 24. November 2014 reichten die Gesuchsteller die Berufungsantwort ein (act. 42) und stellten den Antrag, das Nebeninterventionsgesuch sei nicht zuzulassen (act. 43). Mit Eingabe vom 27. November 2014 ersuchte die Gesuchsgegnerin 2 um Erstreckung der Frist zur Stellungnahme zum Nebeninterventionsgesuch bis am 8. Dezember 2014 (act. 44). Die Fristerstreckung wurde mit Verfügung vom 28. November 2014 gewährt (act. 44). Am 8. Dezember 2014 stellte die Gesuchsgegnerin 2 den Antrag, die Nebenintervention sei zuzulassen (act. 46). Am 11. Dezember 2014 wurde der Gesuchsgegnerin 2 die Berufungsantwort sowie die Stellungnahme der Gesuchsteller zum Nebenin-

terventionsgesuch zugestellt (act. 47/1). Gleichentags wurde den Gesuchstellern die Eingabe der Gesuchsgegnerin 2 vom 8. Dezember 2014 zugestellt (act. 47/2). Mit Eingabe vom 22. Dezember 2014 stellte die Gesuchsgegnerin 2 den Antrag, es sei ihr eine angemessene Frist für eine Stellungnahme zu den Eingaben der Gesuchsteller vom 24. November 2014 anzusetzen (act. 48). Am 24. Dezember 2014 wurde der Gesuchsgegnerin 2 mitgeteilt, dass keine Frist angesetzt werde, die Gesuchsgegnerin 2 indes davon ausgehen dürfe, dass vor dem 9. Januar 2015 kein Entscheid gefällt werde (act. 49). Eine Reaktion der Gesuchsgegnerin 2 unterblieb. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen.

Für das Berufungsverfahren sieht das Gesetz den Grundsatz des einfachen Schriftenwechsels vor, der sich auf die Berufungsbegründung und die Berufungsantwort beschränkt (vgl. Art. 311-313 ZPO). Seine Rechtfertigung findet der Grundsatz zum einen in der Begründungs- und Rügeobliegenheit (Art. 310 und Art. 311 Abs. 1 ZPO [schriftlich und begründet]) sowie zum anderen in der Novenschanke des Art. 317 ZPO. Von diesem Grundsatz kann abgewichen werden, wenn es die Verhältnisse des konkreten Einzelfalles erfordern, eine Verhandlung oder einen zweiten Schriftenwechsel, umfassend Berufungsreplik und -duplik, anzuordnen (Art. 316 Abs. 2 ZPO). Der Entscheid darüber ist prozessleitender Natur und steht dem Gericht zu, das dabei über einen grossen Ermessensspielraum verfügt (BGE 138 III 252). Mit Blick auf die Novenschanke des Art. 317 ZPO ist die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels in der Regel sachlich nicht geboten und daher nur zurückhaltend vorzunehmen. Dem steht auch das sog. "Replikrecht" der Parteien nicht entgegen, das zuweilen auch als Anspruch auf das letzte Wort bezeichnet wird und richtigerweise wohl "Äusserungsrecht" genannt werden sollte. Dieses Äusserungsrecht begründet gerade keinen Anspruch auf die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels (es stünde sonst faktisch im Belieben der Parteien, den Prozess zu leiten und über den Zeitpunkt des Aktenschlusses zu entscheiden, was mit einem geordneten und berechenbaren Prozessablauf nicht vereinbar wäre; vgl. BGE 140 III 312). Es bezeichnet einzig den Anspruch einer Partei, sich zu jedem (neuen) Akteninhalt und damit zu jeder (neuen) Eingabe der jeweiligen Gegenpartei zu äussern (BGE 138 I 484), unabhängig davon, ob es sich dabei überhaupt um Wesentliches handelt oder um Irrelevantes. Der

Anspruch, sich zu äussern, besteht folglich selbst dann, wenn das Gericht auf die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsel verzichtet, weil es diesen als sachlich nicht geboten hält, und ist insoweit unabhängig davon. Nimmt eine Partei ihr Recht auf Äusserung wahr, nachdem das Gericht auf einen weiteren Schriftenwechsel verzichtet hat, erstattet sie zwangsläufig weder eine Berufungsreplik noch allenfalls eine Berufungsduplik.

Der Anspruch, sich zum gesamten aktuellen Akteninhalt äussern zu können, hat immerhin zur Folge, dass das Gericht nicht überraschend den Endentscheid fällen darf, wenn eine Partei in Aussicht stellt, sich nochmals äussern zu wollen. Ersucht die Partei um Ansetzung einer Frist zur Berufungsreplik, so ist es deshalb unzulässig, den prozesserledigenden Entscheid umgehend zu fällen, ohne der Partei mitzuteilen, ob eine Frist angesetzt wird oder nicht (BGer 4A_215/2014). Teilt das Gericht der Partei mit, es werde keine Frist zur Berufungsreplik angesetzt, so ist es ihr – wie eben dargelegt – unbenommen, sich dennoch zu äussern. Es obliegt ihr aber, das von sich aus zu tun.

Die Eingaben der Gesuchsteller vom 24. November 2014 enthalten keine zulässigen Noven. Ein zweiter Schriftenwechsel ist nicht anzuordnen. Nachdem dies der Gesuchsgegnerin 2 verbunden mit der Bemerkung, dass vor dem 9. Januar 2015 kein Entscheid ergehen werde, mitgeteilt worden war und sich die Gesuchsgegnerin 2 seither nicht verlauten liess, ist das Verfahren spruchreif.

2. Begründung der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog zunächst, die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setze nach Art. 261 Abs. 1 ZPO die Glaubhaftmachung einer günstigen Hauptsachenprognose sowie eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils durch die Gesuchsteller voraus. Die Hauptsachenprognose sei von den Gesuchstellern glaubhaft gemacht worden.

Sie bejahte einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil, weil Personen, die auf der Brücke stünden, in die Wohnung der Gesuchsteller blicken könnten. Dadurch werde die Privatsphäre der Gesuchsteller verletzt. Zwar sei die Brücke nur als Teil eines Fluchtwegkonzeptes und für allfällige Reparaturarbeiten erstellt

worden, doch müssten die Gesuchsteller damit rechnen, dass sich Drittpersonen auf der Brücke aufhielten und somit Einblick in ihre Wohnung erhalten würden. Es handle sich um einen andauernden Eingriff in die Rechte der Gesuchsteller, dem nur mittels Beseitigung der Brücke Rechnung getragen werden könne.

Weiter führte die Vorinstanz aus, dass die begehrte Massnahme nur angeordnet werden könne, wenn sie verhältnismässig sei. Die Rückversetzung der Brücke sei geeignet, um die Verletzung der Privatsphäre zu beenden. Ein milderer Mittel gebe es nicht. Es möge zwar sein, dass die Gesuchsgegnerin 2 aufgrund öffentlich-rechtlicher Bestimmungen verpflichtet sei, ein Fluchtwegkonzept möglichst schnell umzusetzen, doch sei nicht ersichtlich, dass die Brücke zwingend über dem Oberlicht der Wohnung 1.1 zu errichten sei beziehungsweise dass die Baubehörde den Standort der Brücke über dem Oberlicht 5.0 bemängelt habe. Es erscheine deshalb nicht unverhältnismässig, die Brücke einstweilen an den ursprünglich geplanten und von der Baubehörde genehmigten Standort zurückzusetzen. Das Massnahmegesuch sei gutzuheissen, wobei der Gesuchsgegnerin 2 zur Umsetzung eine Frist von 20 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft des Entscheides einzuräumen sei.

Auf die Einzelheiten der Erwägungen der Vorinstanz wie auch der Argumente der Parteien ist soweit nötig im Rahmen der Würdigung einzugehen.

3. Argumente der Gesuchsgegnerin 2

Die Gesuchsgegnerin 2 bringt zunächst vor, die Brücke sei über die Stockwerkeigentumseinheit 1.1 versetzt worden, weil die direkt betroffenen Eigentümer dafür ihr Einverständnis gegeben hätten. Da die Gesuchsteller diese Position als mit ihren Sonderrechten nicht vereinbar erachteten und für andere Positionen gleiches von anderen Stockwerkeigentümern zu erwarten sei, werde die Stockwerkeigentümerversammlung darüber formell Beschluss fassen müssen. Ein solcher Beschluss sei noch nicht erfolgt, insbesondere nicht durch den allgemeinen Fertigstellungsbeschluss vom 11. November 2011 und den gerichtlichen Vergleich vom 14. Mai 2013. Damals sei nur vereinbart worden, auf dem Dach sämtliche Dach- und Fluchtwege zu erstellen. Der konkrete Standort sei aber noch nicht bestimmt

worden. Baupolizeilich zulässig sei sowohl der Standort über der Wohneinheit 5.0 als auch über der Wohneinheit 1.1. Weil ein Beschluss also noch nicht erfolgt sei und die Gesuchsgegnerin zudem nicht Grundstückseigentümerin sei, hätte sich das Begehren gegen die einzelnen Eigentümer und nicht gegen die Gesuchsgegnerin 2 richten müssen. Die Passivlegitimation sei zu verneinen, weshalb auf das Gesuch nicht einzutreten sei.

Weiter argumentiert die Gesuchsgegnerin 2, dass die Brücke aus feuerpolizeilichen Gründen unabdingbar sei. Die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass den Gesuchstellern insofern eine Vorrangstellung zukomme, als sie eine Position, die einen Einblick von der Brücke in ihre Wohnung erlaube, nicht dulden müssten. Die Gesuchstellerin habe nicht behauptet, dass die Eigentümer der Wohneinheiten 4.5 und 5.0 die Positionierung der Brücke über der Wohneinheit 5.0 hinnehmen würden. Würde die Brücke an die ursprüngliche Position zurückversetzt, so könnten die Eigentümer der Wohneinheiten 4.5 und 5.0 ihrerseits ein Verbot beantragen, das die Vorinstanz aufgrund der Begründung des angefochtenen Entscheides konsequenterweise schützen müsste. Dies führe dazu, dass der angefochtene Entscheid von vornherein nicht vollstreckbar sei. Im Übrigen liege weder eine verbotene Eigenmacht im Sinne von Art. 928 ZGB vor, noch hätten die Gesuchsteller einen Anspruch aus Art. 641 Abs. 2 ZGB. Das Gesuch wäre aus diesem Grund abzuweisen, wenn darauf einzutreten wäre.

Hinzu komme, dass ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil zu verneinen und die von der Vorinstanz angeordnete Massnahme unverhältnismässig sei. Die Brücke diene nur Fluchtzwecken und ein direkter Einblick in die Wohnung der Gesuchsteller sei nicht möglich, denn unter dem Oberlicht der Wohnung der Gesuchsteller befinde sich ein Pflanzenraum, der auch nach Ansicht der Gesuchsteller nicht zur Wohnfläche gehöre (act. 23 S. 2 ff.).

4. Argumente der Gesuchsteller

Die Gesuchsteller halten den angefochtenen Entscheid für richtig. Sie vertreten die Auffassung, dass es entgegen der Darstellung der Gesuchsgegnerin 2 nicht darauf ankomme, dass die Stockwerkeigentümersammlung nie einen Be-

schluss über die Position der Brücke gefasst habe. Entscheidend sei einzig, dass die bisherige Position über der Stockwerkeinheit 5.0 am 3. Juni 2013 baupolizeilich bewilligt, im Spätsommer 2013 realisiert und die Brücke am 17. März 2014 versetzt worden sei. Die Gesuchsgegnerin 2 sei als Eigentümerin des störenden Gebäudeteils Zustands- und nicht Verhaltensstörerin und somit passiv legitimiert. Im Übrigen wäre auch die Gesuchsgegnerin 1 passiv legitimiert gewesen. Unverständlicherweise habe die Vorinstanz diesbezüglich eine andere Ansicht vertreten.

Die Brücke sei, wie anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 24. April 2013 besprochen, entsprechend den am 3. Juni 2013 bewilligten Plänen über Monate hinweg über den Oberlichtern der Wohneinheiten 4.5 und 5.0 gewesen. Es könne vermutet werden, dass die Brücke auf Druck dieser Eigentümer versetzt worden sei, zumal die Eigentümer der Wohneinheit 4.5 die Nebenintervention auf Seiten der Gesuchsgegnerin 2 erklärt hätten. Der Beseitigungsanspruch der Gesuchsteller sei gestützt auf Art. 641 und Art. 928 ZGB ausgewiesen. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass der heutige Standort der Brücke nach der Versetzung vom 17. März 2014 im Mai 2014 baupolizeilich bewilligt worden sei. Denn eine baupolizeiliche Bewilligung sei nicht geeignet, die Brückenposition zivilrechtlich zu rechtfertigen.

Bezüglich des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils führen die Gesuchsteller aus, dass die Vorinstanz zu Recht von einer Beeinträchtigung der Privatsphäre ausgegangen sei. Die Einsicht von der Brücke in die Wohnung und das Schlafzimmer der Gesuchsteller ergebe sich bereits aus den Fotos, die vor Vorinstanz eingereicht worden seien. Die Brücke diene auch nicht bloss als Fluchtweg, sondern als Zugang zu den haustechnischen Anlagen auf dem Dach. Zudem könne die Brücke von Benützern des Grillplatzes auf dem Dach auch einfach zum Spass benützt werden.

5. Nebenintervention

Die Nebenintervenienten haben als Stockwerkeigentümer der streitbetroffenen Liegenschaft ein rechtliches Interesse am Ausgang des Verfahrens, weshalb die jederzeit zulässige Nebenintervention zuzulassen ist (Art. 74 ZPO).

Die Zulassung der Nebenintervention bedeutet nicht, dass die mit Eingabe vom 13. November 2014 vorgebrachten Argumente zu berücksichtigen sind. Denn die Nebenintervenienten können zur Unterstützung der Hauptpartei nur Prozesshandlungen vornehmen, die nach dem Stand des Verfahrens zulässig sind (Art. 76 Abs. 1 ZPO). Das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 16. September 2014 wurde der Gesuchsgegnerin 2 am 30. September 2014 zugestellt (act. 18/2). Die Gesuchsgegnerin musste ihre Argumente bis zum Ablauf der 10-tägigen Rechtsmittelfrist vorbringen (Art. 314 Abs. 1 ZPO). Gleiches gilt für die Nebenintervenienten. Die Eingabe der Nebenintervenienten vom 13. November 2014 erfolgte nach Ablauf der 10-tägigen Rechtsmittelfrist, weshalb auf ihre Begründung nicht abgestellt werden kann.

6. Würdigung

Eine vorsorgliche Massnahme ist bei positiver Hauptsachenprognose anzuordnen, wenn damit ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil abgewendet werden kann und die Massnahme verhältnismässig ist. Um Wiederholungen zu vermeiden, ist diesbezüglich auf die zutreffende und nicht gerügte Begründung der Vorinstanz zu verweisen.

Vor Vorinstanz machten die Gesuchsteller geltend, Personen, die auf der Brücke stünden, könnten in ihre Wohnung blicken (act. 1 S. 6 und S. 13 mit Verweis auf die Foto act. 3/6). Die Fotos seien vom Esstisch im Wohnzimmer und von der Schlafzimmerankleide aus aufgenommen worden. Seit der Verlegung der Brücke werde diese mehrmals wöchentlich, unangekündigt und zu unterschiedlichsten Tageszeiten benützt (act. 1 S. 11). Zudem sei nicht auszuschliessen, dass die Benutzer der Dachterrassen die Brücke begehen könnten (act. 15 S. 9). Die Gesuchsteller fühlten sich deshalb, auch wenn gerade niemand auf der Brücke stehe, dauernd beobachtet. Nachts, wenn es draussen dunkel und innen hell sei,

könnten sie eine allfällige Beobachtung nicht erkennen. Die Möglichkeit der Beobachtung stelle eine enorme Verminderung der Lebensqualität dar, die auch nach gewonnenem Hauptprozess nicht mehr zurückgeholt werden könne. Zudem werde auch der Wert der Wohnung der Gesuchsteller vermindert. Bei einem allfälligen Verkauf hätten die Gesuchsteller mit einem Mindererlös in der Höhe eines sechststelligen Betrages zu rechnen. Es drohe ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, der nur mit der begehrten Massnahme abgewendet werden könne. Die Brücke liege am jetzigen Standort lose auf Paletten und könne mit einem Pneukran problemlos an den alten Standort zurückversetzt werden. Die dafür anfallenden Kosten würden von den Gesuchstellern auf CHF 5'000.00 geschätzt. In Anbetracht dieses Umstandes erweise sich die Rückversetzung der Brücke als verhältnismässig (act. 1 S. 11-14).

Die Gesuchsgegnerin 2 führte aus, sie bestreite, dass die Brücke den Blick in die Wohnung der Gesuchsteller und insbesondere in das Schlafzimmer freigebe (act. 11 S. 6). Es werde weiter bestritten, dass die Fotos vom Wohnzimmer bzw. von der Schlafzimmerankleide aus gemacht worden seien. Überdies könne von einem Blick nach aussen nicht geschlossen werden, dass man von der Brücke ins Innere der Wohnung sehen könne. Ein direkter Einblick von der Brücke in die Wohnung sei nicht möglich. Die behauptete massive Beeinträchtigung der Privatsphäre sei auch deshalb nicht gegeben, weil die Benutzung der Brücke nur im Notfall als Fluchtweg sowie als Zugang zu den Technikzylindern auf der Ostseite des Daches zulässig sei. Zurzeit liefen die letzten Arbeiten auf dem Dach zur Fertigstellung des Gebäudes, weshalb zulässigerweise noch Bauarbeiter auf dem Dach gewesen seien. Entgegen der Behauptung der Gesuchsteller treffe es aber nicht zu, dass die Brücke ständig oder mehrmals pro Woche unangekündigt und zu unterschiedlichen Zeiten begangen werde. Der behauptete Minderwert der Wohnung werde bestritten (act. 11 S. 15-16 und S. 19).

Art. 28 Abs. 1 ZGB schützt unter anderem die Privatsphäre, zu der das Innere eines Hauses oder einer Wohnung gehört (BSK ZGB I-Meili, 5. Auflage, Art. 28 N 26). Doch nicht jeder Einblick in eine Wohnung verletzt die Privatsphäre. Aus der Einbettung der Häuser in ihre Umgebung sowie der Anordnung der Fenster

ergibt sich in vielen Fällen, dass Passanten oder Nachbarn in fremde Wohnungen blicken können. Solche Einblicke stellen in der Regel keine Persönlichkeitsverletzung, sondern allenfalls eine gewisse Komforteinbusse dar, die durch Sichtbarrieren wie Vorhänge, spezielle Verglasung etc. vermieden oder gemildert werden kann (vgl. BGE 138 II 346 E. 107 und BGE 135 III 345).

Die Gesuchsgegnerin 2 bestritt, dass man von der Brücke durch das Oberlicht in die Wohnung der Gesuchsteller blicken könne. Aufgrund der als Beweismittel offerierten Fotos (act. 3/6) erscheint es jedoch als glaubhaft, dass man von der Wohnung der Gesuchsteller aus die Umrisse von Personen, die auf der Brücke stehen, sehen, die Personen aber nicht erkennen kann. Da die Gesuchsgegnerin 2 nicht näher darlegt, weshalb der Blick von innen nach aussen besser sein sollte als derjenige von aussen nach innen, kann zudem als glaubhaft erachtet werden, dass Personen, die auf der Brücke stehen, in die Wohnung der Gesuchsteller blicken, aber keine Personen erkennen können. Die Gesuchsteller behaupteten, die Brücke werde mehrmals wöchentlich, zu unterschiedlichsten Zeiten und unangekündigt benützt, offerierten zu dieser Behauptung aber kein Beweismittel. Aufgrund der teilweisen Zugabe der Gesuchsgegnerin 2 ist deshalb lediglich erstellt, dass die Brücke als Zugang zu den Technikzylindern und von Handwerkern zur Verrichtung letzter Arbeiten auf dem Dach sowie für Fluchtzwecke benützt wird. Es ist nicht anzunehmen und wird von den Gesuchstellern auch nicht behauptet, dass die Arbeiter, Handwerker oder Personen, die die Brücke zu Fluchtzwecken benützen würden, auf der Brücke verweilen und in die Wohnung der Gesuchsteller blicken würden. Sie könnten aber im Vorbeigehen einen kurzen Blick in die Wohnung werfen, ohne dass es ihnen dabei möglich wäre, Personen zu erkennen. Ein solcher Blick stellt, wenn überhaupt, nur eine äusserst geringe Verletzung der Privatsphäre der Gesuchsteller dar, weshalb die Rückversetzung der Brücke unter Zuhilfenahme eines Pneuokrans im Rahmen vorsorglicher Massnahmen nicht verhältnismässig ist. Die Gesuchsteller anerkennen im Berufungsverfahren, dass die Gesuchsgegnerin 2 bei einer Verlegung der Brücke mit Widerstand von anderen Stockwerkeigentümern zu rechnen hätte (act. 42 S. 8). Deren Interessen sind in gleicher Weise betroffen wie diejenigen der Gesuchsteller. Die ursprünglich vertretene Auffassung, es fehle an einem Eingriff in schützens-

werte Rechte der Gesuchsgegnerin 2 und der einzige Nachteil, den die Gesuchsgegnerin 2 bei einer Versetzung zu tragen hätte, wären die damit verbundenen Kosten (act. 1 S. 14) greift daher zu kurz. Auch eine Abwägung der betroffenen Interessen spricht gegen die angebehrte Massnahme.

Der Vollständigkeit halber bleibt darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz stillschweigend davon ausging, dass der behauptete Minderwert der Liegenschaft kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil sei. Zu Recht rügen dies die Gesuchsteller nicht. Denn eine Wertverminderung der Liegenschaft wäre nur dann relevant, wenn davon auszugehen wäre, dass die Gesuchsteller vor Abschluss des Hauptverfahrens die Wohnung verkaufen wollten, was sie aber nicht behauptet haben.

Aufgrund des Gesagten kann die Frage offen gelassen werden, ob die jetzige Position der Brücke zu einer Persönlichkeitsverletzung der Gesuchsteller führt. Denn selbst wenn die Frage bejaht wird, ist aufgrund der Geringfügigkeit der möglichen Verletzung und der entgegenstehenden Interessen anderer Stockwerkeigentümer eine Rückversetzung der Brücke unverhältnismässig. Die Berufung ist deshalb gutzuheissen und das Massnahmegesuch ist ohne Prüfung der Hauptsacheprognose abzuweisen.

7. Prozesskosten

7.1. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten beider Verfahren den Gesuchstellern aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteien sind sich über den Streitwert uneinig, weshalb dieser durch das Gericht festzusetzen ist (Art. 91 ZPO). Nach Ansicht der Gesuchsteller beträgt der Streitwert CHF 5'000.00, was den Kosten der Rückversetzung der Brücke entspreche (act. 1 S. 3 und S. 13 f.). Diese betragen nach Auffassung der Gesuchsgegnerin mindestens CHF 15'000.00. Wie jene zutreffend anmerkt, wird der Streitwert gleich bestimmt wie im nachfolgenden Hauptprozess, für den die Gesuchsteller einen sechsstelligen Minderwert ihrer Wohnung geltend machen (act. 11 S. 2 f. mit Hinweis auf act. 1 S. 11). Gestützt auf diese Angabe ist einstweilen von einem Streitwert von mindestens CHF 100'000.00 auszugehen.

7.2. Die im Quantitativ nicht angefochtene erstinstanzliche Entscheidgebühr von CHF 1'000.00 ist den Gesuchstellern unter solidarischer Haftung definitiv aufzuerlegen. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 2 und § 8 Abs. 1 GebVOG auf CHF 1'500.00 festzusetzen und ebenfalls den Gesuchstellern unter solidarischer Haftung aufzuerlegen.

7.3. Die Vorinstanz verpflichtete die Gesuchsteller für den Fall der unterlassenen Prosequierung, den Gesuchsgegnerinnen eine Parteientschädigung von CHF 1'500.00 zu bezahlen (Dispositiv Ziffer 7 des angefochtenen Entscheides). Mangels anderslautender Anordnung sind die Gesuchsgegnerinnen 1 und 2 Teilgläubigerinnen, haben also je eine Forderung von CHF 750.00. Der Entscheid bezüglich die Gesuchsgegnerin 1 ist nicht angefochten worden, weshalb über die ihr zustehende Prozessentschädigung im vorliegenden Berufungsverfahren nicht zu entscheiden ist. Zu entscheiden ist aber über den Antrag der Gesuchsgegnerin 2, ihr für das vorinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung zuzusprechen. Da die Gesuchsteller unterliegen, sind sie solidarisch zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin für das vorinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 750.00 zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ein Zuschlag für Mehrwertsteuer wurde nicht verlangt.

Da die Vorinstanz nicht zwischen den Gesuchsgegnerinnen 1 und 2 differenziert hat, muss Dispositiv Ziffer 7 des angefochtenen Entscheides ganz aufgehoben werden. Die Neufassung von Dispositiv Ziffer 4 enthält den unveränderten Entscheid der Vorinstanz bezüglich des Anspruchs der Gesuchsgegnerin 1 auf Parteientschädigung. Da sich die Suspensivbedingung der Einhaltung der Prosequierungsfrist in Dispositiv Ziffer 7 des angefochtenen Entscheides offensichtlich nicht auf die Gesuchsgegnerin 1 bezog, ist sie auch in der Neufassung nicht enthalten. Die Vorinstanz auferlegte den Gesuchstellern die Parteientschädigung nicht unter solidarischer Haftung, was in Bezug auf die Gesuchsgegnerin 1 nicht verändert werden kann. Die Neufassung von Dispositiv Ziffer 5 enthält die durch die Berufungsinstanz zugesprochene Parteientschädigung für die Gesuchsgegnerin 2 für das vorinstanzliche Verfahren.

7.4. Die Gesuchsteller sind solidarisch zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin 2 für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 2'000.00 zu bezahlen. Ein Zuschlag für Mehrwertsteuer wurde nicht verlangt.

Es wird beschlossen:

1. Die Nebenintervention der Nebenintervenienten auf Seiten der Gesuchsgegnerin 2 wird zugelassen.
2. Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung der Gesuchsgegnerin 2 werden die Dispositiv-Ziffern 2 bis 7 des Urteils des Bezirksgerichtes Horgen vom 16. September 2014 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
 2. Das Gesuch gegen die Gesuchsgegnerin 2 wird abgewiesen.
 3. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 1'000.00 festgesetzt und den Gesuchstellern unter solidarischer Haftung auferlegt.
 4. Die Gesuchsteller werden verpflichtet, der Gesuchsgegnerin 1 eine Parteientschädigung von CHF 750.00 zu bezahlen.
 5. Die Gesuchsteller werden solidarisch verpflichtet, der Gesuchsgegnerin 2 eine Parteientschädigung von CHF 750.00 zu bezahlen.
 6. [entfällt]
 7. [entfällt]
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 1'500.00 festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Gesuchstellern auferlegt und mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Gesuchsteller werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Gesuchsgegnerin 2 für das Rechtsmittelverfahren eine Parteientschädigung von CHF 2'000.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsteller unter Beilage des Doppels von act. 48, sowie an das Bezirksgericht Horgen und an die Obergerichtskasse, 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mindestens CHF 100'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. M. Hinden

versandt am:
23. Januar 2015