

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF150052-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

## **Beschluss und Urteil vom 3. November 2015**

in Sachen

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

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

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

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend  
**vorsorgliche Massnahmen**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes Andelfingen vom 10. August 2015 (ET140002)

### **Rechtsbegehren**

(act. 1 S. 1):

- "1. Es sei die Beklagte und jede andere in der Verantwortung der Beklagten stehende Person anzuweisen, die auf der südwestlichen Grundstücksgrenze zwischen den Parzellen Kat.-Nr. 1 und Parzelle Kat.-Nr. 2, beide gelegen auf dem Gebiet der Gemeinde C.\_\_\_\_\_, aufgestellten Granitblöcke zu entfernen.
2. Es sei die Beklagte und jede andere in der Verantwortung der Beklagten stehende Person anzuweisen den ursprünglichen Zustand des Vorplatzes auf Kat.-Nr. 1 und Kat.-Nr. 2, so wie er sich vor dem 12. Juli 2014 präsentierte, wieder herzustellen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. 8% MwSt) zu Lasten der Beklagten."

### **Urteil des Bezirksgerichts Andelfingen vom 10. August 2015**

(act. 30 = act. 33 = act. 35):

- "1. Die Gesuchsgegnerin wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme verpflichtet, bis spätestens Ende September 2015 folgende Granitsteine gemäss angehängtem Plan zu entfernen:
  - Vom Punkt, an dem die Grenze der Grundstücke Kat.-Nr. 1 und Kat.-Nr. 2 auf die Strasse "D.\_\_\_\_\_" trifft, drei Meter in nordöstlicher Richtung entlang der Grenze der Grundstücke Kat.-Nr. 1 und Kat.-Nr. 2;
  - Vom Punkt, an dem die Grenze der Grundstücke Kat.-Nr. 1 und Kat.-Nr. 2 auf die Strasse "D.\_\_\_\_\_" trifft, drei Meter in süd-südöstlicher Richtung entlang der Grenze des Grundstücks Kat.-Nr. 2.
2. Im Übrigen wird das Massnahmegesuch abgewiesen.
3. Der Gesuchstellerin wird eine Frist von 30 Tagen ab Zustellung dieses Entscheids angesetzt, um den Hauptsacheprozess direkt beim zuständigen Gericht anzuheben, unter der Androhung, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist die vorsorgliche Massnahme ohne weiteres dahinfallen würde.
4. Die Entscheidgebühr von Fr. 2'000.– wird von der Gesuchstellerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im Hauptsacheverfahren. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositivziffer 3 die Klage nicht anhängig macht, wird ihr die Entscheidgebühr definitiv auferlegt.
5. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im Hauptsacheverfahren vorbehalten.

6. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositivziffer 3 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine reduzierte Parteientschädigung in Höhe von Fr. 2'000.– zu bezahlen.

[7.-8.Mitteilung, Rechtsmittel]"

### **Berufungsanträge**

der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin zur Sache (act. 34 S. 2):

- "1. Es sei Dispositivziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Andelfingen vom 10. August 2015 (ET140002-B) aufzuheben.
2. Das Gesuch der Berufungsbeklagten um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 4. September 2014 sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
3. Die Kosten des Verfahrens seien der Berufungsbeklagten aufzuerlegen und es sei diese zu verpflichten, der Berufungsklägerin eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. 8% MwSt.) zu entrichten."

prozessualer Antrag der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (act. 44 S. 2):

- "1. Es sei der Berufung vom 14. September 2015 die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei die Vollstreckbarkeit des Urteils des Bezirksgerichts Andelfingen vom 10. August 2015 aufzuschieben."

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (act. 46 S. 2):

- "1. Die Berufung unter Einschluss aller Berufungsanträge sei abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil sei in allen Teilen zu bestätigen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MwSt) zu Lasten der Berufungsklägerin."

## Erwägungen:

### I.

1. Die Parteien sind Eigentümer der benachbarten Parzellen Kat.-Nr. 1 und 2 in C.\_\_\_\_\_. Die beiden Parzellen bildeten bis zum Jahr 1982 zusammen die landwirtschaftlich genutzte Parzelle Kat.-Nr. 3. Deren Eigentümer war der zwischenzeitlich verstorbene E.\_\_\_\_\_, der die Parzelle im Jahr 1982 in die heutigen Parzellen Kat.-Nr. 1 und 2 aufteilen liess. Die Parzelle Nr. 1 ging darauf im Rahmen eines Erbvorbezugs auf den zwischenzeitlich ebenfalls verstorbenen F.\_\_\_\_\_ (einer der Söhne von E.\_\_\_\_\_) über, den Gründer der Gesuchstellerin und Berugungsbeklagten (fortan Gesuchstellerin). Die Gesuchstellerin betreibt auf der Parzelle Nr. 1 einen Werkhof und eine Tankstelle. Den Werkhof vermietete sie zwischenzeitlich an einen Spenglereibetrieb. Die benachbarte Parzelle Nr. 2 ging später vollumfänglich auf G.\_\_\_\_\_ über, den Bruder von F.\_\_\_\_\_. Die Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchsgegnerin), die heutige Eigentümerin der Parzelle Nr. 2, ist die Tochter von G.\_\_\_\_\_.

Die beiden Grundstücke teilen die gemeinsame Einfahrt von der öffentlichen Strasse "D.\_\_\_\_\_" her (d.h. die Grundstücksgrenze befindet sich auf der Einfahrt; vgl. den auszugsweise an den angefochtenen Entscheid angehefteten Übersichtsplan act. 3/2). Grössere Fahrzeuge benutzen für die Zufahrt zur Tankstelle und zum Werkhof seit über 20 Jahren jeweils die ganze Einfahrt, also auch den Teil, der auf der Parzelle Nr. 2 liegt.

Am 12. Juli 2014 versetzte die Gesuchsgegnerin entlang der Grundstücksgrenze auf der Einfahrt sowie teilweise entlang der Grenze zwischen ihrem Grundstück und der Strasse "D.\_\_\_\_\_" Granitblöcke, um (so die Gesuchstellerin) "für die Zukunft klare Verhältnisse zu schaffen" (vgl. die Fotoaufnahmen act. 3/8 und act. 9/3-5). Die Gesuchstellerin sieht sich darin im Gebrauch der Einfahrt behindert (vgl. zum Ganzen act. 1 S. 3 ff., act. 8 S. 2 ff., act. 33 S. 3 f., act. 46 S. 3 f.).

Die von der Vorinstanz noch als strittig bezeichnete Frage, ob die Steine ganz auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin oder auf der Grundstücksgrenze oder stehen (act. 33 S. 4), wird im Berufungsverfahren nicht mehr thematisiert.

2. Mit Eingabe vom 4. September 2014 gelangte die Gesuchstellerin an die Vorinstanz und stellte das eingangs angeführte Rechtsbegehren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen (act. 1).

Die Vorinstanz nahm nach Durchführung eines Schriftenwechsels und einer Verhandlung am 15. Januar 2015 einen Augenschein auf den Parzellen der Parteien (act. 8, act. 20 f.; Vi-Prot. S. 4 ff., S. 21 ff.). Am 10. August 2015 erliess die Vorinstanz sodann das eingangs angeführte Urteil. Darin hiess sie das Massnahmebegehren der Gesuchstellerin teilweise gut und verpflichtete die Gesuchsgegnerin, den im Dispositiv umschriebenen Teil der Granitblöcke zu entfernen. Gleichzeitig wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um die vorsorgliche Massnahme im ordentlichen Prozess zu prosequieren (act. 30 = act. 33 = act. 35). Diese Frist wurde nach dem Vorbringen der Gesuchstellerin in der Berufungsantwort bis 9. November 2015 erstreckt (act. 46 S. 11).

Das Urteil wurde der Gesuchsgegnerin am 4. September 2015 zugestellt (act. 31/2).

3. Mit Eingabe vom 14. September 2015 (Datum Poststempel) erhob die Gesuchsgegnerin Berufung gegen das Urteil vom 10. August 2015 und stellte die eingangs angeführten Berufungsanträge. Sie strebt die Aufhebung der erlassenen vorsorglichen Massnahme an (act. 34).

4. Der Stellvertreter der Kammerpräsidentin auferlegte der Gesuchsgegnerin mit Verfügung vom 18. September 2015 für die Kosten des Berufungsverfahrens einen Kostenvorschuss von Fr. 2'500.00 (act. 38). Der Vorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 39, act. 41).

5. Mit Verfügung vom 9. Oktober 2015 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (act. 42).

6. Die Gesuchsgegnerin stellte mit Eingabe vom 22. Oktober 2015 den erwähnten prozessualen Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 44).

7. Die Gesuchstellerin erstattete mit Eingabe vom 23. Oktober 2015 die Berufungsantwort und stellte die eingangs angeführten Anträge (act. 46).

8. Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-31). Das Verfahren ist spruchreif. Der Gesuchsgegnerin ist indes noch ein Doppel von act. 46 und der Gesuchstellerin ein Doppel von act. 44 zuzustellen.

## II.

1. Prozessuale Vorbemerkungen:

1.1 Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist ein Mindeststreitwert von Fr. 10'000.00 vorausgesetzt (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO).

Die Gesuchstellerin machte vor Vorinstanz als Folge der auf der Grundstücksgrenze verlegten Granitsteine wirtschaftliche Einbussen von Fr. 10'000.00 pro Monat geltend (Vi-Prot. S. 14 f.). Die Vorinstanz hielt dazu fest, dass diese Einbusse gänzlich von den vom angefochtenen Entscheid betroffenen Steinen verursacht werde (vgl. act. 33 S. 10). Die Parteien machten im Berufungsverfahren keine abweichenden Angaben (vgl. act. 34 S. 3, act. 46 S. 5). Das führt nach Art. 92 Abs. 2 ZPO kapitalisiert zu einem Streitwert von rund Fr. 1'500'000.00.

1.2 Aufgrund des heute ergehenden Entscheids über die Berufung wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 44) gegenstandslos. Es ist daher abzuschreiben.

1.3 Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur zulässig, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2. Die Voraussetzungen der Anordnung vorsorglicher Massnahmen:

Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist, und dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Vorausgesetzt ist somit neben einer positiven Hauptsachenprognose, dass ohne Anordnung der Massnahme ein Nachteil droht, der nicht leicht wieder gutzumachen ist. Beides ist glaubhaft zu machen. Als ungeschriebene weitere Voraussetzung der Anordnung vorsorglicher Massnahmen gilt Dringlichkeit in dem Sinne, dass der Rechtsschutz, der erst nach dem Ausfechten eines ordentlichen Prozesses gewährt würde, zu spät käme (vgl. ROHNER/WIGET, OFK-ZPO Navigator.ch, 2. Auflage 2015, Art. 261 ZPO N 5 ff.).

3. Zum angefochtenen Entscheid:

3.1 Die Vorinstanz ging auf Basis ihres Augenscheins vom 15. Januar 2015 (Vi-Prot. S. 21) davon aus, dass die vordersten Granitsteine bei der Strasse "D. \_\_\_\_\_" die Ursache des Problems seien. Man erkenne auf den eingereichten Fotos (act. 15/11 und 15/1-3), dass die öffentliche Zufahrtsstrasse relativ schmal sei. Grössere Fahrzeuge könnten deshalb nicht auf der Strasse ausholen, um auf die private Zufahrt der Parzelle Kat.-Nr. 1 zu gelangen. Es sei unbestritten, dass die Zufahrt zumindest für grössere Lastwagen aufgrund der Granitsteine mit einem erheblichen Aufwand verbunden sei. Dass die Gesuchstellerin aufgrund dieser Beschränkung der Zufahrt erhebliche Mindereinnahmen habe, erscheine glaubhaft. Die Gesuchsgegnerin verursache, indem sie die Zufahrt über ihre Parzelle Kat.-Nr. 2 verunmögliche, somit eine erhebliche Beeinträchtigung des Geschäfts der Gesuchstellerin (act. 33 S. 5).

3.2 In rechtlicher Hinsicht verwarf die Vorinstanz sowohl eine vertragliche als auch eine besitzes- oder eigentumsrechtliche Grundlage für den geltend gemachten Anspruch auf Entfernung der Granitsteine (act. 33 S. 5-8). Sodann prüfte die Vorinstanz den Anspruch auf Gewährung eines Notwegrechts nach Art. 694 Abs. 1 ZGB, den die Gesuchstellerin im Begehren vom 4. September 2014 gel-

tend gemacht hatte (act. 1 S. 9 f.). Aufgrund des erwähnten Einnahmenausfalls, so der Schluss der Vorinstanz, lasse sich die Tankstelle nicht mehr rationell bewirtschaften (act. 33 S. 9). Das Interesse der Gesuchsgegnerin an der Abgrenzung ihres (wie am Augenschein festgestellt) unbenutzten Grundstücksteils durch Granitsteine trete gegenüber den nachvollziehbaren geschäftlichen Interesse der Gesuchstellerin klar in den Hintergrund. Daher habe die Gesuchstellerin Anspruch auf die Einräumung eines Notwegrechts (act. 33 S. 9 f.).

3.3 Das führte zur teilweisen Gutheissung des Begehrens um Entfernung der Granitsteine im bereits erwähnten Umfang (je 3 Meter ab der Strasse entlang der Grundstücksgrenze auf dem Vorplatz und entlang der Grenze zwischen Parzelle Nr. 2 und der Strasse). Von einer Anmerkung des Notwegs im Grundbuch gemäss Art. 696 ZGB sah die Vorinstanz ab, mit dem Hinweis, die Gesuchstellerin habe eine solche nicht verlangt (act. 33 S. 10).

4. Die Gesuchsgegnerin macht geltend, an einer vorsorglichen Massnahme aufgrund eines Anspruchs auf Gewährung eines Notwegrechts habe die Gesuchstellerin kein Rechtsschutzinteresse. Zudem könne dem Anspruch auf Gewährung eines Notwegs keine positive Hauptsachenprognose ausgestellt werden (act. 34 S. 6 ff.). Das wird nachfolgend geprüft (II./5.-6.). Wenn die Gesuchsgegnerin mit dieser Rüge durchdringt, ist weiter zu prüfen, ob das Begehren um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme gestützt auf eine andere Rechtsgrundlage gutzuheissen ist (II./7.).

5. Zum Rechtsschutzinteresse der Gesuchstellerin:

5.1 Die Gesuchsgegnerin macht richtig geltend, dass die Notwegdienstbarkeit nicht von Gesetzes wegen bestehe (act. 34 S. 7). Der Anspruch auf Gewährung eines Notwegs stellt eine Realobligation dar. Die Dienstbarkeit als beschränktes dingliches Recht entsteht dabei erst, wenn sie im Grundbuch eingetragen oder durch Gestaltungsurteil begründet wird (act. 34 S. 7; BSK ZGB II-REY/STREBEL, 5. Auflage 2015, Art. 694 N 21-23). Aus diesem Grund wäre – das ist nebenbei zu bemerken – die von der Vorinstanz erwähnte Anmerkung des Wegrechts im Grundbuch nach Art. 696 ZGB (act. 33 S. 10) nicht zulässig gewe-

sen. Die Anmerkung nach dieser Bestimmung ist nur bei unmittelbar gesetzlichen Wegrechten möglich, nicht aber bei einem Notwegrecht nach Art. 694 ZGB (vgl. BSK ZGB II-REY/STREBEL, 5. Auflage 2015, Art. 696 N 2).

5.2 Von der tatsächlich (noch) nicht existierenden Dienstbarkeit ist allerdings der Anspruch der Gesuchstellerin auf deren Errichtung, also die Realobligation nach Art. 694 ZGB, zu unterscheiden. Dieser Anspruch besteht bei gegebenen Voraussetzungen von Gesetzes wegen. Dass er nur indirekt auf die Benutzung des Grundstücks gerichtet ist (in dem Sinne, dass der Anspruch auf die Gewährung eines entsprechenden beschränkten dinglichen Rechts abzielt), ändert nichts am Bedürfnis der Gesuchstellerin als aus der Realobligation Berechtigte nach vorsorglichem Rechtsschutz, wenn die Gegenpartei die Benutzung ihres Grundstücks nicht zulässt. Das gilt insbesondere für die Zeit, bis ein entsprechendes Gestaltungsurteil erwirkt werden kann. Dabei ist auch an Fälle zu denken, in welchen (anders als hier) ein Grundstück ohne Notweg gar nicht (mehr) erreicht werden kann. In einem solchen Fall könnte der Berechtigte ohne vorsorglichen Rechtsschutz aufgrund der Zeitdauer, die bis zur Durchsetzung des strittigen Anspruchs vergeht, zur Aufgabe seines Betriebs gezwungen sein. Die Durchsetzung der Realobligation würde dadurch vereitelt.

Das Rechtsschutzinteresse am Erlass einer vorsorglichen Massnahme besteht aus diesen Gründen unabhängig davon, ob das Notwegrecht als Dienstbarkeit bereits existiert oder nicht.

5.3 Zum Hinweis der Gesuchsgegnerin auf eine vorsorgliche Eintragung der Dienstbarkeit, welche die Gesuchstellerin nicht verlangt habe (die Gesuchsgegnerin meint damit wohl die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung nach Art. 961 ZGB, act. 34 S. 6 f.), ist im Übrigen das Folgende festzuhalten: Die vorläufige Eintragung behaupteter dinglicher Rechte nach Abs. 1 Ziff. 1 dieser Bestimmung ist grundsätzlich nur bei bereits bestehenden, aber aus dem Grundbuch nicht ersichtlichen dinglichen Rechten möglich (BSK ZGB II-SCHMID, 5. Auflage 2015, Art. 961 N 1). Anders ist es nur bei mittelbaren gesetzlichen Pfandrechten wie insbesondere dem Bauhandwerkerpfandrecht nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Dort sprechen die Verordnung (Art. 76 Abs. 3 GBV) und die Rechtspre-

chung von einer vorläufigen Eintragung, was an sich aber unzutreffend ist, weil das Bauhandwerkerpfandrecht nicht von Gesetzes wegen entsteht und deshalb nicht als behauptetes (und bereits bestehendes) dingliches Recht gesichert werden kann. Der Sache nach handelt es sich bei der vorläufigen Eintragung solcher Rechte daher um eine Verfügungsbeschränkung nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (vgl. SCHMID, a.a.O., Art. 961 N 22). Eine solche wäre zwar auch zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung eines Notwegrechts theoretisch denkbar. Sie würde aber nur dazu führen, dass das Wegrecht (falls es später tatsächlich entsteht) jüngeren dinglichen Rechten vorgehen würde. Ein vorsorglicher Rechtsschutz, wie ihn die Gesuchstellerin anstrebt, wäre damit nicht verbunden.

## 6. Vorsorgliche Massnahme gestützt auf ein Notwegrecht:

6.1 Ein Anspruch auf Einräumung eines Notwegs besteht, wenn ein Grundeigentümer keinen genügenden Weg von seinem Grundstück auf eine öffentliche Strasse hat (Art. 694 Abs. 1 ZGB). Kein genügender Weg liegt vor, wenn die bestehende Wegverbindung nicht ausreicht, um die rationelle Bewirtschaftung oder Benutzung des Grundstücks zu ermöglichen, da der freie Zugang oder die freie Zufahrt zu jeder Jahreszeit aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen schwer beeinträchtigt ist (BSK ZGB II-REY/STREBEL, 5. Auflage 2015, Art. 694 N 6).

6.2 Die Gesuchsgegnerin erklärt, sie habe nie bestritten, dass es für die Gesuchstellerin und ihre Kunden bequemer wäre, wenn sie über die Parzelle Nr. 2 fahren könnten. Ein Notweg sei aber nur einzuräumen, wenn ein wirklicher Notfall vorliege, und nicht bereits, wenn es nur darum gehe, nicht ganz vollkommene Wegverhältnisse zu verbessern. Auch wenn für grössere Lastwagen aufgrund der Beschränkung ein Manövrieren, ein Abkoppeln der Anhänger oder allenfalls ein Rückwärtsfahren notwendig wäre, stelle das keine schwere Beeinträchtigung dar, welche eine Wegnot begründen würde. Die Gesuchstellerin habe auch den behaupteten Einnahmeneinbruch aufgrund der Beschränkung nicht glaubhaft gemacht. Erst recht nicht glaubhaft sei daher, dass der angebliche Einnahmenrückgang von existenzieller Bedeutung sei und die Tankstelle daher nicht mehr rationell bewirtschaftet werden könne (act. 34 S. 9-12).

6.3 Die Gesuchstellerin hält dem entgegen, die Verbindung zur öffentlichen Strasse sei aufgrund der gesetzten Granitblöcke nicht mehr genügend. Es gehe nicht nur um eine reine Bequemlichkeit respektive einen kleinen Zusatzaufwand der Chauffeure, sondern um eine wesentliche Einschränkung, welche den bisherigen Betrieb der Tankstelle verunmögliche (act. 46 S. 16 f.).

6.4 Dem Standpunkt der Gesuchsgegnerin ist aus den nachfolgend aufgezeigten Gründen zuzustimmen:

6.4.1 Gegen eine Wegnot spricht bereits der aus den Akten ersichtliche Umstand, dass die Zufahrt zum Grundstück der Gesuchstellerin auch ohne Wegrecht, d.h. auch ohne Benutzung des Teils der Einfahrt, der zur Parzelle Nr. 2 gehört, noch wesentlich breiter ist als die Zufahrtsstrasse "D. \_\_\_\_\_" (vgl. act. 3/2; vgl. auch act. 46 S. 13). Dass eine bestehende Zufahrt auf dem Grundstück, die breiter ist als die öffentliche Zufahrtsstrasse, ungenügend im Sinne von Art. 694 ZGB sein könnte (also wie erwähnt im Sinne einer *schweren* Beeinträchtigung), ist per se schwer vorstellbar, auch wenn eine breitere Zufahrt zwecks Vergrößerung des Wenderadius vorteilhaft sein mag (vgl. act. 46 S. 13).

6.4.2 Die Gesuchstellerin betont mit Blick auf die von der Gesuchsgegnerin angeführte Rechtsprechung (act. 34 S. 8), dass es nicht um ein künftiges Projekt mit unklarer Erschliessung gehe, sondern um die Zufahrt zu einem im Jahr 1989 erstellten Betrieb, die durch Veränderung der Verhältnisse erschwert worden sei (act. 46 S. 12). Die Gesuchstellerin kann daraus aber nichts für sich ableiten. Die Voraussetzungen einer Wegnot sind dieselben, unabhängig davon, ob ein Projekt bereits verwirklicht wurde und die Zufahrt sich verschlechtert hat, oder ob ein Projekt erst in Planung ist und es an einer genügenden Zufahrt mangelt. Ohne Relevanz ist entgegen der Gesuchstellerin (act. 46 S. 22) auch, wer die Verschlechterung der Zufahrt verursacht hat und konkret, dass es die Gesuchsgegnerin war, welche die bisherige Zufahrt über ihr Grundstück nicht mehr zuließ und damit die Verschlechterung verursachte. Ein solches Vorgehen kann durchaus zu einem Anspruch auf Gewährung eines Notwegrechts führen – aber nur unter den aufgezeigten gesetzlichen Voraussetzungen (vgl. im Übrigen zum Ausschluss der Ersetzung eines Wegrechts nachfolgend II./7.3).

6.4.3 Die Vorinstanz bezog die Beeinträchtigung der rationellen Bewirtschaftung des Grundstücks lediglich auf die Tankstelle. Mit Blick auf den Werkhof bzw. dessen Vermietung an einen Spenglereibetrieb habe die Gesuchstellerin (so die Vorinstanz) keinen Einnahmerückgang geltend gemacht (act. 33 S. 9). Das wird von der Gesuchstellerin im Berufungsverfahren nicht konkret beanstandet. Sie verweist dazu einzig auf die vor Vorinstanz eingereichte Bestätigung des damaligen Mieters, der die Granitblöcke als unverhältnismässige Erschwerung bezeichnet habe (vgl. act. 46 S. 10 mit Hinweis auf act. 14/1). Zur Neuvermietung, die während des vorinstanzlichen Verfahrens erfolgte, erklärte die Gesuchstellerin nur, der neue Mieter sei "ebenfalls auf angemessene Zufahrt angewiesen" (vgl. act. 28 S. 2). Das alleine lässt nicht darauf schliessen, der Werkhof lasse sich nicht mehr rationell bewirtschaften. Die Vorinstanz hat die Erschwerung der Bewirtschaftung des Grundstücks somit zu Recht lediglich mit Blick auf den Tankstellenbetrieb geprüft.

6.4.4 Die konkrete Erschwerung der Zufahrt besteht nach der Gesuchstellerin darin, dass bereits zwei- bis vierachsige Lastwagen nur mit aufwändigen Manövern auf das Grundstück fahren können, und – da sie auf dem Grundstück nicht mehr wenden können – unter Nichteinhaltung der Auflage gemäss Baubewilligung, wonach nur vorwärts auf die Strasse "D. \_\_\_\_\_" gefahren werden dürfe (vgl. act. 3/6). Für besonders grosse Fahrzeuge, insbesondere für fünfachsig Lastwagen sei die Zufahrt besonders stark erschwert bzw. sogar verunmöglicht. Es komme deshalb nur noch zu kleineren Bezugsmengen bzw. Tankfüllungen. Beim von der Gesuchsgegnerin fotografierten Versuch der Zufahrt mit einem grossen Lastwagen (act. 15/1-4) habe der Chauffeur festgestellt, dass die Zufahrt nicht machbar sei. So grosse Fahrzeuge seien seither nicht mehr auf das Grundstück gefahren, sondern würden anderswo tanken. (act. 46 S. 13-15; act. 1 S. 7 f.).

Das letztgenannte Argument (der Hinweis, der Fahrer des Lastwagens auf den Fotos act. 15/1-4 habe beim fotografierten Manöver festgestellt, dass die Zufahrt nicht machbar sei) ist ein unzulässiges Novum. Die Gesuchstellerin konnte sich vor Vorinstanz zu diesen Fotos äussern und brachte nichts Entsprechendes vor (Vi-Prot. S. 14).

Dass die Zufahrt aufgrund der Steine für grössere Lastwagen erschwert ist, dass zusätzliches Manövrieren, Rückwärtsfahren und allenfalls ein Abhängen von Anhängern nötig ist (was gemäss den Auflagen zur Baubewilligung jedenfalls teilweise unzulässig wäre, act. 3/6 Ziff. 6), ist unbestritten (vgl. vorne II./6.2). Uneinig sind sich die Parteien nur darin, ob damit lediglich die Bequemlichkeit eingeschränkt wird, oder ob die Steine die freie Zufahrt auf das Grundstück im Sinne von Art. 694 ZGB schwer beeinträchtigen. Entscheidend dafür sind die Auswirkungen der Beschränkung auf den Betrieb der Gesuchstellerin. Darauf wird nachfolgend eingegangen.

6.4.5 Nach den vor Vorinstanz eingereichten Belegen erzielte die Gesuchstellerin mit einem Kunden, der H. \_\_\_\_\_ Holztransporte (offenbar ein Grossbezügler, act. 1 S. 11, bzw. der "Hauptgrosskunde" der Gesuchstellerin, act. 46 S. 14) im Juli und August 2014 je rund Fr. 10'000.00 weniger Umsatz als in den Monaten Januar bis Juni 2014 (act. 3/10-18).

Im Berufungsverfahren reichte die Gesuchstellerin weitere Belege über Bezüge der Firma H. \_\_\_\_\_ zu den Akten: Eine Übersicht über die Bezüge vom 1. Juli 2013 bis 1. Juni 2014 (act. 47/3a) und eine Übersicht über die Bezüge vom 1. Juli 2014 bis 1. Juni 2015 samt einer Auflistung über alle Bezüge dieser Zeitperiode (act. 47/3b). Sämtliche Belege datieren vom 26. September 2015. Dessen ungeachtet betreffen sie die aufgezeigte frühere Zeitperiode. Dass nicht etwa sämtliche Rechnungen erst an diesem späteren Datum ausgestellt wurden, lässt sich anhand der bereits vor Vorinstanz eingereichten einzelnen Rechnungen von früheren Daten erkennen (act. 3/10-18).

Die Gesuchstellerin reichte im vorinstanzlichen Verfahren am 29. Juni 2015 ihre letzte Eingabe ein (act. 28). An diesem Zeitpunkt musste der Gesuchstellerin der Umsatz mit ihrem Hauptkunden in der Zeit bis 1. Juni 2015 bekannt sein. Die gestützt auf die neuen Belege vorgebrachten Behauptungen (act. 46 S. 14 f.) sind aus diesem Grund unzulässige Noven. Die Gesuchstellerin kann sich nicht darauf berufen, die letzte Eingabe habe nicht dem Einreichen weiterer Beweismittel gedient, sondern nur der Stellungnahme zum Beweisergebnis (act. 46 S. 15). Während des Verfahrensstadiums der Hauptverhandlung (von den ersten Parteivor-

trägen über die Beweisabnahme bis zu den Schlussvorträgen, Art. 228 bis 232 ZPO) sind Noven jeweils (spätestens) mit dem nächsten Vortrag vorzubringen. Dabei gilt der Schlussvortrag nach Art. 232 ZPO als letzte Möglichkeit, Noven einzubringen (vgl. BSK ZPO-WILLISEGGER, 2. Auflage 2013, Art. 229 N 36). Im summarischen Verfahren gilt nichts anderes, wenn nach der Abnahme von Beweisen ein Schlussvortrag gewährt wird. Was eine Partei bei dieser Gelegenheit nicht vorbringt, obwohl sie es hätte vorbringen können, gilt im daran anschließenden Rechtsmittelverfahren nicht mehr als "ohne Verzug" vorgebracht (im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO).

6.4.6 Wenn zugunsten der Gesuchstellerin angenommen würde, der rechtzeitig belegte Umsatzrückgang mit der Firma H. \_\_\_\_\_ Holztransporte in den Monaten Juli und August 2014 sei vollumfänglich auf die verlegten Granitblöcke zurückzuführen (und nicht zumindest teilweise auch saisonal bedingt), und wenn weiter (ebenfalls zugunsten der Gesuchstellerin) davon ausgegangen würde, der für zwei Monate nachgewiesene Umsatzrückgang sei von Dauer, so wäre von erheblichen Mindereinnahmen als Folge der aufgestellten Granitblöcke auszugehen (vgl. act. 33 S. 5).

Das alleine würde aber immer noch nicht genügen, um den Schluss zu ziehen, die Tankstelle bzw. das Grundstück lasse sich nicht mehr rationell bewirtschaften. Angaben der Gesuchstellerin etwa zu ihrem Jahresumsatz und zu ihrem Jahresgewinn fehlen. Ohne solche Angaben ist es nicht möglich, abzuschätzen, wie bedeutend die Umsatzeinbusse (wenn sie bejaht wird) für das Geschäft der Gesuchstellerin ist. Dass ein Umsatzrückgang von Fr. 10'000.00 pro Monat sich nach allgemeiner Lebenserfahrung negativ in den Gewinnen eines Kleinbetriebs niederschlägt (act. 46 S. 21), mag zutreffen. Zur Frage, wie bedeutend diese negative Entwicklung ist, brachte die Gesuchstellerin indes keine konkrete Angabe vor. Sie machte auch nicht etwa geltend, als Folge der aufgestellten Granitblöcke gar keine Gewinne mehr erzielen zu können. Die Bezeichnung der Mindereinnahmen als "enorm" bzw. als "für eine kleine Tankstelle erheblich" oder "von existenzieller Bedeutung", oder auch der Hinweis, sie könne die Einbusse nicht ver-

kraften und ihr drohe der Ruin (vgl. act. 46 S. 18 unten, S. 19 f.; vgl. auch bereits act. 1 S. 11-13) lassen keine entsprechenden Rückschlüsse zu.

Für die Feststellung, das Grundstück lasse sich ohne Gewährung eines Notwegs nicht rationell bewirtschaften, besteht damit keine Grundlage.

6.4.7 Was die Gesuchstellerin in der Berufungsantwort dazu weiter vorbringt, vermag keinen anderen Schluss zu rechtfertigen. So ist etwa unerheblich, ob die Gesuchstellerin (was sie bestreitet) auf der Zufahrt an der nördlichen Grundstücksgrenze noch Fahrzeuge parkiert oder nicht (act. 46 S. 8, S. 17 f.). Auch wenn davon ausgegangen wird, dass die Zufahrt auch ohne darauf parkierte Fahrzeuge im geltend gemachten Umfang erschwert ist, folgt daraus nach dem Gesagten keine Wegnot im vorausgesetzten Sinn.

6.5 Da es somit an einer Wegnot fehlt, ist der Anspruch auf Einräumung einer entsprechenden Dienstbarkeit nicht glaubhaft. Insoweit kann dem Anspruch der Gesuchstellerin keine positive Hauptsachenprognose ausgestellt werden.

## 7. Prüfung anderer Rechtsgrundlagen:

7.1 Die Gesuchstellerin macht geltend, bereits nach der Baubewilligung vom 6. Oktober 1989 (für die Tankstelle auf dem Grundstück der Gesuchstellerin) sei klar gewesen, dass das Grundstück Nr. 2 voraussichtlich für den Betrieb der Tankstelle mit benutzt werden müsse. Daher sei mit der Bewilligung die Auflage erteilt worden, mit dem Eigentümer des Nachbargrundstücks die "Entschädigung und Schadenregelung" abzusprechen (act. 46 S. 8, act. 1 S. 5, act. 3/6). Unter anderem aufgrund des Verwandtschaftsverhältnisses, so die Gesuchstellerin weiter, sei auf eine ausdrückliche Regelung der Entschädigung verzichtet worden (act. 1 S. 5 unten).

Die Benutzung der (ganzen) Einfahrt durch sie sei von der Gesuchsgegnerin bzw. von deren Rechtsvorgänger aber nicht ungefragt auf Zusehen hin geduldet worden, sondern es habe eine konkrete Regelung gegeben. Als Gegengeschäft für die Benutzung der ganzen Einfahrt habe die Gesuchstellerin den Vorplatz so erstellt, wie er sich heute präsentiere, und habe ihn unterhalten. Im Winter habe

sie jeweils auch den Schnee vom ganzen Vorplatz weggeräumt. Zudem sei der Gesuchsgegnerin das Recht eingeräumt worden, die Einrichtungen des Werkhofs jederzeit zu nutzen. An diese gegenseitige Regelung habe sich die Gesuchsgegnerin die vergangenen 7 Jahre, also seit sie Eigentümerin der Liegenschaft geworden sei, gehalten. Sie, die Gesuchstellerin, habe daher einen vertraglichen Anspruch auf die Benützung des Nachbargrundstücks (act. 46 S. 6 f., S. 9; vgl. bereits act. 1 S. 5 ff.). Sie sei berechtigt, die Tankstelle auf ihrem Grundstück auf die Art und Weise zu führen, wie sie das die letzten 30 Jahre schon getan habe (act. 46 S. 16, S. 21).

7.2 Die Gesuchstellerin geht mit diesen Ausführungen indes nicht auf die Hinweise der Vorinstanz ein, wonach – wenn überhaupt von einem bindenden Vertrag – von einer Gebrauchsleihe auszugehen sei, welche, wenn auf unbestimmte Dauer abgeschlossen, nach Art. 310 OR jederzeit per sofort gekündigt werden könne (act. 33 S. 6).

Die Gesuchstellerin verdeutlicht weiter nicht, gestützt auf welche Willensäußerungen der Parteien bzw. ihrer Rechtsvorgänger (ob ausdrücklich oder konkludent) eine Einigung zustande gekommen wäre, wonach die Mitbenutzung der ganzen Einfahrt durch die Gesuchstellerin verbindlich im Gegenzug für den Unterhalt des Platzes durch sie und die anderen erwähnten Punkte vereinbart worden wäre.

Auf eine solche verbindliche (und nicht nur auf eine ausdrückliche) Regelung wurde offenbar aufgrund der Verwandtschaftsverhältnisse verzichtet. Nur so kann das Vorbringen der Gesuchstellerin verstanden werden. Dass man sich sodann im Rahmen eines freundschaftlichen Verhältnisses in verschiedenen Punkten auf Zusehen hin gegenseitig entgegen kommt, kann nicht zur Bejahung einer verbindlichen Entschädigungsregelung führen, auf deren Bestand die Gesuchstellerin sich verlassen könnte.

7.3 Das Argument der Gesuchstellerin mit der Art und Weise des bisherigen Betriebs (geduldete Nutzung der ganzen Einfahrt seit 30 Jahren) liefere im Übrigen im Ergebnis auf die Ersitzung einer Dienstbarkeit hinaus, was nach Art. 731

Abs. 3 ZGB ausgeschlossen ist, da der Eigentümer des belasteten Grundstücks (die Gesuchsgegnerin) aus dem Grundbuch bzw. dem kantonalen Register ersichtlich ist (vgl. dazu BSK ZGB II-PETITPIERRE, 5. Auflage 2015, Art. 731 N 33, 35).

7.4 Schliesslich kann die Gesuchstellerin ihren Anspruch entgegen ihrer Ansicht (act. 46 S. 8) auch nicht auf das Rechtsmissbrauchsverbot stützen:

Das Verbot offenbaren Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 Abs. 2 ZGB ist eine Ausnahmeregelung. Das Gericht darf ein gesetzlich statuiertes Recht nur ganz ausnahmsweise aushebeln (vgl. KUKO ZGB-PFAFFINGER, Art. 2 N 10). Die Gesuchsgegnerin muss daher gegenüber dem Interesse der Gesuchstellerin an der Benutzung der ganzen Einfahrt kein gleichrangiges oder auch nur annähernd gleichrangiges Interesse am Schutz ihres Eigentums dartun. Das Eigentum ist als Interesse per se schwer zu gewichten (so richtig die Vorinstanz, act. 33 S. 10). Das Vorgehen der Gesuchsgegnerin, welche die Granitsteine kurzfristig und soweit ersichtlich ohne Vorwarnung verlegte, mag nicht den üblichen freundschaftlichen Gepflogenheiten entsprochen haben. Das alleine macht es aber nicht rechtsmissbräuchlich.

Die Gesuchsgegnerin hat ein legitimes Interesse an der Abgrenzung ihres Grundstücks zur Schaffung klarer Verhältnisse (act. 8 S. 3). Auch der Hinweis auf Lärmschutzüberlegungen aufgrund der langsamer zu befahrenden Einfahrt (act. 8 S. 5) kann nicht ohne weiteres von der Hand gewiesen werden (auch wenn die Gesuchstellerin der Ansicht ist, aufgrund des jetzt erforderlichen Manövrierens entstehe sogar mehr Lärm, act. 13 S. 6, act. 46 S. 8). Diese nachvollziehbaren Interessen genügen, um offenbaren Rechtsmissbrauch auszuschliessen. Dass der mit Granitblöcken abgetrennte Teil der Einfahrt beim vorinstanzlichen Augenschein gänzlich unbenutzt als Teil des Kiesplatzes dalag (act. 33 S. 10), ändert daran nichts.

8. Dem Anspruch auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme kann somit keine positive Hauptsachenprognose ausgestellt werden. Das führt zur Gutheissung der Berufung und zur Aufhebung der angeordneten Massnahme. Auf die

Ausführungen der Parteien zu den weiteren Voraussetzungen (drohender, nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil und Dringlichkeit) sowie zur Interessenabwägung (act. 34 S. 14, act. 46 S. 23) ist danach nicht mehr einzugehen.

9. Zusammenfassend ist Dispositivziffer 1 des angefochtenen Entscheids in Gutheissung der Berufung aufzuheben. Das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist abzuweisen.

### III.

1. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv blieb unan-gefochten. Damit hat es insoweit mit dem angefochtenen Entscheid sein Bewen-den und bleibt der definitive Entscheid darüber dem Hauptsachengericht vorbe-halten, sofern es fristgerecht angerufen wird.

2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens sind definitiv zu regeln, da keine vorsorgliche Massnahme angeordnet wird (vgl. KUKO ZPO-SCHMID, 2. Auflage 2015, Art. 104 N 5).

Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren kos-ten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Ent-scheidgebühr ist ausgehend vom eingangs erwähnten Streitwert von rund Fr. 1'500'000.00 festzusetzen. In Anwendung der §§ 4 Abs. 1 bis 3, 8 Abs. 1 und 12 Abs. 1 und 2 GebV OG und des Äquivalenzprinzips ist die Entscheidgebühr auf Fr. 2'500.00 festzusetzen. Die Gebühr ist aus dem geleisteten Vorschuss zu beziehen. Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin den Vorschuss zu erset-zen.

Zudem hat die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädi-gung zu bezahlen, die nach der Verordnung des Obergerichts über die Anwalts-gebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) festzusetzen ist (Art. 105 Abs. 2 ZPO). In Anwendung der §§ 4 Abs. 1-3, 9 und 13 Abs. 1-2 AnwGebV (diese Best-immungen konkretisieren die allgemeinen Vorgaben von § 2 Abs. 1 lit. c-e Anw-GebV) ist die Parteientschädigung auf Fr. 2'700.00 zu beziffern. Dazu ist der be-

antragte Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (vgl. Kreisschreiben vom 17. Mai 2006 mit Ergänzung vom 17. September 2010).

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin, es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen, wird abgeschrieben.
2. Mitteilung und Rechtsmittel richten sich nach dem nachfolgenden Erkenntnis.

**und erkannt:**

1. Die Berufung wird gutgeheissen. Dispositiv Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Andelfingen vom 10. August 2015 wird aufgehoben, und das Begehren der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.00 festgesetzt.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden aus dem geleisteten Vorschuss bezogen. Die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin den geleisteten Vorschuss von Fr. 2'500.00 zu ersetzen.
4. Die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'700.00 zuzüglich 8% MwSt., total Fr. 2'916.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 44, an die Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin unter Beilage eines Doppels von act. 46, sowie

– unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Andelfingen, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG in einem Verfahren über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt ca. Fr. 1'500'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: