

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF190082-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

## Urteil vom 3. Februar 2020

in Sachen

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

Gesuchsteller und Berufungskläger,

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

gegen

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

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

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

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. November 2019 (ER190209)

**Rechtsbegehren:**

(act. 8 S. 1)

"Es sei die Gesuchsgegnerin zur Entfernung der Mobilfunkantenne auf dem Dach der C.\_\_\_\_-strasse ..., ... Zürich, Kataster-Nummer 1 zu verpflichten, dies unter Androhung der Ersatzvornahme sowie der Strafandrohung von Art. 292 StGB gegenüber den Organen der Gesuchsgegnerin im Unterlassungsfalle;

unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchsgegnerin (zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer auf der Entschädigung)."

**Verfügung des Einzelgerichtes:**

1. Auf das Gesuch vom 24. Oktober 2019 wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr von Fr. 800.– wird dem Gesuchsteller auferlegt.
3. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteient-schädigung von Fr. 900.– zu bezahlen.
- 4.-5. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel

**Berufungsanträge:**

(act. 14 S. 2)

"Die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich mit Geschäftsnummer ER190209-L / U vom 28. November 2019 sei aufzuheben, und die Berufungsbeklagte sei zur Entfernung der Mobilfunkantenne auf dem Dach der C.\_\_\_\_-strasse ..., ... Zürich, Kataster-Nummer 1 zu verpflichten, dies unter Androhung der Ersatzvornahme sowie der Strafandrohung von Art. 292 StGB gegenüber den Organen der Berufungsbeklagten im Unterlassungsfalle;

Alles unter Entschädigungs- und Kostenfolge zulasten der Berufungsbeklagten."

### Erwägungen:

1.

1.1. Der Berufungskläger A. \_\_\_\_\_ und die berufungsbeklagte B. \_\_\_\_\_ AG sind die jeweiligen Eigentümer von zwei benachbarten Liegenschaften (vgl. act. 4/2 und 4/3). Am 24. Oktober 2019 stellte der Berufungskläger beim Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich ein Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen und beantragte die Verpflichtung der Berufungsbeklagten, eine Mobilfunkantenne auf ihrem Dach zu entfernen (vgl. act. 1). Nach durchgeführter Verhandlung am 21. November 2019 trat die Vorinstanz mit Verfügung vom 28. November 2019 auf das Gesuch nicht ein (vgl. Prot. Vi. S. 3 ff. und act. 13). Dagegen erhob der Berufungskläger rechtzeitig Berufung beim Obergericht (vgl. act. 11a und act. 14). Den Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– für das zweitinstanzliche Verfahren leistete er auf erste Aufforderung hin (vgl. act. 18-20). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-11). Eine Berufungsantwort wurde nicht eingeholt (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

1.2. Mit der Berufung sind erstinstanzliche Endentscheide anfechtbar (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO), wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Streitwert mindestens Fr. 10'000.– betragen muss (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO). Eine vermögensrechtliche Streitigkeit ist gegeben, wenn mit der Klage letztlich ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird. Neben Klagen, mit denen die Zahlung einer Geldsumme gefordert wird, sind auch Begehren als vermögensrechtlich zu qualifizieren, die ihrer Natur nach in Geld schätzbar sind (vgl. ZK ZPO-STEIN-WIGGER, 3. Aufl. 2016, Art. 91 N 4). Dies ist bei einem Streit um eine Grunddienstbarkeit bzw. um deren Inhalt oder Umfang der Fall (vgl. BK ZPO-STERCHI, Art. 91 N 18d; ZR 113 Nr. 82; BGer 5A\_677/2011 vom 14. Dezember 2011 E. 1. und BGE 136 III 60 E. 1.1.1.). Der Streitwert ist hier auf rund Fr. 20'000.– zu schätzen, womit die Berufung zulässig ist. Mit der Berufung können die unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie die unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

2.

2.1. Der Berufungskläger ist der Ansicht, die Vorinstanz hätte den anlässlich der Verhandlung eingereichten Dienstbarkeitsvertrag vom 12. November 1956 (act. 9/1) berücksichtigen müssen: Die Vorinstanz habe ihm in der Verhandlung erneut die Möglichkeit zur Stellungnahme gewährt und damit das summarische Verfahren bewusst über eine einmalige Anhörung hinaus erweitert, weshalb eine sinngemässe Anwendung von Art. 229 ZPO angezeigt sei (vgl. act. 14 S. 4).

2.2. Im summarischen Verfahren ist gemäss Art. 253 ZPO von der Gegenpartei eine mündliche oder schriftliche Stellungnahme einzuholen, sofern das Gesuch nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet erscheint. Ein weiterer Schriftenwechsel, also das Erstellen einer Replik und einer Duplik, ist hingegen nicht vorgesehen. Anders als im ordentlichen Verfahren, in welchem sich die Parteien grundsätzlich zweimal uneingeschränkt äussern können, kommt ihnen diese Gelegenheit im summarischen Verfahren also lediglich einmal zu. Die Parteien haben folglich ihre Vorbringen, d.h. die Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, grundsätzlich abschliessend im Gesuch bzw. der Stellungnahme zum Gesuch darzulegen. Ausnahmsweise kann ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werden, zwingend ist dies jedoch nicht (vgl. OGer ZH LF170035 vom 13. Juli 2017 E. 5.2. und BGE 144 III 117).

2.3. Die Vorinstanz nahm das Gesuch des Berufungsklägers entgegen und nahm an der Verhandlung vom 21. November 2019 die mündliche Gesuchsantwort ab. Zu Recht ordnete sie hernach keinen zweiten Parteivortrag an; die weiteren Ausführungen der Parteien, die auf die Gesuchsantwort folgten, erfolgten im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs und wurden deshalb jeweils auch als "Stellungnahme" (und nicht als "Replik"/"Duplik") bezeichnet (vgl. Prot. Vi S. 5 ff.). Der Berufungskläger reichte den Dienstbarkeitsvertrag vom 12. November 1956 (act. 9/1) im Rahmen seiner Stellungnahme zur Gesuchsantwort ein (vgl. Prot. Vi S. 5 und act. 14). Der Dienstbarkeitsvertrag blieb nach dem Gesagten demnach zu Recht unberücksichtigt.

3.

3.1. Art. 257 Abs. 1 ZPO sieht unter dem Titel "Rechtsschutz in klaren Fällen" vor, dass das Gericht Rechtsschutz im summarischen (raschen) Verfahren gewährt, wenn zum einen der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar (lit. a) und zum anderen die Rechtslage klar ist (lit. b). Kein klarer Fall liegt vor, wenn Verträge ausgelegt, ergänzt oder angepasst werden müssen (vgl. KUKO ZPO-Jent-Sørensen, 2. Aufl. 2014, Art. 257 N 8).

3.2. Der Berufungskläger stützt sein Gesuch auf eine im Grundbuch eingetragene Grunddienstbarkeit auf Bau- und Gewerbebeschränkung vom 20. November 1957 mit folgendem Wortlaut (vgl. act. 4/2, SP Art. 1742): "Der jeweilige Eigentümer des Grundstückes Kataster 1 ist gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des Grundstückes Kataster 2 verpflichtet, sein Grundstück Kataster 1 baulich über Niveau nicht weiter auszunützen als gemäss dem von der Bausektion II des Stadtrates mit Beschluss vom 18. Mai 1956 (Nr. 879) und Abänderungsbeschluss vom 12. Juli 1957 (Nr. 1239) bewilligten Bauprojekt. Von den genehmigten Plänen liegen der Souterrain-Grundriss, der Schnitt und die Nord-Ansicht bei den Grundbuchakten."

3.3. Die Vorinstanz erwog, alleine gestützt auf den Dienstbarkeitstext ergebe sich nicht eindeutig ein Verstoss durch die Errichtung einer Mobilfunkantenne. So sei insbesondere nicht klar, wie der Terminus "baulich über Niveau" auszulegen sei, ob die Mobilfunkantenne mithin unter eine Baute zu subsumieren sei oder wie "über Niveau" genau ausgelegt werden müsse. Die Höhe der Antenne habe der Berufungskläger sodann nicht festgehalten, ebenso auch keine Behauptungen bezüglich des "Niveaus" aufgestellt. Das Ausmass des in der Dienstbarkeit erwähnten Niveaus bleibe mit Einreichung des Gesuchs auch deshalb unklar, weil es der Berufungskläger unterlassen habe, den entsprechenden (Baubewilligungs-)Beschluss sowie die dazugehörenden Pläne rechtzeitig einzureichen. Es bestehe somit betreffend des konkreten Umfangs der streitgegenständlichen Grunddienstbarkeit Auslegungsbedarf (vgl. act. 13 E. 4.2.).

3.4. Der Berufungskläger führt in der Berufung aus, die Mobilfunkantenne sei eine bewilligungspflichtige Baute, das bewilligte Bauprojekt habe keine Mobilfunkantenne auf dem Dach beinhaltet, der Terminus "über Niveau" beziehe sich auf den Teil des Grundstücks, welcher über dem Erdboden sei, und das bewilligte Bauprojekt weise gemäss Vertragsplan zur Dienstbarkeit vom 20. November 1957 eine Gesamthöhe von 434 Meter über Meer auf (vgl. act. 14 S. 6). Aus all diesen Ausführungen ergibt sich jedoch nicht ohne weiteres, warum mit der Mobilfunkantenne das Grundstück der Berufungsbeklagten baulich über Niveau weiter ausgenutzt wird als gemäss bewilligtem Bauprojekt.

3.5. Der Berufungskläger macht in der Berufung weiter geltend, der Zweck der Baubeschränkung sei gewesen, die Aussicht seiner Liegenschaft nicht einzuschränken (vgl. act. 14 S. 7). Dieser Zweck ergibt sich entgegen der Ansicht des Berufungsklägers jedoch weder aus der Tatsache, dass den grundbuchlichen Akten eine Nord-Ansicht des bewilligten Bauprojekts beigelegt worden ist, noch aus dem zitierten Abschnitt des Dienstbarkeitsvertrags vom 12. November 1956 (vgl. act. 14 S. 7, act. 4/2 und act. 9/1). Der Vertrag kann wie dargelegt nicht berücksichtigt werden; unabhängig davon bleibt insbesondere unklar, welches der im Zitat erwähnte gelb schraffierte Teil des belasteten Grundstücks ist, auf dem Bauten nur bis zu einer gewissen Höhe errichtet werden dürfen. Im Ergebnis hat die Vorinstanz korrekterweise einen klaren Fall verneint und ist auf das Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen nicht eingetreten; die Berufung ist abzuweisen.

4.

Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren sind in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen und dem Berufungskläger aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren sind keine zuzusprechen: dem Berufungskläger nicht, weil er unterliegt (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), und der Berufungsbeklagten nicht, weil ihr keine entschädigungspflichtigen Umtriebe entstanden sind.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Die Verfügung des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichts Zürich vom 28. November 2019 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt, dem Berufungskläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage von Doppeln der Berufungsschrift, sowie an das Einzelgericht Audienz, je gegen Empfangsschein.  
Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 20'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am:  
3. Februar 2020