

ZPO 222 Ziff. 3, Dringlichkeit. Einem nachbarrechtlichen Massnahmebegehren fehlt die Dringlichkeit, wenn die streitige Nutzung des Nachbargrundstücks bereits baurechtlich (wenn auch nur einstweilen) unterbunden worden ist. (Erw. 4 - 7)

ZPO 64 Abs. 3, Prozesseinleitung in guten Treuen. Differenzierte Kostenregelung, wenn die Dringlichkeit erst im Laufe des Verfahrens entfallen ist. (Erw. 8)

(Aus einem Rekursentscheid:)

1. Sachverhalt

1.1. Die Kläger 2 bis 23 sind Bewohner der Überbauung „A“ in Stäfa. Alle sind zugleich Eigentümer oder Miteigentümer eines Stockwerkeigentumsanteils. Die Klägerin 1 ist die Stockwerkeigentümergeinschaft, welcher die Kläger 2 bis 23 angehören.

1.2. Der Beklagte 2 setzt sich als Verein für das Recht ein, dem eigenen Leben bei schwerer, unheilbarer Krankheit selbst ein Ende zu setzen. Er tut dies unter anderem, indem er sterbewilligen Personen bei der Beschaffung einer tödlichen Dosis Natriumpentobarbital behilflich ist und ihnen Räumlichkeiten für die Selbsttötung zur Verfügung stellt. Im Gegensatz zur Regelung des Art. 115 StGB steht die Beihilfe zum Suizid in zahlreichen Ländern unabhängig von den Beweggründen unter Strafe. Daher lassen sich oft Personen mit Wohnsitz im Ausland vom Beklagten 2 bei einer Selbsttötung in der Schweiz helfen. Der Beklagte 1 ist ein ehemaliger Nachbar der Kläger 2 bis 23 und Eigentümer eines Stockwerkeigentumsanteils an der Überbauung „A“.

1.3. Mit Mietvertrag vom 28./ 29. August 2007 vermietete der Beklagte 1 dem Beklagten 2 seine Eigentumswohnung in der „A“ per 1. Oktober 2007. Am 18. September 2007 unterstützte erstmals ein sogenanntes Freitod-Begleiterteam des Beklagten 2 eine sterbewillige Person bei der Selbsttötung. Unbestritten ist weiter, dass in jener und der darauf folgenden Woche jeweils mehrere Personen mit Hilfe des Beklagten 2 ihrem Leben in der Wohnung des Beklagten 1 ein Ende setzten.

2. Prozessgeschichte

2.1. Mit persönlich überbrachter Eingabe vom 20. September 2007 wandten sich die Kläger an den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirks Meilen. Sie verlangten, es seien gegenüber beiden Beklagten vorsorgliche Massnahmen dahingehend zu treffen, dass in der „A“ einstweilen keine begleiteten Suizide mehr stattfinden. Im Einzelnen lautet das Rechtsbegehren der Kläger:

- „1. Es sei dem Beklagten 1 zu verbieten:
 - dem Beklagten 2 seine 4½-Zimmer-Eigentumswohnung (...) zur vorgesehenen Nutzung (Sterbebegleitung) zu vermieten bzw. es sei ihm
 - zu befehlen, den bestehenden Mietvertrag unverzüglich aufzulösen, d.h. alle rechtlichen Schritte zu unternehmen, die nötig sind, um die sofortige Auflösung des Mietvertrages zu erreichen.
 2. Es sei dem Beklagten 2 zu verbieten:
 - die gemietete Wohnung zur Sterbebegleitung zu nutzen, insbesondere:
 - sterbewillige Personen in die gemietete Wohnung einzulassen und dort einzuquartieren.
 - das Grundstück GB xxxx, Kat.-Nr. xxxx (...) in Begleitung sterbewilliger Personen zu betreten.

unter der Androhung der Schliessung der Wohnung oder anderer geeigneter Vollstreckungsmassnahmen (Art. 292 StGB).
 3. Die vorsorgliche Massnahme sei im Sinne von § 224 Abs. 3 ZPO in Verbindung mit § 110 Abs. 2 ZPO und Art. 28d Abs. 2 ZGB superprovisorisch (ohne Anhörung der Beklagten) zu erlassen und einer allfälligen Einsprache sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen.
- Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten.“

Mit Verfügung vom 24. September 2007 wies der Vorderrichter das Gesuch um superprovisorische Massnahmen ab, weil die Gemeinde Stäfa inzwischen gestützt auf die Vorschriften des kantonalen Planungs- und Baugesetzes (PBG, LS 700.1) ein entsprechendes Nutzungsverbot erlassen hatte.

2.2. Am 3. Oktober 2007 fand die Hauptverhandlung über das Massnahmebegehren statt. Mit Verfügung vom 5. Oktober wies der Vorderrichter das Massnah-

mebegehren ab. Er erwog, derzeit gelte das baurechtliche Nutzungsverbot der Gemeinde Stäfa. Dagegen sei ein Rekurs pendent, dem die zuständige Baurekurskommission II die aufschiebende Wirkung entzogen habe. Somit fänden bis auf Weiteres keine begleiteten Suizide mehr statt. Den Klägern stehe genug Zeit zur Verfügung, um den Hauptprozess einzuleiten. Gegen diesen Entscheid haben die Kläger mit Eingabe vom 8. Oktober 2007 Rekurs erhoben. Die Beklagten beantragen in ihrer Rekursantwort vom 29. Oktober 2007 Abweisung des Rekurses. Damit ist der Prozess spruchreif.

3. Partei- und Prozessfähigkeit der Klägerin 1

Eine Stockwerkeigentümergeinschaft ist beschränkt partei- und prozessfähig (Art. 712I Abs. 2 ZGB). Sie kann nur insoweit Trägerin von Rechten sein und diese prozessual durchsetzen, als ein funktioneller Zusammenhang mit ihrer Verwaltungstätigkeit im Sinne von Art. 712I Abs. 1 ZGB besteht (BK-MEIER-HAYOZ/REY, Art. 712I ZGB N 48). Insbesondere kann die Stockwerkeigentümergeinschaft im Rahmen ihrer Verwaltungstätigkeit nachbarrechtliche Ansprüche prozessual durchsetzen, soweit die gemeinschaftlichen Teile betroffen sind (a.a.O., Art. 712I ZGB N 92), oder gar ein Nachbargrundstück erwerben, um davon ausgehende Immissionen zu unterbinden (a.a.O., Art. 712I ZGB N 36). Zur Verwaltungstätigkeit gehört namentlich auch die Durchsetzung des Nutzungsreglements, auf welches sich die Kläger neben dem Nachbarrecht ebenfalls berufen. Die Klägerin 1 ist somit im vorliegenden Verfahren partei- und prozessfähig.

4. Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen

4.1. Das Befehlsverfahren vor dem Einzelrichter im summarischen Verfahren ist zulässig zur Abwehr eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, besonders durch Veränderung des bestehenden Zustands, falls diese Voraussetzungen glaubhaft gemacht werden und der Prozess noch nicht rechtshängig ist (§ 222 Ziff. 3 ZPO). Damit gelten zwei Erfordernisse für vorsorgliche Massnahmen. Den Klägern muss ein Nachteil drohen, falls das Gericht keine Massnahmen trifft („Nachteilsprognose“) und der Anspruch, zu dessen Schutz vorsorgliche Massnahmen verlangt werden, muss begründet erscheinen („Hauptsachen-

prognose“). Beide Voraussetzungen sind glaubhaft zu machen, d.h. es muss als wahrscheinlich, aber nicht als sicher erscheinen, dass diese gegeben sind (zum Ganzen: VOGEL/SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Auflage, S. 354f.).

4.2. Der Vorderrichter hat mit seiner Begründung verneint, dass den Klägern ein Nachteil drohe. Er begründet dies damit, dass den Klägern ausreichend Zeit zur Verfügung stehe, um eine Unterlassungsklage einzuleiten. Dabei geht er nicht davon aus, dass ein Entscheid über eine solche Unterlassungsklage in Rechtskraft erwachsen wird, noch bevor entschieden ist, ob begleitete Suizide in der Wohnung des Beklagten 1 überhaupt mit den einschlägigen baurechtlichen Bestimmungen vereinbar sind. Der Vorderrichter stützt seinen Entscheid einzig auf die Annahme, die Kläger könnten eine Unterlassungsklage so rechtzeitig anhängig machen, dass das zuständige Gericht vorsorgliche Massnahmen treffen könnte, sollte dies dereinst notwendig sein.

4.3. Die Zürcher Zivilprozessordnung enthält keine ausdrückliche Vorschrift, wonach vorprozessuale vorsorgliche Massnahmen nicht zu treffen sind, falls bis zu dem Zeitpunkt keine Nachteile drohen, in dem bei rascher Prozesseinleitung allfällige vorsorgliche Massnahmen des in der Hauptsache anzurufenden Gerichts greifen könnten. Dies ist jedoch aus dem Erfordernis des drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils abzuleiten. Ist eine Gefährdung für die Wochen oder die wenigen Monate bis zur voraussichtlichen Rechtshängigkeit der Hauptsache nicht glaubhaft, droht kein Nachteil im Sinne von § 222 Ziff. 3 ZPO. Je weiter eine Prognose in die Zukunft reicht, desto unsicherer ist sie. Dies spricht für eine enge Auslegung des Nachteilsbegriffs in § 222 Ziff. 3 ZPO. Ein Massnahmenentscheid des Hauptsachengerichts ist vorprozessualen vorsorglichen Massnahmen vorzuziehen, wenn keine Nachteile für die Zeitspanne glaubhaft sind, in der das Sachgericht nicht eingreifen kann.

Für diese Sichtweise spricht auch das Zuständigkeitssystem der Zivilprozessordnung. Mit der Rechtshängigkeit geht die Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen auf das in der Hauptsache angerufene Gericht über. Ein hängiges vorprozessuales Massnahmeverfahren ist diesem zu überweisen (FRANK/STRÄULI/MESSEMER, § 229 ZPO N 3a; ZR 84 [1985] Nr. 71, E. 4b; ZR 78 [1979] Nr. 22). Ein vor-

prozessualer Massnahmenentscheid hindert das Sachgericht somit nicht daran, die eigene, aktuelle Einschätzung an die Stelle der Einschätzung des Einzelrichters im summarischen Verfahren zu setzen (§ 229 ZPO). Auch aus dieser Überlegung hat der Vorderrichter den Zeithorizont für seinen Entscheid zutreffend bestimmt.

5. Baurekursverfahren und Zivilprozess

5.1. Mit Beschluss vom 18. September 2007 stellte der Gemeinderat von Stäfa fest, die Umnutzung der Wohnung des Beklagten 1 in eine Sterbewohnung bedürfe einer Baubewilligung und verbot bis zu deren Vorliegen, die Wohnung anders als zu Wohnzwecken zu nutzen. Gegen diesen Beschluss ist je ein Rekurs des Beklagten 1 (Geschäft Nr. R2.2007.00190) und des Beklagten 2 (Geschäft Nr. R2.2007.00182) vor der Baurekurskommission II des Kantons Zürich hängig. Diese wird darüber entscheiden müssen, ob die Beklagten eine baubewilligungspflichtige Nutzungsänderung im Sinne von § 309 lit. b PBG vorgenommen haben.

Dagegen ist die Frage, ob die Nutzungsänderung bewilligungsfähig ist, nicht Gegenstand der laufenden Rekursverfahren. Über ein Baugesuch der Beklagten hätte die Gemeinde Stäfa zu entscheiden (§ 318 PBG). Deren Beschluss kann an die Baurekurskommission II und hernach an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und das Bundesgericht weitergezogen werden.

5.2. Die Nutzung der Wohnung des Beklagten 1 muss sowohl den Anforderungen des öffentlichen Baurechts, als auch den eigentums- und nachbarrechtlichen Bestimmungen des Zivilgesetzbuches und dem Nutzungsreglement der Klägerin 1 genügen. Zwar ist die öffentlich-rechtliche Nutzungsordnung namentlich bei der Auslegung des Nachbarrechts zu berücksichtigen, es ist jedoch ohne Weiteres möglich, dass eine bau- und planungsrechtlich korrekte Nutzung zu unterlassen ist, weil sie zivilrechtlichen Bestimmungen widerspricht (BGE 83 II 384, S. 389f.; BGE 126 III 223, E. 3c, S. 225f.; BGE 129 III 161, E. 2.6, S. 165f.). Bezüglich der Hauptsachenprognose ist die Nutzung der Wohnung des Beklagten 1 somit eigenständig zu beurteilen, unabhängig vom Ausgang der laufenden Rekursverfahren und allfälliger weiterer planungs- und baurechtlicher Verfahren. Für

die Nachteilsprognose sind die laufenden und allfällige bevorstehende baurechtliche Verfahren jedoch relevant. Die Tatsachen, welche der Gemeinderat und die Baurekurskommission II mit ihrem Einschreiten geschaffen haben, sind zu berücksichtigen, wenn zu entscheiden ist, inwiefern und in welchem Zeitraum den Klägern ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

6. Stand des Verfahrens vor der Baurekurskommission II

6.1. Vor Baurekurskommission findet in der Regel nur ein einfacher Schriftenwechsel statt (§ 19 der Verordnung über die Organisation und den Geschäftsgang der Baurekurskommissionen, LS 700.7). Die Kläger nehmen als Beigeladene an den beiden laufenden Rekursverfahren teil. Ihre Vernehmlassungen sind am 25. Oktober 2007 eingegangen. Die Vernehmlassungsfrist der übrigen Verfahrensbeteiligten lief am 15. Oktober 2007 ab. Ein Augenschein oder ein zweiter Schriftenwechsel sind nicht zu erwarten, zumal der streitbetroffene Sachverhalt weitgehend notorisch ist. Damit ist ein Entscheid der Baurekurskommission in den nächsten Wochen möglich. Sollte die Baurekurskommission II zum Schluss kommen, ein Baugesuch sei nicht erforderlich, läuft den Parteien eine Frist von dreissig Tagen, um beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich Beschwerde zu erheben (§ 53 VRG, LS 175.2). Unerheblich ist, dass die Kläger einen Entscheid zu ihren Ungunsten vor Verwaltungsgericht anfechten könnten. § 222 Ziff. 3 ZPO setzt das Ausschöpfen der Rechtsmittel aus dem Planungs- und Baurecht nicht voraus. Im für die Kläger ungünstigsten Fall könnte in ca. sechs Wochen ein rechtskräftiger Entscheid vorliegen, wonach kein Baugesuch für die Umnutzung der Wohnung des Beklagten 1 als Sterbewohnung notwendig sei. Bis dann greifen vorsorgliche Massnahmen des für eine Unterlassungsklage anzurufenden Gerichts voraussichtlich nicht.

6.2. Ein derartiger Entscheid der Baurekurskommission II ist jedoch im Hinblick auf die Praxis zu § 309 lit. b PBG unwahrscheinlich. Nach dieser Bestimmung sind Nutzungsänderungen bei Räumlichkeiten und Flächen bewilligungspflichtig, denen baurechtliche Bedeutung zukommt. Darüber ist aufgrund einer Gesamtbeurteilung zu entscheiden. Zu prüfen ist, ob die mit der neuen Bewerbung verbundenen Auswirkungen in irgendeiner Hinsicht intensiver sind oder sonst ein pla-

nungs- und baurechtlich geschütztes Rechtsgut berühren. Damit ist zwar nicht jede Nutzungsänderung bewilligungspflichtig, doch ist im Zweifel ein Bewilligungsverfahren durchzuführen (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 18. August 2004, VB.2004.00160, E. 2, publ. auf <www.vgrzh.ch>; vgl. auch BEZ 2002 Nr. 35, E. 7a; Fritzsche/Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 3. Aufl., S. 20-15f.). Beispielsweise erblickte die Baurekurskommission II im Aufstellen von Abfallcontainern für Kehrichtsäcke bzw. im Anbringen entsprechender Markierungen bereits eine bewilligungspflichtige Nutzungsänderung, unter anderem mit dem Hinweis auf das Bedürfnis nach einem anfechtbaren Entscheid (BEZ 2005 Nr. 35, insb. E. 4g). Bewilligungsverfahren wurden auch bei der Umnutzung eines Ladens in eine Motorrad-Werkstatt (URP 2005 S. 563ff.) oder einer Wohnung in einen Sexsalon durchgeführt (Bundesgerichtsurteil 1P.768/2000 vom 19. September 2001).

Das Planungs- und Baurecht legt flächendeckend fest, welche Nutzungsarten und Nutzungsdichten wo zulässig sind. Dies ist sein zentraler Regelungsinhalt. Die wichtigsten Regelungsinstrumente sind dabei der Zonenplan und die Bauordnung. So sind etwa in allen Stäfner Bauzonen „nicht störende Betriebe“ zulässig, in Wohnzonen mit Gewerbeerleichterung und weiteren im Zonenplan bezeichneten Gebieten auch „mässig störende Betriebe“ (Art. 28 Abs. 2 und Abs. 3 Bauordnung vom 14. März 1994). In Art. 41 legt die Bauordnung detailliert fest, welche Nutzungsart welche Zahl von Pflichtparkplätzen erfordert. Die Umnutzung der Wohnung des Beklagten 1 wirft die Frage der Zonenkonformität auf. Ist sie zu bejahen, stellt sich weiter die Frage, ob für die neue Nutzung die notwendige Parkplatzzahl vorhanden ist. Damit berührt die Umnutzung planungs- und baurechtlich geschützte Rechtsgüter. Über solche Fragen ist im Baubewilligungsverfahren zu befinden. Es ist absehbar, dass die Beklagten ein solches werden durchlaufen müssen. Bei dieser Rechtslage ist auch nicht davon auszugehen, dass die Baurekurskommission II oder das Verwaltungsgericht es dem Beklagten 2 erlauben werden, in der Wohnung des Beklagten 1 sterbewilligen Personen beim Suizid zu helfen, bevor eine Baubewilligung über die Nutzungsänderung in Rechtskraft erwachsen ist.

6.3. Die obigen Ausführungen zeigen aber auch, dass im Baubewilligungsverfahren technische Fragen im Vordergrund stehen werden. Die für die Hauptsachenprognose zentrale Frage der sog. ideellen Immissionen spielt im Planungs- und Baurecht nur eine untergeordnete Rolle (vgl. BEZ 2000 Nr. 18, E. 4b/bb). Der Ausgang des Baubewilligungsverfahrens ist deshalb ungewiss. Ausschlaggebend ist aber, dass ein solches aller Voraussicht nach stattfinden müssen.

6.4. In der Hauptverhandlung vom 5. Oktober 2007 haben die Kläger behauptet, die Beklagten bzw. der Beklagte 2 habe ein Baugesuch eingereicht. Die Beklagten haben dies nicht bestritten. Dagegen ist nicht behauptet, ein Baugesuch sei bereits öffentlich bekannt gemacht worden, was eine zwanzigtägige Auflagefrist auslöst (§ 314 Abs. 4 PBG). Die Ordnungsfrist des § 319 Abs. 1 PBG sieht vor, dass über ein Baugesuch nach der öffentlichen Bekanntmachung bzw. nach der Vorprüfung innert zwei Monaten zu entscheiden ist (§ 319 Abs. 1 PBG). Erfahrungsgemäss wird diese Frist selten wesentlich unterschritten. Falls die Gemeinde Stäfa den Beklagten eine Baubewilligung erteilt, erwächst diese erst nach Ablauf der dreissigtägigen Rekursfrist in Rechtskraft (§ 22 Abs. 1 VRG). Derzeit ist davon auszugehen, dass das öffentlich-rechtliche Nutzungsverbot noch für mindestens zwei bis drei Monate weiterbestehen wird. Es ist zumutbar, innert dieser Frist den Hauptprozess einzuleiten und beim Sachgericht vorsorgliche Massnahmen zu beantragen, sollte dies bei Rechtshängigkeit in der Hauptsache erforderlich sein.

7. Abweisen des Rekurses

Bei dieser Sachlage ist der Rekurs abzuweisen, da den Klägern kein rechtsgenügender Nachteil im Sinne von § 222 Ziff. 3 ZPO droht.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. In der Regel sind die Kosten der unterliegenden Partei zu auferlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Die Kläger halten in ihrem zweiten Eventualstandpunkt dafür, von dieser Regel abzuweichen, da sie sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sahen (§ 64 Abs. 3 ZPO). Sinngemäss machen die Beklagten damit gel-

tend, dass ihr Massnahmebegehren im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit (20. September 2007) gute Erfolgsaussichten hatte, welche durch das Einschreiten der Gemeinde Stäfa nachträglich weggefallen sind.

8.2. Nachdem die Kläger ihr Massnahmebegehren eingereicht hatten, setzten mehrere Personen ihrem Leben in der Wohnung des Beklagten 1 ein Ende, bis die Gemeinde ihr Nutzungsverbot vom 18. September 2007 durchgesetzt hatte. Die Beklagten waren und sind der Ansicht, rechtmässig zu handeln. Deshalb ist davon auszugehen, dass sie die Wohnung des Beklagten 1 erneut für begleitete Suizide zur Verfügung gestellt hätten, wenn kein wirksames Verbot kraft öffentlichen Rechts durchgesetzt worden wäre (BGE 124 III 72, E. 2a, S. 74). Im Zeitpunkt ihres Massnahmebegehrens drohte den Klägern damit ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil.

8.3. Bezüglich der Hauptsachenprognose ist festzuhalten, dass die nachbarrechtlichen Bestimmungen des ZGB grundsätzlich Schutz vor unangenehmen Eindrücken (sog. ideelle Immissionen) bieten, welche die Grundstücksnutzung des Nachbarn erweckt (BK-Meier-Hayoz, Art. 684 ZGB N 73 und N 180ff.; BGE 119 II 411, insb. E. 4b, S. 415; BGE 84 II 85, E. 2, S. 90). Entscheidend ist, ob die Nutzung der Wohnung des Beklagten 1 für begleitete Suizide zu übermässigen Einwirkungen auf das Eigentum der Nachbarn (Art. 684 Abs. 1 ZGB) führt. Bei der Bestimmung dessen, was übermässig ist, ist die Lage und Beschaffenheit des Grundstücks sowie der Ortsgebrauch zu berücksichtigen (Art. 684 Abs. 2 ZGB).

Aufgrund der vor dem Vorderrichter eingereichten Fotografien ist glaubhaft, dass die Ankunft der sterbewilligen Personen und ihrer Angehörigen jeweils wahrzunehmen ist. Die Kläger sehen auch mit an, wie der Leichenwagen vorfährt und der Sarg aus der Wohnung des Beklagten 1 getragen wird. Nach dem Tod rücken Polizei und Staatsanwalt aus. Die Beklagten halten dem entgegen, die Sterbewilligen seien von normalen Besuchern nicht zu unterscheiden, und das Hinaustragen des Sarges dauere bloss wenige Minuten, nur wer sehr genau und interessiert hinsehe, nehme das alles wahr. Jede einzelne der geschilderten Wahrnehmungen ist für sich allein keine übermässige Einwirkung auf die Nachbarn. Dies

gilt auch und gerade für das Hinaustragen eines Sarges. In den beiden Wochen bis zum Verbot der Gemeinde Stäfa fanden jedoch mehrmals wöchentlich begleitete Suizide statt. Auch ohne besondere Neugier nehmen die Kläger bei dieser Häufigkeit genug wahr, um wöchentlich mehrmals daran erinnert zu werden, dass sich in ihrer unmittelbaren Umgebung soeben ein Mensch das Leben genommen hat, oder dass dies demnächst geschehen wird. Diese Vorstellung ist beklemmend.

Das Nachbarrecht bietet keinen absoluten Schutz davor, mit unangenehmen Realitäten konfrontiert zu werden. Dies gilt auch für den begleiteten Suizid bzw. für die Tatsache, dass es Menschen gibt, die aufgrund eines schweren Leidens den Tod ihrem Leben vorziehen. Aufgrund der räumlichen Nähe der Wohnungen und der Häufigkeit der begleiteten Suizide in einer ansonsten als Wohnsiedlung genutzten Liegenschaft erscheint es jedoch als wahrscheinlicher, dass die Einwirkungen auf die Nachbarn vom Sachgericht dereinst als übermässig qualifiziert werden, als dass das Sachgericht diese für nach Lage und Beschaffenheit des Grundstückes gerechtfertigt erklären wird.

8.4. Als die Kläger sich am 20. September 2007 an den Vorderrichter wandten, waren somit die Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen gegeben. Eine der beiden Voraussetzungen, die Nachteilsprognose, fiel erst mit der Durchsetzung des baurechtlichen Nutzungsverbots weg. Entgegen der Ansicht der Kläger ist der Prozess dadurch nicht gegenstandslos geworden. Der Sachverhalt hat sich während des erstinstanzlichen Verfahrens lediglich so verändert, dass zur Zeit keine vorsorglichen Massnahmen zu treffen sind. Von einem definitiven Wegfall des Streitgegenstandes kann jedoch keine Rede sein. Die Kläger sahen sich jedoch im Zeitpunkt ihrer Eingabe vom 20. September 2007 in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst. Im Zeitpunkt der Hauptverhandlung vom 3. Oktober 2007 war das öffentlich-rechtliche Nutzungsverbot der Gemeinde Stäfa jedoch bereits durchgesetzt. In diesem Zeitpunkt hatten die Kläger keinen Anlass mehr zur Prozessführung. Daher rechtfertigt es sich, die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens den Parteien je hälftig zu auferlegen und die Prozessentschädigungen für

das erstinstanzliche Verfahren wettzuschlagen (§ 64 Abs. 3 ZPO; § 68 Abs. 1 ZPO).

8.5. Vor der Kammer erklären sich beide Parteien mit der zutreffenden (§ 161 GVG) Streitwertberechnung des Vorderrichters einverstanden. Somit ist von einem Streitwert von Fr. 50'000.-- auszugehen. Die Festsetzung der Gerichtsgebühr auf Fr. 2'000.-- (§ 3 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 Verordnung über die Gerichtsgebühren) ist zutreffend.

8.6./8.7. (...)

9. (...)

Demnach beschliesst das Gericht:

1. Der Rekurs wird abgewiesen, und die Verfügung des Einzelrichters des Bezirks Meilen vom 5. Oktober 2007 wird mit Ausnahme der Dispositiv-Ziffern 3 und 4 bestätigt.
2. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden den Klägern und den Beklagten je zur Hälfte auferlegt, je unter solidarischer Haftung.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen für das erstinstanzliche Verfahren zugesprochen.
- 4.-8. (...)

Obergericht, II. Zivilkammer
Beschluss vom 8. November 2007
NL070124