

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NP140019-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler.

## Urteil vom 7. Januar 2015

in Sachen

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

Beklagter und Berufungskläger

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

gegen

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

Klägerin und Berufungsbeklagte

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

betreffend **Dienstbarkeit**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 16. September 2014; Proz. FV140006**

### **Erwägungen:**

1.1 Die Klägerin ist Eigentümerin des Grundstücks Kat.Nr. 1... in C.\_\_\_\_\_, der Beklagte des benachbarten Grundstücks Kat.Nr. 2.... Dieses hat zulasten von jenem ein Fuss- und Fahrwegrecht über den "zwischen den Gebäulichkeiten Assek.-Nr. 1... und 2... befindlichen Hofraum (...)" von und nach der D.\_\_\_\_\_-Strasse. Damit die Ausübung dieses Rechtes jederzeit ungehindert erfolgen kann, darf die auf der Südseite des Schopfes Assek.-Nr. 2... befindliche Mistwürfe höchstens eine Breite von 3,5 Metern, von der Schopfwand aus gemessen, aufweisen" (act. 6/4/3). Die ursprüngliche Situation ergibt sich aus dem (wenn auch nicht vermassten und nicht genordeten) Plan act. 6/4/4: Das berechnete Grundstück ist Nr. ... im Halte von 1'739 m<sup>2</sup> "E.\_\_\_\_\_", das belastete Nr. ... mit 578 m<sup>2</sup> "F.\_\_\_\_\_'s Erben". Beide Grundstücke grenzten östlich (zum Norden: act. 6/4/6) an einen Weg oder eine Strasse, im nördlichen Teil als "G.\_\_\_\_\_-Weg Nr. ... " bezeichnet, im südlichen mit "H.\_\_\_\_\_" . Das wurde als "D.\_\_\_\_\_-Strasse" bezeichnet (act. 6/4/3 in Verbindung mit act. 6/4/4). Im Rahmen eines Quartierplanverfahrens wurden offenbar die Grenzen der Grundstücke neu gezogen und wurde die frühere D.\_\_\_\_\_-Strasse aufgehoben. Mindestens teilweise neu ist die H.\_\_\_\_\_-Strasse, welche nun der südlichen Grenze des belasteten Grundstückes entlangführt und das berechnete Grundstück an dessen südöstlicher Ecke trifft (act. 6/4/6).

Die Klägerin verlangt die Feststellung, dass das berechnete Grundstück jedes Interesse an der Dienstbarkeit verloren habe, und deren Löschung im Grundbuch; eventuell sei die Dienstbarkeit gegen Entschädigung abzulösen (act. 6/1).

1.2 Die Berufung dreht sich um den Streitwert. Die Klagebewilligung bezieht ihn auf Fr. 10'000.--, ohne anzugeben, woher diese Zahl stammt, und bezeichnet in Anwendung von § 24 lit. a GOG und Art. 243 Abs. 1 ZPO das Einzelgericht als zuständig (act. 6/2). Die Klägerin richtete ihre Klage ausdrücklich an das Einzelgericht (act. 6/1 Rz. 5). Sie führte zum Streitwert aus, dieser sei nicht einfach zu schätzen. Einerseits sei die Löschung für sie von einem "nicht unerheblichen Vorteil", da die Dienstbarkeit ihr Grundstück in zwei Teile schneide, an-

derseits sei für den Beklagten kein wesentlicher Nachteil mit der Löschung verbunden - in dieser Situation schätze sie den Streitwert auf Fr. 10'000.-- (act. 6/1 Rz. 24). In der schriftlichen Stellungnahme zur Klage (Art. 245 Abs. 2 ZPO) bezifferte der Beklagte den Streitwert demgegenüber auf über Fr. 30'000.-- und stellte den Antrag, die Sache dem Kollegialgericht zu überweisen (act. 6/13 S. 2 unten). Er argumentierte, weil die Dienstbarkeit beim belasteten Grundstück ein Bauverbot für die betroffene Fläche bewirke, sei das Interesse der Klägerin an der Löschung auf mindestens Fr. 40'000.--, sicher jedenfalls mehr als Fr. 30'000.-- zu schätzen. Und auch er (der Beklagte) habe ein erhebliches Interesse am Fortbestand der Dienstbarkeit (allenfalls verlegt an den nördlichen Rand ihres Grundstückes, wenn die Klägerin dem zustimmte) - falls er von der Eigentümerschaft der Kat.Nr. 3... ein Wegrecht erwerben könnte, welches zusätzlich auch zu Gunsten des Grundstücks der Klägerin ausgestaltet werden könnte, liesse sich eine Erschliessung der nördlichen Teile beider Grundstücke direkt von der H.\_\_\_\_\_ - Strasse im Osten her bewerkstelligen (act. 6/13 S. 4 unten und S. 30).

An einer mündlichen Verhandlung konnte weder zur Sache selbst noch zum Streitwert eine Einigung erzielt werden (Prot. I S. 6). Mit Verfügung vom 16. September 2014 verwarf die Einzelrichterin die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit. Das Wegrecht sei kein Bauverbot und dürfe zu keinem anderen Zweck aufrechterhalten werden, und daher sei es nicht zulässig, den Streitwert danach zu bemessen, wie die Klägerin ihr Grundstück ohne das streitige Recht nutzen könnte. In der heutigen Situation könne der Beklagte das Wegrecht vernünftigerweise gar nicht ausüben, und es habe daher für ihn offensichtlich keinen die Bezifferung der Klägerin übersteigenden Wert (act. 6/16).

2. Die angefochtene Verfügung ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 237 ZPO. Der Streitwert ist zwar umstritten, erreicht aber sicher Fr. 10'000.--. Die Berufung ist daher zulässig (Art. 308 ZPO).

Die Frist von 30 Tagen (Art. 311 ZPO) ist eingehalten, und der Kostenvorschuss wurde geleistet.

Innert Frist hat sich die Klägerin zur Berufung mit dem Antrag auf Abweisung geäußert. In prozessualer Hinsicht argumentiert sie, es gelte auch für die Bemessung des Streitwertes die Parteimaxime, und es sei daher (nur) davon auszugehen, was die Parteien ins Verfahren einbrachten. Der Beklagte habe in der Klageantwort im Wesentlichen den tatsächlichen Schilderungen der Klägerin zugestimmt und erst in der Instruktionsverhandlung, als Reaktion auf die Rechtsauffassung des Gerichts, neue Gesichtspunkte eingebracht - und das sei missbräuchlich. Die Klägerin bevorzugt die Lehrmeinung, dass es bei Streitigkeiten wie der vorliegenden einzig um das Interesse der klagenden Partei gehe, und dieses sei marginal, weil der Beklagte ohnehin nur auf dem belasteten Grundstück hin- und her-spazieren könne. Die bestehenden Belastungen seien nur theoretischer Natur, weil die Dienstbarkeit ja bekanntlich jeden Wert verloren habe. Dass der Beklagte für seine Behauptung zum Streitwert keine Beweismittel, etwa ein Schätzungsgutachten, nennt, nimmt die Klägerin als Indiz dafür, dass sein Standpunkt nicht ganz ernst gemeint ist. Durch die Dienstbarkeit verunmöglichte Nutzungen des belasteten Grundstücks wären der Bau eines Sitzplatzes, eines Autoabstellplatzes oder einer Garage. Dafür habe sie - die Klägerin - aber keinen Bedarf. Solche Dinge würde sie an anderen und geeigneteren Orten realisieren, wofür ihr das Grundstück genügend Möglichkeiten lasse (im Einzelnen act. 12).

3. Der Streit um eine Dienstbarkeit untersteht zwar der Parteimaxime. Die Frage nach dem richtigen Streitwert ist aber eine solche der Prozessvoraussetzungen im Sinne von Art. 59 ZPO, und für diese, die von Amtes wegen zu prüfen sind, gilt die Untersuchungsmaxime (Art. 60 ZPO; das erhellt auch aus der Bestimmung, dass das Gericht von einer übereinstimmenden Bezifferung der Parteien abweichen darf und muss: Art. 91 Abs. 2 ZPO). Damit ist es unerheblich, wann eine beklagte Partei einzelne Argumente zum Streitwert vorträgt. Im vorliegenden Fall wäre der Vorwurf der Verspätung, wie ihn die Klägerin gegenüber dem Beklagten erhebt, freilich ohnehin unberechtigt: In der Klageantwort argumentierte der Beklagte, der Wert der Dienstbarkeit übersteige aus der Sicht beider Seiten Fr. 30'000.--; für die Klägerin bedeute die Dienstbarkeit ein faktisches Bauverbot auf einer Fläche von jedenfalls 80 wenn nicht sogar 104 m<sup>2</sup> à 500 / 550 Fr./m<sup>2</sup>, und er selber verlöre bei einer Löschung des Rechts die Möglichkeit, den nördli-

chen Teil seines Grundstückes dereinst vielleicht über das anschliessende Land von der H.\_\_\_\_-Strasse her erschliessen zu können (act. 6/13 S. 4 und passim). Ein dem Beklagten vorzuwerfender und die Prüfungspflicht des Gerichtes einschränkender Rechtsmissbrauch wäre zudem umso weniger anzunehmen, als die Bemessung des Streitwertes in der gegebenen Situation in der Tat nicht einfach ist.

Die Klägerin zieht in Zweifel, ob es bei unterschiedlichen auf das höhere Interesse ankommen solle. Richtig ist, dass Guldener knapp erklärt, es komme auf das Interesse des Klägers an (Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 110 Fn. 16). Der von der Klägerin zitierte ZK ZPO-Stein-Wigger (2. Aufl., Art. 91 N. 26) legt aber ausführlich dar, dass das Bundesgericht, frühere kantonale Prozessordnungen und die Mehrheit der Autoren anderer Ansicht sind. Die Kammer ist gleicher Meinung. Der Streitwert soll das wirtschaftliche Interesse spiegeln, über welches entschieden wird. Wenn das Interesse der klagenden auch geringer sein mag als das der beklagten Partei, entscheidet das Urteil doch (auch) über diese gravierenderen Auswirkungen. Darum ist es, was die Zuständigkeit angeht, sehr wohl angezeigt, dass die Instanz entscheidet, welche für den höheren Wert zuständig ist. Im vorliegenden Fall wird es auf diese Frage freilich nicht ankommen (dazu sogleich).

Die Klägerin vermisst im Vortrag des Beklagten einen Beweisantrag zum behaupteten Streitwert, etwa ein Gutachten. Der Streitwert wird aber in aller Regel, und so auch im vorliegenden Fall, nicht berechnet, sondern geschätzt. Dafür genügt ein summarisches Verfahren, wie es früher etwa in § 196 ZPO/SG ausdrücklich bestimmt war. Ein Gutachten könnte nötig werden, wenn es auf einen Vergleich der Interessen der beiden Parteien ankäme (Art. 736 Abs. 2 ZGB), aber es wäre dann Teil des Verfahrens in der Hauptsache. Für den heutigen Entscheid ist es nicht erforderlich.

Ein Interesse des Beklagten am Fortbestand der Dienstbarkeit ist schwer zu schätzen. In der heutigen Situation ist die zugespitzte Argumentation der Klägerin einleuchtend, das Recht gestatte vernünftigerweise einzig das Hin- und Her-Spazieren über das belastete Grundstück. Vielleicht kommt ein gelegentliches Be-

fahren der Dienstbarkeitsfläche beim Wenden mit einem Motorfahrzeug hinzu, je nachdem wie die Verkehrsflächen auf dem berechtigten Grundstück in Zukunft gestaltet werden. Die Hoffnung des Beklagten allerdings, dass er für sein Grundstück ein Wegrecht über eine angrenzende Parzelle erwerben könnte und dass so die heute streitige Dienstbarkeit doch (wieder) eine Zufahrt zur H.\_\_\_\_\_-Strasse ermöglichen würde, erscheint angesichts der örtlichen Verhältnisse (act. 6/4/6) eher theoretisch und fast spekulativ. Das Bedürfnis nach einer solchen nur sehr aufwändig zu realisierenden zusätzlichen Verbindung zur H.\_\_\_\_\_-Strasse leuchtet planerisch nicht recht ein. Es kommt hinzu, dass das Grundstück Kat.Nr. 3... durch ein solches Wegrecht wohl im Wert vermindert würde, und es ist völlig offen, ob die Beteiligten sich über den Preis für das Wegrecht würden einigen können. Alles in allem wäre die Schätzung des Streitwertes auf Fr. 10'000.-- durchaus vertretbar, wenn es auf das Interesse des Beklagten ankäme.

Beim Interesse der Klägerin ist vorweg klarzustellen, dass es auf ihre persönlichen Interessen nicht ankommt. Die Dienstbarkeit besteht zugunsten und zu Lasten der beteiligten Grundstücke, und daher ist zu fragen, was das Interesse "des Grundstücks" ist, praktisch das des gegenwärtigen oder allenfalls künftigen Eigentümers dieses Grundstücks. Darum spielt es vorweg keine Rolle, ob die Klägerin mit der aufgrund der Dienstbarkeit möglichen Nutzung zufrieden ist (act. 12 Rz. 22.4; immerhin ist auf den Widerspruch hinzuweisen, dass sie die Klage damit begründete, ihre Belastung durch die Dienstbarkeit sei "sehr gross", der Weg durchschneide einen wesentlichen Teil ihres Grundstücks und in der Nutzung des Gartens und des Hofraumes sei sie "stark eingeschränkt" - act. 6/1 Rz. 21). Die Klägerin räumt ein, dass sie auf der durch die Dienstbarkeit belegten Fläche etwa einen Parkplatz oder eine Garage erstellen könnte. Wenn man nicht nur ihre eigenen Pläne, sondern das Interesse des "Grundstücks" (also auch eines potentiellen Erwerbers) ins Auge fasst, wird allerdings sofort klar, dass der eigentliche Gewinn der Löschung der Dienstbarkeit in einer völlig anderen Nutzungsmöglichkeit des ganzen Grundstücks bestünde. Zwar ist die Dienstbarkeit nicht als Bauverbot formuliert, aber sie wirkt zwingend als Verbot, auf der Wegrechts-Fläche irgendetwas zu bauen, und sie schränkt die Möglichkeiten einer neuen Bebauung empfindlich ein - weil (wie die Klägerin in erster Instanz noch

selber sagte) das Wegrecht das Grundstück mitten entzweischneidet. Dass es prinzipiell Bauland ist, hebt die Klägerin selber hervor: Wenn sie die Ideen des Beklagten kommentiert, eine neue Zufahrt nach und von Osten zu erstellen, verweist sie darauf, dass der Quartierplan und die Aufhebung der früheren Strasse gerade zum Zweck gehabt hätten, grosszügige und gut überbaubare Parzellen zu schaffen. Der Beklagte geht von einem Landpreis von Fr. 500.-- oder mehr aus (act. 6/13 S. 4), die Klägerin bestreitet das nicht, und es ist plausibel. Die vom Wegrecht direkt belegte Fläche von gegen 100 m<sup>2</sup> allein hat damit einen Wert von sicher über Fr. 30'000.--, und wenn man die Auswirkungen für mögliche Bebauungen der ganzen Parzelle mit berücksichtigt, ist der Streitwert eher noch höher.

Die Berufung ist damit in der Sache begründet. Für eine ausdrückliche Feststellung des nach Auffassung der Berufungsinstanz richtigen Streitwertes fehlt es dem Beklagten am nötigen Interesse (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Als Folge der vorstehenden Erwägungen ist vielmehr ohne weitere Feststellungen auf die Klage - in der Zuständigkeit des angerufenen Einzelgerichts - nicht einzutreten (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO). Eine Klageüberweisung an die zuständige Instanz ist von der Prozessordnung nicht vorgesehen, hingegen steht der Klägerin das Einbringen einer neuen Klage im Sinne von Art. 63 ZPO offen.

4. Die Kosten beider Instanzen gehen zu Lasten der Klägerin; dass den formellen Anträgen des Beklagten in der Berufung nicht gefolgt wird, ändert nichts an seinem grundsätzlichen Obsiegen. Er hat auch Anspruch auf eine angemessene Parteientschädigung. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass sein finanzielles Interesse am Prozess offenkundig deutlich geringer ist als das der Klägerin. Das schlägt sich über § 2 lit. a und c resp. § 2 Abs. 2 AnwGebV in einer entsprechend massvollen Entschädigung nieder.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird gutgeheissen, und auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Gebühr für das erstinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 1'200.-- festgesetzt.

3. Die Gebühr für das zweitinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 2'000.-- festgesetzt.
4. Die Kosten beider Instanzen werden der Klägerin auferlegt und im Umfang von Fr. 2'000.-- aus dem vom Beklagten geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten den Betrag von Fr. 2'000.-- zu ersetzen.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das Verfahren in beiden Instanzen eine Parteientschädigung von gesamthaft Fr. 3'500.-- zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage des Doppels von act. 12, sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. 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 übersteigt Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: