

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PP160031-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen
sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 15. November 2016

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes
Bülach vom 10. Juni 2016; Proz. FV160018**

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Die Parteien sind Geschwister. Der inzwischen verstorbene Vater der Parteien, C._____, war Eigentümer von Bauland in der Gemeinde D._____. Mit Kollektivbaubewilligung vom 9. Juli 1980 hatte der Gemeinderat der Gemeinde D._____ diesem sowie drei weiteren Bauherrn (E._____, F._____ sowie G._____) mehrere Bauprojekte auf der später noch zu parzellierenden Kat.-Nr. 1 an der H._____-/I._____-Strasse in D._____ bewilligt, wobei die Kollektiv-Baubewilligung unter mehrere Bedingungen gestellt und an mehrere Auflagen geknüpft war (vgl. act. 15/3 S. 1086 ff.); insbesondere wurde vorgeschrieben, dass dem Bausekretariat vor Baubeginn die Zeugnisse des Grundbuchamtes D._____ über die Anmerkung mehrerer öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen zu Lasten von Kat.- Nr. 1 vorzulegen seien. Unter "c) *zentraler Kinderspielplatz*" wurde dabei Folgendes festgehalten (act. 15/3 S. 1090):

" Der Grundeigentümer und alle seine Rechtsnachfolger sind verpflichtet, auf Kat.-Nr. 1 einen mindestens 100 m2 umfassenden Kinderspielplatz zu erstellen. Hierfür begleitend ist generell das auf dem Gesamt-Umgebungsplan Nr. 188/12, 1:100, aufgezeigte Konzept.

Der Kinderspielplatz ist mit den üblichen Einrichtungen und Geräten auszustatten und dauernd zu unterhalten. Eine Zweckentfremdung oder eine Beschränkung der Nutzungsrechte zum Nachteil der auf dem Plan Nr. 188/12 aufgezeichneten sechs Hochbauten darf, ohne die vorher eingeholte schriftliche Zustimmung der Baubehörde, nicht erfolgen.

Der Kinderspielplatz ist spätestens ein Jahr nach dem Bezug der ersten Neubauwohnung auf Kat.-Nr. 1 zu eröffnen."

1.2 In der Folge schlossen die vier Bauherrn als Eigentümer einzelner Grundstücke der inzwischen parzellierten Kat.-Nr. 1 am 22. April 1981 einen öffentlich

beurkundeten Grunddienstbarkeitsvertrag ab, in welchem die in der Baubewilligung angeführten Grunddienstbarkeiten vereinbart und zur Eintragung ins Grundregister D._____ angemeldet wurden (act. 4/3).

Insbesondere wurde zwischen drei der vier Bauherren dabei folgendes "*Mitbenützung*recht an einem Kinderspielplatz" begründet (act. 4/3 S. 5; act. 8/2 S. 5; Hervorhebungen durch das Gericht):

" Zugunsten der Grundstücke

- a) GR Bl. 2 (Kat. Nr. 3, C._____)
- b) " " 4 (" " 5, ")
- c) " " 6 (" " 7, ")
- d) " " 8 (" " 9, E._____)
- e) " " 10 (" " 11, F._____)

Zulasten des Grundstückes GR Bl. 12 (Kat.-Nr. 13, C._____)

*Die Eigentümer der begünstigten Grundstücke haben das Mitbenützung*recht am Kinderspielplatz im belasteten Grundstück. Der Kinderspielplatz umfasst denjenigen Teil des belasteten Grundstücks, welcher nicht von der Zufahrt und den Parkplätzen, die im Plan Nr. 571 eingezeichnet sind, beansprucht wird und ist von den Berechtigten unter folgenden Kostenanteilen zu unterhalten:

- Begünstigtes Grundstück a: 6/16*
- " " b: 6/16
- " " c: 2/16
- " " d: 1/16
- " " e: 1/16"

2. Nach dem Tod ihrer Eltern am tt. Februar 1993 (C._____; vgl. act. 4/5 S. 9) bzw. tt. September 2010 (J._____; vgl. act. 4/4) schlossen die Parteien am 9. August bzw. 5. September 2012 einen als "*Liegenschaftenzuweisung zufolge objektiv partieller Erbteilung*" bezeichneten Vertrag, in welchem sie sich unter anderem über die Aufteilung der vorgenannten Grundstücke in der Gemeinde D._____ einigten. Insbesondere übernahm die Klägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) dabei das Grundstück GBB1 6, Kat.-Nr. 7, und der Beklagte und Beschwerdegegner (nachfolgend: Beschwerdegegner) das westlich an

dieses Grundstück angrenzende Grundstück GBB1 12, Kat.-Nr. 13 zu Alleineigentum (act. 4/5; vgl. auch act. 4/1-2, act. 4/4; act. 8/1-2).

3. Am 4. März 2016 machte die Beschwerdeführerin unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes D._____ vom 15. Februar 2016 (act. 1) beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach (nachfolgend: Vorinstanz) eine Klage anhängig und stellte die folgenden Rechtsbegehren (act. 2 S. 2):

- " 1. *B._____ sei zu verpflichten, den an der gemeinsamen Grenze der Grundstücke Nr. 13 und 7 erstellten Zaun innerhalb von 10 Tagen zu entfernen.*
2. *Die vorstehend in Ziffer 1 begehrte Verpflichtung sei unter dem ausdrücklichen Hinweis von Art. 292 StGB, wonach mit Busse bestraft wird, wer der von einer zuständigen Behörde unter Hinweis auf die Strafandrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, zu verfügen.*
3. *Nach unbenütztem Ablauf der Frist gemäss Ziffer 1 hiervor sei A._____ für berechtigt zu erklären, auf Kosten des Beklagten den an der gemeinsamen Grenze der Grundstücke Nr. 13 und 7 erstellten Zaun selber zu entfernen oder durch Dritte entfernen zu lassen.*
4. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten von B._____."*

Mit Verfügung vom 9. März 2016 setzte die Vorinstanz dem Beschwerdegegner Frist zur freigestellten Stellungnahme zur Klage an und stellte die Vorladung zur Hauptverhandlung mit separater Verfügung in Aussicht (act. 5). Am 18. März 2016 erstattete der Beschwerdegegner eine entsprechende Stellungnahme und beantragte die Abweisung der Klage (act. 7). In der Folge lud die Vorinstanz auf den 26. April 2016, 14:00 Uhr, zur Hauptverhandlung vor (act. 9). Zudem setzte sie der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 7. April 2016 Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses an (act. 11), welcher fristgerecht einging (act. 12). Zur Verhandlung vom 26. April 2016 sind Rechtsanwältin lic. iur. X._____ namens und in Begleitung der Beschwerdeführerin sowie der Beschwerdegegner erschienen (Prot. Vi. S. 5). Nach Durchführung der Verhandlung erliess die Vorinstanz am 10. Juni 2016 das folgende Urteil (act. 16 = act. 22/1 = act. 23, nachfolgend zitiert als act. 23):

- " 1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Klägerin wird ferner verpflichtet, die Kosten der friedensrichterlichen Verhandlung von Fr. 350.– zu tragen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 100.– zu bezahlen.
- 5.-6. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel"

4. Dagegen richtet sich die von der Beschwerdeführerin am 18. Juli 2016 rechtzeitig (vgl. act. 17) erhobene Beschwerde, mit welcher sie die folgenden Anträge stellt (act. 21 S. 2):

- " 1. Die Ziffern 1, 3 und 4 des Dispositivs des Urteils vom 10. Juni 2016 des Einzelgerichts am Bezirksgericht Bülach in Sachen der Parteien seien aufzuheben.
2. Die Klage sei vollumfänglich gutzuheissen.
3. B._____ sei zu verpflichten, den an der gemeinsamen Grenze der Grundstücke Nr. 13 und 7 erstellten Zaun innerhalb von 10 Tagen zu entfernen.
4. Die vorstehend in Ziffer 3 begehrte Verpflichtung sei unter dem ausdrücklichen Hinweis von Art. 292 StGB, wonach mit Busse bestraft wird, wer der von einer zuständigen Behörde unter Hinweis auf die Strafandrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, zu verfügen.
5. Nach unbenütztem Ablauf der Frist gemäss Ziffer 3 hiervor sei A._____ für berechtigt zu erklären, auf Kosten des Beklagten den an der gemeinsamen Grenze der Grundstücke Nr. 13 und 7 erstellten Zaun selber zu entfernen oder durch Dritte entfernen zu lassen.
6. B._____ sei zu verpflichten, A._____ fürs erstinstanzliche Verfahren ausseramtlich zu entschädigen.
7. Unter Kosten- und Entschädigungspflicht fürs Beschwerdeverfahren zu Lasten von B._____."

Den in der Folge mit Verfügung vom 22. Juli 2016 (act. 24) einverlangten Kostenvorschuss leistete die Beschwerdeführerin fristgerecht (act. 25-26). Daraufhin wurde dem Beschwerdegegner mit Verfügung vom 3. Oktober 2016 Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 28), welche er am 31. Oktober 2016 frist-

gerecht erstattete. Darin beantragte er die Abweisung der Beschwerde, soweit auf diese einzutreten sei (act. 30 S. 2). Da die Beschwerde der Beschwerdeführerin – wie nachfolgend noch zu zeigen sein wird – gutzuheissen und ihrem Hauptantrag stattzugeben ist, ist ihr mit dieser Entscheid lediglich noch das Doppel der Beschwerdeantwort zuzustellen. Das Verfahren ist spruchreif. Auf die inhaltlichen Ausführungen der Parteien ist – soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

II.

Zur Beschwerde im Einzelnen

1. Erstinstanzliche Endentscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten sind einzig mit Beschwerde anfechtbar, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren unter Fr. 10'000.– liegt (Art. 308 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 319 Abs. 1 lit. a ZPO). Die vorliegende Streitigkeit, welche im Kern die Frage des Umfangs einer Dienstbarkeit betrifft, ist von der Vorinstanz zutreffend als vermögensrechtlicher Natur qualifiziert worden (act. 5; act. 10; so etwa PETER DIGGELMANN, DIKE-Komm ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 91 N 38; ZK ZPO-STEINWIGGER, 3. Aufl. 2016, Art. 91 N 5). Nachdem sich die Parteien nicht zum Streitwert des Verfahrens geäußert haben, hat die Vorinstanz diesen mit Verfügung vom 9. März 2016 in Anwendung von Art. 91 Abs. 2 ZPO auf Fr. 6'000.– festgesetzt, wobei sie auf den Wert der Nutzung sowie die Kosten eines allfälligen Rückbaus des vom Beschwerdegegner aufgestellten Zauns abgestellt hat (vgl. act. 10). Auf diesen Streitwert ist auch im Beschwerdeverfahren abzustellen, weshalb gegen den vorinstanzlichen Entscheid einzig die Beschwerde zulässig ist.

2. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist zu begründen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Dies bedeutet, dass sich die Beschwerde führende Partei mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und genau aufzuzeigen hat, welchen Teil der Be-

gründung sie für falsch hält und auf welche Dokumente sie sich dabei stützt. Was nicht beanstandet wird, hat Bestand. Soweit jedoch eine Rüge vorgebracht wurde, wendet die Beschwerdeinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (BGE 138 III 374 E. 4.3.1, BGE 133 II 249, E. 1.4.1).

Das Beschwerdeverfahren dient grundsätzlich der Rechtskontrolle und hat nicht den Zweck, das erstinstanzliche Verfahren fortzusetzen. Im Beschwerdeverfahren sind deshalb neue Anträge und insbesondere neue Tatsachenbehauptungen der Beschwerde führenden Partei zu den Vorgängen, welche zum vorinstanzlichen Verfahren bzw. Entscheid geführt haben, gemäss Art. 326 ZPO nicht beachtlich; neue rechtliche Erwägungen hingegen sind zulässig (vgl. etwa ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDT, 3. Aufl. 2016, Art. 326 N 3). Dies, damit die Beschwerde führende Partei die Möglichkeit hat, sich gegen eine falsche Rechtsanwendung oder die offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz zur Wehr zu setzen. Entscheidend ist jedoch mit Blick auf das Novenverbot im Beschwerdeverfahren (Art. 326 ZPO), dass sich der Beschwerdegrund aus dem vorinstanzlichen Entscheid bzw. den vorinstanzlichen Akten ergeben muss.

3. Die von der Beschwerdeführerin erhobene Klage, mit welcher sie die Beseitigung des vom Beschwerdegegner auf der gemeinsamen Grundstücksgrenze der Grundstücke GBB1 6, Kat.-Nr. 7 (nachfolgend: begünstigtes oder herrschendes Grundstück) und GBB1 12, Kat.-Nr. 13 (nachfolgend: belastetes Grundstück) errichteten Zauns verlangt, stützt sich auf Art. 737 Abs. 3 ZGB. Demnach darf der Dienstbarkeitsbelastete nichts vornehmen, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert. Gegen eine solche unzulässige Behinderung kann sich der Dienstbarkeitsberechtigte mit einer Beseitigungsklage zur Wehr setzen (sog. *actio confessoria*; BGE 115 IV 26 E. 3a; BGE 95 II 14 E. 3; BGer 5A_652/2010 vom 4. März 2011, E. 2.1).

Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass dem im Alleineigentum der Beschwerdeführerin stehenden herrschenden Grundstück, gegenüber dem im Alleineigentum des Beschwerdegegners stehenden belasteten Grundstück eine

ausgeführt, der Wortlaut des Grundbucheintrages sei für den strittigen Inhalt der Dienstbarkeit alleine nicht schlüssig und auch dem Dienstbarkeitsvertrag sei kein direktes Zutrittsrecht der begünstigten Grundeigentümer zum Spielplatz zu entnehmen; vielmehr lasse sich daraus einzig ein Nutzungsrecht unter jeweiliger Kostenbeteiligung der Begünstigten ableiten (act. 23 S. 7, E. 5.5). Damit – so die Vorinstanz weiter – sei der Dienstbarkeitsvertrag auszulegen, wobei aufgrund dessen, dass sich zwei Erben einer ursprünglichen Vertragspartei gegenüberstünden, die allgemeinen Auslegungsgrundsätze anzuwenden seien; diese könnten sich – im Gegensatz zu am Vertragsverhältnis nicht beteiligten Drittpersonen – nicht auf eine rein objektivierte Vertragsauslegung berufen. Dies sei jedoch vorliegend weiter unbeachtlich, würden doch weder die Beschwerdeführerin noch der Beschwerdegegner Argumente betreffend den ursprünglichen Parteiwillen vorbringen. Der Erwerbsgrund bzw. die tatsächliche Willensübereinstimmung würden sich damit nicht rückwirkend ermitteln lassen. Deshalb sei der Erwerbsgrund bzw. der Errichtungsakt nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie er nach seinem Wortlaut und Zusammenhang sowie namentlich aufgrund der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks und mit Rücksicht auf den Sinn und Zweck der Dienstbarkeit habe verstanden werden müssen und dürfen (act. 23 S. 7 f., E. 5.5).

Da aus dem Wortlaut kein über ein Mitbenützungsrecht hinausgehendes Recht abgeleitet werden könne, seien zur Beurteilung des Zusammenhangs des Erwerbsgrundes respektive des Sinn und Zwecks der Dienstbarkeit die weiteren Akten beizuziehen. Da der Dienstbarkeitsvertrag vorliegend in direktem Konnex zur ursprünglichen Überbauung der Liegenschaft an der H.____-Strasse stehe, sei die Baueingabe vom 9. Juli 1980 als Auslegungskriterium zu berücksichtigen. Gestützt darauf könne festgehalten werden, dass ein mindestens 100m² umfassender zentraler (Hervorhebung durch die Vorinstanz) Kinderspielplatz Teil der Überbauung gewesen sei. Sinn und Zweck der Dienstbarkeit scheine demnach die Vernetzung des Spielplatzes mit allen berechtigten Grundstücken und damit eine für alle Berechtigten geeignete Erreichbarkeit des Spielplatzes zu sein (act. 23 S. 8, E. 5.6).

Jedoch könne – so die Vorinstanz weiter – aus der Baueingabe nicht ohne Weiteres interpretiert werden, dass die zentrale Lage bzw. die geeignete Erreichbarkeit bereits ein Recht auf den schnellstmöglichen resp. direkten Zugang beinhalte. Aufgrund der offenen Formulierung des Inhalts der Dienstbarkeit im Sinne eines allgemeinen Mitbenützungsrechts sowie unter restriktiver Auslegung sei vielmehr davon auszugehen, dass im Zeitpunkt der Errichtung der Dienstbarkeit keine weitergehende Eigentumsbeschränkung des Grunddienstbarkeitsbelasteten vorgesehen gewesen seien, insbesondere nicht durch ein jederzeitiges unmittelbares Zutrittsrecht. Im Übrigen würden die Parteien betreffend Sinn und Zweck der Dienstbarkeit auch nichts Gegenteiliges vorbringen. Eine möglichst schonende Ausübung des Mitbenützungsrechts stehe denn auch den Bedürfnissen des herrschenden Grundstückes – die Nutzungsmöglichkeit eines nahegelegenen Spielplatzes in der Nachbarschaft – nicht unmittelbar entgegen. Einzuwenden sei jedoch, dass die Integration eines direkten Zugangs in ein Mitbenützungsrecht eines zentralen Spielplatzes nicht undenkbar erscheine, weshalb ein entsprechender übereinstimmender Wille der ursprünglichen Vertragsparteien nicht von vornherein auszuschliessen sei (act. 23 S. 8 f., E. 5.6). Damit ergebe auch die Auslegung des Dienstbarkeitsvertrags nach dem Vertrauensprinzip kein überwiegend klares Bild über den Inhalt und den Umfang der strittigen Grunddienstbarkeit. Demgemäss sei abschliessend die tatsächliche Ausübung des Mitbenützungsrechts zur Beurteilung heranzuziehen (act. 23 S. 9, E. 5.7), wobei die Vorinstanz diesbezüglich zum Schluss kam, die beweisbelastete Beschwerdeführerin habe keine Beweismittel offeriert, welche belegen könnten, dass die Bewohner des berechtigten Grundstückes – wie von der Beschwerdeführerin behauptet – bereits seit 35 Jahren den direkten Zugang zum Kinderspielplatz benützen würden. Da es damit der Beschwerdeführerin nicht gelinge, den Beweis für die langjährige, unangefochtene Ausübung des direkten Zutrittsrechtes auf den Kinderspielplatz zu erbringen, würden sich auch Ausführungen über die Voraussetzungen der Ersitzung eines solchen Rechtes erübrigen (act. 23 S. 9, E. 5.8).

Schliesslich führte die Vorinstanz aus, die räumliche Lage des Spielplatzes sei entgegen der Beschwerdeführerin irrelevant, schaffe doch die Möglichkeit, den direkten Weg zwischen den Grundstücken zu nutzen, noch kein entsprechendes

Recht, auch wenn die Grundstücke direkt aneinander grenzen würden. Vielmehr müsse ein solches Recht entweder im Grundbuch eingetragen oder zumindest im Erwerbsgrund vereinbart sein; dies sei vorliegend nicht der Fall. Wäre ein direktes Zutrittsrecht beabsichtigt gewesen, hätte spätestens bei der Zuweisung der Liegenschaften infolge Erbteilung im Jahr 2012 ein entsprechendes Wegrecht ins Grundbuch eingetragen werden müssen, wie dies zu diesem Zeitpunkt in Bezug auf die Parzelle Nr. 14 auch geschehen sei. Aufgrund der Aussagen der Parteien, wonach die Eintragung eines Wegrechts untergegangen sein müsse (Beschwerdegegner) bzw. es logisch sei, dass man dort hin und her gehen dürfe (Beschwerdeführerin), könne sodann auch nicht angenommen werden, es sei nur versehentlich kein Wegrecht ins Grundbuch eingetragen worden und die Parteien hätten tatsächlich ein solches festsetzen wollen resp., würden annehmen, ein solches Zugangsrecht bestehe auch ohne Eintrag im Grundbuch. Demnach liege auch kein vertragliches Zugangsrecht vor, was die Beschwerdeführerin nicht einmal sinngemäss behauptete. Sodann sei zu betonen, dass reine Zweckmässigkeitsüberlegungen nicht genügen würden, um ein Recht oder einen Anspruch entstehen zu lassen. Die Klägerin behauptete ausserdem zu Recht nicht, es müsse ein Notwegrecht bejaht werden, da eine eigentliche Wegnot zu verneinen sei. Vielmehr verfüge die Beschwerdeführerin über einen Zugang zum Spielplatz, welcher ausreichend sei; dass der direkte Zugang bequemer wäre, ändere daran nichts. Damit sei erstellt, dass weder ein dingliches noch ein vertragliches Zugangsrecht zwischen dem herrschenden und dem dienenden Grundstück bestehe. Dementsprechend sei die Lage des Kinderspielplatzes unmassgeblich, weshalb auf die Erhebung diesbezüglicher Beweise verzichtet werden könne (act. 23 S. 9 f., E. 5.9).

Zusammenfassend – so die Vorinstanz – ergebe die Auslegung des Dienstbarkeitsvertrages, dass die Grunddienstbarkeit lediglich einen Zugang zum Kinderspielplatz gewährleisten müsse, nicht jedoch ein direktes Zutrittsrecht über die gemeinsame Grundstücksgrenze beinhalte. Unbestritten sei, dass ein zweiter Zugang zum Kinderspielplatz über die H.____-Strasse und über die Tiefgarage bestehe, welcher von den Dienstbarkeitsberechtigten benutzt werden könne. Entsprechend verhindere der Beschwerdegegner mit der Errichtung eines Zaunes

auf der gemeinsamen Grundstücksgrenze der Parteien entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht die Ausübung der Grunddienstbarkeit bzw. des Mitbenützungsrechtes am Spielplatz gemäss Art. 737 Abs. 3 ZGB. Die Klage sei damit vollumfänglich abzuweisen (act. 23 S. 11, E. 5.10).

5.1 Die Beschwerdeführerin bemängelt zunächst, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, sie (die Beschwerdeführerin) verfüge über einen Zugang zum Spielplatz, welcher ausreichend sei. Die Vorinstanz lege einerseits nicht dar, auf welche Rechtsgrundlage sich ein solcher Zugänge stützen solle. Andererseits halte die Vorinstanz tatsachen- und aktenwidrig fest, es sei unbestritten, dass ein zweiter Zugang zum Kinderspielplatz über die H.____-Strasse und die Tiefgarage bestehe, welcher von den Dienstbarkeitsberechtigten benutzt werden könne. Entgegen dieser Feststellung habe sie jedoch stets geltend gemacht, mit Ausnahme des begehrten Zuganges über die gemeinsame Grundstücksgrenze, welcher ihr nun vom Beschwerdegegner mit dem errichteten Zaun versperrt werde, verfüge sie über keinen Zugang zum Kinderspielplatz. Wie sie bereits vorinstanzlich erklärt habe, sei im Grundbuch kein anderes Zutrittsrecht eingetragen (act. 21 S. 4 f.).

5.2 Zu dieser Rüge der Beschwerdeführerin ist vorab festzuhalten, dass es nicht darauf ankommen kann, ob im Grundbuch ein anderes Wegrecht eingetragen ist; entgegen der Beschwerdeführerin kann nämlich aus der Nichteintragung eines Wegrechts für den vom Beschwerdegegner behaupteten indirekten Zugang über die H.____-Strasse nicht abgeleitet werden, demgemäss müsse die Beschwerdeführerin das Recht haben, den direkten Zugang über die gemeinsame Grundstücksgrenze zu benutzen. Die Vorinstanz spricht denn auch nicht von einem rechtlich geregelten Zugang, sondern hat einzig festgehalten, es bestehe unbestrittenermassen ein zweiter Zugang über die H.____-Strasse und über die Tiefgarage (vgl. act. 23 S. 11, E. 5.10); dies entspricht denn auch der Aussage der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren, hatte sie doch anerkannt, dass die Möglichkeit bestehe, um die Häuser herumzugehen und so auf den Spielplatz zu gelangen (Prot. Vi. S. 11). Ob dieser Weg – was die Vorinstanz be-

jaht hat – ausreichend bzw. zumutbar ist, kann vorliegend aufgrund der nachstehenden Erwägungen offen gelassen werden.

6.1 Die Beschwerdeführerin rügt im Weiteren die unrichtige Anwendung von Art. 738 ZGB und insbesondere die falsche Auslegung des Mitbenützungsrechts am Spielplatz durch die Vorinstanz (act. 21 S. 5 ff.). Im Wesentlichen bringt sie dabei vor, die Vorinstanz stelle zu Unrecht auf den nicht bewiesenen langjährigen Gebrauch der Dienstbarkeit ab, anstatt die Grunddienstbarkeit nach deren Sinn und Zweck und dem Vertrauensprinzip auszulegen (act. 21 S. 5). Der Vorinstanz sei zwar insoweit zuzustimmen, als die Formulierung im Dienstbarkeitsvertrag kein ausdrückliches (Unterstreichung im Original) Zutrittsrecht zum begünstigten Grundstück enthalte, würden sich doch die Worte "Zutritt" oder "betreten" unbestrittenermassen nirgends finden. Die weitere Auslegung nach dem Erwerbgrund, nach dem Vertrauensprinzip und nach den Bedürfnissen des herrschenden Grundstücks würden aber entgegen der Vorinstanz klar zeigen, dass das stipulierte Mitbenützungsrecht am Kinderspielplatz das Zutrittsrecht unmittelbar über die gemeinsame Grundstücksgrenze mitenthalte, selbst wenn dies nicht ausdrücklich verankert worden sei. So stehe der Dienstbarkeitsvertrag vorliegend in direktem Konnex zur ursprünglichen Überbauung der Liegenschaft an der H.____-Strasse, weshalb die Vorinstanz zurecht die damalige Baueingabe bzw. Baubewilligung als Auslegungskriterium berücksichtigt habe. Entgegen der Vorinstanz sei diesbezüglich jedoch zu berücksichtigen, dass der Spielplatz deshalb Teil der Überbauung an der H.____-Strasse gewesen sei, weil die Gesamtüberbauung gemäss Art. 16 der damaligen Bauordnung der Gemeinde D.____ ansonsten nicht hätte bewilligt werden können. Dementsprechend habe die Baubehörde den Grundeigentümer und alle seine Rechtsnachfolger in der Baubewilligung vom 9. Juli 1980 verpflichtet, einen mindestens 100m² umfassenden Kinderspielplatz zu erstellen und dauernd zu unterhalten. Eine Zweckentfremdung oder eine Beschränkung der Nutzungsrechte zum Nachteil der auf dem Plan Nr. 188/12 aufgetzeichneten sechs Hochbauten (Hervorhebung im Original) – gemeint seien die geplanten Liegenschaften an der H.____-Strasse und damit auch das sich heute auf ihrer Parzelle stehende Zweifamilienhaus an der H.____-Strasse 10 – dürfe ohne die vorher eingeholte schriftliche Zustimmung der Baubehörde nicht erfol-

gen. Dies sei so in der Baubewilligung ausdrücklich festgehalten worden. Um diese Verpflichtung abzusichern habe die Baubehörde schliesslich die Anmerkung der entsprechenden öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung im Grundbuch verfügt, was die Grundbuchauszüge der beiden Liegenschaften klar beweisen würden (act. 21 S. 6). Mit dem Dienstbarkeitsvertrag vom 22. April 1981 hätten die damaligen Vertragsparteien beabsichtigt, der Verpflichtung der Baubehörde, einen zentralen Kinderspielplatz für alle Beteiligten zu errichten und dauern zu gewähren, nachzukommen. Die Vorinstanz sei in diesem Sinne zu Recht davon ausgegangen, dass der Sinn und Zweck der Dienstbarkeit die Vernetzung des Spielplatzes mit allen berechtigten Grundstücken und damit eine für alle Berechtigten geeignete Erreichbarkeit (Hervorhebung im Original) des Spielplatzes gewesen sei (act. 21 S. 7 f.).

Weiter argumentiert die Beschwerdeführerin, aufgrund des Umstandes, dass kein Wegrecht zu Gunsten ihres und zu Lasten des Grundstücks des Beschwerdegegners im Grundbuch eingetragen sei, sei in Anbetracht des Zweckes des Dienstbarkeitsvertrages, nämlich die Erreichbarkeit des Spielplatzes durch eine Grunddienstbarkeit zu sichern, einleuchtend, dass das Zutrittsrecht auf den Spielplatz bereits im Mitbenützungrecht enthalten sei. Eine andere Auslegung – wie sie die Vorinstanz gemacht habe – stehe dem Sinn und Zweck des Dienstbarkeitsvertrages entgegen und verstosse folglich gegen Art. 738 ZGB (act. 21 S. 7).

6.2 Der Beschwerdegegner hält dieser Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach die Vorinstanz Art. 738 ZGB falsch angewendet habe, im Wesentlichen entgegen, der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe die Grunddienstbarkeit nicht nach deren Sinn und Zweck und nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt, sei offensichtlich falsch. Vielmehr habe die Vorinstanz zunächst nach Sinn und Zweck der Dienstbarkeit gefragt und im Ergebnis festgehalten, ein jederzeitiges unmittelbares Zutrittsrecht lasse sich aus Sinn und Zweck der Dienstbarkeit nicht ableiten (act. 30 S. 7). Sodann fügt er an, die Vorinstanz habe die Baubewilligung vom 9. Juli 1980, wie von der Beschwerdeführerin verlangt, als Auslegungskriterium berücksichtigt, wobei die Beschwerdeführerin nicht aufzeige, was an der Folgerung der Vorinstanz, wonach der in der Baubewilligung vorgese-

hene zentrale Kinderspielplatz zwar eine geeignete Erreichbarkeit verlange, in dessen kein Recht auf den schnellstmöglichen respektive direkten Zugang begründe, falsch sein soll (act. 8 S. 7 f.).

6.3 Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (act. 23 S. 5, E. 5.2), gibt Art. 738 ZGB für die Ermittlung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit eine Stufenordnung vor: Soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Grundbucheintrag deutlich ergeben, ist dieser alleine massgebend (vgl. Abs. 1); mithin schliesst der klare Wortlaut nach ständiger Bundesgerichtsrechtsprechung ein Vorgehen nach Art. 738 Abs. 2 ZGB aus. Nur wenn der Wortlaut des Grundbucheintrages unklar ist, ist im Rahmen des Eintrags auf den Erwerbgrund, d.h. den Dienstbarkeitsvertrag als Begründungsakt zurückzugreifen, welcher als Beleg beim Grundbuchamt aufbewahrt wird (Art. 984 Abs. 2 ZGB) und einen Bestandteil des Grundbuches bildet (Art. 942 Abs. 2 ZGB). Ist auch der Begründungsakt nicht schlüssig, kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit – im Rahmen des Eintrags – aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist (Abs. 2; zum Ganzen statt vieler vgl. BGE 137 III 145 E. 3.1; BGE 132 III 651 E. 8; BGE 131 III 345 E. 1.1; BGE 128 III 169 E. 3a).

Die Auslegung des Begründungsaktes (zweite Stufe der Auslegungsordnung gemäss Art. 738 ZGB) erfolgt in gleicher Weise wie diejenige sonstiger Willenserklärungen. Insbesondere werden die allgemeinen Grundsätze der Vertragsauslegung bei der Auslegung des Dienstbarkeitsvertrages nur insoweit durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs beschränkt, als sich in einem Streit um den Inhalt und den Umfang einer Dienstbarkeit nicht mehr die ursprünglichen Vertragsparteien bzw. deren Universalerben sondern – was vorliegend nicht der Fall ist – Dritte gegenüberstehen (BGE 139 III 404 E. 7.1; BGE 137 III 145 E. 3.2.2). Damit ist der Inhalt des Vertrages in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien zu bestimmen (Art. 18 Abs. 1 OR). Nur wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, ist der Vertrag normativ, d.h. nach dem Vertrauensgrundsatz auszulegen (BGE 137 III 145 E. 3.2.1).

Mangels behauptetem oder bewiesenem Parteiwillen ist der Erwerbgrund so auszulegen, wie er nach seinem Wortlaut und Zusammenhang sowie nament-

lich auf Grund der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks und mit Rücksicht auf den Sinn und Zweck der Dienstbarkeit verstanden werden durfte und musste (BGE 131 III 345 E. 1.2; BGE 117 II 536 E. 4; BGE 113 II 506 E. 2). Welchen Sinn eine Vertragsklausel hat, ist auch nach dem Zusammenhang, in dem sie steht, und nach den gesamten Umständen, unter denen sie abgegeben worden ist, zu beurteilen (BGE 128 III 265 E. 3a; BGE 101 II 323 E. 1). Zu berücksichtigen ist sodann, dass Grundlage der Dienstbarkeit zwar das Vertragsrecht ist, Vorschriften des öffentlichen Rechts den Inhalt der Dienstbarkeit jedoch insbesondere dann (mit-)bestimmen können, wenn die Dienstbarkeit vor dem Hintergrund einer öffentlich-rechtlichen Regelung begründet worden ist (BGE 139 III 404 E. 7.4.2; BGE 131 III 345 E. 1.3 und E. 2.1.2; BGE 5C.240/2004 vom 21. Januar 2005, E. 4). Zu berücksichtigen ist deshalb unter Umständen ein öffentlich-rechtlicher Gesamtzusammenhang, in welchen die Dienstbarkeit eingebettet ist (BGE 137 III 444 E. 4.2.1).

Die Vorinstanz ist zu Recht zum Schluss gekommen, der Wortlaut des Grundbucheintrages ("*Mitbenützungsberechtigt an einem Kinderspielplatz*"; vgl. act. 8/1-2) sei für den strittigen Inhalt der Dienstbarkeit nicht schlüssig (act. 23 S. 7, E. 5.5). Deshalb ist – wie die Vorinstanz ebenfalls zutreffend erkannt hat (vgl. a.a.O.) – im Rahmen des Eintrags auf den Dienstbarkeitsvertrag als Begründungsakt zurückzugreifen, wobei dieser für das strittige Zutrittsrecht ebenfalls nicht schlüssig ist. Vielmehr ergibt sich daraus einzig, dass den Eigentümern der begünstigten Grundstücke das Mitbenützungsberechtigt an Kinderspielplatz im belasteten Grundstück zukommt, wobei der Kinderspielplatz denjenigen Teil des belasteten Grundstücks umfasst, welcher nicht von der Zufahrt und den Parkplätzen, die im Plan Nr. 571 eingezeichnet sind, beansprucht wird. Zudem wird darin festgelegt, unter welchen Kostenanteilen der Spielplatz von den Eigentümern der begünstigten Grundstücke zu unterhalten ist (act. 4/3 S. 5; act. 8/2 S. 5). Festzuhalten ist, dass mit der Dienstbarkeit zur Mitbenützung des sich auf dem belasteten Grundstück befindlichen Spielplatzes zwangsweise das Recht der berechtigten Grundeigentümer verbunden sein muss, das belastete Grundstück zu betreten, weil die Dienstbarkeit ohne Betreten des belasteten Grundstücks nicht ausgeübt werden kann. Ob davon jedoch das Recht umfasst ist, das Grundstück über die

gemeinsame Grundstücksgrenze zu betreten, lässt sich dem Wortlaut des Begründungsaktes – wie die Vorinstanz zu Recht feststellt (act. 23 S. 7, E. 5.5) – nicht entnehmen. Ein übereinstimmender wirklicher Wille der Vertragsparteien bezüglich des Zugangs zum belasteten Grundstück wird sodann – wie die Vorinstanz ebenfalls richtig ausführt – von keiner Partei behauptet, weshalb der Begründungsakt in einem nächsten Schritt normativ auszulegen ist.

6.4 Wie die Vorinstanz richtig festhält (act. 23 S. 7, E. 5.5), greifen in einem Streit zwischen den Universalerben einer ursprünglichen Vertragspartei die allgemeinen Auslegungsgrundsätze, ohne dass der öffentliche Glaube des Grundbuchs die Auslegung beschränken würde (dazu vorstehend Ziff. II.6.3). Dementsprechend ist der Dienstbarkeitsvertrag in Anwendung der allgemeinen Auslegungsregeln so auszulegen, wie er nach seinem Wortlaut und Zusammenhang sowie namentlich auf Grund der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks und mit Rücksicht auf den Sinn und Zweck der Dienstbarkeit verstanden werden durfte und musste, wobei der Sinn einer Vertragsklausel nach dem Zusammenhang, in dem sie steht, und nach den gesamten Umständen, unter denen sie abgegeben worden ist, zu beurteilen ist (dazu vorstehend Ziff. II.6.3). Zuzustimmen ist der Vorinstanz deshalb dahingehend, dass die Baueingabe bzw. die Baubewilligung des Gemeinderates vom 9. Juli 1980 bei der Auslegung und insbesondere bei der Ermittlung von Sinn und Zweck der Dienstbarkeit zur Zeit der Errichtung mitzubersichtigen ist, weil der Dienstbarkeitsvertrag in einem direkten Konnex zur ursprünglichen Überbauung der Liegenschaften an der H.____-Strasse steht.

6.4.1 Aus dieser Bewilligung ergibt sich zunächst, dass die Überbauung der H.____-Strasse nach den Grundätzen einer Arealüberbauung konzipiert war, wobei verschiedene Einrichtungen, darunter insbesondere auch der Kinderspielfeld, allen bewohnten Objekten dienen sollten (act. 15/3 S. 1075). Hinsichtlich der bewohnten Objekte wird in diesem Zusammenhang auf die Gebäude lit. a-d und damit auf diejenigen mit den Assek.-Nrn. 690, 689, 693, 692 und 691 verwiesen (vgl. act. 15/3 S. 1070 m.V. auf S. 1072 f.). Diese Gebäude sind kreisförmig um das belastete Grundstück angeordnet (vgl. nachstehenden Plan), wobei das

Gebäude mit der Assek.-Nr. 693 auf dem im Eigentum der Beschwerdeführerin stehenden Grundstück GBB1 6, Kat.-Nr. 7 steht. Sodann wird an anderer Stelle festgehalten, *der auf der Decke der Unterterrain-Sammelgarage Assek.-Nr. 694 günstig angeordnete Kinderspielplatz habe mindestens 100m² zu umfassen*



(Art. 16^{quater} BO). Er sei gehörig auszurüsten und stets ordnungsgemäss betriebsbereit zu halten. Bestand und Unterhalt seien durch öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen zu gewährleisten (act. 15/3 S. 1082). Wie bereits erwähnt wurde sodann die Baubewilligung unter anderem an die Auflage geknüpft, dass dem Bausekretariat vor Baubeginn die Zeugnisse des Grundbuchamtes D. _____ über die Anmerkung der öffentlich rechtlichen Eigentumsbeschränkung über die Erstellung eines zentralen Kinderspielplatzes vorzulegen seien (act. 15/3 S. 1089 f.; Wortlaut vgl. vorstehend Ziff. I.1.1). Gestützt auf diese Baubewilligung wurde zwischen den Bauherren der Dienstbarkeitsvertrag vom 22. April 1981 abgeschlossen und die entsprechende Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen.

Die zwischen den Parteien strittige Dienstbarkeit wurde demnach vor dem Hintergrund dieser öffentlich-rechtlichen Baubewilligung begründet, wobei Sinn und Zweck der Dienstbarkeit im Zeitpunkt der Errichtung die Absicherung der dauerhaften Erstellung eines zentralen Kinderspielplatzes auf dem Grundstück des Beschwerdegegners zum Nutzen aller bewohnten Liegenschaften der mit Baubewilligung vom 9. Juli 1980 bewilligten Überbauung war. Aufgrund der An-

ordnung des Spielplatzes in der Mitte der bewohnten Liegenschaften sowie aufgrund der Bezeichnung als "*zentraler Kinderspielplatz*" ist der Vorinstanz insoweit zuzustimmen, als sie festhält, Sinn und Zweck der Dienstbarkeit sei die Vernetzung des Spielplatzes mit allen berechtigten Grundstücken und damit eine für alle Berechtigten geeignete Erreichbarkeit des Spielplatzes gewesen (act. 23 S. 8, E. 5.6). Nicht gefolgt werden kann der Vorinstanz indes, wenn sie weiter ausführt, es könne jedoch nicht ohne Weiteres aus der Baueingabe interpretiert werden, dass die zentrale Lage bzw. die geeignete Erreichbarkeit bereits ein Recht auf den schnellstmöglichen respektive direkten Zugang beinhalte, sondern es sei aufgrund der offenen Formulierung des Inhalts der Dienstbarkeit im Sinne eines allgemeinen Mitbenützungsrechts sowie unter restriktiver Auslegung vielmehr davon auszugehen, dass im Zeitpunkt der Errichtung keine weitergehende Eigentumsbeschränkung des Grunddienstbarkeitsbelasteten vorgesehen gewesen sei, insbesondere nicht durch ein direktes Zutrittsrecht (act. 23 S. 8, E. 5.6). Die Vorinstanz stellt damit nämlich das Resultat der Auslegung wiederum mit einem Verweis auf den Wortlaut in Frage, obwohl sie bereits zutreffend festgestellt hatte, dass dieser nicht schlüssig sei, weshalb eine Auslegung des Dienstbarkeitsvertrages vorzunehmen sei. Damit verkennt sie, dass zwar vom Wortlaut auszugehen ist, bei der Auslegung jedoch der Sinn und Zweck der Dienstbarkeit zum Zeitpunkt der Errichtung der Dienstbarkeit zu ermitteln ist, wobei insbesondere auf die Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks sowie die Umstände, unter denen die Dienstbarkeit begründet worden ist, abzustellen ist. Kann der Inhalt der Dienstbarkeit aufgrund der so vorgenommenen Auslegung schlüssig bestimmt werden, ist darauf abzustellen.

Vorliegend lässt sich der Inhalt des Dienstbarkeitsvertrages insbesondere aufgrund des öffentlich-rechtlichen Gesamtzusammenhanges, vor dessen Hintergrund sie begründet worden ist, schlüssig feststellen. So kommt nämlich in diesem Zusammenhang der Lage des Kinderspielplatzes eine besondere Bedeutung zu, da die Baubewilligung für die gesamte Überbauung nur unter der Auflage erteilt worden ist, dass auf dem heute im Eigentum des Beschwerdegegners stehenden Grundstück dauerhaft ein *zentraler* Kinderspielplatz erstellt werde (act. 15/3 S. 1090). Mithin handelt es sich beim Kinderspielplatz um eine für die

Erteilung der Baubewilligung wesentliche Einrichtung, welche für die begünstigten Liegenschaften einen dauernden Zweck erfüllt. Dem Zweck der Erstellung eines zentralen Kinderspielplatzes kann jedoch aufgrund der Lage des belasteten Grundstücks im Zentrum der fünf berechtigten Liegenschaften nur dann genüge getan werden, wenn den Dienstbarkeitsberechtigten das Recht zukommt, den in der Mitte der Überbauung liegenden Kinderspielplatz auf direktem Wege zu betreten. Haben die Dienstbarkeitsberechtigten demgegenüber um die Siedlung herumzugehen, um auf den Kinderspielplatz zu gelangen, kommt der zentralen Lage des dienstbarkeitsbelasteten Grundstücks kein besonderer Nutzen mehr zu. Hinzu kommt, dass die damaligen Grundeigentümer im gestützt auf die Baubewilligung vom 9. Juli 1980 abgeschlossenen Dienstbarkeitsvertrag vom 22. April 1981 vereinbart haben, dass der Kinderspielplatz von den Eigentümern der berechtigten Grundstücke nach im Dienstbarkeitsvertrag festgehaltenen Kostenanteilen zu unterhalten sei (act. 4/3 S. 5), womit es sich beim Spielplatz um eine gemeinschaftlich finanzierte Einrichtung der beteiligten Grundeigentümer handelt.

6.4.2 Gegen diese Auslegung spricht sodann entgegen der Vorinstanz und dem Beschwerdegegner (act. 30 S. 9) nicht, dass für die Grundstücke GBBl. 10/Kat.-Nr. 11 und GBBl. 8/Kat.-Nr. 9 zulasten des Grundstücks des Beschwerdegegners ein Wegrecht besteht (vgl. act. 8/2 S. 3-4) und dass bei der Aufteilung der ehemals C._____ gehörenden Liegenschaften infolge Erbteilung im Jahr 2012 unter den Parteien zugunsten des Grundstücks GBBl. 6/Kat.-Nr. 7 und zulasten des Grundstücks GBBl. 4/Kat.-Nr. 14 ein zusätzliches Wegrecht begründet wurde (vgl. act. 4/5 S. 10). So erfolgte nämlich die Erschliessung der gesamten Wohnsiedlung über die H._____ -Strasse (vgl. act. 15/3 S. 1076 f.), weshalb zur Erschliessung der hinteren Gebäudereihe (Assek.-Nr. 691-693) ein Wegrecht über das jeweils davor liegende Grundstück notwendig war (vgl.; act. 4/5 S. 11; Plan vorstehend Ziff. II.6.4.1); entsprechend lässt sich aus diesen Wegrechten entgegen der Vorinstanz nichts für die vorliegend strittige Dienstbarkeit ableiten. Insgesamt ist die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Auslegung der Dienstbarkeit nach ihrem Sinn und Zweck zu keinem schlüssigen Ergebnis führe. Vielmehr ist unter Berücksichtigung der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks sowie der Umstände, unter denen die Dienstbarkeit begründet worden ist, davon

auszugehen, dass der Sinn und Zweck der als "*Mitbenützung*recht an einem *Kinderspielplatz*" im Grundbuch eingetragenen Dienstbarkeit auch das Recht umfasst, dass belastete Grundstück auf direktem Wege und damit über die gemeinsame Grundstücksgrenze zu betreten.

6.4.3 Da damit die Auslegung des Erwerbgrundes entgegen der Vorinstanz klaren Aufschluss über den streitigen Inhalt der Dienstbarkeit gibt, kommt es grundsätzlich nicht auf die Art, wie die Dienstbarkeit während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist, an. Nur der Vollständigkeit halber ist deshalb anzufügen, dass die Vorinstanz in diesem Zusammenhang davon ausgegangen ist, die Art, wie die Dienstbarkeit während längerer Zeit unangefochtenen und in gutem Glauben ausgeübt worden sei, sei im konkreten Fall unbewiesen geblieben (act. 23 S. 9, E. 5.8). Dennoch legt der Beschwerdegegner seiner Beschwerdeantwort über weite Strecken den von ihm behaupteten langjährigen Gebrauch zugrunde (vgl. act. 30 S. 6 ff., Rn 2.2, 3.4, 3.6,3.7) und übersieht dabei, dass nicht nur die Beschwerdeführerin, sondern auch er, vorinstanzlich keine Beweismittel offeriert hat, welche seine diesbezüglichen Ansichten belegen könnten (vgl. act. 7).

7. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde der Beschwerdeführerin als begründet, da der Beschwerdegegner durch die Errichtung des strittigen Zauns auf der gemeinsamen Grundstücksgrenze des berechtigten und des belasteten Grundstücks den direkten Zugang zum Spielplatz verhindert und damit die Ausübung des Mitbenützungrecht im Sinne von Art. 737 Abs. 3 ZGB erschwert. Die von der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 679 Abs. 1 ZGB erhobene Klage erweist sich deshalb entgegen der Vorinstanz als begründet, wobei gestützt auf Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO noch zu prüfen bleibt, ob die durch den Zaun bewirkte Behinderung des Rechts der Beschwerdeführerin durch geeignete Schutzvorkehrungen auf ein erträgliches Mass reduziert werden kann, oder ob vielmehr – wie von der Beschwerdeführerin beantragt (act. 21 S. 2) – die gänzliche Entfernung des strittigen Zauns anzuordnen ist (vgl. dazu etwa BSK ZGB II-REY/STREBEL, 5. Aufl. 2015, Art. 679 N 15). Dabei ist letzteres zu verneinen, kann doch dem Interesse der Beschwerdeführerin an einer unerschwerter Nutzung des Mitbenüt-

zungsrecht des sich auf dem belasteten Grundstück befindlichen Kinderspielplatz auch durch mildere Mittel als dem gänzlichen Abbau des Zauns Rechnung getreten werden. Insbesondere ist es möglich, den vom Beschwerdegegner auf der gemeinsamen Grundstücksgrenze errichtete Zaun mit einem Tor zu versehen. Der Beschwerdegegner ist dementsprechend im Sinne von in maiore minus lediglich zu verpflichten, den Bewohnern des berechtigten Grundstücks GBBI 6/Kat.-Nr. 7 den zur Ausübung des im Grundbuch eingetragenen Mitbenützungsrecht an einem Kinderspielplatz notwendigen Zugang über die gemeinsame Grundstücksgrenze der Grundstücke GBBI 6/Kat.-Nr. 7 und GBBI 12/Kat.-Nr. 13 zu ermöglichen.

8. Auf Antrag der obsiegenden Partei ordnet das Gericht Vollstreckungsmassnahmen an (Art. 236 Abs. 3 ZGB). Welche Vollstreckungsmittel zur Anwendung gelangen, entscheidet das Gericht dabei von Amtes wegen sowie nach eigenem Ermessen; insbesondere ist es nicht an den Antrag der klagenden Partei gebunden. Es hat die zur Durchsetzung wirksamste Anordnung zu wählen, wobei es den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten hat. Als Vollstreckungsmassnahmen zählt Art. 343 Abs. 1 ZPO abschliessend die Strafandrohung nach Art. 292 StGB und Busse (indirekter Zwang) sowie Zwangsmassnahme und Ersatzvornahme (direkter Zwang) auf (BSK ZPO-ZINSLI, 2. Aufl. 2013, Art. 343 N 4 f.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 28 Rz. 42; ZK ZPO-KELLERHALS, 3. Aufl. 2016, Art. 343 N 10 f.).

Die von der Beschwerdeführerin beantragte Ersatzvornahme ist im vorliegenden Fall nicht geeignet, da – wie gesehen – dem Anspruch der Beschwerdeführerin auch durch mildere Mittel als der vollständigen Beseitigung des aufgestellten Zauns genüge getan werden kann. Vielmehr ist indirekter Zwang anzuwenden und deshalb – wie von der Beschwerdeführerin ebenfalls beantragt – dem Beschwerdegegner für den Unterlassungsfall die Bestrafung nach Art. 292 StGB anzudrohen.

III.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Gutheissung der Beschwerde und die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides führen dazu, dass sich auch der Ausgang des vorinstanzlichen Verfahrens ändert. Dies muss sich in der Kosten- und Entschädigungsregelung für das vorinstanzliche Verfahren widerspiegeln. Zur Höhe der von der Vorinstanz auf Fr. 1'200.– festgelegten Spruchgebühr liegen keine Beanstandungen vor, weshalb diese der Höhe nach zu bestätigen ist. In der Sache obsiegt die Beschwerdeführerin, weshalb in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens dem Beschwerdegegner aufzuerlegen und nach den Grundsätzen von Art. 111 ZPO zu liquidieren sind. Damit sind die erstinstanzlichen Kosten aus dem von der Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO) und ihr vom Beschwerdegegner zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Zudem ist der Beschwerdegegner antragsgemäss (vgl. act. 1 S. 2) zu verpflichten, der bereits im erstinstanzlichen Verfahren anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung auszurichten. Diese ist gestützt auf § 2 Abs. 1 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 1'480.– festzusetzen. Mehrwertsteuer wurde nicht verlangt, und ist daher auch nicht zuzusprechen.

2. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG i.V.m. § 2 Abs. 1 lit. a und § 4 GebV OG auf Fr. 1'200.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Kosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen und nach den bereits genannten Grundsätzen von Art. 111 ZPO zu liquidieren. Antragsgemäss (act. 21 S. 2) ist der Beschwerdegegner zudem zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung auszurichten. Diese ist gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. § 2 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 800.– (ohne MwSt aus erwähnten Grund) festzusetzen ist.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 10. Juni 2016 (Geschäfts-Nr. FV160018-C) aufgehoben und der Beklagte und Beschwerdegegner unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Unterlassungsfall verpflichtet, den Dienstbarkeitsberechtigten Bewohnern des Grundstücks, Gemeinde D._____, GBBI 6/Kat.-Nr. 7, innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Urteils den zur Ausübung des im Grundbuch eingetragenen Mitbenützungsrechts an einem Kinderspielplatz notwendigen Zugang über die gemeinsame Grundstücksgrenze der in der Gemeinde D._____, gelegenen Grundstücke GBBI 6/Kat.-Nr. 7, und GBBI 12/Kat.-Nr. 13 zu ermöglichen.

Art. 292 StGB lautet wie folgt: "Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafandrohung dieses Artikels an ihn erlassene Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft."

2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 1'200.– wird bestätigt.
3. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden dem Beklagten und Beschwerdegegner auferlegt und aus dem von der Klägerin und Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Der Beklagte und Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Klägerin und Beschwerdeführerin den von ihr bei der Vorinstanz geleisteten Vorschuss von Fr. 1'200.– zu ersetzen.
4. Der Beklagte und Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Klägerin und Beschwerdeführerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'480.– auszurichten.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
6. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten und Beschwerdegegner auferlegt und aus dem von der Klägerin und Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen.

deführerin geleisteten Vorschuss bezogen. Der Beklagte und Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Klägerin und Beschwerdeführerin den von ihr geleisteten Vorschuss von Fr. 1'200.– zu ersetzen.

7. Der Beklagte und Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Klägerin und Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 800.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin und Beschwerdeführerin unter Beilage eines Doppels von act. 30, an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

9. 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. 6'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

MLaw N. Seebacher

versandt am: