

ZH_OBERGERICHT LB140046 vom 5. Juni 2015

ZH Obergericht, 2015-06-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB140046

FR: ZH_OBERGERICHT LB140046 du 5 juin 2015

IT: ZH_OBERGERICHT LB140046 del 5 giugno 2015

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind die Eigentümer der zwei benachbarten Grundstücke F.____-Strasse ... und F.____-Strasse ... in D.____. Auf dem Grundstück F.____-Strasse ... des Beklagten/Widerklägers und Berufungsklägers (nachfolgend Berufungskläger) lastet seit 6. Oktober 1959 ein Fuss- und Fahrwegrecht zugunsten Kat. Nr. ... (F.____-Strasse ...) der Kläger/Widerbeklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Berufungsbeklagte). Der Dienstbarkeitsvertrag aus dem Jahr 1959, abgeschlossen zwischen Rechtsvorgängern der Parteien, lautet: "Der Eigentümer des Grundstückes Kat. Nr. ... und der darauf zu erstellenden Gebäulichkeiten ... hat Fuss- und Fahrwegrecht, auch mit Motorfahrzeugen über das Grundstück ... in einer Breite von drei Metern längs dessen nördlicher Grenze entlang, von und nach der F.____-Strasse. An den Unterhalt des Weggebietes hat der berechnigte Grundeigentümer im Verhältnis der Benützung beizutragen". Die Berufungsbeklagten wollen dem Berufungskläger den Bau der mit bau-rechtlichem Entscheid rechtskräftig bewilligten Aussentoranlage untersagen lassen, die auf dem auch das Grundstück der Berufungsbeklagten erschliessenden Zufahrtsweg errichtet werden soll; der Berufungskläger hat mit der Widerklage die Feststellung verlangt, dass die zu installierende Aussentoranlage das Wegrecht der Berufungsbeklagten nicht verletzt und sie diese deshalb dulden müssten.

E. 2

Die Vorinstanz ist auf die Widerklage des Berufungsklägers nicht eingetreten und hat die Klage der Berufungsbeklagten gutgeheissen (act. 45 S. 19 f.). Dagegen hat der Berufungskläger rechtzeitig Berufung eingelegt (act. 41).

- 6 -

E. 3

Mit (Teil-)Urteil vom 30. Juni 2014 hat die Kammer den Antrag auf Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides und auf Rückweisung zur Neuentscheidung zufolge unrichtiger Besetzung des Bezirksgerichts abgewiesen und dem Berufungskläger einen Kostenvorschuss von Fr. 4'750.– auferlegt (act. 46 S. 5 f.). Dieser Entscheid ist unangefochten geblieben, und der Kostenvorschuss wurde geleistet (act. 48 und 49). Die Berufungsbeklagten erstatteten rechtzeitig die Berufungsantwort (act.54).

E. 4

a) Der Berufungskläger wirft der Vorinstanz vor, sie habe es tunlichst unterlassen, sich mit dem grundsätzlichen Recht (des Eigentümers des dienenden Grundstücks) auf Einfriedung auseinanderzusetzen. Ausserdem habe sie unterlassen, die Aussentoranlage als Teil der Einfriedung zu bezeichnen (act. 41 S. 16 Rz 4.1). Der Weg hin zum Grundstück der

Berufungsbeklagten dürfe einzig von den Berufungsbeklagten sowie dem Berufungskläger samt den Zubringern zu den beiden Liegenschaften benutzt werden, so dass es heute wie in der Zukunft kein intensives Verkehrsaufkommen geben könne (vgl. act. 41 S. 16 Rz 4.2). Schon vor 100 Jahren habe das Züricher Obergericht nicht die Einfriedung als solche, sondern nur das Verschliessen mit einem Schlüssel untersagt (act. 41 S. 16 Rz 4.3). Es würden keine Umstände geltend gemacht, die eine Durchfahrt ohne Halt erfordern würden; solche Umstände gebe es auch nicht (act. 41 S. 18). Zu Unrecht erachte die Vorinstanz das Öffnen des kleineren Torflügels durch Passanten mittels eines vollautomatischen Knopfes wetterbedingt und bei Mitführen von Taschen etc. als übermassig einschränkend (act. 42 S. 17 Rz 4.3). Wie der Augenschein bestätigt hat, ist das Grundstück des Berufungsklägers zu einem grossen Teil eingefriedet. Das Ziel des Berufungsklägers der vollständigen Einfriedung könnte mit der geplanten Toranlage erreicht werden. Wegen der Baute als solcher, deren Eingangstüre an den dienstbarkeitsbelasteten

- 24 - Weg grenzt (gut erkennbar auf act. 19/16 Blatt 2 unteres Bild), ist allerdings das Grundstück bereits heute in weiten Teilen nicht frei zugänglich (vgl. act. 60 Bild 3, Bild 4, Bild 11, Bild 12). Sieht man vom dienstbarkeitsbelasteten Weg ab, der bisher nicht in die Einfriedung integriert ist, so fehlt der Einfriedung der Gartenanlage ein kleines Stück entlang dem dienstbarkeitsbelasteten Weg (act. 60 Bild 5; Prot. S. 9 f.). Diese Lücke liesse sich problemlos mit einem Zaun schliessen. Das, was derzeit ungehindert betreten werden kann, sind der Weg als solcher sowie der Vorplatz samt Treppe zur Liegenschaft des Berufungsklägers und die dortigen Parkplätze. Die Berufungsbeklagten haben darauf hingewiesen, dass es möglich wäre, die Interessen des Berufungsklägers ohne Einschränkung der Zufahrt durch eine Einfriedung südlich der Zufahrt und einem Tor bei den Besucherparkplätzen zu befriedigen (act. 1 Rz 35), was an sich zutrifft; dann würde letztlich nur noch der Weg als solcher ausserhalb der Einfriedung liegen. Dass der Berufungskläger das Einfriedungsrecht auch für diesen Grundstücksteil in Anspruch nehmen und das Grundstück als Ganzes einfrieden kann (vgl. act. 41 Rz 5.2 S. 23), ist an sich selbstverständlich, soweit es mit dem Wegrecht vereinbar ist. Darauf wird zurückzukommen sein. Der uneingefriedete Teil kann ausserdem im Zusammenhang mit der Abwägung der Interessen der Berufungsklägers an der Einfriedung und den Berufungsbeklagten an der freien Zufahrt eine gewisse Bedeutung haben. b) Der Berufungskläger widerspricht der Vorinstanz, die davon ausgeht, dass eine selbstöffnende Aussentoranlage nicht geeignet ist, Einbrecher und Vandalen, welche das Terrain in deliktischer bzw. unlauterer Absicht betreten wollen, abzuhalten. Dass sich "gewisse" Einbrecher und Vandalen auch durch eine problemlos zu durchquerende Toranlage abhalten lassen, ist nach Ansicht des Berufungsklägers notorisch (act. 41 S. 23). Schon vor Vorinstanz führte er dazu aus, dass "alleine durch den Bestand eines Tores eine gewisse Abschreckungswirkung gegenüber Personen, denen der Zutritt nicht erlaubt ist, erreicht wird. So kann ein Sicherheitsinteresse effizient gewahrt werden. Rein psychologisch gesehen, hindert alleine der Bestand eines Tores vor ungebetenem Zutritt fremder Personen. Ausserdem bildet die Toranlage einen geeigneten und verhältnismässigen Abschluss" (act. 41 S. 22 f., act. 10 Rz 10 S. 23; act. 33 S. 9 f.). "Der Beklagte (Berufungskläger) möchte [...] seine ganze Parzelle einfrieden, um zu ver-

- 25 - hindern, dass Unbefugte, also Personen, die weder Bewohner noch Gäste noch Anlieferer oder dgl. der Grundstücke der Parteien sind, dort versehentlich oder bewusst durchgehen. Die Hemmschwelle bei der Art des Tores führt alleine dazu, dass solche

Personen dann nicht durchgehen. [...] Die Auffassung der Vorinstanz, die Anlage könnte gesetzestreue Passanten vom versehentlichen oder durch eine gewisse Neugierde getriebene Passanten vom Betreten des beklaglichen Grundeigentums abhalten, stimmt durchaus. Und das genügt. Das ist genau die Zielsetzung des Rechts auf Einfriedung, das der Beklagte als Eigentümer des dienenden Grundstücks hat. Und [...] diese Abhaltungswirkung genügt für sich bereits allein für eine Interessenabwägung. Denn: kein Eigentümer muss sich auch nur ansatzweise gefallen lassen, dass nicht berechtigte Personen sein Grundstück betreten" (act. 41 Rz 5.2 S. 22). c) Bereits im Zusammenhang mit der Berufungsantwort haben die Berufungsbeklagten ein Foto des neu gestalteten dienstbarkeitsbelasteten Wegs eingereicht (act. 54). Die Örtlichkeiten, wie sie im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens bildlich dokumentiert worden sind, haben danach eine markante bauliche bzw. gestalterische Veränderung erfahren. Der dienstbarkeitsbelastete Weg, der parallel zum (öffentlich begehbaren) Aussichtsweg verläuft und ursprünglich von diesem lediglich durch eine kleine grasbewachsene Rabatte und einen Holzzaun abgetrennt war (act. 11/1-3; act. 12/5 Foto 3, 11 und besonders deutlich Foto 12, woraus sich ergibt, dass das Fussgängerzeichen zudem auf der "falschen" Seite des Holzzaunes steht), ist inzwischen gepflästert und durch einen weit mehr als mannshohen Lebhag vom Aussichtsweg abgegrenzt worden (act. 60 Bilder 3, 4, 6, 9, 10). Während es beim ursprünglichen Zustand gut vorstellbar war, dass mehr oder weniger aufmerksame Unberechtigte – statt auf den Aussichtsweg – auf den Privatweg und das Grundstück des Berufungsklägers einbogen, haben die baulichen und gartengestalterischen Vorkehren den Eindruck nachhaltig verändert. Wie sich auch anlässlich des von der Kammer durchgeführten Augenscheins bestätigt hat, muss aufgrund des neuen Erscheinungsbildes für jedermann klar sein, dass es sich nicht um eine öffentlichen Durchgangsstrasse, sondern um einen Zugang bzw. um eine Zufahrt zu privaten Liegenschaften handelt, worauf auch die Berufungsbeklagten hinweisen (act. 53 Rz 26 S. 6). Die Gefahr

- 26 - versehentlicher Belästigungen, die von nicht besonders aufmerksamen Spaziergängern und Autofahrern ausgehen können (act. 33 S. 10), dürften damit weitgehend gebannt sein. Dass sich eine Verdeutlichung durch entsprechende Hinweisschilder erzielen liesse (act. 53 Rz 26), erwähnen die Berufungsbeklagten zu Recht. Zu denken wäre allenfalls auch an ein gerichtliches Verbot i.S.v. Art. 260 ff. d) Mit den Berufungsbeklagten und der Vorinstanz ist nicht anzunehmen, dass eine sich selbst öffnende Toranlage gegen Einbrecher und Vandalen effektiven Schutz bietet, lassen sich doch vor allem Einbrecher auch von erheblich schwerer zu überwindenden Hindernissen wie verschlossenen Häusern mit verriegelten Fenstern und Türen etc. nicht abhalten; dass etwas anderes "notorisch" sein soll, trifft offensichtlich nicht zu, sondern notorisch ist allenfalls das Gegenteil. Damit bleibt als Zielgruppe, gegen die mit der Toranlage ein "Mehrwert" geschaffen wird, praktisch nur noch Personen, die an sich wissen, dass sie fremdes Gelände betreten, für die es jedoch ganz deutliche Zeichen braucht, um sie davon abzuhalten. Das "Zielpublikum", vor dem die Toranlage effektiv schützen würde, schrumpft damit ganz erheblich. Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass die rapportierten Fälle, wonach Unberechtigte das Grundstück betreten haben, ganz offensichtlich aus der Bauphase stammen, wie sich aus der eigenen Sachdarstellung des Berufungsklägers ergibt (vgl. auch den Mailverkehr in act. 24; vgl. act. 33 S. 9 Abschnitt 1). Diesbezüglich ist es notorisch, dass Baustellen eine grosse Anziehungskraft haben und von Unberechtigten recht ungeniert inspiziert werden, dass solche Begehungen auf fremdem Boden dann allerdings aufhören, wenn die Bauarbeiten abgeschlossen sind. Aus der Zeit nach Abschluss der Bauarbeiten werden

denn auch keine besonderen Auffälligkeiten mehr rapportiert. e) Der Berufungskläger macht geltend, die Berufungsbeklagten hätten ihr Grundstück ebenfalls eingefriedet (act. 33 Rz. 2.2. S. 4; Prot. S. 12); weiter oben vor ihrem Haus gebe es ausserdem einen Lebhag (Prot. S. 14; Bild 15). Das hat der Augenschein bestätigt. Das zeigt nach Ansicht des Berufungsklägers, dass auch die Berufungsbeklagten – wie im betreffenden Villenquartier üblich – Pri-

- 27 - vatsphäre für sich beanspruchen (act. 41 Rz 5.2 S. 22; Prot. S. 14). Der Grund für die geplante Errichtung der Toranlage sei sein gleichwertiges und berechtigtes Bedürfnis nach Privacy; diese habe angesichts der Lage seines Grundstückes bei der Weggabelung einen besonders hohen Stellenwert (Prot. S. 15). Die Grundstücke der Parteien würden in einem Quartier mit Wohnbauten von ausgesprochenem Luxuscharakter liegen, die Neugierige anziehen würden und die deshalb allesamt eingefriedet seien (act. 33 S. 10). Durch die hohe Hecke entlang dem Aussichtsweg sei eine Privacy entstanden, welche es durch die Toranlage zu vervollständigen gelte, denn ohne diese nützte die übrige Einfriedungsanlage nichts (act. 41 Rz 13). Alle Liegenschaften im Quartier seien eingefriedet und das Tor gebe eine gute Gesamtwirkung der Wohnanlage sowie einen Sichtschutz (act. 41 Rz 13). Es stimmt, dass Einfriedungen durchaus quartierüblich sind. Die Frage der Ortsüblichkeit stellt sich im Zusammenhang mit dem Nachbarrecht, welches die Gesamtheit von Nutzungsbeschränkungen des Grundeigentums bezeichnet, d.h. die "Rücksichtnahme auf einen engeren oder weiteren Kreis benachbarter Grundeigentümer" (Rey, a.a.O., Rz 1099). Die Grundstücksnachbarn haben "normale Einwirkungen" gegenseitig zu dulden, während übermässige (materielle oder immaterielle) Einwirkungen verboten sind (Rey, a.a.O., Rz 1100, Rz 1106, Rz 1108, Rz 1113). Ob Einwirkungen übermässig sind, beurteilt sich nach dem Ortsgebrauch; ob Ortsunüblichkeit vorliegt, misst sich daran, ob Einwirkungen in der betreffenden Gegend als normal empfunden werde (Rey, a.a.O., Rz 1121, 1124). Auch trifft es zu, dass das Grundstück der Berufungsbeklagten über weite Strecken von einem Gitterzaun umgeben ist (vgl. Prot. S. 12 Bild 10; S. 14 Bild 14 und 15; Prot. S. 15). Auch diesbezüglich gilt, was bereits erwähnt wurde, dass die Berufungsbeklagten – weil sie ihrerseits nur an das allgemeine Nachbarrecht gebunden sind – in diesem Rahmen frei über die Einfriedung entscheiden können. Wegen des Wegrechts der Berufungsbeklagten ist für den Berufungskläger hingegen nicht die Quartierüblichkeit massgeblich, sondern er hat die daraus folgenden Einschränkungen hinzunehmen, auch wenn sich seine Situation dadurch vom Üblichen unterscheidet.

- 28 - f) Der Berufungskläger hat das eigene Tor der Berufungsbeklagten thematisiert (act. 10 Rz 1 S. 19, Rz 3.3 S. 15; act. 23 Rz 5.1 S. 5), das an der Grundstücksgrenze der Berufungsbeklagten montiert war und mit dem der Vorplatz ihres Hauses abgeschlossen werden konnte. Der Berufungskläger geht davon aus, dass die Berufungsbeklagten dieses Tor errichtet hätten, um zu verhindern, dass der Weg versehentlich von Passanten benützt wurde, die weiter als zum Grundstück der Berufungsbeklagten gelangen wollten (act. 41 Rz 7.1 S. 24 f.). Nach Angaben der Berufungsbeklagten stand das Tor allerdings stets offen, ausser wenn die Berufungsbeklagten einen Ferienhund bei sich gehütet hätten, was inzwischen nicht mehr der Fall sei (Prot. S. 10). Dieses Tor sei von Hand bedienbar und knapp einen Meter hoch und mit Drahtgeflecht ausgefacht gewesen (act. 18 Rz 13; vgl. Foto in act. 12/5 Foto 1, 2, 4, 5, 6, 8). Käme es darauf an, so müsste über die divergierenden Behauptungen der Parteien Beweis erhoben werden. Da es im Zusammenhang mit den Bauarbeiten entfernt worden ist, was der Augenschein bestätigt und auch der

Berufungskläger einräumt hat (act. 23 Rz 5.1 S. 5), sind keine Weiterungen erforderlich.

E. 5

a) Der vorinstanzliche Entscheid gibt die Spezifikationen der geplanten baurechtlich bewilligten Toranlage zutreffend wieder. Fest steht, dass diese die Breite des Weges von 3 m nicht beeinträchtigt, dass sie voll automatisch gesteuert wird und dass sich das Tor über eine unterhalb der Oberfläche eingebaute Kontaktschleufe innert 15 bis max. 20 Sekunden (act. 12/2 S. 9) nach der Zufahrt komplett öffnet bzw. mit einem fünflibergrossen Fernfunkgerät sogar mit einem geringeren Zeitverlust geöffnet werden kann. b) Die geplante Toranlage bedeutet – verglichen mit der freien Durchfahrt bzw. dem freien Durchgang, welche die Berufungsbeklagten und mit ihnen ihre Besucher, Nachbarn, Postboten und Lieferanten (act. 1 Rz 27) seit über 30 Jahren in guten Treuen i.S.v. Art. 738 Abs. 2 ZGB hatten (act. 53 Rz 12, act. 1 Rz 26), eine Einschränkung, führt sie doch selbst bei einwandfreiem Funktionieren zu gewissen Verzögerungen, und zwar auch dann, wenn das Fernfunkgerät – was umstritten ist – gebraucht werden darf. Dass das Wegrecht nicht nur den Bewohnern der F.____-Strasse ... zusteht, sondern selbstverständlich auch ihren Be-

- 29 - suchern, Lieferanten etc., die über den dienstbarkeitsbelasteten Weg zur Liegenschaft F.____-Strasse ... gelangen können und auch gelangen, ist nicht zweifelhaft und unbestritten. Dass das kleine Gittertor beim Briefkasten der Berufungsbeklagten nicht einmal vom Pöstler benutzt wird, der auf den Vorplatz der Berufungsbeklagten vorfährt (Prot. S. 11; act. 60 Bild 8), ist unbestritten geblieben. Dass es für Fussgänger im Falle des Versagens der Toranlage den Zutritt ermöglichen würde, wie der Berufungskläger geltend macht, ist hingegen zutreffend. Auch für motorisierte Besucher, Lieferanten etc. öffnet sich das Tor automatisch, allerdings nur, wenn sie auf die Kontaktschleufe auffahren, die 100 cm vom Tor entfernt unterhalb der Oberfläche eingebaut werden soll. Dass das Tor mit den geplanten Ausmassen, von dem sich der Berufungskläger die Fernhaltung von "ungebetenen Gästen" verspricht, auch "erwünschte Besucher" abhalten könnte, ist allerdings naheliegend. Bei einem Halt vor der Kontaktschleufe bliebe das Tor verschlossen, was die Besucher von der Zufahrt auf das Grundstück der Berufungsbeklagten abhalten könnte. Klingelknöpfe, deren Einbau der Berufungskläger den Berufungsbeklagten als freie Option offeriert hat, würden voraussichtlich dazu führen, dass sich Ankömmlinge zum Läuten genötigt fühlen würden, und dafür anhalten und aussteigen würden. Verglichen mit der bisherigen freien Durchfahrt ist auch das eine Einschränkung, die (indirekt) das Wegrecht der Berufungsbeklagten tangiert. Gleiches gilt auch für das erforderliche Öffnen der ins Tor eingelassenen Türe für Fussgänger. Der Standpunkt des Berufungsklägers, dass die (behördlich bewilligte) Toranlage Bewohner, Gäste, Anlieferer, Polizei- und Sanitätsfahrzeuge überhaupt nicht beeinträchtigt und zu keinen Einschränkungen, Unbequemlichkeiten oder Behinderungen weder für Fussgänger noch für Fahrzeuge führe, trifft daher offensichtlich nicht zu. Dass das Nutzungs- bzw. Mitbenutzungsrecht im gleichen Mass gewährleistet wird wie bisher (act. 41 Rz 15), ist unzutreffend. c) Der Berufungskläger will sich darauf behaften lassen, dass die Toranlage nie abgeschossen und verriegelt werden wird (act. 41 Rz 6.1 S. 23). Für den Fall von Funktionsstörungen der Torautomatik werde jederzeit – so der Berufungskläger – der an der F.____-Strasse ... domizilierte Hauswart zur Verfügung stehen,

- 30 - der das Problem beheben oder mindestens das Tor offenstehen lassen könne (act. 41 S. 29 f.). In einer Liegenschaft der Luxusklasse wie der vorliegenden sei ein Hausabwart,

das sei notorisch, das ganze Jahr vor Ort; für ihn sei ein separates Diensthaus errichtet worden (act. 23 Rz 5.2 S. 5). Ausserdem bestehe stets die Möglichkeit, das Tor von Hand zu öffnen (act. 10 S. 9, S. 15 Rz 3.3). Die Berufungsbeklagten wenden ein, dass die Liegenschaft des Berufungsklägers bis anhin leer stehe und dass es bisher auch keinen Hauswart gebe. Der Berufungskläger bestreitet das nicht, und auch nicht, dass sein Haus zum Verkauf stehe (Prot. S. 9). Er versichert allerdings, dass er einen Käufer auf die gleichen Zusagen verpflichten werde, auf die er sich selber behaften lasse. Die Berufungsbeklagten bezweifeln den Wert einer solchen "Behaftungsweitergabe" und weisen darauf hin, dass sich ein neuer Eigentümer kaum daran gebunden fühlen werde bzw. dass er seine Pflichten im Zusammenhang mit dem Betrieb der Toranlage missachten könnte (act. 53 Rz 28 f.). Ausserdem erwähnen sie, dass die Technik zum Tor völlig ausserhalb ihres Einflussbereiches sei, so dass sie, kurz gesagt, für das Funktionieren des Tors auf "Gedeih und Verderben" vom neuen Eigentümer abhängig seien. Der Berufungskläger sieht keine Gefahr für eine mögliche absichtliche Verlangsamung, Abschaltung oder Vernachlässigung der Toranlage (act. 10 S. 17; act. 41 S. 29 f.), weil Widersetzlichkeit den Fortbestand des Tores gefährden würde. Schliesslich könnten die Berufungsbeklagten jederzeit ans Gericht gelangen und dort, auch superprovisorisch, eine Offenhaltung des Tors erreichen. Allenfalls stünden ihnen auch strafrechtliche Mittel zur Verfügung. Welche vollstreckbaren Wirkungen die Zusicherungen des Berufungsbeklagten überhaupt haben, ist tatsächlich fraglich und die Durchsetzbarkeit gegenüber einem neuen Erwerber ist daher umso zweifelhafter. In diesem Zusammenhang ist ergänzend anzumerken, dass die Unterhaltsfrage trotz der neuen Gegebenheiten offenbar nicht neu diskutiert wurde. Art. 741 ZGB sieht vor, dass die Vorrichtung, die zu einer Dienstbarkeit gehört, vom Berechtigten zu unterhalten ist (Abs. 1) und dass – bei geteiltem Interesse, indem der Belastete die Anlage mitbenützt – auch die Unterhaltspflicht geteilt wird. Dabei handelt es sich um eine dispositive Vorschrift, die zur dinglichen Wirksamkeit der Eintragung ins Grundbuch bedarf (vgl. z.B. BK-Leemann, N. 2 zu Art. 741 ZGB). Für die Parteien und

- 31 - für deren Rechtsnachfolger gilt bis auf weiteres die Ordnung, wie sie ursprünglich im Jahre 1959 getroffen wurde, nämlich Tragung des Unterhalts im Verhältnis zur Benützung (act. 4/3). Die Skepsis der Berufungsbeklagten betreffend jederzeitige Fehlerbehebung wie auch betreffend die Wirkungen der "Behaftungsweitergabe" ist daher durchaus nachvollziehbar und berechtigt.

E. 6

Der Berufungskläger rügt die Vorinstanz, dass sie nicht festgestellt habe, dass die Berufungsbeklagten nur ein Mitbenützungsrecht hätten. Die Erschliessung der Liegenschaft des Berufungsklägers erfolge über den gleichen Weg (act. 41 E. 2.2 S. 13), was das Wegrecht der Berufungsbeklagten einschränke (act. 41 E. 2.3 S. 13). Das ist an sich unbestritten. Inwiefern die Mitbenützung im Zusammenhang mit der Duldung der Toranlage von Bedeutung ist, ist allerdings nicht ersichtlich und wird vom Berufungskläger auch nicht näher dargelegt, so dass darauf nicht weiter eingegangen werden muss.

E. 7

a) Der Berufungskläger macht geltend, dass er unbestrittenermassen über eine rechtskräftige Baubewilligung verfüge (act. 41 S. 13 f. 1.). Im Baurechtsverfahren sei rechtskräftig festgestellt, dass die Erschliessung über die Dienstbarkeitsfläche absolut nicht

geschmälert würde, weil das Tor in beiden Richtungen automatisch öffne (act. 41 S. 19 Mitte). Das Bundesgericht habe in BGer 5A_349/2011 bzw. BGE 138 III 49 (= Pra 2012 Nr. 75) festgehalten, dass eine behördlich bewilligte Baute in der Regel keine übermässige Immission i.S.v. Art. 684 ZGB darstelle. Öffentliches Recht und Zivilrecht sollten wenn möglich nicht unterschiedlich ausgelegt werden (act. 41 S. 20). Es sei vom Baurekursgericht keine Erschwernis oder Einschränkung des bestimmungsgemässen Gebrauchs festgestellt worden und die Berufungsbeklagten hätten es dabei bewenden lassen und das Verwaltungsgericht nicht angerufen (act. 41 S. 20). Art. 684 ZGB regelt das Nachbarrecht. Im vom Berufungskläger genannten Entscheid (E. 4) geht es darum, ob eine durch einen rechtskräftigen Verwaltungsentscheid bewilligte Baute überhaupt gegen Art. 684 ZGB verstossen könne, was zur Wahrung eines Mindestschutzes bejaht wurde. Im vorliegenden Fall geht es allerdings nicht um Art. 684 ZGB, sondern um Art. 737 ZGB. Im Protokoll der kommunalen Baukommission vom 11. Juni 2012 (act. 4/4 S. 2 Ziff. 9) wird ausge-

- 32 - führt, dass die freizuhaltenden Sichtbereiche nicht negativ beeinflusst würden. Die Stützpunktfeuerwehr E._____ habe die geplante Zufahrt für sich in Ordnung befunden. Das Bauamt prüfe die Einhaltung von Sichtweiten, Einlenkradien, Fahrbahnbreite, Geometrie etc. nur hinsichtlich der Auswirkungen auf die öffentlichen Strassen. In Ziff. 10 wird auf die verkehrsrechtliche Beurteilung der Zufahrt und der Torsituation hingewiesen. Es gebe, unter Beachtung der Installation eines Warnblinksystems keine Bedenken. Zur besseren Orientierung der Verkehrsteilnehmer seien die beiden Hausnummern gut sichtbar im Einfahrtsbereich anzubringen (Ziff. 11). Dem Bauvorhaben wird eine befriedigende ortsübliche und landschaftliche Einordnung attestiert (Ziff. 12) und in Ziff. 13 ausgeführt, dass das Bauamt die Einhaltung privatrechtlicher Bestimmungen und Abmachungen nicht überprüfe und das selbst dann nicht, wenn sie ins Grundbuch eingetragen seien. Daraus ergibt sich klar, dass die Vereinbarkeit mit dem (privatrechtlichen) Wegrecht der Berufungsbeklagten nicht geprüft wurde. Aus dem Entscheid des Baurekursgerichts vom 4. Dezember 20. Dezember 2012 (act. 12/6) ergibt sich kein anderes Bild. Da der dienstbarkeitsbelastete Weg einzig der Erschliessung der beiden Liegenschaften der Parteien diene, wurde die Zufahrt als nicht öffentlich qualifiziert, so dass § 265 Abs. 1 PBG nicht anwendbar sei (E. 4.1). Das Tor erfülle die Voraussetzungen einer Baute nicht, so dass kein Strassenabstand gemäss § 265 Abs. 1 PBG erfüllt werden müsse (E. 4.2). Schliesslich wurde der Weg als private Strasse, die ausschliesslich dem privaten Gebrauch diene, qualifiziert, so dass sich die Frage der Verkehrssicherheit nicht stellte (E. 4.3). Zur Frage, ob die Toranlage die Erschliessung beeinträchtigte, hielt das Baurekursgericht fest, dass die Erschliessung beider Grundstücke über den im Norden des Baugrundstückes verlaufenden Weg erfolge (E. 5.1). In act. 5.2 wurde zur Dienstbarkeitssituation ausgeführt, dass die Zufahrt "auch mit Motorfahrzeugen" zulasten der Parzelle Kat.-Nr. ... "in einer Breite von drei Metern längs dessen nördlicher Grenze entlang, von und nach der F._____-Strasse" führe. Wegen des Grundbucheintrages sei die Zufahrt auch rechtlich hinreichend gesichert. In der Folge erörtert das Baurekursgericht, dass es sich seinerzeit vermutlich um eine Notwegssituation gehandelt habe. Schliesslich verneint das Baurekursgericht die Beeinträchtigung

- 33 - der Erschliessung und hält fest, dass sich die Rekurrierenden ausdrücklich nicht gegen die technischen Eigenschaften des Tores wenden würden (E. 5.3). b) Zum Inhalt des Wegrechts der Berufungsbeklagten ist dem baurechtlichen Rekursentscheid nichts zu entnehmen. Dieser beschränkt sich auf die Prüfung, ob die Erschliessung nicht

beeinträchtigt werde, was gemäss § 236 Abs. 1 PBG die genügende Zugänglichkeit, die ausreichende Wasser- und Energieversorgung sowie die einwandfreie Behandlung von Abwässern, Abfallstoffen und Altlasten betrifft (vgl. act. 12/6 E. 5 S. 7). Damit ist die Beeinträchtigung der Wegdienstbarkeit auch nicht vorfrageweise beurteilt worden. Bei einem Weiterzug, der nach Ansicht des Berufungsklägers von den Berufungsbeklagten zu erwarten gewesen wäre (act. 41 S. 20), hätte sich die Beurteilungsgrundlage nicht verbreitert, sondern es hätten höchstens auf nächsthöherer Stufe die bereits aufgeworfenen Fragen nochmals behandelt werden können. Der Vorwurf des Berufungsklägers, die Vorinstanz habe die Schlussfolgerung der Fachbehörde, dass mit der Toranlage eine deutlich bessere Situation geschaffen worden sei als zuvor, übergangen, ist deshalb nicht von entscheidender Bedeutung (act. 41 Rz 17 S. 34 f.), weil es eben um eine andere Sichtweise als die baupolizeiliche geht.

E. 8

Für beide Parteien ist mit der Einfriedung ein bestimmtes "Lebensgefühl" verbunden. Für den Berufungskläger ist es die Privatsphäre, die ihm wichtig ist ("Ob sich jemand eingebettet fühlt oder nicht, ist ein immaterieller Wert" [Prot. VI S. 17]). Was die Befindlichkeit der Berufungsbeklagten anbelangt, nicht Teil des festungsartigen, ummauerten Villenkomplexes des Berufungsklägers zu werden (eine 4 Meter breite, über 2 Meter hohe geschlossene Wand vermittele den Eindruck, als würde in eine Sicherheitszone eingefahren [act. 1 Rz 32; act. 53 Rz 20]), weist der Berufungskläger darauf hin, dass den Berufungsbeklagten ein Recht auf 3 m Fahrwegbreite zustehe, das ihnen jedoch "kein Recht auf ein Lebensgefühl von Freiheit oder zu einer bestimmten Lebensweise [gebe]" (act. 10 S. 17 Rz 4.1; vgl. act. 41 Rz 16 S. 34). Für beide Parteien gilt, dass ihr Lebensgefühl im Zusammenhang mit Weg und Einfriedung nicht unmittelbar geschützt wird, sondern dass sich ihre persönlichen Bedürfnisse nur insofern schützen lassen, als

- 34 - sich dies mit den gesetzlichen Bestimmungen und der vereinbarten Dienstbarkeit in Einklang bringen lässt.

E. 9

Gemäss BGE 137 III 145 muss der Berechtigte auf eine den Belasteten beeinträchtigende Rechtsausübung verzichten, soweit diese Rechtsausübung unnütz ist oder sein Interesse daran jedenfalls in einem krassen Missverhältnis zum Interesse des Belasteten an der Unterlassung der Beeinträchtigung steht (BGE 137 III 145 E. 5.4). Abs. 2 von Art. 737 ZGB schränkt nicht Umfang oder Inhalt der Dienstbarkeit ein, sondern untersagt deren missbräuchliche Ausübung (BGE 137 III 145 E. 5.5 mit weiteren Hinweisen). Das Gebot der schonenden Ausübung und das Gebot der Duldung vernachlässigbarer Beeinträchtigungen (welche beide den Dienstbarkeitsberechtigten ansprechen) dürfen allerdings nicht zu einer inhaltlichen Verengung des Dienstbarkeitsrechts führen. In diesem Sinne handelt nicht gegen Treu und Glauben, wer die Beseitigung von Bauten, die die Dienstbarkeit verletzen, verlangt (BGE 137 III 145 E. 5.5). Die Beklagten haben ein Fuss- und Fahrwegrecht über das Grundstück des Berufungsklägers. Eine Einschränkung ist weder aus dem Grundbuch bzw. aus dem Dienstbarkeitsvertrag der Rechtsvorgänger der Parteien ersichtlich, noch gab es bisher irgendwelche Einschränkungen in der Benützung. Allerdings ist eine nachträgliche Einfriedung nicht grundsätzlich ausgeschlossen, wie sich aus BGE 113 II 151 ff. = Pra 1988 Nr. 142 ergibt, wobei dies für den Berechtigten nicht zu einer namhafte Erschwerung führen darf. Die Parteien sind sich über das zu erwartende

Mass der Einschränkungen grundsätzlich einig, bewerten diese jedoch unterschiedlich. Für den Berufungskläger verursacht das Aussentor keine nennenswerte Beeinträchtigungen, indem für die Durchfahrt mit Auffahrt auf die Schlaufe mit 15 bis max. 20 Sekunden Verzögerung zu rechnen ist (act. 4/12 S. 2), die durch die Benützung eines automatischen Toröffners sogar noch verkürzt werden könnte. Für die Berufungsbeklagten bedeutet das Tor den Verlust der freien Durchfahrt (des freien Durchgangs) für sich sowie Besucher, Lieferanten etc. und die damit einhergehenden Wartezeiten sind gegenüber der freien Zu- und Abfahrt eine fühlbare Einschränkung. Ins Gewicht fallen für sie auch die ver-

- 35 - schiedenen Unwägbarkeiten, die sich aus der uneingeschränkten Herrschaft der Rechtsnachfolger des Berufungsklägers über die Toranlage ergeben. Soweit sich die Rechtsprechung mit Türen und Toren beschäftigt hat, waren jene Fälle teilweise mit grösseren Einschränkungen für die Berechtigten verbunden als die neue Situation den Berufungsbeklagten zumutet, vor allem wenn pro Passage ein zweimaliges Aussteigen erforderlich war. Die vorliegend eher etwas günstigere Situation hängt allerdings davon ab, dass die Anlage technisch einwandfrei funktioniert und dass der Rechtsnachfolger des Berufungsklägers sämtliche Versprechen des Berufungsklägers einhält, was nicht gewährleistet ist. Der Berufungskläger räumt ein, dass es möglich ist, die Torautomatik, zu der die Berufungsbeklagten keinen Zutritt haben, auszuschalten (act. 10 S. 17; act. 41 S. 29 f.). Wegen der Abhängigkeit von den neuen Nachbarn, die allein über die Tor-technik verfügen können, steht nicht fest, dass sich die Berufungsbeklagten letztlich nicht in einer vergleichbaren Situation befinden wie jene Wegberechtigten aus der Gerichtspraxis, die bei jeder Passage zu zweimaligem Aussteigen gezwungen waren. Was die geäußerten witterungsbedingten Bedenken anbelangt, treten diese angesichts der derzeitigen klimatischen Verhältnisse gegenüber den anderen Unwägbarkeiten eher in den Hintergrund, sind jedoch auch nicht völlig zu vernachlässigen. Die Zusicherungen, welche der Berufungskläger im Rahmen des Prozesses abgegeben hat, lassen sich gegenüber einem Käufer nicht durchsetzen (act. 53 Rz 27 f.). Ein Vorschlag zu einer verbindlicheren Regelung als es die Zusicherungen des Berufungsklägers im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens sind, fehlt oder wird zumindest nicht geltend gemacht. Dass sich die Berufungsbeklagten bei allfälliger fehlender Kooperation neuer Eigentümer gerichtlich zur Wehr setzen könnten, ist kein Argument zu Gunsten der Toranlage, sondern die Folge einer fragilen Situation, die zur Einschränkung des Wegrechts und in der Folge zu einem Nachbarschaftsstreit führen kann, den die Berufungsbeklagten mit der Verteidigung der freien Durchfahrt im vorliegenden Verfahren verhindern möchten. Dem Berufungskläger geht, wenn die geplante Toranlage nicht gebaut werden kann, die Möglichkeit verloren, sein Grundstück vollständig einzufrieden. Das

- 36 - mag seine Situation von den Grundstücken in der Nachbarschaft unterscheiden, die ihrerseits wohl nicht auf ein auf ihren Grundstücken lastendes Wegrecht Rücksicht nehmen müssen. Dass ein Tor, das sich automatisch öffnet bzw. öffnen lässt, nur eine beschränkte Abhaltewirkung hat, ist bereits einlässlich dargelegt worden. Dass die als Sichtschutz neu angepflanzte hohe Hecke entlang dem Aussichtsweg die quartierübliche Privacy nicht gewährleisten und nichts nütze, wenn die Einfriedung insgesamt nicht durch die Toranlage vervollständigt würde (act. 33 S. 15), trifft nur höchst bedingt zu. Wie der Augenschein ergeben hat, schützt die Hecke die Privatsphäre unabhängig von der Toranlage, ist sie doch ein dichter Sichtschutz zwischen dem Grundstück des Berufungsklägers und dem von der Allgemeinheit begangenen Aussichtsweg. Aber auch wenn dies nicht so wäre, würde sie

nicht für den Standpunkt des Berufungsklägers sprechen, weil er sie in einem Zeitpunkt erstellen liess, als es über die Toranlage und damit über die vollständige Einfriedung bereits einen Rechtsstreit gab. Auch ohne die geplante Toranlage lässt sich der grösste Teil des Grundstückes des Berufungsbeklagten einfrieden, wenn die Lücke in der Einfriedung zur Gartenanlage geschlossen wird. Ausserhalb der Einfriedung befinden sich dann noch der Eingangsbereich des Hauses sowie der Parkplatz am Südrand des Weges sowie der Weg selber. Die Berufungsbeklagten haben geltend gemacht, dass sich das Grundstück auch entlang dem Südrand des Weges einfrieden liesse, so dass dann nur noch der dienstbarkeitsbelastete Weg ausserhalb der Einfriedung liegen würde. Mit dem Einwand, der Berufungskläger habe Anrecht auf eine vollständige Einfriedung, stellt er das Bestehen dieser Möglichkeit nicht grundsätzlich in Abrede. In der vorzunehmenden Interessenabwägung kann festgehalten werden, dass die Gegenwehr der Berufungsbeklagten gegen die Toranlage durchaus nachvollziehbare Gründe hat und sie daher nicht unnütz ist und das Bestehen auf einem torlosen Durchgang keineswegs als rechtsmissbräuchlich erscheint. Die Interessen des Berufungsklägers an einer nur beschränkt nützlichen vollständigen Einfriedung sind gegenüber denjenigen der Berufungsbeklagten an einer garantiert freien Durchfahrt jedenfalls nicht höher zu gewichten, im Gegenteil. Damit

- 37 - besteht jedenfalls kein (krasses) Missverhältnis gegenüber den Interessen des belasteten Berufungsklägers (BGE 137 III 145 E. 5.4), so dass der Bau und Betrieb der Toranlage zu unterbleiben hat. Anzumerken ist, dass die vom Berufungskläger positiv bewerteten Auswirkungen der Neugestaltung des belasteten Weges bzw. der Toranlage – bessere Orientierung bei der Zufahrt, Neugestaltung des Weges mit (faktisch benützbaren) Ausweichmöglichkeiten für das Kreuzen etc. – zutreffen mögen. Allerdings können sie nicht in dem Sinne in die "Interessensbilanz" eingesetzt werden, dass sie eine Milderung bzw. Herabsetzung der von den Berufungsbeklagten bekämpften Beeinträchtigungen herbeiführen. Überwiegen die Interessen der Berufungsbeklagten diejenigen des Berufungsklägers, so ist ihre Weigerung auch nicht rechtsmissbräuchlich, und die Berufung ist abzuweisen. V. 1. Der Berufungskläger kritisiert die vorinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen. Auch wenn die Berufung in der Sache nicht gutgeheissen werden sollte, geht er davon aus, dass, nachdem die Vorinstanz nicht auf die klägerischen Rechtsbegehren 1 und 2 eingetreten sei, die vorinstanzliche Entscheidungsbüchse zu mindestens 2/10 den Berufungsbeklagten aufzuerlegen gewesen wäre, was wiederum zu einer Reduktion der Parteientschädigung auf 6/10 hätte führen müssen (act. 41 S. 36 f.). Ein anderes Ergebnis würde Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO widersprechen. Die Berufungsbeklagten weisen darauf hin, dass die Anträge bezüglich der vorsorglichen Massnahmen durch Nichteintreten erledigt worden seien. Der Berufungskläger habe sich dazu nicht geäussert und auch keinen Aufwand gehabt. Zudem seien die entsprechenden Massnahanträge im vorgelagerten Summarverfahren gutgeheissen worden, so dass die Kostenentscheidungen der Vorinstanz rechtmässig gewesen seien.

- 38 - 2. Die Berufungsbeklagten hatten vorprozessual beim Einzelgericht im summarischen Verfahren Anträge um vorsorgliche Massnahmen (und Anträge auf Besitzschutz gestellt; act. 3 S. 2). Die beantragten vorsorglichen Massnahmen wurden bewilligt (und auf den Rechtsschutz in klaren Fällen wurde nicht eingetreten). Bezüglich der hier relevanten vorsorglichen Massnahmen bezog das Einzelgericht die darauf entfallenden Kosten von den Berufungsbeklagten und behielt die endgültige Entscheidung betreffend die auf die

vorsorglichen Massnahmen entfallenden Kosten in der Höhe von Fr. 1'900.– dem Erkenntnisgericht vor. Im Zusammenhang mit der Einreichung der Klage ersuchten die Berufungsbeklagten im vorinstanzlichen Verfahren um Aufrechterhaltung der vorprozessual bewilligten Massnahmen. Aufgrund von Art. 263 ZPO ist davon auszugehen, dass die vorsorglichen Massnahmen bei fristgerechter Prosequierung bestehen bleiben. Allerdings sind vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 268 ZPO abänderbar, und zwar nach Einleitung des Hauptsacheprozesses durch das Hauptsachengericht (vgl. z.B. BK ZPO-Güngerich, N. 4 zu Art. 268). Der Antrag, die angeordneten Massnahmen aufrecht zu erhalten, war damit überflüssig, ausser wenn der Berufungskläger eine Abänderung der Massnahmen verlangt hätte. Das geschah nicht, hingegen wies der Berufungskläger in der Klageantwort (act. 10 Rz 6) darauf hin, dass ihm bezüglich Ziff. 1 und 2 – weil auf die Begehren ohnehin nicht einzutreten sei – zu Recht keine Frist zur Beantwortung angesetzt worden war. Andernfalls wäre der Schriftenwechsel dazu noch zu eröffnen. Die Vorinstanz hat dann im Rahmen des Endentscheides darauf hingewiesen, dass der ohne Aufwand gefällte Nichteintretensentscheid vernachlässigbar sei, so dass der Berufungskläger sowohl in der Hauptsache als bei den vorsorglichen Massnahmen vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig werde (act. 45 S. 19). Diesen Überlegungen schliessen sich die Berufungsbeklagten in Berufungsverfahren an (act. 53 Rz 36 f.). Die Überlegungen der Vorinstanz sind nicht zu beanstanden. Die Berufungsbeklagten hatten hinsichtlich der vorsorglichen Massnahmen vorprozessual obsiegt und im Hauptsacheverfahren waren die bezüglichen Kostenfolgen zu regeln. Ausserdem haben sie in der Hauptsache obsiegt. Wegen des überflüssigen Antrags betreffend Weitergeltung der vorsorglichen Massnahmen hat die Vor-

- 39 - instanz keinen Zusatzaufwand leisten müssen, was sich auch daraus ergibt, dass die Gerichtsgebühr von Fr. 4'750.– für das Hauptsacheverfahren auf der Basis von 100 % berechnet wurde. Der Berufungskläger hat in seiner Klageantwort acht Zeilen (act. 10 Rz 6) geschrieben, für die keine besonderen Überlegungen erforderlich waren. Obwohl die beiden Nichteintretensentscheide betreffend Ziff. 1 und 2 zahlenmässig eine gewisse Bedeutung haben, rechtfertigt es sich, sie wegen des praktisch fehlenden Aufwandes im Zusammenhang mit den Kosten- und Entschädigungsfolgen zu vernachlässigen, was 106 Abs. 1 ZPO nicht verletzt. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 2-4) ist daher zu bestätigen. 3. Im Berufungsverfahren unterliegt der Berufungskläger, was ihn auf der Basis eines Streitwertes von Fr. 40'000.– zuzüglich Kosten für den durchgeführten Augenschein gemäss Art. 106 Abs. ZPO kostenpflichtig macht. Entsprechend hat er die Berufungsbeklagten gemäss § 11 Abs. 1 und 2 (für die Teilnahme am Augenschein) zu entschädigen (wobei der Reduktionsgrund von § 13 Abs. 2 GerGebV zu berücksichtigen ist. Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.