

# ZH\_OBERGERICHT LB160076 vom 16. März 2017

ZH Obergericht, 2017-03-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB160076](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB160076)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB160076 du 16 mars 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT LB160076 del 16 marzo 2017

## Erwägungen

### E. 1

Einleitung, Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Die Kläger und Berufungskläger (im Folgenden: Kläger) sind Eigentümer der Stockwerkeigentumseinheit 2.2 in der Liegenschaft "G. \_\_\_\_\_" an der H. \_\_\_\_\_-Strasse ... in I. \_\_\_\_\_. Die Nebenintervenienten sind Eigentümer der Wohneinheit 4.5. Das Flachdach des Hauses wird durch die Oberlichter der Stockwerkeigentumseinheiten zweigeteilt. Die Westseite des Daches erreicht man vom Haus über einen Treppenaufgang. Dieser Dachteil ist mit der Ostseite durch eine Brücke verbunden, die über die Oberlichter der darunter liegenden Stockwerkeigentumseinheiten führt und den Zugang zu sogenannten Technikzylindern ermöglicht. Die Brücke befand sich über der Stockwerkeigentumseinheit 5.0, bevor sie am 17. März 2014 mit einem Pneukran der L. \_\_\_\_\_ AG über die Stockwerkeigentumseinheit 1.1 versetzt wurde. An einer ausserordentlichen Stockwerkeigentümerversammlung wurde am 9. Februar 2015 entschieden, die Brücke am jetzigen Standort zu belassen. Die Kläger liessen sich für diese Versammlung entschuldigen (act. 12). Der Beschluss wurde angefochten (act. 68 S. 12 mit Hinweis auf das Verfahren CG140024).

- 6 - Am 30. April 2014 stellten die Kläger beim Bezirksgericht Horgen ein Massnahmegesuch. Sie verlangten im wesentlichen, die J. \_\_\_\_\_ ag und die Stockwerkeigentümergeinschaft D. \_\_\_\_\_ (Beklagte 2 und Berufungsbeklagte 2, im Folgenden: Beklagte 2) seien im Sinne einer vorsorglichen Massnahme zu verpflichten, die Brücke an den ursprünglichen Ort zurückzusetzen. Mit Urteil vom 16. September 2014 verpflichtete das Bezirksgericht Horgen die Beklagte 2, die Brücke an ihren ursprünglichen Ort zurückzusetzen. Auf das Gesuch gegen die J. \_\_\_\_\_ ag trat es nicht ein (act. 10/4/17, ET140002). Eine Berufung der Beklagten 2 hiess die Kammer mit Entscheid vom 22. Januar 2015 gut und wies das gegen sie gerichtete Gesuch ab (act. 10/4/26, LF140080). Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 14. April 2015 ab, soweit es darauf eintrat (act. 10/4/27, 5A\_126/2015).

#### E. 1.2

Am 21. Oktober 2014 erhoben die Kläger beim Bezirksgericht Horgen Klage gegen die Beklagte 2 (act. 10/1, Verfahren CG140031). Mit Eingabe vom 15. Dezember 2014 reichten die Kläger auch gegen die Beklagte 1 (unter der damaligen Firma J. \_\_\_\_\_ ag) eine Klage ein (act. 2, Verfahren CG140036). Mit Beschluss vom 12. März 2015 wurden die Verfahren vereinigt und im Geschäft CG140036 weitergeführt (act. 8). Das am 25. Februar 2015 gestellte Nebeninterventionsgesuch wurde mit Verfügung vom 20. April 2015 bewilligt (act. 16). Mit Urteil vom 3. Oktober 2016 wies das Bezirksgericht Horgen die

Klagen ab (act. 59 = act. 69). Dieser Entscheid wurde den Klägern am 10. Oktober 2016 zugestellt (act. 60/1).

### **E. 1.3**

Am 8. November 2016 erhoben die Kläger rechtzeitig Berufung (act. 67). Mit Verfügung vom 14. November 2016 wurde den Klägern Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von CHF 6'000.00 angesetzt (act. 70). Dieser wurde bezahlt (act. 72). Am 1. Dezember 2016 wurde den Beklagten Frist zur Berufungsantwort angesetzt. Die Nebenintervenienten wurden darauf hingewiesen, dass sie innert der den Beklagten angesetzten Frist ebenfalls eine Berufungsantwort einreichen können (act. 73). Mit Eingabe vom 16. Januar 2017 erstatteten die Nebenintervenienten eine Berufungsantwort (act. 75). Am 20. Januar 2017 erging diejenige der Beklagten (act. 77). Die Rechtsschriften wurden den Klägern am - 7 - 27. Februar 2017 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 78). Diese nahmen mit Eingabe vom 10. März 2017 Stellung (act. 80). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

### **E. 2**

Begründung der Vorinstanz Die Vorinstanz erwog, die Kläger stützten den von ihnen behaupteten Anspruch auf Art. 641 Abs. 2 ZGB und auf Art. 928 ZGB. Da die Eigentumsfreiheitsklage keinen über den besitzrechtlichen Anspruch hinausgehenden Rechtsschutz gewähre, sei lediglich zu prüfen, ob gestützt auf Art. 928 ZGB ein Beseitigungsanspruch bestehe. Unbestrittenermassen sei die Brücke am 17. März 2014 vom Kranunternehmen L. \_\_\_\_\_ AG sowie der M. \_\_\_\_\_ GmbH verschoben worden. Den Auftrag dazu habe die Beklagte 1 gegeben. Da nicht ersichtlich sei, dass die Beklagte 1 ein eigenes Interesse an der Verschiebung der Brücke gehabt habe, sei davon auszugehen, dass sie auf Veranlassung eines Dritten gehandelt habe. Die Beklagte 1 sei bloss Hilfsperson und damit nicht Störer im Sinne von Art. 928 ZGB. Mangels Passivlegitimation sei die gegen die Beklagte 1 erhobene Klage abzuweisen. Der Vollständigkeit halber sei darauf hinzuweisen, dass der Vergleich vom 24. April 2013 (act. 4/4 [im Vergleich verpflichteten sich die Eigentümer der Einheiten 3.3, 4.3 und 5 unter anderem, die Dach- und Fluchtwege auf eigene Rechnung zu erstellen]) nicht zur Verschiebung der Brücke legitimiert hätte, da zum Zeitpunkt des Vergleichs die Brücke bereits auf dem Dach gewesen sei, und zwar an der Stelle, von der aus die Verschiebung vom 17. März 2014 vorgenommen worden sei. In Bezug auf die Beklagte 2 führte die Vorinstanz aus, dass die Gebäudehülle, auf der die Brücke angebracht sei, nicht im Eigentum der Stockwerkeigentümergemeinschaft, sondern der einzelnen Stockwerkeigentümer stehe. Die Beklagte 2 habe keine rechtliche Verfügungsgewalt über die Brücke, habe keine Befugnis, die behauptete Störung zu beseitigen und sei nicht Zustandsstörerin. Die Passivlegitimation der Beklagten 2 sei an sich zu verneinen. Zu erwähnen sei aber, dass die Beklagte 2 die Verschiebung der Brücke vom 17. März 2014 mit Beschluss vom 9. Februar 2015 (act. 12) genehmigt habe. Aufgrund dieses Beschlusses, der

- 8 - in einem separaten Verfahren angefochten worden sei, könnte die Beklagte 2 allenfalls als Verhaltensstörerin qualifiziert werden. Die Frage, ob dies zutreffe, könne allerdings offen bleiben, da die Klage wegen Fehlens einer Störung im Sinne von Art. 928 ZGB abzuweisen sei. Der Beseitigungsanspruch nach der genannten Bestimmung setze eine übermässige Störung im Sinne von Art. 684 ZGB voraus. Da die Brücke bestimmungsgemäss nur für die Bedienung der Techniky- linder benutzt werde und von

der Brücke aus auch bei guten Lichtverhältnissen in der Wohnung der Kläger keine Einzelheiten erkannt werden könnten, sei eine übermässige Immission zu verneinen. Zwar sei nicht auszuschliessen, dass die Brücke entgegen der Zweckbestimmung auch von Personen benützt werde, die keine Arbeiten in den Technikzylindern vorzunehmen hätten. Diese Personen könnten von der Brücke in die Wohnung der Kläger blicken. Dies könnten sie je- doch auch vom westseitigen Geländer aus, weshalb die Brücke zu keiner weiter- gehenden Besitzesstörung führe. Hinzu komme, dass vielerorts Passanten und Nachbarn in Häuser blicken könnten. Dies führe zwar zu einer Komforteinbusse, die aber zumutbar sei.

#### **E. 2.4**

gewesen sei. Die Beklagte 1 habe die relevanten Tatsachen gekannt. Zu Unrecht habe die Vorinstanz auch die Passivlegitimation der Beklagten 2 ver- neint. Die Eigentumsfreiheitsklage und die Besitzeschutzklage könne sich nicht nur gegen den aktiven Störer, sondern auch gegen denjenigen richten, der zur Beseitigung der Störung befugt wäre, durch sein passives Verhalten aber den stö- renden Zustand aufrecht erhalten habe. Dies sei vorliegend der Fall, da die

- 9 - Stockwerkeigentümergeinschaft für die Beseitigung der Brücke zuständig sei. Die Beklagte 2 habe einen baulichen Zustand an gemeinschaftlichen Teilen ge- duldet, der nicht von einem Gemeinschaftsbeschluss im Sinne von Art. 647 ff. ZGB gedeckt sei. Die Vorinstanz habe sich in Bezug auf die Frage der Passivlegi- timation der Beklagten 2 auf das unschlüssige obiter dictum des Bundesgerichts im Entscheid 5A\_126/2015 gestützt. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei der Beseitigungsanspruch nicht von der Intensität der Einwirkung abhängig. Darauf komme es bei Immissionen, die von einem Nachbargrundstück ausgingen an, nicht aber, wenn es um den Schutz vor baulichen Eingriffen in die eigene Immobilie durch Dritte gehe. Hier gelte der Schutz absolut. Wer auf einem fremden Grundstück an einem fremden Gebäude Fussgängerbrücken von A nach B verlege, verstosse gegen Art. 641 und 928 ZGB, unabhängig davon, ob die neue Position der Brücke den Eigentümer objek- tiv betrachtet mit einer gewissen Intensität störe. Dies hätten die Kläger bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht. Die Vorinstanz sei darauf in Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV nicht eingegangen. Schliesslich weisen die Kläger darauf hin, dass aus dem Beschluss der Stockwer- keigentümergeinschaft vom 9. Februar 2015, mit dem der jetzige Standort der Brücke genehmigt worden sei, nichts zugunsten der Beklagten abgeleitet werden könne. Der Beschluss sei ein Jahr nach der Brückenversetzung gefasst worden und er sei noch nicht rechtskräftig. Zudem habe die Zustimmung der Kläger als- übermässig betroffene Eigentümer im Sinne von Art. 647d Abs. 2 ZGB gefehlt. Auf die Einzelheiten und die weiteren Argumente der Kläger – insbesondere auch auf ihre Stellungnahme zu den Berufungsantworten – ist soweit notwendig im Rahmen der Würdigung einzugehen.

#### **E. 3**

Argumente der Kläger Die Kläger bringen zunächst vor, entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei die Passivlegitimation der Beklagten 1 zu bejahen. Dies auch dann, wenn davon aus- gegangen würde, die Beklagte 1 sei eine Hilfsperson eines nicht bekannten Auf- traggebers. Denn die Verantwortungsdelegation von Hilfspersonen an den Ge- schäftsherrn finde nur im Vertragsrecht Anwendung, nicht aber im Hinblick auf ausservertragliche Ansprüche. Hinzu komme, dass die Beklagte 1 nicht gutgläu- big habe annehmen dürfen, ihr Auftraggeber sei zur Auftragserteilung befugt. Ge- schäftsführer der Beklagten 1 sei

K.\_\_\_\_\_, der selber Eigentümer der Wohneinheit

#### **E. 4**

Argumente der Beklagten Die Beklagten halten die vorinstanzliche Begründung grundsätzlich für zutreffend. Ergänzend sei darauf hinzuweisen, dass die Klage schon deshalb abzuweisen sei, weil nicht alle Stockwerkeigentümer eingeklagt worden seien. Entgegen der

- 10 - Darstellung der Vorinstanz sei die Brücke aber erst nach dem Vergleich vom 24. April 2013 erstellt worden. Die Brücke sei aus feuerpolizeilichen und arbeitsschutzrechtlichen Gründen nötig. Über den Standort der Brücke lasse sich streiten. Es sei aber darauf hinzuweisen, dass die Eigentümer der unmittelbar unter der Brücke liegenden Eigentumseinheit die Position akzeptiert hätten. Der heutige Standort der Brücke sei von der Stockwerkeigentümerversammlung am

#### **E. 9**

Februar 2015 genehmigt worden. Der Beschluss sei zwar angefochten worden, doch habe dies entgegen der Auffassung der Kläger keine aufschiebende Wirkung zur Folge. Die Kläger seien selbst der Auffassung, dass die vorliegende Klage unabhängig vom Verfahren über die Anfechtung des Beschlusses fortzuführen sei. Aufgrund des Beschlusses vom 9. Februar 2015 fehle es an der Grundlage der von den Klägern auf Art. 641, 679 und 928 ZGB gestützten Ansprüche. Ein ungerechtfertigtes Handeln oder verbotene Eigenmacht lägen nicht vor. 5. Argumente der Nebenintervenienten Auch die Nebenintervenienten halten die vorinstanzliche Begründung grundsätzlich für zutreffend. Insbesondere sei die Passivlegitimation der Beklagten 2 zu verneinen, passiv legitimiert wäre allenfalls die Gesamtheit der Miteigentümer. Die Brücke befinde sich heute über der Einheit 1.1. Der damalige Eigentümer, N.\_\_\_\_\_, sei mit dem Standort einverstanden gewesen. Der ursprüngliche Standort vor Verschieben der Brücke sei nicht definitiv sondern ein blosser Zwischenlagerungsstandort gewesen. Man habe die definitive Zusage des direkt betroffenen Stockwerkeigentümers abwarten müssen. Auch der heutige Eigentümer der Einheit 1.1, O.\_\_\_\_\_, sei mit dem Standort einverstanden, er habe dem Beschluss vom 9. Februar 2015 zugestimmt. Aufgrund öffentlichrechtlicher Vorschriften sei ein Verzicht auf die Brücke nicht zulässig. Eine Rückverschiebung sei schon aus Kostengründen unverhältnismässig. Zudem würde die Zustimmung der dann betroffenen Eigentümer fehlen. Mit der Vorinstanz sei davon auszugehen, dass nur eine übermässige Einwirkung bzw. Störung zu einer Verletzung des Eigentums- bzw. des Besitzesrechts führe. Eine solche sei vorliegend zu verneinen. Die Nebenintervenienten seien gegen eine Rückverschiebung der Brücke, da ihnen die-

- 11 - se sonst vor der Sonne stehen würde. Im Gegensatz dazu werde den Klägern durch den heutigen Standort kein Sonnenlicht entzogen. Schliesslich bemerken die Nebenintervenienten, das klägerische Rechtsbegehren sei unzulässig, weil sie die Verschiebung oder Entfernung der Brücke verlangten. Da der Anspruch ohnehin nicht ausgewiesen sei, wirke sich der Fehler in Bezug auf die Abweisung der Klage nicht aus, sei aber bei der Bemessung der Prozesskosten zu berücksichtigen. 6. Würdigung 6.1. Das Berufungsverfahren Gemäss Art. 310 ZPO kann mit der Berufung die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) geltend gemacht werden. Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache. Dies bedeutet aber nicht, dass die Berufungsinstanz gehalten ist, von

sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Partei diese vor der oberen Instanz nicht mehr vortragen. Sie hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 ZPO) gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 142 III 413 E. 2.2.4.). Soweit jedoch eine Beanstandung vorgebracht wurde, wendet die Berufungsinstanz 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, 133 II 249 und 130 III 136). Neue Tatsachen und Beweismittel können nur berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dies gilt auch in Verfahren, in denen die soziale Untersuchungsmaxime zur Anwendung kommt (OGer ZH, I. ZK, ZR 111 Nr. 35; OGer ZH, II. ZK, 16. August 2012, NG120001).

6.2. Genügendes Rechtsbegehren

- 12 - Die Kläger verlangen die Versetzung oder Entfernung der Brücke. Aus dem Kontext ergibt sich, dass es sich dabei um zulässige Eventualbegehren und nicht um unzulässige Alternativklagen handelt. Entgegen der Ansicht der Nebeninterventen ist die Vorinstanz zu Recht auf die Klagen eingetreten.

6.3. Aktivlegitimation der Kläger und Klage gegen die Beklagte 2

Als Miteigentümer der in Stockwerkeigentum aufgeteilten Liegenschaft G.\_\_\_\_\_ können die Kläger sich gegen ungerechtfertigte Einwirkungen in ihr Eigentum gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB sowie gegen Besitzstörung durch verbotene Eigenmacht im Sinne von Art. 928 Abs. 1 ZGB zur Wehr setzen (BSK ZGB-Wiegand, 5. Auflage, Art. 641 N 59 und BSK ZGB-Ernst, 5. Auflage, Art. 928 N 5). Die Kläger behaupten, die Brücke sei am 17. März 2014 in Verletzung der genannten Bestimmungen versetzt worden. Die Aktivlegitimation der Kläger ist zu bejahen. Zu prüfen ist, ob die Passivlegitimation der Beklagten 2 gegeben ist. Die Stockwerkeigentümer bilden eine Rechtsgemeinschaft zur Verwaltung des Stockwerkeigentums. Die Stockwerkeigentümergeinschaft hat keine Rechtspersönlichkeit, ist aber im Rahmen der Verwaltungstätigkeit handlungs- und prozessfähig, und sie verfügt über ein im Rechtsverkehr verselbständigtes Sondervermögen. Soweit das Sondervermögen betroffen ist, ist die Stockwerkeigentümergeinschaft aktiv- und auch passivlegitimiert. In das Sondervermögen kann selbständig vollstreckt werden, unter Ausschluss einer persönlichen Haftung der Stockwerkeigentümer. Nicht zum Sondervermögen gehört namentlich die Liegenschaft, weil sie nicht der Verwaltung dient, sondern vielmehr Anlass für die Gemeinschaft ist (BGE 142 III 551 E. 2.2.). Ausgangspunkt des zu beurteilenden Streites ist die Brücke auf dem Dach und damit ein nicht zu Sonderrecht ausscheidbarer Gebäudeteil (Art. 712b Abs. 2 Ziff. 2 ZGB). Betroffen ist somit das Gebäude an sich und nicht das Sondervermögen. Zu Recht hat deshalb die Vorinstanz die Passivlegitimation der Beklagten 2 verneint. Der Vollständigkeit halber ist auf Folgendes hinzuweisen: Die Vorinstanz warf die Frage auf, ob die Beklagte 2 aufgrund des Beschlusses vom 9. Februar 2015, mit dem der jetzige Standort der Brücke genehmigt worden war, als Verhaltensstörerin qualifiziert werden könnte, was möglicherweise zur Bejahung der Passivlegitimation führen könnte. Da das Bezirksgericht Horgen die Klage aus einem anderen Grund abwies, beantwortete es die Frage nicht. Die Genehmigung des Brückenstandortes macht die Beklagte 2 den Miteigentümern gegenüber nicht zur passivlegitimierten Störerin, da auch dieser Beschluss nichts daran ändert, dass die behauptete Störung von der

- 13 -

Liegenschaft selber ausgeht und damit das Son- dervermögen nicht betrifft. Den Klägern steht indes selbstverständlich der Weg der Anfechtung des Beschlusses offen und offenbar wurde eine entsprechende Klage auch eingereicht (siehe in diesem Zusammenhang ZK ZGB 712a-712t, Art. 712a N 218 sowie BGer 5A\_126/2015 E. 2.). Da die Passivlegitimation der Beklagten 2 nicht gegeben ist, hat die Vorinstanz die gegen sie erhobene Klage hinsichtlich der Rechtsbegehren Ziffern 1 bis 3 im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Selbst wenn die Passivlegitimation entgegen der hier vertretenen Auffassung bejaht würde, wäre die Klage gegen die Beklagte 2 aus den gleichen Gründen wie diejenige gegen die Beklagte 1 abzuweisen. Im Berufungsverfahren verlangen die Kläger, die Beklagten (also beide Beklagte) seien zu verpflichten, die Kläger in Bezug auf sämtliche im Zusammenhang mit der Rückversetzung anfallenden Folgekosten (z.B. Reparatur Hagelschutznetz, Ansprüche und Regressansprüche der Stockwerkeigentümerschaft etc.) schadlos zu halten. Ein entsprechendes Rechtsbegehren haben die Kläger im vorinstanzlichen Verfahren gegen die Beklagte 2 nicht gestellt. Der Antrag ist neu und im Berufungsverfahren unzulässig (Art. 317 Abs. 2 ZPO), insofern ist auf die Berufung nicht einzutreten. 6.4. Klage gegen die Beklagte 1 6.4.1. Passivlegitimation der Beklagten 1 Die Vorinstanz wies die Klage gegen die Beklagte 1 wegen fehlender Passivlegitimation ab. Sie erwog in diesem Zusammenhang, es sei erstellt, dass die Beklagte 1 der M. \_\_\_\_\_ GmbH den Auftrag zur Verschiebung der Brücke gegeben habe, worauf die M. \_\_\_\_\_ GmbH wiederum das Kranunternehmen L. \_\_\_\_\_ AG enga-

- 14 - giert habe. Die Beklagte 1 sei eine blosser Hilfsperson und als solche nicht passiv legitimiert. Die Beklagten bringen im Berufungsverfahren vor, die Vorinstanz habe zu Unrecht angenommen, die Beklagte 1 habe zugegeben, die Erstellung der Brücke am heutigen Standort veranlasst zu haben (act. 77 S. 5). Die Rüge ist unbegründet. In der Klageantwort vom 22. Juni 2015 räumte sie ein, im Auftrag der Eigentümer der Einheiten 3.3, 4 und 5 tätig geworden zu sein (act. 30 S. 9). Die Behauptung der Kläger, wonach die Beklagte 1 die M. \_\_\_\_\_ GmbH mit der Versetzung der Brücke beauftragt habe und diese Gesellschaft wiederum die L. \_\_\_\_\_ AG engagiert habe (act. 2 S. 13), wurde von der Beklagten 1 nicht bestritten (act. 30 S. 12). Zu beantworten ist somit die Frage, ob die Beklagte 1, die den Auftrag zur Verschiebung der Brücke erteilt hat, ihrerseits aber wiederum im Auftrag einer anderen Person gehandelt hat, passivlegitimiert ist. Für die Klage nach Art. 928 Abs. 1 ZGB ist zunächst der Täter bzw. Störer passivlegitimiert, also derjenige, der unmittelbar in den Besitz eingreift. Im vorliegenden Fall ist dies die L. \_\_\_\_\_ AG, die die Brücke am 17. März 2014 an den Haken ihres Pneukrans genommen und verschoben hat. Passivlegitimiert ist darüber hinaus aber auch jede Person, gegen die sich die Klage richten muss, um die störende Einwirkung auszuschalten (BK ZGB 919-941, Art. 928 N 10 und N 14), also derjenige der den unmittelbaren Störer beauftragt hat und in einer Kette von Auftraggebern jeder Vorangehende. Die Beklagte 1 beauftragte die M. \_\_\_\_\_ GmbH mit der Verschiebung der Brücke, letztere wiederum beauftragte die L. \_\_\_\_\_ AG. Unabhängig davon, von wem die Beklagte 1 den Auftrag erhalten hat, ist ihre Passivlegitimation zu bejahen. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass an der Passivlegitimation entgegen der Auffassung der Vorinstanz sowie der Beklagten und Nebenintervenienten nichts ändert, wenn die Beklagte 1 als Hilfsperson qualifiziert wird. Denn die analoge Anwendung von Art. 55 OR auf Art. 928 Abs. 1 ZGB (BK ZGB 919-941, Art. 928 N 10 und N 14) ist bloss ein zusätzliches Argument zur Begründung der Verantwortlichkeit des Auftraggebers (der als Geschäftsherr zu betrachten wäre) des eigentlichen Störers, schliesst umgekehrt aber diejenige der Hilfsper-

- 15 - son nicht aus. Der Rückgriff auf Art. 55 OR soll also den Kreis der Passivlegitimierten ausweiten und nicht einschränken. Ob die Anwendung von Art. 55 OR auf das Recht der Besitzesstörung wirklich angebracht ist, ist vorliegend nicht abschliessend zu beurteilen, da die Passivlegitimation wie dargelegt ohnehin jeden erfasst, vom ersten Auftraggeber über eine Kette von folgenden Personen bis zum unmittelbaren Störer. Nur am Rande sei deshalb bemerkt, dass die Anwendung der Geschäftsherrenhaftung auf das Recht der Besitzesstörung durchaus in Frage gestellt werden könnte. Denn die Geschäftsherrenhaftung ist eine Kausalhaftung, die denjenigen trifft, der andere für sich arbeiten lässt, daraus Nutzen zieht und bei der Auswahl, der Unterweisung und der Überwachung der Hilfsperson nicht genügend sorgfältig war (BSK OR I-Kessler, 6. Auflage, Art. 55 N 1 und N 18 bis 20). Bei der Besitzesverletzung kommt es aber nicht darauf an, ob mehrere zusammenwirkende Personen in einem Hierarchieverhältnis zueinander stehen, sondern nur darauf, ob sie zur Besitzesstörung beitragen. Im Unterschied zur Geschäftsherrenhaftung, die – wenn auch nur stark eingeschränkt – eine Verschuldenshaftung ist (BSK OR I-Kessler, 6. Auflage, Art. 55 N 1), spielt bei der Besitzesverletzung das Verschulden keine Rolle, auch die Urteils- und Handlungsfähigkeit ist kein Tatbestandserfordernis (Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 4. Auflage N 221). Die Kläger behaupteten vor Vorinstanz, der Eigentümer der Wohneinheit 2.4., K.\_\_\_\_\_, sei zugleich Verwaltungsratsmitglied der Beklagten 1. Diese habe der M.\_\_\_\_ GmbH den Auftrag zur Verschiebung der Brücke gegeben, die M.\_\_\_\_ GmbH wieder habe die L.\_\_\_\_ AG beauftragt (act. 2 S. 13-14). Die Beklagte 1 führte aus, K.\_\_\_\_\_ sei nicht mehr Eigentümer der "Wohneinheit 2.4. Sie bestritt die Auftragserteilung an die M.\_\_\_\_ GmbH sowie an die L.\_\_\_\_ AG nicht, behauptete indes, sie selber habe im Auftrag der Eigentümer der Einheiten 3.3, 4 und 5 gehandelt (act. 30 S. 9-11). Nach dem Gesagten genügt zur Bejahung der Passivlegitimation der Beklagten 1, dass sie der M.\_\_\_\_ GmbH den Auftrag zur Brückenverschiebung gab. Von wem die Beklagte 1 beauftragt worden war, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. 6.4.2. Anspruch auf Rückversetzung der Brücke

- 16 - Wie bereits dargelegt ist Ausgangspunkt des zu beurteilenden Streites die Brücke auf dem Dach und damit ein nicht zu Sonderrecht ausscheidbarer Gebäudeteil (Art. 712b Abs. 2 Ziff. 2 ZGB). Über den Standort der Brücke hat unabhängig davon, ob dies als Verwaltungshandlung oder bauliche Massnahme betrachtet wird, die Stockwerkeigentümerversammlung zu entscheiden, jedenfalls sofern die Stockwerkeigentümergeinschaft vom dispositiven Gesetzesrecht nicht abgewichen ist (Art. 712m Abs. 1 ZGB; ZK Art. 712a-712t ZGB, Art. 712a N 143 und Art. 712m N 51, N 61 und N 134), was vorliegend nicht behauptet wurde. Der einzelne Stockwerkeigentümer ist deshalb nicht befugt, den Standort der Brücke zu bestimmen oder zu verändern, es sei denn, dies wäre zur Abwendung eines Schadens unbedingt nötig (Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB), was wiederum nicht behauptet wurde. Die Beklagten anerkennen, dass im Zeitpunkt der Verschiebung vom 17. März 2004 (gemeint ist offensichtlich 2014) diese von der Stockwerkeigentümerversammlung nicht beschlossen oder genehmigt war (act. 30). Die Beklagte 1 war somit nicht legitimiert, die Brücke zu verschieben, und zwar auch dann nicht, wenn sie – wie sie es geltend machen (act. 30 S. 9) – im Auftrag der Eigentümer der Einheiten 3.3, 4 und 5 gehandelt hätten. Wie die Vorinstanz zu Recht festhielt, ergibt sich eine Legitimation auch nicht aus dem Vergleich vom 24. April 2013 (act. 68 S. 10). Dies schon deshalb, weil der Standort der Brücke nicht Gegenstand des Vergleichs war, wie sie selber einräumen (act. 30 S. 7), und weil die Umsetzung des Vergleichs ohnehin in die

Kompetenz der Stockwerkeigentümergeinschaft und nicht einzelner Miteigentümer gefallen wäre. Mangels Legitimation zur Verschiebung der Brücke stellt die Handlung vom 17. März 2014 eine verbotene Eigenmacht im Sinne von Art. 928 Abs. 1 ZGB sowie eine ungerechtfertigte Einwirkung in das Eigentum im Sinne von Art. 641 Abs. 2 ZGB dar (gemäss BGer 5A\_176/2009 E. 3. stellt die Erfüllung von Art. 641 Abs. 2 ZGB zugleich eine Besitzesstörung im Sinne von Art. 928 Abs. 1 ZGB dar). Die Frage, ob die Beklagte 1 im Auftrag eines Stockwerkeigentümers handelte oder nicht, ist irrelevant, da die Abwehransprüche auch unter Stockwerkeigentümern gelten (BGer 5A\_640/2012 E. 2.). Es kommt nicht darauf an, wie häufig und von wem die Brücke begangen wird und ob man von der Brücke in die Wohnung der Kläger sieht. Denn im Gegensatz zum Verfahren um Erläss vorsorglicher

- 17 - Massnahmen kann die Hauptklage unabhängig davon erhoben werden, ob ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht oder nicht. Auch ein finanzieller Schaden wird nicht vorausgesetzt (BK ZGB 919-941, Art. 928 N 19). Die Vorinstanz hat dennoch jedenfalls den aus Art. 928 Abs. 1 ZGB und Art. 641 Abs. 2 ZGB fließenden Anspruch verneint, weil keine übermässige Störung vorliege. Richtig daran ist, dass nach ständiger Praxis jedenfalls Art. 928 Abs. 1 ZGB eine übermässige Störung voraussetzt. Namentlich wenn es um Immissionen geht, ist nicht jede Störung eine übermässige, da auch dort, wo rücksichtsvolle Menschen zusammenleben, gewisse nicht zu vermeidende Immissionen entstehen, die hin- zunehmen und damit nicht übermässig sind (BK ZGB 919-941, Art. 928 N 19 ff.). Sofern es jedoch nicht um mittelbare Eingriffe in das Eigentum und den Besitz z.B. durch Immissionen von Bauarbeiten auf einem Drittgrundstück etc. geht, sondern um den direkten Eingriff, ist jede Überschreitung fremden Rechts übermässig, auf das Ausmass kommt es nicht an (BGE 100 II 307). Nichts zugunsten der Beklagten 1 lässt sich aus deren Argumentation ableiten, der ursprüngliche Standort der Brücke sei nur provisorisch gewesen und der heutige Standort sei baurechtlich bewilligt (act. 77 S. 4). Denn das Verbot der Eigenmacht lässt nur die Berufung darauf zu, die Eigenmacht sei keine verbotene gewesen, schliesst aber den Beweis des Rechts zur Störung aus (BK ZGB 919-941, Art. 928 N 53). Mit der Verschiebung der Brücke hat die Beklagte 1 sowohl die Voraussetzungen nach Art. 641 Abs. 2 als auch nach Art. 928 Abs. 1 ZGB erfüllt. Gemäss Art. 928 Abs. 2 ZGB haben die Kläger grundsätzlich das Recht auf Wiederherstellung des früheren Zustandes (BK ZGB 919-941, Art. 928 N 19 ff.). Nun gilt aber auch den Klägern gegenüber, dass über den Standort der Brücke die Stockwerkeigentümergeinschaft entscheidet. Diese hat mit Beschluss vom 9. Februar 2015 nachträglich den heutigen Standort der Brücke genehmigt (act. 12). Selbst wenn dieser Beschluss mangelhaft wäre, gilt er, solange er nicht gerichtlich aufgehoben oder durch vorsorgliche Massnahme nichts anderes angeordnet wurde (vgl. ZK ZGB 712a-712t, Art. 712m N 206). Gemäss Feststellung im angefochtenen Entscheid wurde der Beschluss beim Bezirksgericht Horgen angefochten (act. 68 S. 12). Die Kläger machen indes nicht geltend, dass die Klage gutgeheissen worden sei oder dass das Gericht durch vorsorgliche Massnahme eingegriffen habe

- 18 - (vgl. act. 67 S. 8). Mit ihrem Hinweis in der Eingabe vom 10. März 2017, wonach die Dachgestaltung Traktandum der Stockwerkeigentümersammlung vom

## **E. 10**

Januar 2017 gewesen sei (act. 80 S. 8) machen die Kläger auch nicht geltend, die Stockwerkeigentümergeinschaft habe den Beschluss vom 9. Februar 2015

zwischenzeitlich geändert. Der Beschluss vom 9. Februar 2015 ist somit wirksam. Daran ändert auch das Argument der Kläger nichts, es wäre ihre Zustimmung als übermässig betroffene Eigentümer im Sinne von Art. 647d Abs. 2 ZGB nötig gewesen (act. 67 S. 8). Denn auch eine allfällige Verletzung von Art. 647d Abs. 2 ZGB ändert nichts daran, dass der Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft Wirkung entfaltet (in ZK ZGB 712a-712t, Art. 712m N 207 wird dies für den Fall der ungenügenden Zustimmung bei luxuriösen baulichen Massnahmen behauptet, dasselbe muss in Bezug auf nützliche bauliche Massnahmen gelten; vgl. ferner BSK ZGB I-Heini/Scherrer, 5. Auflage, Art. 73 N 31 zum Vereinsrecht). Obwohl die Verschiebung der Brücke am 17. März 2014 in verbotener Eigenmacht erfolgte, haben die Kläger nach der Genehmigung des neuen Standortes durch die Stockwerkeigentümersammlung keinen Anspruch gegen die Beklagte 1 mehr auf Rückversetzung der Brücke. Im Ergebnis hat die Vorinstanz die Klage gegen die Beklagte 1 hinsichtlich der Rechtsbegehren Ziffern 1 bis 3 zu Recht abgewiesen. In diesem Umfang ist die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

6.4.3. Klage auf Schadloshaltung in Bezug auf die Rückversetzung der Brücke Wie dargelegt hat die Beklagte 1 durch die Verschiebung der Brücke am 17. März 2014 Eigentum und Besitz der Kläger verletzt. Sie trifft die Schadenersatzpflicht gemäss Art. 41 Abs. 1 OR und Art. 928 Abs. 2 ZGB. Die Forderung ist aber nicht beziffert, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

6.4.4. Rückzahlung einer an die Gerichtskasse geleistete Zahlung Die Kläger verlangten in der gegen die Beklagte 2 gerichteten Klage die Rückzahlung der im Verfahren ET140002 geleisteten Zahlung von CHF 10'000.00 (Rechtsbegehren Ziffer 4). Die Vorinstanz entschied darüber nicht, weil der Betrag

- 19 - bereits zurückerstattet worden sei (act. 68 S. 17). Diesbezüglich stellen die Kläger im Berufungsverfahren keinen Antrag. Das gegen die Beklagte 2 gerichtete Rechtsbegehren 2 ist nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens.

7. Prozesskosten

7.1. Streitwert Die Vorinstanz ging davon aus, beiden Klagen sei ein Streitwert von mindestens CHF 100'000.00 zuzumessen. Die Klagen würden sich nicht gegenseitig ausschliessen, weshalb von einem Streitwert der vereinigten Verfahren von CHF 200'000.00 auszugehen sei. Die Kläger rügen dies. Wirtschaftlich verlangten die Kläger nur eine Leistung, weshalb von einem Streitwert von CHF 100'000.00 auszugehen sei (act. 67 S. 36). Die Beklagten sind der Auffassung, die Vorinstanz habe den Streitwert korrekt ermittelt (act. 77 S. 14). Die Nebenintervenienten äussern sich dazu nicht. Gemäss Art. 93 Abs. 1 ZPO werden bei einfacher Streitgenossenschaft und Klagehäufung die geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen. Die Beklagten bilden eine einfache Streitgenossenschaft und die geltend gemachten Ansprüche schliessen sich nicht gegenseitig aus. Dennoch ist eine Zusammenrechnung der Streitwerte unzulässig, weil die Beklagten solidarisch die gleiche Leistung erbringen sollen (BGE 139 III 24). Es ist von einem Streitwert von CHF 100'000.00 auszugehen.

7.2. Erstinstanzliche Prozesskosten Die Vorinstanz hat die Gerichtsgebühr auf 10'000.00 und die Parteientschädigungen auf je CHF 7'000.00 zuzüglich Mehrwertsteuer festgesetzt. Da die Kläger von einem tieferen Streitwert als die Vorinstanz ausgehen, sind sie wohl der Meinung, die Entscheidgebühr und die Parteientschädigungen seien zu hoch festgesetzt worden. Sie stellen indes keinen Antrag, auch welche Beträge die Gerichtsgebühr und die Parteientschädigungen zu reduzieren wären, weshalb auf die Berufung insoweit nicht einzutreten ist (OGer ZH, PF150053 mit Hinweisen auf BGE 137 III

- 20 - 617; OGer ZH PF110013 vom 21. Juni 2011, bestätigt mit BGer 4D\_61/2011 vom 26. Oktober 2011 E. 2.3, sowie OGer ZH PC110041 vom 7. November 2011). 7.3.

Zweitinstanzliche Prozesskosten Die Kosten des vorliegenden Verfahrens sind den unterliegenden Klägern unter solidarischer Haftung aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend von einem Streitwert von CHF 100'000.00 ist die Entscheidgebühr auf CHF 6'000.00 festzusetzen (§§ 4 Abs. 1 und 2 sowie 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Die Kläger sind unter solidarischer Haftung zu verpflichten, den Beklagten 1 und 2 eine Parteientschädigung von CHF 3'780.00 (CHF 3'500.00 zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen (§§ 4 Abs. 1, 8 sowie 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen soweit darauf eingetreten wird. Das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 3. Oktober 2016 wird mit folgender Ausnahme bestätigt: "Auf das Rechtsbegehren Ziffer 4 gegen die Beklagte 1 (Schadloshaltung) wird nicht eingetreten." 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 6'000.00 festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Klägern unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet. 4. Die Kläger werden solidarisch verpflichtet, den Beklagten 1 und 2 eine Parteientschädigung von CHF 3'780.00 zu bezahlen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagten und an die Nebenintervenienten unter Beilage je eines Doppels von act. 80, sowie an das Bezirksgericht Horgen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

- 21 - Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 6. 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 CHF 100'000.00. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Der Vorsitzende: Der Leitende Gerichtsschreiber: lic. iur. P. Diggelmann lic. iur. M. Hinden versandt am:

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