

ZH_OBERGERICHT NP130015 vom 26. November 2013

ZH Obergericht, 2013-11-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NP130015

FR: ZH_OBERGERICHT NP130015 du 26 novembre 2013

IT: ZH_OBERGERICHT NP130015 del 26 novembre 2013

Erwägungen

E. 15

S. 13; Urk. 49 S. 5). Der Beklagte hat das Grundstück Kat. Nr. 1... im Jahre 2005 mit dem im Rohbau erstellten Haus von J._____ und I._____ (Generalunternehmer) erworben. Gemäss seinen Behauptungen wurde der Zugangsweg (wie vorangehend geschildert) ebenfalls vom Generalunternehmer erstellt; Breite 1.14 m mit acht Treppenstufen (Urk. 15 S. 15; Urk. 49 S. 3f.). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass nach dem Prinzip der sog. natürlichen Publizität dort, wo für die Ausübung der Dienstbarkeit bauliche Anlagen erforderlich sind, diese in der Regel auch den Inhalt und den Umfang der Dienstbarkeit bestimmen, und zwar mit voller Wirkung gegenüber dem

- 16 - Dritterwerber, der sich grundsätzlich alles entgegenhalten lassen muss, was sich aus der Lage und der nach aussen in Erscheinung tretenden Beschaffenheit der Grundstücke ergibt. In diesem Sinn hat das Bundesgericht festgehalten, dass nach allgemeiner Lebenserfahrung niemand ein wegrechtsberechtigtes Grundstück kaufe, ohne es vorher zu besichtigen, und dass - Ausnahmefälle vorbehalten - kein Dritterwerber in gutem Glauben geltend machen könne, er habe die im Grundbucheintrag nicht erwähnten Besonderheiten des Wegrechts nicht gekannt, die für ihn bei einer Besichtigung erkennbar gewesen wären. Werden folglich Inhalt und Umfang des Wegrechts durch die örtlichen Gegebenheiten für jedermann sichtbar bestimmt, hat sich der Erwerber dies grundsätzlich entgegenhalten zu lassen (BGE 137 III 153 E. 4.2.3. S. 157). Damit hat sich der Beklagte die beim Kauf vorhandene und in den folgenden Jahren auch uneingeschränkt benutzbare Breite des Zugangsweges von 1.14 m entgegenhalten zu lassen. Er kann die Breite nicht eigenmächtig auf 90 cm verringern. Der Beklagte hat die Kläger auch inskünftig nicht daran zu hindern, die volle Breite von 1.14 m auszunutzen. Er hat sämtliche Handlungen zu unterlassen, welche die Breite des Zugangsweges auf weniger als 1.14 m einschränken (Art. 737 Abs. 3 ZGB). 7.1. Vorliegend unbestritten ist, wie bereits erwähnt, der Verlauf des Fusswegrechtes, insbesondere, dass dieses an der Grenze Übergang Kat. Nr. 3... zu Kat. Nr. 2... endet sowie, dass an dieser Stelle vom Beklagten ein Absatz zu erstellen ist. Der Beklagte hat eine Plattform mit einer Breite (parallel zum klägerischen Grundstück gesehen) von 63 cm erstellt. Die Kläger verlangen eine Breite von 1.20 m; dies herausgemessen aus dem Situationsplan. Vorab kann auf die vorangehenden Erwägungen verwiesen werden. Es liegt auch diesbezüglich eine ungemessene Dienstbarkeit vor, weshalb kein Raum für die Zusprennung der von den Klägern beantragten Breite von 1.20 m besteht. Vielmehr müsste die Breite gestützt auf die Bedürfnisse des berechtigten Grundstückes festgelegt werden. Die Kläger berufen sich in diesem Zusammenhang hingegen auf eine zwischen den Parteien geschlossene Vereinbarung vom 22. März 2011, welche eine Breite von 90 cm vorsehe. Der vorliegend einklagte Anspruch unterliegt der Dispositionsmaxime. Diese untersagt hingegen nur, dem Kläger mehr

- 17 - zuzusprechen als er in seinem Rechtsbegehren verlangt. Die angeblich geschlossene Vereinbarung ist demnach zu prüfen. Wurde sie abgeschlossen, so haben die Parteien - zumindest im Verhältnis untereinander - die den Bedürfnissen des berechtigten Grundstückes entsprechende Breite des Absatzes festgelegt. Daran sind sie gebunden. 7.2.1. Gemäss Kläger haben sich die Parteien am 22. März 2011 darauf geeinigt, dass der Beklagte einen flachen, mindestens 90 cm tiefen und breiten, bis zur Grenze reichenden Zwischenabsatz erstellt, wie im Situationsplan gelb markiert. Diese Vereinbarung sei rechtsgültig zustande gekommen. Die Annahme der Vorinstanz, die E-Mail vom 5. April 2011 sei über Monate unbeantwortet geblieben und der Beklagte habe davon ausgehen dürfen, dass er mit der Erstellung eines Absatzes von 63 cm der Vereinbarung genüge, stehe in klarem Widerspruch zur tatsächlichen Situation und sei damit willkürlich (Urk. 46 S. 15ff.). 7.2.2. Der Beklagte macht geltend, aus der von den Parteien nach der Richtigstellung des beklaglichen Rechtsvertreters vom 5. April 2011 geführten Korrespondenz ergebe sich in keiner Weise, dass sich die Parteien auf eine Breite von 90 cm geeinigt hätten. Der Klarstellung vom 5. April 2011 sei von den Klägern bis zur Erstellung der Plattform im August 2011 nie widersprochen worden. Die Breite der Plattform sei von ihnen mit keinem Wort mehr thematisiert worden. Stand der Dinge im Zeitpunkt der Erstellung der Plattform im August 2011 sei somit gewesen, dass durch ihn eine Plattform zu erstellen gewesen sei, eine Breite von 90 cm sei gemäss der unwidersprochen gebliebenen E-Mail vom 5. April 2011 jedoch nicht vereinbart worden (Urk. 49 S. 6f.). 7.3.1. Eine Vereinbarung kommt durch übereinstimmende Willenserklärungen zustande (Art. 1 Abs. 1 OR). Massgebend ist vorab der übereinstimmende wirkliche Willen der Parteien. Die empirische oder subjektive hat gegenüber der normativen oder objektivierten Vertragsauslegung den Vorrang. Wenn der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden

- 18 - werden durften und mussten. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind. Demnach ist der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste, massgebend (BGE 138 III 659 E. 4.2.1. S. 667). Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; daraus kann jedoch auf einen tatsächlichen Willen der Parteien geschlossen werden (vgl. hierzu BGer 4A_181/2009 Urteil vom 20. Juli 2009, E. 3.2.). 7.3.2. Am 22. März 2011 fand eine Besichtigung der Situation durch den Kläger 1 und den Beklagten, welche je in Begleitung ihrer Rechtsvertreter erschienen, statt. Es wird von keiner Partei in Abrede gestellt, dass ihre Rechtsvertreter sie vertreten durften und dieser Umstand der Gegenpartei bekannt war. Die Äusserungen der Rechtsvertreter sind somit ihren Parteien anzurechnen (Art. 32 Abs. 1 OR). 7.3.3. Der Rechtsvertreter des Klägers sandte im Nachgang zum vorgenannten Treffen dem Rechtsvertreter des Beklagten am 24. März 2011 nachfolgende E-Mail (Urk. 2 S. 12; Urk. 4/25): "[...] Im Nachgang zu unserem Treffen vom 22. März 2011 in Anwesenheit der Parteien sowie des Gärtners vor Ort gestatte ich mir das Ergebnis des Gesprächs wie folgt festzuhalten: 1. Ihr Klient hat sich bereit erklärt, einen flachen, mindestens 90 cm tiefen und breiten, bis zur Grenze reichenden Zwischenabsatz zu erstellen (wie im Situationsplan gelb markiert), um meinen Mandanten so den Zugang zur ihrem Grundstück zu ermöglichen; dies bis Ende April 2011. 2. [...] Ich verbleibe mit der

Bitte, das Vereinbarte zu bestätigen. [...]". Mit E-Mail vom 31. März 2011 antwortete der beklagte Rechtsvertreter wie folgt (Urk. 4/26): "[...]"

- 19 - Ich bestätige Ihnen, dass Ziff. 1 Ihrer E-Mail vom 24.3.2011 zutreffend ist. [...]"
Damit liegen übereinstimmende Willenserklärungen vor. Es macht keine Partei geltend, dass geäusserte habe nicht dem (damaligen) wirklichen Willen ihres Rechtsvertreters entsprochen. Die Rechtsvertreter konnten die Parteien vertreten. Damit wurde zwischen den Parteien eine Vereinbarung mit dem Inhalt, dass der zu erstellende Absatz eine Breite von (mindestens) 90 cm aufzuweisen habe, geschlossen. 7.4.1. Zu prüfen bleibt, ob die getroffene Vereinbarung in der Folge wieder aufgehoben respektive dahingehend abgeändert wurde, dass die Breite des Absatzes nicht mindestens 90 cm zu betragen habe. Mit E-Mail vom 5. April 2011 teilte der Rechtsvertreter des Beklagten dem klägerischen Rechtsvertreter Folgendes mit (Urk. 4/27): "[...] Im Nachgang zu meiner Email vom 31.3.2011 (recte: 2011) hat mich Herr A._____ darauf aufmerksam gemacht, dass von 90 cm nicht die Rede war, da erst ein grober Plan, aber noch keine Detailplanung vorlag. Richtig ist, dass ein bis zur Grenze reichender Zwischenabsatz (Podest) erstellt wird, um den Zugang vom Grundstück Ihrer Klientschaft aufzunehmen. [...]" Die "Richtigstellung" des Beklagten ist als Offerte zur Abänderung der von den Parteien getroffenen Vereinbarung anzusehen. Das angebliche Schweigen der Kläger respektive deren Rechtsvertreter auf die Richtigstellung interpretieren der Beklagte und die Vorinstanz als Annahme. Stillschweigen auf ein Angebot bedeutet grundsätzlich dessen Ablehnung. Die Kläger mussten demnach auf die angetragene Abänderung grundsätzlich nicht reagieren. Stillschweigen gilt nur als Zustimmung zu einem Antrag, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäfts oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist und der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird (Art. 6 OR). Die besondere Natur des Geschäfts wird unter anderem dann angenommen, wenn der Antrag für den Empfänger nur vorteilhaft ist oder zwischen den Parteien ein besonderes Vertrauensverhältnis aufgrund bestehender Geschäftsverbindung

- 20 - besteht (BGer 4A_144/2012 Urteil vom 11. September 2012, E. 4.2. mit Verweis auf BGer 4A_231/2010 Urteil vom 10. August 2010, E. 2.4.1). 7.4.2. Ersteres liegt nicht vor. Auch kann nicht davon ausgegangen werden, dass zwischen den Parteien ein dahingehendes Vertrauensverhältnis bestand, dass der Beklagte davon ausgehen durfte, dass, wenn seiner Abänderungsofferte nicht widersprochen werde, diese als angenommen zu gelten habe. Kramer/Schmidlin halten denn dafür, dass im Einzelfall, nach den besonderen Umständen einer konkreten Situation, blosses Stillschweigen sehr wohl eine Willenserklärung sein könne, wenn derjenige, der es beobachte, sich mit Fug und Recht habe darauf verlassen dürfen, dass der sich passiv Verhaltende durch sein Schweigen einen bestimmten rechtsgeschäftlichen Willen äussern wollte, wenn sein Schweigen somit "beredt" war (Berne Kommentar, Bern 1986, N 12 zu Art. 1 OR). Zu Recht weisen die Kläger in diesem Zusammenhang nun aber darauf hin, aus der anwaltschaftlichen Korrespondenz vor dem Treffen vom 22. März 2011 gehe hervor (Urk. 4/10-21), dass insbesondere die Breite des Absatzes (respektive gemäss den Klägern "die Herstellung des Zustandes gemäss Grundbuchplan") der "zentrale Kern" einer allfälligen Vereinbarung zwischen den Parteien und damit umstritten gewesen sei (Urk. 46 S. 16). Dem widerspricht der Beklagte nicht (Urk. 49 S. 5). Nach dem Treffen vom 22. März 2011 kam zwischen den zerstrittenen Parteien eine Vereinbarung zustande, in welcher die Breite des Absatzes zumindest mit einem Mindestmass festgelegt wurde. Im Nachgang zu dieser Vereinbarung

übermittelte der Rechtsvertreter des Beklagten dem Rechtsvertreter der Kläger mit Bezug auf die Absatzbreite wiederum eine Richtigstellung zur getroffenen Vereinbarung. Das Schweigen der Kläger hierauf durfte der Beklagte mit Fug und Recht nicht dahingehend interpretieren, dass diese sein neues Angebot nunmehr stillschweigend akzeptierten. Das Schweigen der Kläger respektive von deren Rechtsvertreter ist nicht dahingehend beredet, dass sie damit das beklagte Angebot annehmen würden. Kommt hinzu, dass die Kläger zu Recht darauf hinweisen, dass ihr Rechtsvertreter im an den Rechtsvertreter des Beklagten gerichteten E-Mail vom 27. Mai 2011 ausdrücklich festhalte, dass er auf die "zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung (E-Mail vom 24. März bzw. 31. März 2011)" zurückkomme (Urk. 4/30). Damit gaben die

- 21 - Kläger kund, dass sie die Vereinbarung nach wie vor als bestehend betrachteten. Von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten ihrerseits, wenn die Kläger sich nunmehr, nachdem der Beklagte nur eine 63 cm Breite Plattform erstellt hat, auf die Vereinbarung berufen, kann daher keine Rede sein (Urk. 15 S. 11f.). 7.4.3. Die Kläger können sich betreffend der Breite des zu erstellenden Absatzes auf die Vereinbarung vom März 2011 berufen. Der Beklagte hat auf eigene Kosten einen Absatz mit einer Breite von (mindestens) 90 cm zu erstellen. 8. Zusammenfassend ist demnach in teilweiser Gutheissung der Anschlussberufung Dispositivziffer 3 des vorinstanzlichen Entscheides aufzuheben und der Beklagte zu verpflichten, den Klägern das Fusswegrecht auf dem Zugangsweg auf einer Breite von 1.14 m zu gewähren und inskünftig sämtliche Handlungen zu unterlassen, welche die Breite des Zugangsweges auf weniger als eine Breite von 1.14 m einschränken. Sodann ist er zu verpflichten, auf eigene Kosten den heute eine Breite von 63 cm aufweisenden Absatz auf mindestens 90 cm zu verbreitern. Es erscheint angemessen, dem Kläger für die von ihm vorzunehmenden Handlungen eine Zeitspanne von 60 Tagen ab Rechtskraft des vorliegenden Entscheids einzuräumen. B) Nutzungs- und Verwaltungsordnung / Entfernung Bäume, Sträucher, Granitstein und Granitwand 1. Zur Überbauung "D._____" gehört eine Unterniveaugarage (Kat. Nr. 4...), an welcher die Parteien - gleich wie die Eigentümer der Liegenschaften Kat. Nr. 3... und Kat. Nr. 5... - je ein Viertel Miteigentum besitzen (Urk. 4/1; Urk. 4/2). Auf dieser Parzelle wurde die "Nutzungs- und Verwaltungsordnung der Miteigentümer des Grundstückes Kataster-Nr. 4..., Grundbuchblatt 7..." vom 14. Februar 2003 (fortan Nutzungs- und Verwaltungsordnung) im Grundbuch angemerkt (Urk. 4/38). Die Ordnung lautet unter anderem wie folgt: "C. Nutzungsvereinbarungen der Miteigentümer betreffend die Miteigentumsgrundstücke Kataster-Nrn. 4... und 6... sowie die Hauptgrundstücke Kataster-Nrn. 3... - 1...

- 22 - Für den künftigen Fortbestand der konzipierten und erstellten Gesamtüberbauung "D._____" vereinbaren die Miteigentümer bezüglich den Miteigentumsgrundstücken Kataster-Nrn. 4... und 6... sowie ihren Hauptgrundstücken Kataster-Nrn. 3... - 1... die folgende Nutzungsvereinbarung: [...] 5. Verbot zum Pflanzen von Grünhecken und Erstellen von anderen Einfriedungen Die Eigentümer der jeweils betroffenen Hauptgrundstücke unterlassen das Pflanzen von Grünhecken und Erstellen von anderen Einfriedungen, wie sogenannte tote Hecken, Holzwände oder Mauern auf ihren Grundstücken entlang und parallel zu den gemeinsamen Grenzen im Sinne von offenen gemeinsamen Grundstücksgrenzen." Der Beklagte hat nun unbestrittenermassen entlang seiner Grenze zur Grenze des Grundstückes der Kläger im August 2010 einen im Boden verankerten Granitstein erstellt, eine Granitwand installiert und 24 Heckenbäume (Thuja)

gepflanzt. Die Kläger verlangen die Entfernung der Gegenstände sowie Bäume und die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes; dies gestützt auf C. Ziffer 5 der Nutzungs- und Verwaltungsordnung (Urk. 2 S. 2, Rechtsbegehren Ziffer 2). Weiter beantragen sie, es sei festzustellen, dass die Nutzungs- und Verwaltungsordnung zwischen den Parteien gelte und zu beachten sei (Urk. 2 S. 2, Rechtsbegehren Ziffer 2). Die Vorinstanz kam zum Schluss, der Beklagte habe sich obligatorisch verpflichtet, sich an die Nutzungs- und Verwaltungsordnung zu halten. Indem sowohl die Kläger als auch der Beklagte in ihrem Kaufvertrag von der Nutzungs- und Verwaltungsordnung Kenntnis genommen hätten und die darin enthaltenen Rechte und Pflichten für sie als verbindlich anerkannt hätten, gelte diese Ordnung zwischen den Parteien (Urk. 40 S. 15). Entsprechend stellte sie fest, die Nutzungs- und Verwaltungsordnung gelte zwischen den Parteien und sei zu beachten (Urk. 40 S. 18 Dispositivziffer 2). Weiter verpflichtete sie den Beklagten, die sich auf seinem Grundstück (Kat. Nr. 1...) entlang der Grenze zum Grundstück der Kläger (Kat. Nr. 2...) befindlichen Bäume, Sträucher, den Granitstein sowie die Granitwand zu entfernen und den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen (Urk. 40 S. 18 Dispositivziffer 1). Der Beklagte beantragt mit seiner Berufung die Abweisung der Begehren (Urk. 39 S. 2, Rechtsbegehren Ziffer 1).

- 23 - 2.1. Die Kläger standen bereits im Jahre 2006 im Streit mit den damaligen Eigentümern des Grundstückes Kat. Nr. 3..., K. _____ und L. _____, betreffend die Errichtung einer Hecke auf der Grundstücksgrenze Kat. Nr. 3.../2.... Sie strebten damals im Befehlsverfahren gemäss §§ 222ff. der Zürcherischen Zivilprozessordnung (dem heutigen Rechtsschutz in klaren Fällen) vor dem Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern an, es sei dem Ehepaar KL. _____ zu verbieten, entlang der Grundstücksgrenze zu Kat. Nr. 2... eine Grünhecke zu pflanzen. Im Verlauf des Verfahrens wurde das Begehren dahingehend geändert, dass festzustellen sei, dass die zwischenzeitlich entlang der Grenze vorgenommene Bepflanzung gegen die Nutzungs- und Verwaltungsordnung der Wohnüberbauung D. _____ Kat. Nr. 4..., GB-Blatt 7..., und dabei insbesondere C. Ziffer 5 verstosse. Sodann sei den jeweiligen Eigentümern der Liegenschaft Kat. Nr. 3... zu befehlen, den ursprünglichen Zustand (Zustand am 1. September 2006) wiederherzustellen. Mit Verfügung vom 12. Februar 2007 trat die Einzelrichterin in Anwendung von §§ 222 Ziff. 2 i.V.m. 226 ZPO/ZH auf die Klage mangels klarem Recht sowie sofort beweisbarer tatsächlicher Verhältnisse nicht ein (von der Vorinstanz beigezogene Akten; Urk. 34/14, insbesondere S. 9). Eine von den Klägern gegen den Entscheid angehobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde von der III. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 15. Juni 2007 abgewiesen (Urk. 17/5). 2.2. Einem Nichteintretensentscheid wegen Illiquidität gemäss ZPO/ZH kam keine materielle Rechtskraft zu (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, N 2b zu § 212 und N 4f. zu § 226). Folglich kann keine der Parteien etwas aus den damaligen Erwägungen der Einzelrichterin bzw. der III. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich für den vorliegenden Prozess ableiten. Kommt hinzu, dass sich heute nicht dieselben Parteien gegenüber stehen. Entsprechend muss auf die diesbezüglichen Ausführungen der Parteien in ihren Rechtsschriften nicht weiter eingegangen werden (Urk. 39 S. 4; Urk. 46 S. 6f.).

- 24 - 3.1. Die Kläger stellen sich auf den Standpunkt, der Beklagte habe die Nutzungs- und Verwaltungsordnung schuldrechtlich übernommen und sich somit zu deren Einhaltung verpflichtet. Der Beklagte bestreitet dies. 3.2. Der Eigentümer einer Liegenschaft kann in

den Schranken der Rechtsordnung frei über sie verfügen (Art. 641 Abs. 1 ZGB). Zu unterscheiden ist unter anderem zwischen gesetzlichen und gewillkürten Eigentumsbeschränkungen. Letztere finden ihre Grundlage in einem Rechtsgeschäft (BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 680 N 2). Eigentumsbeschränkungen können dadurch begründet werden, dass der Eigentümer die Ausübung des Eigentums durch dessen Belastung mit dinglichen Rechten vorübergehend beschränkt. Eine solche Beschränkung des Eigentums ist aufgrund des bei den dinglichen Rechten vorgeschriebenen Typenzwangs nur im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen dinglichen Rechte möglich (z.B. mittels Dienstbarkeiten). Während die dinglichen Rechte das Eigentum selbst belasten und insoweit eine echte Beeinträchtigung des Eigentums darstellen, ist dies bei obligatorischen Rechtsgeschäften nicht der Fall; sie begründen nur eine Verpflichtung des Eigentümers, berühren aber das Eigentum selbst nicht (BSK ZGB II-Wiegand, Art. 641 N 38). Die Kläger behaupten vorliegend nur eine obligatorische Verpflichtung des Beklagten ihnen gegenüber (Urk. 2 S. 17; Urk. 46 S. 8). Sie machen damit geltend, der Beklagte selbst habe sich ihnen gegenüber dazu verpflichtet, keine Einfriedung gemäss C. Ziffer 5 der Nutzungs- und Verwaltungsordnung auf die Grenze Kat. Nr. 2.../1... zu stellen. Derartige - mithin bloss inter partes wirkende - Beschränkungen können grundsätzlich formlos geschlossen werden. Ein diesbezüglicher Vertragsschluss ist auch stillschweigend - mithin durch konkludentes Handeln - möglich (vgl. hierzu BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 680 N 21 und 24ff. mit Verweis auf die entsprechenden Literaturstellen). Hiervon gehen grundsätzlich auch die Parteien aus (Urk. 46 S. 8f.). Der Beklagte bemängelt zwar, das von der Vorinstanz angeführte Zitat, BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 680 N 24, beziehe sich auf die Aufhebung oder Abänderung einer unmittelbaren gesetzlichen Eigentumsbeschränkung, vorliegend gehe es aber um die Einführung einer vom Gesetz nicht vorgesehenen Eigentumsbeschränkung (Urk. 39 S. 5). Er leitet in der Folge hieraus hingegen

- 25 - nichts ab. Zu prüfen bleibt somit, ob die Parteien die von den Klägern behauptete Vereinbarung geschlossen haben. 4.1. Wie bereits angeführt, kommt eine Vereinbarung durch übereinstimmende Willenserklärungen zustande (Art. 1 Abs. 1 OR), wobei vorab der übereinstimmende wirkliche Willen der Parteien massgebend ist. Erst wenn dieser nicht festgestellt werden kann, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen. Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsschlusses. 4.2. Ein übereinstimmender wirklicher Parteiwille kann vorliegend nicht festgestellt werden. Doch ergibt sich aus den nachfolgenden Erwägungen, dass gestützt auf das Vertrauensprinzip von einem übereinstimmenden Parteiwillen auszugehen ist. Sowohl im Kaufvertrag der Kläger als auch in jenem des Beklagten wird unter den "Weiteren Bestimmungen" festgehalten, dass die Parteien als Käufer ausdrücklich Kenntnis von sämtlichen sie als beteiligte Miteigentümer am Miteigentümergrundstück Kat. Nr. 4... und/oder Eigentümer des Hauptgrundstückes bzw. als Nutzungsberechtigte von Autoabstellplätzen treffenden Rechten und Pflichten an der angemerkten Nutzungs- und Verwaltungsordnung nehmen. Sie erkannten diese Rechte und Pflichten für sich als verbindlich an (Urk. 4/39 und Urk. 4/40 je S. 6 Ziff. 10). Zu Recht weist der Beklagte darauf hin, dass die Parteien ihre Kaufverträge je mit Drittpersonen abgeschlossen haben, mithin die Kläger am Kaufvertrag des Beklagten nicht beteiligt waren (Urk. 39 S. 5; Urk. 6). Dennoch war damit beiden Parteien bekannt, dass die Nutzungs- und Verwaltungsverordnung bestand. Sie verpflichteten sich gegenüber ihren jeweiligen Verkäufern, diese einzuhalten. Litera C. der Nutzungs- und Verwaltungsordnung trägt den Titel: "Nutzungsvereinbarungen der

Miteigentümer betreffend die Miteigentumsgrundstücke Kataster-Nrn. 4... und 6... sowie die Hauptgrundstücke Kataster-Nrn. 3... - 1...". Sodann wird nachfolgend an den Titel ausgeführt: "Für den künftigen Fortbestand der konzipierten und erstellten Gesamtüberbauung "D._____" vereinbaren die Miteigentümer bezüglich den

- 26 - Miteigentumsgrundstücken Kataster-Nrn. 4... und 6... sowie ihren Hauptgrundstücken Kataster-Nrn. 3... - 1... die folgende Nutzungsvereinbarung:" (Urk. 4/38 S. 4). Es folgt unter anderem C. Ziffer 5. Das Protokoll der "Stockwerkeigentümergeinschaft 'D._____' von der Versammlung vom 23. August 2005 hält unter Ziffer 5.3. fest, dass die Bepflanzungsbeschränkungen allen bekannt seien. Der Beklagte war an dieser Versammlung anwesend (Urk 4/41). Er bestätigte mit E-Mail vom 29. August 2005 den Klägern, dass für ihn das Protokoll in Ordnung sei (Urk. 23/1). Damit durften die Kläger im damaligen Zeitpunkt nach Treu und Glauben davon ausgehen, der Beklagte akzeptiere ihnen gegenüber als Eigentümer der Parzelle Kat. Nr. 2... die Geltung von C. Ziffer 5 der Nutzungs- und Verwaltungsordnung und verpflichtete sich damit ihnen gegenüber insbesondere, keine Grünhecke entlang der gemeinsamen Grenze zu pflanzen. Wenn der Beklagte in seiner Eingabe vom 11. November 2013 geltend macht, dass die Bepflanzungsvorschriften bekannt seien, wie im Protokoll vom 23. August 2005 vermerkt worden sei, bedeute nicht, dass deren Gültigkeit von ihm anerkannt worden sei, das Protokoll halte keinen entsprechenden Vermerk vor (Urk. 49 S. 7), so ist diese Behauptung verspätet (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Sodann ändert dies nichts daran, dass die Kläger im damaligen Zeitpunkt, wie vorangehend dargelegt, aufgrund des Vertrauensprinzips davon ausgehen durften, der Beklagte fühle sich ihnen gegenüber an C. Ziffer 5 gebunden. Der Beklagte macht denn nicht geltend, den Klägern dazumal entgegenlaufende Signale gesendet respektive etwas Gegenteiliges ausgesprochen zu haben. Zudem weisen die Kläger zu Recht darauf hin, es mache keinen Sinn, dass im Oktober 2006 über die Ersetzung von C. Ziffer 5 der Nutzungs- und Verwaltungsordnung diskutiert und abgestimmt worden sei, wenn die Parteien nicht davon ausgegangen wären, dass die Ziffer auch zwischen den einzelnen Parzelleneigentümern gelte (Urk. 4/42; Urk. 46 S. 10). Nach Erhalt des vorinstanzlichen Urteils hat denn der Beklagte am 27. Mai 2013 zu einer Versammlung der Miteigentümer mit dem Traktandum "Revision von Abschnitt C der Nutzungs- und Verwaltungsordnung, insbesondere "Streichung/Aufhebung" der Bestimmungen C.2., C.4. und C.5." einberufen (Urk. 47). Soweit ersichtlich, fand keine gültige Abstimmung über das Traktandum statt (Urk. 50/2).

- 27 - 5. Damit hat zumindest C. Ziffer 5 der Nutzungs- und Verwaltungsordnung zwischen den Parteien Gültigkeit. Unbestritten ist, dass die vom Beklagten gepflanzten Heckenbäume (Thuja) sowie der Granitstein und die Granitwand gegen C. Ziffer 5 der Nutzungs- und Verwaltungsordnung verstossen. Sie sind zu entfernen (Art. 98 Abs. 2 und 3 OR). Ein Feststellungsinteresse mit Bezug auf das vorinstanzliche Rechtsbegehren Ziffer 4 wird nicht mehr verneint. Hingegen kann nur festgestellt werden, C. Ziffer 5 der Nutzungs- und Verwaltungsordnung gelte zwischen den Parteien. Insoweit ist die Berufung gutzuheissen, ansonsten abzuweisen. Offen bleiben kann, ob die vom Beklagten vorgenommene Bepflanzung die Abstandsvorschriften gemäss Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch des Kantons Zürich einhält (Urk. 2 S. 24; Urk. 46 S. 12). C) Ersatzvornahme 1. Die Kläger haben bereits vor Vorinstanz beantragt, sie seien im Falle der Nichterfüllung innert eines Monats nach Rechtskraft des Urteils zur Ersatzvornahme auf Kosten des Beklagten zu ermächtigen (Urk. 2 S. 2, Rechtsbegehren Ziffer 3). Die

Vorinstanz wies den Antrag ab. Sie sah die Anordnung einer Ersatzvornahme zum jetzigen Zeitpunkt als unverhältnismässig an (Urk. 40 S. 15). 2. In der Berufung erneuern die Kläger den Antrag (Urk. 46 S. 3, Rechtsbegehren Ziffer 1 lit. b). Sie berufen sich darauf, die Verhältnismässigkeit sei gegeben. So sei der Beklagte seit rund drei Jahren nicht bereit, den rechtswidrigen Zustand zu beseitigen. Noch in der Klageantwort habe er bestritten, dass die Hecke zu nahe gepflanzt sei und er damit die Nutzungs- und Verwaltungsordnung sowie die Bestimmungen des EG ZGB ZH verletzte. Die beharrliche Weigerung zeige sich auch in seinem Schreiben vom 27. Mai 2013, mit welchem er erfolglos eine "Streichung/Aufhebung" der Nutzungs- und Verwaltungsordnung bezweckt habe. Der Beklagte ziele offenkundig darauf ab, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu verzögern, wie der

- 28 - umfangreiche Schriften- und E-Mail Verkehr auf der einen und das Verhalten des Beklagten, sich nicht an Vereinbarungen zu halten, auf der anderen Seite dokumentiere (Urk. 46 S. 19f.; Urk. 53 S. 5). Dem hält der Beklagte entgegen, aus dem Umstand, dass er die Rechtsauffassungen der Kläger nicht teile, zu schliessen, er würde einem rechtskräftigen Urteil nicht nachkommen, sei grotesk (Urk. 49 S. 8). 3. Der Erkenntnisrichter kann auf Antrag des Gläubigers bereits bei Fällung eines Leistungsurteils oder der Guttheissung eines Beseitigungsanspruches diesen oder einen Dritten zur Ersatzvornahme ermächtigen (Kellerhals, in: Berner Kommentar ZPO, Band II, Bern 2013, N 67 zu Art. 343; Weber, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmung, Die Folgen der Nichterfüllung, Bern 2000, Art. 97 -109 OR, N 92ff. zu Art. 98 OR). Zu wahren ist bei diesem Entscheid insbesondere das Gebot der Verhältnismässigkeit. Es ist somit der Anspruch der Kläger auf Durchsetzung des Urteils ohne den Vollstreckungsweg beschreiten zu müssen gegen die Androhung an den Beklagten, wenn er innert einer gewissen Frist dem Urteil nicht nachkomme, sei es den Klägern erlaubt, auf seine Kosten durch ein von den Klägern gewähltes Unternehmen sein Grundeigentum zu verändern (Entfernung der Heckenbäume samt Granitstein und Granitwand sowie Zurückversetzen der Blumentöpfe), abzuwägen. Für die Androhung eines solchen, weitgehenden Eingriffes ins Eigentum des Beklagten müssen erhebliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass er dem rechtskräftigen und vollstreckbaren Urteil nicht nachkommt. Hiervon kann vorliegend nicht ausgegangen werden. Der Beklagte hat das vorinstanzliche Urteil angefochten. Dies war sein gutes Recht. Die Kläger haben denn auch eine Anschlussberufung erhoben. Diesbezüglich handelte der Beklagte nicht wider besseres Wissen. Sodann kann der Beklagte sich weiterhin dafür einsetzen, dass die ihm unliebsame Nutzungs- und Verwaltungsordnung mit einer Mehrheit der beteiligten Miteigentümer abgeändert wird, selbst wenn nicht ausser Acht gelassen werden darf, dass er mit dem für die Abänderung gewählten Zeitpunkt wohl in der Tat auch versuchte, Fakten zu schaffen, welche Einfluss auf den vorliegenden Prozess haben

- 29 - könnten. Dennoch kann aufgrund dieser Tatsachen nicht geschlossen werden, es bestünden berechtigte Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte sich nicht an ein rechtskräftiges und vollstreckbares Urteil halten werde. Damit wiegt der Eingriff in seine Rechte grösser als die Wahrscheinlichkeit, dass die Kläger ein Vollstreckungsverfahren anheben müssen. Die Gesuche um Ersatzvornahme sind mit der Vorinstanz abzuweisen. Die Anschlussberufung ist in diesem Punkt abzuweisen. III. 1.1. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Der Streitwert ist mit der

Vorinstanz auf (unangefochtene) Fr. 15'000.– festzusetzen (Urk. 40 S. 16). 1.2. Die Vorinstanz hat die Gerichtskosten auf Fr. 3'300.– festgesetzt (Urk. 40 S. 16), was zu bestätigen ist. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass sich die klägerischen Begehren auf zwei Themenkreise, einerseits die Durchsetzung des Fusswegrechts und andererseits die Feststellung der Geltung der Nutzungs- und Verwaltungsordnung beziehen, je zuzüglich Ersatzvornahme. Die Vorinstanz hat den ersten Themenkreis mit rund 60 % und Letzteren mit 40 % gewichtet (Urk. 40 S. 16), was unangefochten blieb und zu bestätigen ist. Ausgangsgemäss ist nunmehr von einem Obsiegen der Kläger im ersten Themenbereich von rund zwei Fünfteln auszugehen. Im zweiten Themenbereich obsiegen sie, abgesehen vom Antrag auf Ersatzvornahme, vollständig, weshalb von einem gesamthaften Obsiegen von rund zwei Dritteln auszugehen ist. Entsprechend haben sie (solidarisch) einen Drittel (Fr. 1'100.–) und der Beklagte zwei Drittel (Fr. 2'200.–) der Gerichtskosten zu tragen. Die Kosten sind aus dem von den Klägern geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– zu beziehen. Der Beklagte hat den Klägern Fr. 2'200.– zurückzuerstatten.

- 30 - 1.3. Gestützt auf den Ausgang des Verfahrens hat der Beklagte den Klägern sodann eine auf einen Drittel reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Ausgehend von den Erwägungen der Vorinstanz, auf welche verwiesen werden kann (Urk. 40 S. 17), ist in Anwendung der Verordnung über die Anwaltsgebühren des Obergerichts vom 8. September 2010 (AnwGebV) von einer vollen Entschädigung von Fr. 4'200.– auszugehen. Entsprechend hat der Beklagte den Klägern eine Entschädigung von Fr. 1'400.– zuzüglich Fr. 112.– (8 % Mehrwertsteuer), mithin Fr. 1'512.– zu bezahlen. 2.1. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren sind gestützt auf die §§ 4 Abs. 1 und 2 sowie 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 ebenfalls auf Fr. 3'300.– festzusetzen. Gestützt auf die vorangehenden Ausführungen ist auch im Berufungsverfahren gesamthaft gesehen von einem Unterliegen der Kläger von einem Drittel und des Beklagten von zwei Dritteln auszugehen. Die Kosten sind den Parteien entsprechend diesem Verhältnis aufzuerlegen. Sie sind aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen (Kläger Fr. 2'000.–; Beklagter Fr. 2'450.–) zu beziehen. 2.2. Ausgangsgemäss hat der Beklagte den Klägern sodann auch für das Berufungsverfahren eine auf einen Drittel reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Die volle Entschädigung der Kläger ist in Anwendung der §§ 4 Abs. 1 und 2 sowie 13 Abs. 1 und 2 auf Fr. 2'100.– festzusetzen. Hiervon hat der Beklagte den Klägern Fr. 700.– zuzüglich Fr. 56.– (8 % Mehrwertsteuer), mithin Fr. 756.– zu bezahlen. Es wird erkannt: 1. a) Der Beklagte ist verpflichtet, den Klägern auf dem auf seinem Grundstück an der Fluchttreppe der Unterniveaugarage vorbei entlang der Grenze des Grundstückes Kat. Nr. 3... zum Grundstück der Kläger führenden Zugangsweg ein Fusswegrecht auf einer Breite von 1.14 m

- 31 - zu gewähren und inskünftig sämtliche Handlungen zu unterlassen, welche die Breite des Zugangsweges auf weniger als 1.14 m schmälern. b) Der Beklagte wird verpflichtet, den heute eine Breite von 63 cm aufweisenden Absatz ab der Grenze von Kat. Nr. 3... zu Kat. Nr. 2... auf eigene Kosten auf eine Breite (parallel zum klägerischen Grundstück gesehen) von mindestens 90 cm zu verbreitern. c) Die in Ziffer 1 lit. a) und b) beschriebenen Handlungen sind innert 60 Tagen ab Rechtskraft des vorliegenden Entscheids vorzunehmen. 2. Es wird festgestellt, dass C. Ziffer 5 der Nutzungs- und Verwaltungsordnung der Wohnüberbauung D._____ (Einfamilienhäuser E._____ -Strasse

...) vom 14. Februar 2003 zwischen den Parteien gilt und zu beachten ist. 3. Der Beklagte wird verpflichtet, die sich auf seinem Grundstück (Kat. Nr. 1...) entlang der Grenze zum Grundstück der Kläger (Kat. Nr. 2...) befindlichen Heckenbäume (Thuja), den Granitstein sowie die Granitwand innert 60 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids auf eigene Kosten zu entfernen und den ursprünglichen Zustand wieder herzustellen. 4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. 5. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 3'300.– wird bestätigt. 6. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden den Klägern (solidarisch) zu einem Drittel und dem Beklagten zu zwei Dritteln auferlegt. Die Kosten werden aus dem von den Klägern geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– bezogen. Der Beklagte hat den Klägern Fr. 2'200.– zurückzuerstatten. 7. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'512.– zu bezahlen. 8. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'300.– festgesetzt.

- 32 - 9. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Klägern (solidarisch) zu einem Drittel und dem Beklagten zu zwei Dritteln auferlegt. Die Kosten werden aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen bezogen. 10. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 756.– zu bezahlen. 11. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Affoltern, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 12. 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. 15'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 26. November 2013 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. M. Schaffitz lic. iur. R. Blesi Keller versandt am: mc

- 33 -

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