Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: LB110019-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. G. Pfister, Vorsitzender, Dr. M. Kriech und lic iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. L. Stünzi

Urteil vom 22. Oktober 2012

in Sachen

1. **A._____**,
2. **B._____**,

Kläger und Berufungskläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ und / oder Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

gegen

Stadt C._____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z._____

betreffend **Eigentumsfreiheit**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, II. Abteilung, vom 20. Januar 2011 (CG090034)

Rechtsbegehren:

Die Beklagte sei zu verpflichten, die Einrichtungen und den Betrieb auf dem zum Primarschulhaus D._____, [Adresse] gehörenden und an die Liegenschaft der Kläger, …-Strasse …, angrenzenden Rasenfeld so zu gestalten, dass sich die Gefahr aus über den 5 m hohen Drahtzaun auf das Grundstück der Kläger geschlagenen Fussbällen erheblich vermindert, und sich folglich das Risiko von Sachbeschädigungen an ihrer Liegenschaft sowie die Gefahr von Personenschäden erheblich reduziert, indem:

a. die Fussballtore in der Regel während der ganzen Woche quer auf dem Rasenfeld angebracht, fest verankert und in dieser Position angekettet werden;

b. die Fussballtore nur ausnahmsweise bei geleiteten Spielen der Primarschule und des Fussballclubs mit bis zu 13-jährigen Juniorinnen und Junioren unter persönlicher Verantwortung der Lehrperson oder des Trainers längs ausgerichtet und nach Beendigung der geleiteten Spiele jeweils wieder quergestellt und angekettet werden;

c. die Stadt eine Benützungsordnung aushängt, in welcher darauf hingewiesen wird, dass beim freien Fussballspiel das Längsspielen untersagt ist und in Richtung der quergestellten Tore zu spielen ist.

Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, II. Abteilung, vom 20. Januar 2011:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 5'550.–.

3. Die Kosten werden den Klägern auferlegt. Die Kläger haften solidarisch.

4. Die Kläger werden verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 10'500.– (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Die Kläger haften solidarisch.

Berufungsanträge:

der Kläger und Berufungskläger (Urk. 42 S. 2):

1. Die Beklagte sei in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zu verpflichten, die Einrichtungen und den Betrieb auf dem zum Primarschulhaus D._____, [Adresse], gehörenden und an die Liegenschaft der Kläger, …-Strasse …, angrenzenden Rasenfeld so zu gestalten, dass sich die Gefahr aus über den 5 m hohen Drahtzaun auf das Grundstück der Kläger geschlagenen Fussbällen erheblich vermindert, und sich folglich das Risiko von Sachbeschädigungen an ihrer Liegenschaft sowie die Gefahr von Personenschäden erheblich reduziert, indem:

   a. die Fussballtore in der Regel während der ganzen Woche quer auf dem Rasenfeld angebracht, fest verankert und in dieser Position angekettet werden;

   b. die Fussballtore nur ausnahmsweise und zwar nur bei den geleiteten Spielen der Primarschule und des Fussballclubs mit bis zu 13-jährigen Juniorinnen und Junioren unter persönlicher Verantwortung der Lehrperson oder des Trainers längs ausgerichtet und nach Beendigung der geleiteten Spiele jeweils wieder quergestellt und angekettet werden;

   c. die Stadt eine Benützungsordnung aushängt, in welcher darauf hingewiesen wird, dass beim freien Fussballspiel das Längsspielen untersagt und in Richtung der quergestellten Tore zu spielen ist.

2. Eventualiter sei das erstinstanzliche Urteil aufzuheben und die Sache zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 52 S. 1):

Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.

Sachverhalt und Prozessgeschichte:

1. a) Die Kläger sind Eigentümer der Liegenschaft…-Strasse … in C._____, auf der ein Einfamilienhaus erstellt wurde, das seit dem 8. November 2002 von ihnen bewohnt wird. Die Liegenschaft befindet sich in der Wohnzone. Sie grenzt auf der südöstlichen Seite an die Spielwiese D._____, die seit mehr als 40 Jahren einen Teil der Primarschulhausanlage D._____ bildet. Diese im Verwal-

tungsvermögen der Stadt C._____ stehende Anlage liegt in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen (vgl. zur Situation den Zonenplan der Stadt C._____, Urk. 16/4). Das Rasenfeld hat ein Ausmass von 57 Meter mal 33 Meter und wird durch die Schule, ortsansässige Vereine und Private vorab zum Fussballspielen genutzt. Es grenzt mit der Querseite teilweise an das Grundstück der Kläger; es wird abgeschlossen mit einem ca. 5 m hohen Zaun, der mit einer Schalldämpfungsinstallation versehen ist. Auf dem Rasenfeld stehen zwei Aluminium-Tore (5 m breit, 2 m hoch). Diese sind nicht fix installiert; sie können verschoben werden. Bei der üblichen Nutzung in der Längsachse steht ein Tor unmittelbar vor dem Zaun zur klägerischen Liegenschaft. Das Rasenfeld ist durch Sträucher (auf der Liegenschaft der Kläger) und dem erwähnten fünf Meter hohen Drahtzaun mit einem Schall- und Sichtschutz vom Grundstück der Kläger abgetrennt.

b) Die Kläger machen geltend, dass die vom Nachbargrundstück, d.h. von der Spielwiese ausgehenden Einwirkungen unzumutbar seien. Dabei beanstanden sie, dass immer wieder Fussbälle auf ihrem Grundstück landeten, was zu Sach- und Personenschaden führen könne, und dass nachfolgend Personen auf ihrem Grundstück nach diesen Bällen suchten. Nach ihren Ausführungen bewirkten die auf ihr Grundstück fliegenden Fussbälle und die Spieler, welche diese Bälle aus ihrer Liegenschaft zurückholen, übermässige Immissionen. Im Sommerhalbjahr befinde sich ein Tor häufig unmittelbar vor dem Zaun vor ihrer Liegenschaft. Insbesondere beim freien Spiel oder beim Penaltyschiessen, bei welchem meistens das Tor vor ihrer Liegenschaft benutzt werde, würden die Bälle häufig auf ihr Grundstück fliegen. Das Tor auf der gegenüberliegenden Seite zum Schulhaus hin würde weit weniger benützt, da der Maschendrahtzaun dort nur etwa 2/3 der Breite des Rasenplatzes abdecke und nur ca. 4 Meter hoch sei. Es sollten deshalb die Tore ausserhalb der Schul- und Juniorennutzung quer, d.h. an die Längsseiten des Feldes gestellt werden. Die Nutzung der Spielwiese durch die Schule und die Vereine würde dagegen kein Problem darstellen. Das Problem sei die Benützung durch die Öffentlichkeit (vgl. ergänzend zum Standpunkt der Kläger: Urk. 43 S. 6 f., Urk. 42 Rz 5). Die von ihnen beantragten Massnahmen seien in den Jahren 2006 und 2007 sowie bis zum 24. Juni 2008 freiwillig praktiziert worden und hätten zu einer Verminderung der Einwirkungen geführt.

Die Beklagte ist der Auffassung, dass ausreichende Nutzungsreglemente vorliegen. Das Rasenfeld würde entweder durch Primarschüler oder durch Junioren sowie Seniorenteams des FC C._____ genutzt. Die beanstandete "freie" Nutzung des Rasenfelds beschränke sich auf die unbelegten Zeiten, für welche das einschlägige Betriebs- und Benützungsreglement sowie die Ruhezeitenverordnung der Gemeinde C._____ beachtlich seien. Eine feste Verankerung der Tore an den Längsseiten schränkte das ohnehin kleine Spielfeld weiter ein und führte zu einer einseitigen und kostenintensiven Nutzung des Rasens. Die Immissionen seien nicht übermässig (vgl. ergänzend zum Standpunkt der Beklagen: Urk. 43 S. 7 f., Urk. 52 Rz 7).

2. Mit Eingabe vom 25. Juni 2009 reichten die Kläger unter Beilage der Weisung des Friedensrichteramtes C._____ vom 7. Mai 2009 Klage mit den oben angeführten Rechtsbegehren ein (Urk. 2). Dabei stellten sie zusätzlich den Antrag, dass der Betrieb des Rasenfeldes bereits während des Verfahrens im Sinne ihrer Anträge zu gestalten sei. Dieses Begehren wurde nach Einholung der Klageantwort mit Beschluss der Vorinstanz vom 12. Januar 2010 abgewiesen (Urk. 17). In der Folge nahm der Vorsitzende des Bezirksgerichts Horgen am 13. April 2011 einen Augenschein vor (Prot. I S. 7) und führte danach Vergleichsgespräche, die vorerst noch aussergerichtlich weiter geführt wurden (Prot. I S. 8). Diese Gespräche führten indes zu keinem Erfolg (Urk. 23 und 24). Hierauf wurde für Replik und Duplik das schriftliche Verfahren angeordnet (Urk. 26, vgl. ergänzend zum Prozessverlauf im erstinstanzlichen Verfahren: Urk. 43 S. 2 ff.). Am 20. Januar 2011 wies die Vorinstanz die Klage ohne Durchführung eines Beweisverfahrens ab (Urk. 43).

3. Mit Eingabe vom 10. März 2011 (Eingang: 11. März 2011) erhoben die Kläger rechtzeitig Berufung (Urk. 38/1 und 42), worauf ihnen mit Verfügung vom 17. März 2011 Frist angesetzt wurde, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss von Fr. 5'500.– zu leisten (Urk. 47). Nach fristgerechtem Eingang dieses Vorschusses (Urk. 48) wurde der Beklagten mit Verfügung vom 15. April 2011 Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (Urk. 49). Die ebenfalls rechtzeitig eingereichte Berufungsantwort datiert vom 31. Mai 2011

(Urk. 52). Sie wurde am 3. Juni 2011 den Klägern zugestellt (Urk. 53), welche - da mit der Berufungsantwort Noven vorgebracht worden seien - entsprechend ihrer Ankündigung (Urk. 54 und 55) am 22. Juli 2011 eine Replik mit teils neuen Behauptungen einreichten (Urk. 56). Diese wurde am 27. Juli 2011 der Beklagten zugestellt (Urk. 59). Am 31. August 2011 ging die Duplik ein (Urk. 60), die am 2. September 2011 den Klägern zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 61). Mit Beschluss vom 24. Mai 2012 wurde zum besseren Verständnis des Sachverhaltes die Durchführung eines Augenscheines durch die Kammer angeordnet (Urk. 62), welcher am 25. Juni 2012 durchgeführt werden konnte (Prot. II S. 10 ff.). Das Protokoll des Augenscheines wurde den Parteien in der Folge in Kopie zugestellt (Urk. 64/1 und 64/2).

Erwägungen:

I.

1. Das angefochtene Urteil datiert vom 20. Januar 2011 (Urk. 43). Damit ist auf das Berufungsverfahren die seit dem 1. Januar 2011 in Kraft stehende Schweizerische Zivilprozessordnung anzuwenden (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Da der angefochtene Entscheid indes noch unter der Anwendung des kantonalzürcherischen Zivilprozessrechtes (ZPO/ZH) erging, ist der Entscheid bzw. das Verfahren vor erster Instanz nach dem bisherigen kantonalen Prozessrecht zu überprüfen.

2. Gemäss neuer ZPO ist die Berufung innert 30 Tagen seit der Zustellung des begründeten Entscheides begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO) und innert 30 Tagen zu beantworten (Art. 312 Abs. 2 ZPO). Gemäss Art. 316 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz sodann eine Verhandlung durchführen, aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO) oder einen zweiten Schriftenwechsel anordnen (Art. 316 Abs. 2 ZPO). Diese Regelung stellt es ins Ermessen der Rechtsmittelinstanz, das für den konkreten Fall Geeignete vorzukehren (Peter

Volkart, DIKE-Komm-ZPO, Art. 316 N 1). Die Berufungsinstanz kann damit selbst entscheiden, ob das Berufungsverfahren mündlich oder schriftlich durchgeführt wird. Wenn die Sache spruchreif ist, kann bereits nach der Berufungsschrift und der Berufungsantwort - d.h. ohne zweiten Schriftenwechsel bzw. ohne mündliche Berufungsverhandlung - entschieden werden. Die Sache ist dann spruchreif und ein Aktenentscheid angezeigt, wenn die Berufungsschrift und die Berufungsantwort hinreichend aufschlussreich sind, so dass sich die Berufungsinstanz bereits nach dem ersten Schriftenwechsel eine abschliessende Meinung bilden kann. Dies wird häufig anzunehmen sein (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, Art. 316 N 34). In diesem Sinne wurde der Schriftenwechsel mit Verfügung vom 3. Juni 2011 abgeschlossen (Urk. 53).

Die Kläger machten indes geltend, dass mit der Berufungsantwort neue Tatsachen vorgebracht worden seien (Urk. 54), und sie reichten in der Folge am 22. Juli 2011 - wie erwähnt - eine Replik ein (Urk. 56). Insoweit damit jedoch auf Vorfälle vor März 2011 Bezug genommen wurde, ist hierauf nicht weiter einzugehen (so Urk. 56 S. 3 ff. oder S. 7 Rz 9 f.). Es können nicht mit einer ergänzenden Stellungnahme die bisherigen Vorbringen - ohne dass zulässige Noven vorgebracht werden - ergänzt werden. Da mit dieser Replik aber auch (im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZGB zulässige) neue Tatsachen vorgebracht und neue Beweismittel eingereicht wurden, musste der Beklagten Frist zu entsprechender Stellungnahme angesetzt werden (Urk. 59). Die entsprechende Eingabe datiert vom 29. August 2011 (Urk. 60).

3. Im Rahmen der Berufungsbegründung ist darzulegen, weshalb die in der Berufungsschrift aufgeführten Berufungsanträge gestellt werden und gestützt auf welche Sachverhaltselemente und Rechtsgrundlagen sich diese Berufungsanträge rechtfertigen. Die Begründung eines Rechtsmittels hat zu erklären, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll. Der Berufungskläger hat sich dementsprechend mit den Entscheidgründen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Die Berufungsinstanz hat sodann die geltend gemachten Punkte zu prüfen. Sie hat nicht von sich aus den erstinstanzlichen Entscheid auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, wenn diese von keiner Par-

tei gerügt werden, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten träten klar zutage (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 311 N 36). Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Berufungsbegründung mit den entsprechenden Rügen grundsätzlich den Umfang der Prüfungsbefugnis und der Prüfungspflicht der Berufungsinstanz umschreibt. Die Berufungsinstanz kann die gerügten Mängel frei und unbeschränkt überprüfen und sie muss sie auch überprüfen (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 310 N 5 f.). Dabei ist sie aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis aber nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen.

4. a) Die Beklagte verzichtete mit der Berufungsantwort zwar formell darauf, ihren Antrag auf Nichteintreten auf die Klage zu wiederholen, sie hielt trotzdem daran fest, dass die Weisung des Friedensrichters ohne ihre Einwilligung nicht am Tag der Sühnverhandlung vom 10. März 2009, sondern erst später ausgestellt worden sei. Die Klage sei deshalb verspätet eingereicht worden (Urk. 52). Sinngemäss macht sie damit weiterhin geltend, dass unter Beachtung der nach § 108 ZPO/ZH von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen auf die Klage nicht einzutreten sei.

b) Gemäss § 98 Abs. 2 ZPO/ZH hatte der Friedensrichter nach einem erfolglosen Sühnversuch unverzüglich die Weisung auszustellen. Er konnte aber aus zureichenden Gründen auch eine zweite Sühnverhandlung anordnen (§ 97 Abs. 2 ZPO/ZH). Aufgrund der Weisung des Friedensrichtersamtes C._____ vom 7. Mai 2009 ist davon auszugehen, dass sich der Vertreter der Beklagten anlässlich der Sühnverhandlung vom 10. März 2009 dahingehend geäussert hat, dass er bereit sei, "die Angelegenheit zur nochmaligen Beratung in den Stadtrat zurückzubringen und bis 10. April 2009 einen Vergleichsvorschlag zu machen". Damit bestand aber für den Friedensrichter - wie von der Vorinstanz zu Recht festgehalten (Urk. 43 S. 6) - vorläufig kein Anlass, die Weisung auszustellen. Erst nachdem die Kläger sich mit dem Vergleichsvorschlag nicht einverstanden erklärt hatten, war die Weisung auszustellen. Letzterer Zeitpunkt geht aus der Weisung

nicht hervor. Dies bleibt allerdings ohne Bedeutung, hat die Beklagte doch keine Beschwerde gegen die Weisung erhoben, weshalb von deren Gültigkeit auszugehen ist (zur Zulässigkeit einer Aufsichtsbeschwerde: Frank/Sträuli/Mess-mer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., N 10a zu § 93 ZPO). Damit ist das Datum der Weisung massgeblich für die Einhaltung der Frist von § 101 ZPO/ZH. Auf die Massgeblichkeit dieses Datums durften die Kläger vertrauen. Schliesslich ist in Ergänzung zu den erstinstanzlichen Erwägungen darauf hinzuweisen, dass die Regelung von § 101 ZPO, wonach die Weisung grundsätzlich innert drei Monaten seit der Ausstellung einzureichen ist, erst mit der auf den 1. Januar 1977 neu in Kraft gesetzten ZPO/ZH zur Gesetzesbestimmung erhoben wurde. Zuvor war es dem Kläger anheim gestellt gewesen, wann er die Weisung des Friedensrichters dem Gericht einreichen wollte. Diese frühere Regelung hatte den Nachteil, dass die bundesrechtlichen Verwirkungsfristen durch die Einleitung des Sühnverfahrens nicht gewahrt wurden, was manchen Kläger irreführte (Beleuchtender Bericht des Regierungsrates zur Revision der ZPO, ABl 1975 S. 1765). Eine solche Frist steht hier jedoch nicht zur Diskussion, weshalb auch vom Sinn der Bestimmung her kein Verstoss gegen § 101 ZPO/ZH ersichtlich ist.

c) Auf die Klage ist damit einzutreten.

II.

1. a) Für die detaillierten Vorbringen der Parteien in sachlicher und rechtlicher Hinsicht im erstinstanzlichen Verfahren kann auf die ausführliche Wiedergabe im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 43 S. 6-8 sowie S. 12 f.).

b) Die Vorinstanz erachtete die hinüberfliegenden Fussbälle und das anschliessende Betreten des Grundstückes als Immissionen im Sinne von Art. 684 ZGB, und sie ging davon aus, dass die Zulässigkeit dieser Immissionen anhand der nachbarrechtlichen Bestimmungen von Art. 679 i.V. mit Art. 684 ZGB zu prüfen sei. Eine direkte und vorbehaltlose Anwendung der Eigentumsfreiheitsklage lehnte sie ab (Urk. 43 S. 27). Sie erachtete sodann die Immissionen - selbst

bei einem Nachweis der von den Klägern behaupteten Störungen - als nicht übermässig und wies die Klage daher ab (Urk. 43 S. 34).

2. Die Kläger halten im Berufungsverfahren daran fest, dass die Bälle, die in ihren Garten fliegen, und die Spieler, die unbefugt das Grundstück der Kläger betreten würden, um diese Bälle zurückzuholen, nicht nur Immissionen im Sinne von Art. 679 ZGB i.V. mit Art. 684 ZGB darstellten, die zu unterbleiben hätten, sondern dass dies auch eine direkte Einwirkung in das Eigentum der Kläger bedeute, deren Unterlassung gestützt auf die Eigentumsfreiheitsklage nach Art. 641 Abs. 2 ZGB verlangt werden könne (Urk. 42 Rz 34). Dies ergebe sich aus den von ihnen mit der vorinstanzlichen Replik angeführten, vergleichbaren Entscheiden des Bundesgerichtes (Urk. 42 Rz 35). Die auf das Grundstück der Kläger aufprallenden Bälle bewirkten einen unmittelbaren physischen Eingriff in die Substanz des Grundstückes, und sie hätten die Beschädigung von Storen, Pflanzen, Garten- und Inneneinrichtungen etc. zur Folge. Die Kläger würden in der Nutzung ihres Garten und ihrer Balkone massiv eingeschränkt (Urk. 42 Rz 36). Sie hätten gestützt auf Art. 641 Abs. 2 ZGB einen Anspruch auf Beseitigung des störenden Zustandes (Urk. 42 Rz 42). Es sei auch nicht so, dass Personen im Sinne von Art. 700 ZGB berechtigt seien, ihr Grundstück zu betreten (Urk. 42 Rz 43). Sodann seien die von der Beklagten zu vertretenden Immissionen übermässig (Urk. 42 Rz 45 ff.). Auf der anderen Seite stehe nur ein geringes öffentliches Interesse (Urk. 42 Rz 51 ff.).

Die Beklagte hält die Immissionen für nicht übermässig. Es bestünden entsprechende Nutzungsvorschriften, und zudem sei die Wiese eben dem Fussballspielen "gewidmet". In rechtlicher Hinsicht macht sie geltend, dass zu prüfen sei, ob die Immissionen übermässig seien bzw. ob diese von den Klägern hinzunehmen seien. Die Beklagte sei den Klägern mit Lärm- und Schallschutz, Sichtschutz, Ballfang und Nutzungsordnungstafeln bereits genügend entgegengekommen (Urk. 52 Rz 12).

3. Die Wiese weist eine Grösse von 57 Meter x 33 Meter auf und ist damit nach der unbestrittenen Darstellung der Kläger nicht für die Nutzung für Spiele nach den Regeln des SFV (des Fussballverbandes) geeignet (Urk. 42 Rz 13).

Dies ist indes ohne Bedeutung, halten die Kläger doch wie bereits erwähnt fest, dass sich ihre Klage ausdrücklich nicht gegen die Nutzung durch die Schule und durch die Vereine richte (Urk. 42 Rz 6, Rz 14, Rz 29 und Rz 52). Ihre Klage richtet sich ausschliesslich gegen das freie Spielen auf der Wiese durch Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene bzw. Erwachsene, die mit dem Auto anreisten. Die Kläger merkten dabei wiederholt an, dass die von ihnen hauptsächlich beantragten Massnahmen bereits in den Jahren 2006 bis 2008 angeordnet worden seien, was eine sehr grosse Verbesserung der Situation für sie ergeben habe. Die Querausrichtung für unorganisierte Fussballspiele sei zumutbar, zumal der Platz mangels eines ausreichenden Fangzaunes auf der Seite des Schulhauses ohnehin nicht "spieltauglich" sei. Das Fehlen eines adäquaten Ballfanggitters auf der Seite des Schulhauses schaffe für die Spieler geradezu einen Anreiz, zum Grundstück der Kläger hin zu spielen. Das Querstellen der Tore hätte keine erheblichen Betriebseinschränkungen im nicht geleiteten Spiel zur Folge (u.a. Urk. 42 Rz 6, Rz 15, Rz 19, Rz 29 und Rz 49). Stehe das fragliche Tor an der Grenze zu ihrem Grundstück, so würden - gerade in der schönen Jahreszeit und bei gutem Wetter - zahlreiche Bälle auf ihr Grundstück gelangen, jedes Mal gefolgt von einem oder mehreren Spielern, die unangemeldet und unbefugt durch den Garten trampelten, um die Bälle zurückzuholen (Urk. 42 Rz 16 f.). Bei einer Querausrichtung der Tore sei die Beeinträchtigung durch fehlgeleitete Bälle wesentlich geringer (Urk. 42 Rz 22). An den Tagen, an denen das Tor an der Grenze zu ihrem Grundstück stehe, werde im Durchschnitt ein Ball pro Tag in ihren Garten gespielt, nämlich an den fraglichen 38 Tagen insgesamt 38 Balleinwirkungen (Urk. 42 Rz 23). Die Anzahl Beeinträchtigungen sowie ob das Tor jeweils an der Grenze zum klägerischen Grundstück stand, wird von der Beklagten indes bestritten (Urk. 52 Rz 32).

4. Beurteilung

A. Grundlagen

a) Die Kläger machen nach wie vor geltend, dass sie gestützt auf Art. 641 ZGB einen unbedingten Anspruch auf Beseitigung des Störungszustandes im Sinne einer Eigentumsfreiheitsklage hätten, ohne dass die Anforderungen an Übermässigkeit oder Ortsüblichkeit zum Tragen kämen. Letzteres sei bloss bei einer Beurteilung gestützt auf Art. 679 i.V. mit Art. 684 zu prüfen (Urk. 42 Rz. 42). Sie machen weiter aber auch Immissionen geltend.

b) Die fragliche Wiese ist Teil der Primarschulanlage D._____. Sie dient in erster Linie dem Schulsport. Damit ist davon auszugehen, dass die gesamte Anlage im Verwaltungsvermögen der Stadt C._____ steht. Die Zugehörigkeit einer öffentlichen Sache zum Verwaltungsvermögen schliesst nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts die Anwendbarkeit des Zivilrechts jedoch nicht völlig aus. Die Gegenstände des Verwaltungsvermögens bleiben vielmehr dem Zivilrecht unterstellt, soweit dies mit ihrer Zweckbestimmung vereinbar ist und sofern das Gesetz nicht etwas anderes bestimmt (BGE 132 III 49 E 2.3 S. 52 und 120 II 321 E 3b S. 323). Nach Zivilrecht richtet sich u.a. der Inhalt des Eigentums, demgegenüber bestimmt das öffentliche Recht über die Verfügungsmacht sowie über die Zweckbestimmung und die Nutzungsmöglichkeiten (André Werner Moser, Der öffentliche Grund und seine Benützung, Bern 2011, S. 24 mit Hinweis auf Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht, RZ 2365). Dies bedeutet, dass die Zweckbestimmung durch die Anwendung von Zivilrecht nicht beeinträchtigt werden darf; das Gemeinwesen soll nicht durch zivilrechtliche Abwehransprüche in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben behindert werden. Immissionen aus Grundstücken des Verwaltungsvermögens sind deshalb hinzunehmen, wenn sie unausweichliche Folge ihrer Zweckbestimmung sind. Im Gegensatz zu Immissionen aus Grundstücken des Finanzvermögens, die den Art. 679 und 648 ZGB in jedem Fall uneingeschränkt unterstehen, trifft dies bei Immissionen aus Grundstücken des Verwaltungsvermögens nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur zu, soweit es sich nicht um die unausweichliche Folge der Erfüllung öf-

fentlicher Aufgaben handelt. Die zivilrechtlichen Ansprüche zur Abwehr von Immissionen sind allerdings nur dort ausgeschlossen, wo die öffentliche Aufgabe ohne die übermässige schädliche Einwirkung auf Nachbargrundstücke überhaupt nicht erfüllt werden oder wo die Einwirkungen zwar behoben oder auf ein erträgliches Mass herabgesetzt werden könnten, die Aufwendungen jedoch unverhältnismässig wären (BGE 119 II 411 E 3c S. 414 mit zahlreichen Hinweisen).

Diesen Vorgaben haben die Kläger dadurch Rechnung getragen, dass sie ihr Rechtsbegehren so formuliert haben, dass sie Massnahmen beantragen, die von der Beklagten nur einen geringen organisatorischen und finanziellen Aufwand verlangen und welche überdies früher bereits freiwillig praktiziert worden seien. Für Schul- und Vereinsspiele verlangen sie überhaupt keine Einschränkungen. Die Beklagte sei daher in keiner Art und Weise an der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben oder an der Einhaltung vorbestehender Verpflichtungen eingeschränkt (vgl. dazu Urk. 42 Rz 51 und 52). Die Kläger stellen lediglich die "freie Nutzung" der Spielwiese in Frage (u.a Urk. 42 Rz 53). Diese Nutzung durch "freies Fussballspiel" ausserhalb der Inanspruchnahme der Wiese durch die Schule oder durch Vereine zählt jedoch - auch wenn mit der Bewilligung einer solchen Nutzung die körperliche bzw. sportliche Betätigung der Bevölkerung gefördert wird - nicht zu den unabdingbaren öffentlichen Aufgaben, und allfällige Immissionen sind daher nicht unausweichliche Folgen der Zweckbestimmung. Damit sind die von den Klägern geltend gemachten Beeinträchtigungen bzw. die vom Grundstück der Beklagten ausgehenden Einwirkungen bzw. Immissionen nach Zivilrecht, d.h. unter dem Aspekt von Art. 641 ZGB bzw. Art. 679 i.V. mit Art. 684 ZGB zu prüfen.

B. Eigentumsfreiheitsklage

Art. 641 Abs. 2 ZGB gibt dem Eigentümer eines Grundstücks das Recht, jede ungerechtfertigte Einwirkung auf die Sache abzuwehren. Er kann damit die Beseitigung einer Beeinträchtigung oder die Unterlassung drohender Eingriffe verlangen. Beklagter ist der Störer, sei es der unmittelbare Täter, sei es derjenige, welcher die unerlaubten Eingriffe veranlasst oder diese duldet, ermöglicht oder begünstigt (vgl. u.a. Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 89 und 96 zu Art. 641

ZGB). In diesen Fällen muss die Einwirkung dem Störer als Beklagten zuzurechnen sein, sie muss als Folge seines Verhaltens (Tun oder Unterlassen) betrachtet werden können. Es genügt die dem Verursacher nach Kausalitätsgesichtspunkten zuzurechnende Einwirkung (BSK ZGB II-Wiegand, Art. 641 N 62). Die von den Klägern angehobene Klage kann sich daher - auch wenn die beanstandeten Einwirkungen von den die Rasenfläche ausserhalb der Schulnutzung und Vereinsnutzung in Anspruch nehmenden Personen und deren Fussballspiel ausgehen - gegen die Stadt C._____ richten.

Unter Einwirkung ist sodann alles zu verstehen, was auf unmittelbarem oder mittelbarem Wege von aussen her kommend sich auf dem Grundstück auswirkt, sei es in materieller Weise (durch feste, flüssige oder gasförmige Körper, Kräfte und Kraftwirkungen), sei es in immaterieller Weise durch Erweckung unangenehmer psychischer Eindrücke (Meier-Hayoz, a.a.O., N 99 zu Art. 641 ZGB). Nicht jeder Eingriff berechtigt den Eigentümer indes zur Abwehr, sondern nur derjenige, welcher als ungerechtfertigt qualifiziert werden kann. Ungerechtfertigt im Sinne von Art. 641 Abs. 2 ZGB ist eine Einwirkung immer dann, wenn sie eine unmittelbare ist und somit einer Besitzesstörung gemäss Art. 928 ZGB gleichkommt, wie dies beim Betreten, Überrollen oder Überfliegen oder bei anderweitiger Benützung eines fremden Grundstückes der Fall ist. Ein schuldhaftes Verhalten des Beklagten ist nicht erforderlich (Meier-Hayoz, a.a.O., N 100 f. und 104 zu Art. 641 ZGB). Gerechtfertigt ist ein Eingriff, eine Einwirkung im erwähnten Sinne lediglich dann, wenn sich der Störer hiefür auf eine besondere gesetzliche Vorschrift oder auf ein dingliches oder obligatorisches Recht berufen kann (BGE 104 II 166 E 2 S. 167). Ob eine Einwirkung ungerechtfertigt ist, entscheidet sich bei Grundstücken vor allem nach den Regeln des Nachbarrechts, insbesondere nach den Regeln von Art. 679 und 684 ZGB (BSK ZGB II-Wiegand, Art. 641 N 63). Während sich die auf Art. 641 Abs. 2 ZGB abgestützte Eigentumsfreiheitsklage grundsätzlich gegen jede beliebige ungerechtfertigte Störung des Grundeigentums des Klägers richtet, wird mit Klagen aus Art. 679 ZGB gegen eine Überschreitung des Grundeigentumsrechts des Beklagten eingeschritten. Deshalb hat die Eigentumsfreiheitsklage die Funktion, einen direkten, unmittelbaren Eingriff in die Substanz einer Sache abzuwehren; demgegenüber sind die Klagen aus Art. 679 ZGB ge-

gen "mittelbare" Eingriffe einzusetzen, die sich aus der Ausübung der aus dem Grundeigentum fliessenden Nutzungsrechte aus einem Nachbargrundstück ergeben. Art. 679 ZGB wird im Vergleich zur Eigentumsfreiheitsklage als lex specialis bezeichnet. Sind in einem konkreten Fall gleichzeitig die Voraussetzungen beider Bestimmungen erfüllt, ist Art. 679 ZGB ausschliesslich anzuwenden (Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band I, Rz 2074 und 2075). Die Eigentumsfreiheitsklage steht daher nicht zur Verfügung, wenn die Beeinträchtigungen aus der Nutzung des Nachbargrundstücks hervorgehen (Steinauer, Les droits réels, Tome premier; Rz 1035 mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung; Schmid/Hürlimann, Sachenrecht, 3. A., Rz 674).

Die auf das Grundstück der Kläger fehlgeleiteten Fussbälle sowie das nachfolgende Betreten des klägerischen Grundstückes durch Spieler, die ihre Bälle suchen und diese wieder an sich nehmen wollen, stellen keine direkten Einwirkungen dar, sondern sind als Folgen der an sich zulässigen Nutzung des Nachbargrundstückes zu sehen. Sie fallen mithin unter die mittelbaren Einwirkungen. Damit ist die Klage nicht unter dem Gesichtspunkt von Art. 641 Abs. 2 ZGB zu prüfen, sondern mit der Vorinstanz (Urk. 43 S. 20 - 27) nach Art. 679 i.V. mit Art. 684 ZGB zu beurteilen. Aber auch wenn die von den Klägern gerügten "Ballbewürfe" auf ihr Grundstück sowie das gerügte Betreten ihres Grundstückes durch die Spieler als direkte Einwirkungen gewertet würden, wäre nach dem oben Gesagten die Klage unter dem Gesichtswinkel von Art. 679 i.V. mit Art. 684 ZGB zu prüfen, da auch die Frage von unzulässigen Immissionen zu prüfen ist.

C. Immissionen

a) Jedermann ist verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums sich aller übermässigen Einwirkungen auf das Eigentum des Nachbarn zu enthalten (Art. 684 Abs. 1 ZGB). Verboten sind insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Luftverunreinigung, üblen Geruch, Lärm, Schall, Erschütterung, Strahlung oder durch den Entzug von Besonnung oder Tageslicht (Art. 684 Abs. 2 ZGB). Zur Abwehr solcher Immissionen stellt Art. 679 ZGB ein

Sanktionssystem zur Verfügung: "Wird jemand, dadurch, dass ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet, geschädigt oder mit Schaden bedroht, so kann er auf Beseitigung der Schädigung oder auf Schutz gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz klagen" (Art. 679 Abs. 1 ZGB). Materielle Immissionen sind die physischen Einwirkungen wie Rauch oder Russ, Gerüche, Schmutzablagerungen, Insekten (Bienen), Erschütterungen etc. (vgl. zur Kasuistik u.a. Göksu in Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., N 5 zu Art. 684 ZGB).

b) Dass die auf das Grundstück der Kläger aufprallenden Bälle grundsätzlich Immissionen darstellen, ist offensichtlich und braucht nicht weiter ausgeführt zu werden.

c) Zum Betreten des Grundstückes durch die Spieler hielt die Vorinstanz fest, es sei davon auszugehen, dass es sich bei den fehlgeleiteten Fussbällen um Sachen handle, die durch zufällige Ereignisse auf ein fremdes Grundstück gebracht worden seien. Sie seien den betreffenden Personen unfreiwillig abhanden gekommen. Dies gelte auch bei fahrlässigem Handeln. Gemäss Art. 700 Abs. 1 ZGB habe der Berechtigte ein Recht, solche Sachen wieder an sich zu nehmen und hiezu auch ein Grundstück eines Dritten zu betreten. In der Lehre werde denn auch ausdrücklich darauf verwiesen, dass beim unvorsichtigen Werfen eines Gegenstandes von einem unfreiwilligen Abhandenkommen im Sinne von Art. 700 Abs. 1 ZGB auszugehen sei. Es bestehe deshalb eine zivilrechtliche Zutrittsberechtigung (Urk. 43 S. 19 f.).

Diesen Erwägungen kann nicht ohne weiteres beigepflichtet werden. Zwar ist bei einem unvorsichtigen Werfen eines Gegenstandes bzw. unvorsichtigen oder gar mutwilligen Hinüberwerfen einer Sache durch einen Unberechtigten nach der Lehre davon auszugehen, dass diese Gegenstände bzw. Sachen unfreiwillig abhanden gekommen sind (Meier-Hayoz, a.a.O., N 19 zu Art. 700 ZGB und Haab, Zürcher Kommentar, N 2 zu Art. 700 ZGB), doch liesse sich durchaus die Frage stellen, ob hievon auch noch ausgegangen werden kann, wenn - wie von den Klägern geltend gemacht - an einem einzigen Tag gleich 9 bzw. 8 Bälle fehlgeleitet wurden (Urk. 32/2: Mittwoch, 28. April 2010 und Sonntag, 5. September 2010).

Wesentlich erscheint aber vorab, dass Art. 700 Abs. 1 ZGB kein unmittelbares Zutrittsrecht gewährt, sondern bloss einen Anspruch auf Gestattung des Aufsuchens und Wegschaffens der fraglichen Gegenstände verschafft. Betritt der Ansprecher der Sache das Grundstück, ohne den Berechtigten anzufragen, so begeht er eine verbotene Eigenmacht. Zwar kann aus praktischen Gründen eine stillschweigende Gestattung angenommen werden, doch bedingt dies, dass der Grundeigentümer - was hier nicht zutrifft - nur schwer erreichbar ist und dass das Aufsuchen und Wegschaffen keinen Schaden verursacht. Das geltend gemachte wiederholte Betreten des Grundstückes der Kläger beinhaltet deshalb ebenfalls eine grundsätzlich nicht hinzunehmende Immission.

d) Die Vorinstanz hat bei der Beurteilung der Übermässigkeit der Immissionen den Ortsgebrauch in den Mittelpunkt gestellt und darauf hingewiesen, dass das Rasenfeld seit einigen Jahrzehnten dem Schulhaus D._____ für den Schul- und Spielbetrieb diene. Folglich seien sowohl Lärmimmissionen als auch ab und an ausserhalb des Spielfeldes landende Bälle zu akzeptieren. Dies würde von der ansässigen Bevölkerung als normal empfunden. Bewohner von unmittelbar an ein Schulhaus mit Sportplatz angrenzenden Grundstücken müssten dies als Ausfluss der an diesem bestimmten Ort vorherrschenden Benutzungsweise hinnehmen. Die Toleranzgrenze für Nachbarn sei aufgrund des typischen Ortsgebrauches höher anzusetzen.

Dies träfe zweifellos insoweit uneingeschränkt zu, als die Nutzung des Rasenfeldes für die Schule und die Vereine zur Frage stehen würde. Die Kläger begehren jedoch - wie mehrfach angeführt - Massnahmen für die Zeit der freien Nutzung durch die Öffentlichkeit. Hier kann nicht ohne weiteres von einem zu duldenden Ortsgebrauch ausgegangen werden, auch wenn die Kläger erst seit dem Jahre 2002 auf dem Nachbargrundstück ansässig sind. Ob eine Immission übermässig im Sinne des Gesetzes ist, hat das Gericht durch eine Wertung und Abwägung der widerstreitenden Interessen der Parteien festzustellen. Dabei steht dem Richter ein weiter Ermessensspielraum zu (BGE 101 II 248 E 3 S. 250). Der Richter hat im Sinne von Art. 4 ZGB eine dem konkreten Fall angemessene Lösung zu treffen. Doch hat auch das Eingehen des Richters auf die Besonderhei-

ten des Einzelfalles seine Grenzen. So darf der Richter nicht schon dann auf eine Übermässigkeit der Einwirkung schliessen, wenn er sich davon überzeugt hat, dass diese speziell für die Person des Klägers übermässig ist, sondern nur dann, wenn diese für jedermann übermässig ist, der sich in der Lage der Betroffenen befindet (Meier-Hayoz, a.a.O., N 64 f. zu Art. 684 ZGB). Letztlich bleibt aber auch hier zu beachten, dass derjenige, der sich an einem Ort niederlässt, wo Immissionen drohen, diese Einwirkungen grundsätzlich in Kauf zu nehmen hat (BSK ZGB II - Rey/Strebel, Art. 684 N 12).

e) aa) Die Kläger beanstandeten im erstinstanzlichen Verfahren mit der Klagebegründung einzelne, von der Beklagten bestrittene hinübergeflogene Fussbälle an den folgenden Daten (Urk. 2 S. 6):

- Mittwoch 14. Mai 2008, 18.30 Uhr und kurz später (2 Bälle)
- Montag 30. Juni 2008, 20.15 Uhr
- Mittwoch 2. Juli 2008, 19.45 Uhr
- Karfreitag 10. April 2009
- Samstag 25. April 2009

Mit der erstinstanzlichen Replik stellten die Kläger weitere, von der Beklagten wiederum bestrittene Behauptungen betreffend hinübergeflogene Bälle auf, die allesamt beim freien, unbeaufsichtigten Spielen auf das Grundstück der Kläger fehlgeleitet worden seien (Urk. 31 S. 19 ff. und Urk. 32/2):

- Samstag 10. April 2010, 17.28 Uhr (ein Ball)
- Donnerstag 22. April 2010, 16.45 Uhr (ein Ball)
- Dienstag 27. April 2010, 16.27 Uhr (ein Ball)
- Mittwoch 28. April 2010, 14.28 - 20.00 Uhr (neun Bälle)
- Samstag 1. Mai 2010, 17.07-17.14 Uhr (zwei Bälle)
- Montag 3. Mai 2010, 17.48 Uhr (ein Ball)
- Freitag 7. Mai 2010, 16.43 Uhr (ein Ball)
- Samstag 8. Mai 2010, 17.33 Uhr (ein Ball)
- Sonntag 9. Mai 2010, 13.32 Uhr (ein Ball)

- Montag 24. Mai 2010, 17.05 Uhr (ein Ball)
- Samstag 5. Juni 2010, 20.34 Uhr (ein Ball)
- Mittwoch 9. Juni 2010, 17.02 u. 19.25 Uhr (zwei Bälle)
- Mittwoch 23. Juni 2010, 14.43 u. 17.10 Uhr (zwei Bälle)
- Donnerstag 24. Juni 2010, 20.01 Uhr (ein Ball)
- Dienstag 29. Juni 2010, 20.58 Uhr (ein Ball)
- Mittwoch 30. Juni 2010, 19.46 Uhr (ein Ball)
- Donnerstag 8. Juli 2010, 19.37 Uhr (ein Ball)
- Dienstag 13. Juli 2010, 20.28 Uhr (ein Ball)
- Mittwoch 14. Juli 2010, 18.45-20.06 Uhr (vier Bälle)
- Sonntag 5. September 2010, 14.05-17.19 Uhr (acht Bälle)

Die Kläger rügten weiter, dass auch an Sonntagen und Feiertagen unbeaufsichtigte Fussballspiele stattgefunden hätten (Urk. 31 S. 5). Weiter machten sie geltend, dass es zu Fussballabdrücken an den Wänden und den Storen gekommen sei, wenn die Bälle nass und schmutzig gewesen seien (Urk. 31 S. 7). Bereits mit der Klagebegründung hatten sie die Beschädigung eines Storens am 30. Juni 2008 und einer Pflanze am 25. April 2009 gerügt (Urk. 2 S. 6 ff.). Am 5. September 2010 hätten zudem die Spieler, nachdem sie aufgefordert worden seien, besser aufzupassen, Blumen und Pflanzen mit Füssen und Ballwürfen malträtiert (Urk. 31 S. 13). Dies wurde von der Beklagten alles bestritten, so u.a. auch, dass die angeführte Beschädigung eines Storen durch einen Fussball verursacht worden sei (Urk. 37 S.S. 6 ff.).

Im Berufungsverfahren verwiesen die Kläger auf ihre bisherigen Vorbringen (Urk. 42 S. 6 ff.), währenddem die Beklagte weiterhin an ihren umfassenden Bestreitungen festhielt (Urk. 52 S. 7 ff.). Das Rasenfeld wird nach Auffassung der Beklagten rechts- und regelkonform genutzt. Eine unrechtmässige Nutzung durch Dritte habe nicht die Beklagte zu vertreten. Diesbezüglich seien die Kläger an die Polizei zu verweisen (Urk. 52 S. 11 Rz 48 f.). Mit der Replik nahmen die Kläger hiezu Stellung, sie ergänzten aber auch ihre bisherigen Vorbringen mit folgenden, neu behaupteten Beeinträchtigungen (Urk. 56 S. 9 f. Rz 16-20):

- Sonntag, 17. April 2011
- Montag, 18. April 2011
- Samstag, 23. April 2011

Sodann seien innert drei Wochen im April 2011 mit längs gestellten Toren 21 Bälle auf die Liegenschaft der Kläger geprallt, ebenso viele in der Zeit ab 9. Mai bis Mitte Juli 2011. Weiter wurde angeführt, dass die "freien Spieler" keineswegs hauptsächlich aus dem Quartier kämen, sondern auch - so am Sonntag, 3. Juli 2011 - zum Teil aus dem Kanton … anreisten (Urk. 56 S. 12 Rz 26). All dies wird wiederum von der Beklagten bestritten bzw. wird geltend gemacht, die Vorbringen seien verspätet (Urk. 60 S. 7 ff.).

bb) Dass ein unverhofft auf die Liegenschaft oder auf das Wohnhaus aufprallender Fussball eine Beeinträchtigung für den Grundeigentümer bzw. für die sich auf dem Grundstück aufhaltenden Personen darstellt, wurde bereits erwähnt und braucht nicht weiter ausgeführt zu werden. Dies ist offensichtlich. Auch für Personen, die nicht besonders schreckhaft sind, kann ein überraschender Aufprall eines Fussballs in der nächsten Umgebung oder direkt auf der Person eine schockartige Überraschung bedeuten. Es kann vom Grundeigentümer und den sich in der Liegenschaft aufhaltenden Personen nicht verlangt werden, dass sie - sobald auf dem Nachbargrundstück Fussball gespielt wird - stets beobachten, ob nun ein Ball fehlgeleitet und über den Maschenzaun getreten wird. Jeder versehentlich auf das Grundstück der Kläger gespielte Ball stellt deshalb grundsätzlich eine Immission dar.

Dies gilt ebenso für Spieler, die, ohne bei den Grundeigentümern nachzufragen, das Grundstück betreten, um nach dem Ball zu suchen. Erst recht ist dies für diejenigen Spieler anzunehmen, die ohne Einwilligung der Grundeigentümer auf den Balkon klettern, so wie dies für Ostersamstag, 23. April 2011, geltend gemacht und durch die eingereichten Bilder belegt ist. Dass die eingereichten Bilder gefälscht seien, wird nicht vorgebracht und ist auch nicht leichthin anzunehmen. In diesem Zusammenhang mutet es befremdlich an, wenn die Beklagte ausführt, dass nicht ersichtlich sei, wie die Jugendlichen sonst handeln könnten, um die Bälle zurückzuerhalten (Urk. 60 S. 8 Ziff. 21). Ein Grundeigentümer hat ein

Klettern von Drittpersonen auf seinen Balkon nicht zu dulden, es wäre vielmehr an den Jugendlichen, den Eigentümer - wie oben dargelegt - um entsprechende Erlaubnis bzw. um Herausgabe des Balles zu ersuchen. Betreten sie das Grundstück, ohne um Erlaubnis nachzufragen, liegt grundsätzlich eine unerlaubte Eigenmacht vor (Haab, a.a.O., N 6 zu Art. 700 ZGB). Soweit ein Schaden verursacht wurde, besteht zudem ein Retentionsrecht an den auf das Grundstück gelangten Sachen (Art. 700 Abs. 2 ZGB). Sodann ist darauf hinzuweisen, dass die Kläger - entgegen der Beklagten (Urk. 60 S. 11) - sehr wohl berechtigt sind, die auf ihr Grundstück fliegenden Bälle zu fotografieren oder zu filmen bzw. die (unbefugt) auf ihr Grundstück tretenden Personen im Hinblick auf das laufende Verfahren in derselben Weise festzuhalten, nachdem die Beklagte die entsprechenden Beeinträchtigungen ja allesamt bestreitet und ausführt, die Kläger hätten keinerlei Beweise erbracht (vgl. z.B. Urk. 36 S. 17 f. Rz 76-78). Unter solchen Umständen ist es den Klägern nicht zu verargen, wenn sie eine ausführliche Bilddokumentation erstellt haben. Ob hiezu gleich sieben ständig montierte Kameras erforderlich sind (vgl. Prot. II S. 14), braucht hier nicht geprüft zu werden.

cc) Die Vorinstanz wies anderseits zu Recht darauf hin (Urk. 43 S. 31), dass das fragliche Rasenfeld seit einigen Jahrzehnten dem Spielbetrieb diene. Ab und an ausserhalb des Spielfeldes landende Bälle würden deshalb von der ansässigen Bevölkerung als normal empfunden. Bewohner von unmittelbar an ein Schulhaus mit einem Sportplatz angrenzenden Grundstücken dürften dies als eine an diesem Ort vorherrschende Benutzungsweise empfinden. Die Toleranzgrenze sei deshalb höher anzusetzen. Ein Nachbar müsse auf sein Grundstück fehlgeleitete Bälle und nachfolgend den Ball suchende / holende Personen ab und an grundsätzlich akzeptieren. Dies sei im Sinne eines Interessenausgleichs zu dulden. Bei der behaupteten Anzahl von hinüberfliegenden Bällen sei unter Berücksichtigung der Lage und der Beschaffenheit der Grundstücke sowie des Ortsgebrauchs noch nicht von einer übermässigen Immission auszugehen.

Diesen Erwägungen kann nicht umfassend zugestimmt werden. Die für die Jahre 2008 und 2009 angeführten Störungen sind bei einem an ein seit vielen Jahren auch öffentlich genutztes Spielfeld angrenzenden Grundstück zwar hinzu-

nehmen. Hier kann noch nicht von übermässigen Immissionen gesprochen werden. Die erst seit dem 8. November 2002 ansässigen Kläger mussten mit solchen Beeinträchtigungen rechnen. Dies gilt grundsätzlich auch für die für das Jahr 2010 angeführten Beeinträchtigungen. Allerdings ist mit der Vorinstanz (Urk. 43 S. 31 Ziff. 10.7 in der Mitte) festzuhalten, dass auch von Eigentümern "solcher Nachbargrundstücke" nicht einfach die Hinnahme jeglicher Immissionsintensität erwartet werden darf. Werden nur die Vorfälle gezählt, an denen ein oder zwei Bälle auf dem Grundstück der Kläger landeten, so waren dies nach deren Darstellung im Jahre 2010 20 Bälle in rund fünf Monaten. Dies erscheint angesichts der Lage und der langjährigen Nutzung des Grundstückes als für die Kläger zumutbar. Auch eine einmalige Häufung von Immissionen, wie dies nach der Darstellung der Kläger am Mittwoch, 14. Juli 2010 mit vier Bällen der Fall war, kann noch als eine einzelne Häufung von Beeinträchtigungen - und damit als zu tolerieren - angesehen werden. Dies erscheint jedoch fraglich für die von den Klägern angeführten Geschehen vom 28. April 2010 und vom 5. September 2010 mit angeblich neun bzw. acht Fussbällen auf dem klägerischen Grundstück. Angesichts der behaupteten Einwirkungen je an einem einzigen Nachmittag kann solches entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urk. 43 S. 32) nicht - zusätzlich zu den angeführten 24 Eingriffen - ohne weiteres bloss als vernachlässigbare Häufungen innerhalb eines knappen halben Jahres angesehen und als Ausnahmen betrachtet werden.

Es fragt sich deshalb, ob angesichts der umfassenden, sogar die Echtheit der Bilder in Frage stellenden Bestreitungen der Beklagten eine beweismässige Abklärung der behaupteten Vorfälle zu ergehen hat und ob das Verfahren hiefür an die Vorinstanz zurückzuweisen ist oder ob aufgrund der übrigen Vorbringen der Parteien eine angemessene, die behaupteten Beeinträchtigungen reduzierende Anordnung im Sinne der klägerischen Anträge getroffen werden kann. Immerhin bestreitet die Beklagte im Berufungsverfahren bloss, dass "oft" Fussbälle über den Zaun fliegen und dass "häufig" ein freies Fussballspiel stattfinde (Urk. 52 S. 6 Rz 16). Es ist mithin doch davon auszugehen, dass Bälle über den Zaun gespielt werden, was denn auch bei einem Fussballspiel oder bei Schussübungen in Richtung des Tores beim Grundstück der Kläger nach der Lebenserfahrung offensicht-

lich ist. In der Regel können bei jedem Fussballspiel (auch erhebliche) "Fehlschüsse" beobachtet werden.

dd) Das von der Beklagten eingereichte Betriebs- und Benützungsreglement für Räume der Schulhäuser und Turnhallen sowie der Turn- und Spielplätze (Urk. 16/8) regelt vorab die Benützung der Anlagen durch Vereine und die entsprechenden Bewilligungen (vgl. Art. 1, 7, 8 und 15). Aus den Betriebszeiten geht hervor, dass die Anlagen normalerweise von Montag bis Freitag von 17.30 Uhr bis 22.00 Uhr und am Samstag von 08.00 Uhr bis 16.00 Uhr zur Verfügung stehen (Art. 6). Eine Regelung der (unentgeltlichen) Nutzung durch die Öffentlichkeit in der nicht durch die Schule oder durch die Vereine beanspruchten Zeit ist mit diesem Reglement jedoch nicht vorgesehen, anders als dies beispielsweise mit den von den Klägern eingereichten Nutzungsregeln der Gemeinde F._____ der Fall ist (Urk. 4/10). Es steht damit kein öffentlicher Erlass einer gestützt auf Art. 679 i.V. mit Art. 684 ZGB allenfalls anzuordnenden Massnahme entgegen. Auch die Polizeiverordnung vom 20. November 2000 (Urk.16/7) regelt die Benützung der Schulwiesen durch die Öffentlichkeit nicht näher. Es wird lediglich mit Art. 19 Abs. 1 festgehalten, dass öffentlicher Grund und öffentliche Einrichtungen nicht entgegen ihrer Zweckbestimmung oder über den Gemeingebrauch hinaus benützt werden dürfen. Sodann müssen gemäss Art. 37 Abs. 1 (unter dem Titel Lärmschutz) Sport- und ähnliche Veranstaltungen im Freien um 22.00 Uhr beendet sein. Damit kann aber weder das angeführte Betriebs- und Benützungsreglement noch die Polizeiverordnung - wie von der Beklagten vorgebracht - den Klägern zur Abwehr der von ihnen gerügten Immissionen dienen. Es kann aber auch grundsätzlich den Klägern nicht zugemutet werden, jedes Mal die Polizei in Anspruch nehmen zu müssen.

Entscheidend bei der Prüfung der aufgeworfenen Fragen ist nun, dass die Beklagte selber davon ausgeht, dass das Rasenfeld Sonntags und in der Winterperiode den Vereinen nicht zur Verfügung steht (Urk. 15 S. 4). Am Sonntag und während der Schulferien bleibe der Rasen geschlossen (Urk. 15 S. 5 Rz 8), was allerdings aus den angeführten Bestimmungen des Betriebs- und Benützungsreglements nicht hervorgeht. Nach den eigenen Ausführungen der Beklagten steht

der Rasen jedoch sonntags, samstags ab 16.00 Uhr, werktags ab 22.00 Uhr sowie bei Feuchtigkeit oder Nässe sowie vom Herbst bis Frühjahr überhaupt nicht zur Verfügung. Zu all diesen Zeiten seien daher Immissionen ausgeschlossen (Urk. 15 S. 9 Rz 16). Die Beklagte bestritt denn auch ausdrücklich, dass am Karfreitag, 10. April 2009 - wie von den Klägern geltend gemacht (Urk. 2 S. 6 Rz 15) - Fussball gespielt worden sei; an Sonntagen und Feiertagen dürfe der Rasen nicht benutzt werden (Urk. 15 S. 20). Im Berufungsverfahren hielt die Beklagte an diesen Ausführungen fest: Der Rasen sei am Sonntag und während der Schulferien geschlossen, ausserdem auch bei nasser Witterung, insbesondere von Ende Oktober bis Anfangs Mai. Die Sperrung des Rasens werde durch zwei am Spielfeldrand befindliche Tafeln angezeigt (Urk. 52 S. 6). Eine Nutzung an einem Sonntag sei unrechtmässig (Urk. 52 S. 11 Rz 48, Urk. 60 S. 54 Rz 9).

ee) Die Kläger streben mit ihrer Klage - wie bereits erwähnt - keine Einschränkung der Nutzung des Spielfeldes D._____ für die Schule und die Vereine an. Entsprechend den obigen Ausführungen haben sie indes auch den Spielbetrieb durch die Öffentlichkeit grundsätzlich hinzunehmen und es besteht kein Anlass, während der Woche eine Einschränkung anzuordnen und der Beklagten zu befehlen, die Tore stets quer zu stellen, wenn weder eine schulische Nutzung noch die Benützung durch Vereine ansteht. Angesichts des Ausmasses der Spielwiese von 57 Meter mal 33 Meter ist offensichtlich, dass bei einem Querstellen der Tore das Rasenfeld für eigentliche Fussballspiele nur noch beschränkt geeignet ist. Es fehlen zudem auf den Längsseiten hohe Zäune, welche die neben das Tor gespielten Bälle in der Regel aufhalten könnten (vgl. Prot. II S. 13). Eine Nutzung der Spielwiese mit quer gestellten Toren ist für Dritte daher wesentlich weniger attraktiv. Insoweit geht das Interesse der Öffentlichkeit, den bisherigen freien Sportbetrieb und das Fussballspiel weiterführen zu können, vor. Selbst die behaupteten übermässigen Immissionen am Mittwoch, 28. April 2010 können die beantragten Einschränkungen noch nicht rechtfertigen. Dies gilt ebenso für die behaupteten Beeinträchtigungen im Jahre 2011 (Urk. 58/3).

f) Die Aufstellungen der Kläger beinhalten aber auch Beeinträchtigungen zu Zeiten bzw. an Tagen, an denen nach der Darstellung der Beklagten ein

Spielbetrieb an sich gar nicht zulässig sei: Karfreitag, 10. April 2009, Samstag, 10. April 2010, 17.28 Uhr, Samstag, 1. Mai 2010, nach 17.00 Uhr, Samstag, 8. Mai 2010, 17.33 Uhr, Sonntag, 9. Mai 2010, Samstag, 5. Juni 2010, 20.34 Uhr, Sonntag, 5. September 2010 (acht Bälle), Sonntag, 10. April 2011, Sonntag, 17. April 2011, Samstag, 23. April 2011 (fünf Bälle), Ostersonntag, 24. April 2011, Ostermontag, 25. April 2011 (drei Bälle), Sonntag, 12. Juni 2011, Sonntag, 19. Juni 2011 und Sonntag, 3. Juli 2011 (zu den Behauptungen für 2011: vgl. Urk. 58/3). Zwar bestreiten die Beklagten alle diese Beeinträchtigungen, doch spricht angesichts der minutiösen Auflistungen der Kläger und der detaillierten fotografischen Belege sowie der Videosequenzen vieles für die Darstellung der Kläger. Es darf - wie erwähnt - nicht leichthin geschlossen werden, dass die Belege gefälscht seien. Es widerspricht zudem jeglicher Lebenserfahrung, dass bei einem Spiel auf ein Fussballgoal nie ein Ball über einen (auch fünf Meter hohen) Maschenzaun fliegen würde. Es ist deshalb - zumal die Beklagte ja auch nicht jegliche "Fehlschüsse" bestreiten - jedenfalls von gewissen entsprechenden Immissionen (auch) an Sonntagen und Feiertagen auszugehen. Hier ist es der Beklagten zuzumuten, dafür zu sorgen, dass an den von ihnen als gesperrt bezeichneten Daten weniger Immissionen drohen. Dies ist mit einem Querstellen der Tore zweifellos zu erreichen. Steht kein Tor so, dass in Längsrichtung gegen das Grundstück der Kläger hin gespielt wird, so ist die Gefahr, dass ein Ball über den Zaun in Richtung des klägerischen Grundstückes gespielt wird, klarerweise wesentlich geringer. Werden die Tore an Sonntagen sowie an Feiertagen quer gestellt und angekettet, so ist die Gefahr, dass in Richtung des klägerischen Grundstückes gespielt wird, weithin gebannt. Es kann nicht sein, dass die Kläger jedes Mal die Polizei herbeirufen müssen, wenn trotzdem an einem Sonntag oder Feiertag auf das Tor vor ihrem Grundstück gespielt wird. Da für Samstag nur eine sehr eingeschränkte Nutzung durch Vereine (… von 14 - 17 Uhr, vgl. Urk. 15 S. 4 f. i.V.m. Urk. 16/6) geltend gemacht wurde, drängt sich aus praktischen Gründen auf, der Beklagten aufzugeben, die Tore ab Freitagabend (nach der Nutzung des Rasenfeldes durch die Vereine) bis Montagmorgen sowie an Feiertagen quer zu stellen und diese antragsgemäss anzuketten. Dieser Aufwand ist für die Vereine (die über Schlüssel verfügen) und die Beklagte bzw. den die Wiese betreuenden

Hauswart zumutbar (vgl. dazu Urk. 4/12). Die Tore lassen sich von zwei erwachsenen Personen leicht verschieben, sie können aber auch von einer Person, das Tor über den Boden schleifend, verschoben werden (Prot. II S. 12). Diese organisatorisch mit wenig Aufwand mögliche einfache Massnahme, nämlich die Tore an Sonn- und Feiertagen quer zu stellen, lässt es als gerechtfertigt erscheinen, dass alsdann an Samstagen nicht in der Längsrichtung gespielt werden kann, auch wenn dies - wie erwähnt - aufgrund des geringen Ausmasses des gesamten Feldes auch für Jugendliche ab Mittelstufenalter sicher die näher liegende Nutzung bzw. Spielvariante darstellt. Der Klarheit halber ist ergänzend festzuhalten, dass Vereine und Schule bei einer allfälligen Nutzung am Samstag das Recht haben, die Tore für die Zeit der Nutzung in der üblichen Längsrichtung aufzustellen. In diesem beschränkten Sinne ist die Klage gutzuheissen.

g) Im Übrigen ist die Klage mit Bezug auf die Rechtsbegehren lit. a und lit. b abzuweisen. Ebenfalls abzuweisen ist Rechtsbegehren lit. c, da keine Nutzungsordnung besteht bzw. zu erlassen ist, die bei jeglichem freien Fussballspiel das Spielen in Längsrichtung untersagt.

III.

Die Kläger obsiegen mit ihrer Klage nur in einem beschränkten Umfang. Es ist zwar von Immissionen auszugehen, doch erscheinen diese mit Blick auf die langjährige Nutzung des Rasenfeldes D._____ weitgehend nicht als übermässig. Es sind deshalb sowohl die Kosten des erst- als auch des zweitinstanzlichen Verfahrens zu drei Vierteln den mehrheitlich unterliegenden Klägern aufzuerlegen. Ein Viertel der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens ist gemäss der hier noch anzuwendenden Bestimmung von § 203 Ziff. 2 GVG/ZH auf die Gerichtskasse zu nehmen. Ein Viertel der Kosten des Berufungsverfahrens ist der Beklagten aufzuerlegen (vgl. § 200 GOG). Entsprechend der Kostenauflage sind die Kläger zu verpflichten, der Beklagten eine auf die Hälfte reduzierte Prozess- bzw. Parteientschädigung zu bezahlen. Dabei ist davon auszugehen, dass die Höhe der (vollen) Prozessentschädigung für das erstinstanzliche Verfahren nicht angefochten wurde. Die hälftige Prozessentschädigung für das Verfahren vor Vorinstanz beläuft

sich damit auf Fr. 5'649.– (inklusive 7,6% Mehrwertsteuer). Für das Berufungsverfahren ist von einer vollen Parteientschädigung (inklusive eines Zuschlages je für die Duplik und den Augenschein) von Fr. 7'500.– auszugehen, so dass sich die hälftige Entschädigung samt 8% Mehrwertsteuer auf Fr. 4'050.– beläuft. Die Höhe der erstinstanzlichen Gerichtsgebühr blieb unbestritten; sie ist zu bestätigen. Die Entscheidgebühr für das obergerichtliche Verfahren ist auf Fr. 6'500.– festzusetzen, was dem mittleren Ansatz für entsprechende Verfahren entspricht (vgl. § 5 Abs. 1 GGebVO).

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, die Fussballtore auf dem Rasenfeld des Schulhauses D._____ jeweils von Freitagabend bis Montagmorgen und an Feiertagen quer anzubringen und in dieser Position anzuketten. Dies gilt nicht bei einer allfälligen Nutzung der Rasenfläche durch die Schule oder bei einer bewilligten Nutzung durch Vereine.

   Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 5'550.– festgesetzt.

3. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten werden zu 3/4 den Klägern unter solidarischer Haftung auferlegt und zu 1/4 auf die Gerichtskasse genommen.

4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'500.– festgesetzt. Die weiteren Kosten betragen: Fr. 32.40 Augenschein.

5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu 3/4 den Klägern und zu 1/4 der Beklagten auferlegt und soweit möglich aus dem von den Klägern geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'500.– bezogen. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 600.70 zu ersetzen.

6. Die Kläger werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 5'649.– und für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'050.– zu bezahlen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Horgen, II. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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 nicht vermögensrechtliche arbeitsrechtlicheAngelegenheit.
   Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.
   Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 22. Oktober 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:	Der Gerichtschreiberin:
Dr. G. Pfister	lic. iur. L. Stünzi

versandt am:
mc