

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB120083-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzoberrichterin Dr. C. Bühler sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

## **Beschluss und Urteil vom 29. Oktober 2013**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagter, Widerkläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**Stadt Zürich,**

Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Dienstbarkeit**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 5. Abteilung, vom 24. August 2012 (CG090150)**

## **Rechtsbegehren:**

### **Klage:**

(Urk. 1 S. 2 f. zum Teil sinngemäss)

#### I. Materiell:

##### 1. Hauptantrag:

Es sei festzustellen, dass eine Durchfahrts- und Durchgangsfläche entsprechend der grün bemalten Fläche auf beiliegendem Plan "Einfahrt B. \_\_\_\_\_-Strasse" 1:200 vom 6. Dezember 2007 (lichte Breite von 3,0 m, ab 2,3 m Distanz von der Grenze zur B. \_\_\_\_\_-Strasse bis zu dieser Grenze hin sich kontinuierlich auf 4,2 m verbreiternd) sowie eine lichte Durchfahrtshöhe von 2,3 m - eventuell von 2,6 m - im Verhältnis zu Kat.Nr. 1 den Anforderungen der Dienstbarkeit von SP Nr. ... (Fuss- und Fahrwegrecht zu Gunsten Kat.-Nrn. 2, 1 und 3) genügt.

##### 2. Eventualantrag:

2.1. Die Dienstbarkeit SP Nr. ... (Fuss- und Fahrwegrecht zu Gunsten Kat.-Nrn. 2, 1 und 3) sei im Verhältnis zu Kat.Nr. 1 in teilweiser Ablösung auf eine Durchfahrts- und Durchgangsfläche entsprechend der grün bemalten Fläche auf beiliegendem Plan "Einfahrt B. \_\_\_\_\_-Strasse" 1:200 vom 6. Dezember 2007 (lichte Breite von 3,0 m, ab 2,3 m Distanz von der Grenze zur B. \_\_\_\_\_-Strasse bis zu dieser Grenze hin sich kontinuierlich auf 4,2 m verbreiternd) sowie auf eine lichte Durchfahrtshöhe von 2,3 m - eventuell 2,6 m - zu reduzieren. Das Grundbuchamt C. \_\_\_\_\_ sei anzuweisen, die Dienstbarkeit entsprechend nachzuführen.

2.2. Eventuell: Dem Beklagten sei unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall zu befehlen, einer teilweisen Ablösung der Dienstbarkeit SP Nr. ... (Fuss- und Fahrwegrecht zu Gunsten Kat.- Nrn. 2, 1 und 3) im Verhältnis zu Kat.Nr. 1 wie folgt zuzustimmen: Durchfahrts- und Durchgangsfläche entsprechend der grün bemalten Fläche auf beiliegendem Plan "Einfahrt B. \_\_\_\_\_-Strasse" 1:200 vom 6. Dezember 2007 (lichte Breite von 3,0 m, ab 2,3 m Distanz von der Grenze zur B. \_\_\_\_\_-Strasse bis zu dieser Grenze hin sich kontinuierlich auf 4,2 m verbreiternd) sowie lichte Durchfahrtshöhe von 2,3 m, eventuell von 2,6 m.

3. Subeventualantrag:

3.1. Die Dienstbarkeit SP Nr. ... (Fuss- und Fahrwegrecht zu Gunsten Kat.-Nrn. 2, 1 und 3) sei im Verhältnis zu Kat.Nr. 1 in teilweiser Ablösung auf eine Durchfahrts- und Durchgangsfläche entsprechend der grün bemalten Fläche auf beiliegendem Plan "Einfahrt B. \_\_\_\_\_ - Strasse" 1:200 vom 6. Dezember 2007 (lichte Breite von 3,0 m, ab 2,3 m Distanz von der Grenze zur B. \_\_\_\_\_ -Strasse bis zu dieser Grenze hin sich kontinuierlich auf 4,2 m verbreiternd) sowie auf eine lichte Durchfahrtshöhe von 2,3 m - eventuell von 2,6 m - zu reduzieren. Die Klägerin sei zu verpflichten, dem Beklagten als Entschädigung für die teilweise Ablösung der Dienstbarkeit Fr. 2'000, eventuell einen durch das Gericht festzusetzenden höheren Betrag zu bezahlen. Das Grundbuchamt C. \_\_\_\_\_ sei anzuweisen, die Dienstbarkeit gegen Nachweis der gerichtlich festgesetzten Zahlungen der Klägerin an den Beklagten entsprechend nachzuführen.

3.2. Eventuell: Dem Beklagten sei unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall zu befehlen, Zug um Zug gegen Leistung einer Zahlung der Klägerin an den Beklagten von Fr. 2'000, eventuell eines durch das Gericht festzusetzenden höheren Betrages, im Verhältnis zu Kat.Nr. 1 einer teilweisen Ablösung der Dienstbarkeit SP Nr. ... (Fuss- und Fahrwegrecht zu Gunsten Kat.-Nrn. 2, 1 und 3) wie folgt zuzustimmen: Durchfahrts- und Durchgangsfläche entsprechend der grün bemalten Fläche auf beiliegendem Plan "Einfahrt B. \_\_\_\_\_ -Strasse" 1:200 vom 6. Dezember 2007 (lichte Breite von 3,0 m, ab 2,3 m Distanz von der Grenze zur B. \_\_\_\_\_ -Strasse bis zu dieser Grenze hin sich kontinuierlich auf 4,2 m verbreiternd) sowie lichte Durchfahrtshöhe von 2,3 m, eventuell von 2,6 m.

II. Kosten- und Entschädigungsfolgen:

Die Prozesskosten seien dem Beklagten aufzuerlegen, und dieser sei zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen.

**Widerklage:**  
(Urk. 6/14 S. 2)

Widerklageweise sei die Beklagte (recte: die Klägerin bzw. Widerbeklagte) zu verpflichten, das angebrachte Eisentor im Hofbereich der Liegenschaft Kat.-Nr. 4 an der B. \_\_\_\_\_ -Strasse ... in ... Zürich sofort zu entfernen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.

**Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 5. Abteilung:**

(Urk. 59)

1. Der Hauptantrag der Klägerin, es sei festzustellen, dass eine Durchfahrts- und Durchgangsfläche entsprechend der grün bemalten Fläche auf beiliegendem Plan "Einfahrt B. \_\_\_\_\_-Strasse" 1:200 vom 6. Dezember 2007 (lichte Breite von 3,0 m, ab 2,3 m Distanz von der Grenze zur B. \_\_\_\_\_-Strasse bis zu dieser Grenze hin sich kontinuierlich auf 4,2 m verbreiternd) sowie eine lichte Durchfahrtshöhe von 2,3 m - eventuell von 2,6 m - im Verhältnis zu Kat.-Nr. 1 den Anforderungen der Dienstbarkeit von SP Nr. ... (Fuss- und Fahrwegrecht zu Gunsten Kat.-Nrn. 2, 1 und 3) genügt, wird abgewiesen.
2. In Gutheissung des Eventualantrages der Klägerin wird die Dienstbarkeit SP Nr. ... (Fuss- und Fahrwegrecht zu Gunsten Kat.-Nrn. 2, 1 und 3) im Verhältnis zu Kat.-Nr. 1 in teilweiser Ablösung auf eine Durchfahrts- und Durchgangsfläche entsprechend der grün bemalten Fläche auf beiliegendem Plan "Einfahrt B. \_\_\_\_\_-Strasse" 1:200 vom 6. Dezember 2007 (lichte Breite von 3,0 m, ab 2,3 m Distanz von der Grenze zur B. \_\_\_\_\_-Strasse bis zu dieser Grenze hin sich kontinuierlich auf 4,2 m verbreiternd) sowie auf eine lichte Durchfahrtshöhe von 2,3 m reduziert.

Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für die teilweise Ablösung der Dienstbarkeit eine Entschädigung von Fr. 2'000.-- zu entrichten.

Das Grundbuchamt C. \_\_\_\_\_ wird angewiesen, gegen Nachweis der Bezahlung der Entschädigung von Fr. 2'000.-- durch die Klägerin die Dienstbarkeit wie folgt nachzuführen:

- bei Blatt ... (Kat.-Nr. 4, Stadt Zürich):  
Die Dienstbarkeit SP ... ist wie folgt zu ergänzen:  
"Bezüglich Kat.-Nr. 1: gemäss Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 24. August 2012."
- bei Blatt 905 (Kat.-Nr. 1, A. \_\_\_\_\_):  
Die Dienstbarkeit SP ... ist wie folgt zu ergänzen:

"Bezüglich Kat.-Nr. 4: gemäss Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 24. August 2012."

- der Wortlaut des Servituten-Protokolles SP Nr. ... ist wie folgt zu ergänzen:  
Der letzte Absatz lautet neu wie folgt:  
"... hindurch unbedingtes Fuss- und Fahrwegrecht in die B.\_\_\_\_\_-Strasse, und zwar wie folgt:  
im Verhältnis von Kat.-Nr. 4 zu Kat.-Nr. 1 gemäss Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 24. August 2012."
- 3. Die Widerklage des Beklagten bzw. Widerklägers, es sei die Klägerin bzw. Widerbeklagte zu verpflichten, das angebrachte Eisentor im Hofbereich der Liegenschaft Kat.-Nr. 4 an der B.\_\_\_\_\_-Strasse ... in ... Zürich sofort zu entfernen, wird abgewiesen.
- 4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 8'700.00 (Pauschalgebühr).
- 5. Die Kosten werden zu 1/8 der Klägerin und zu 7/8 dem Beklagten auferlegt.
- 6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 9'871.00 (reduzierte Entschädigung für Vertretungskosten bis Ende 2010 von Fr. 7'000.00 zuzüglich 7.6% Mehrwertsteuer sowie reduzierte Entschädigung für Vertretungskosten ab Anfang 2011 von Fr. 2'000.00 zuzüglich 8% Mehrwertsteuer sowie reduzierte anteilmässige Entschädigung für die Weisungskosten von Fr. 179.00) zu bezahlen.
- 7. /8. (Mitteilungen, Rechtsmittel)

**Berufungsanträge:**

des Beklagten (Urk. 58 S. 2):

1. Dispositiv 2 des angefochtenen Entscheides sei aufzuheben und die Klage der Stadt Zürich sei vollumfänglich abzuweisen, sodass die Dienstbarkeit SP Nr. ... unverändert bestehen bleibt.
2. Eventualantrag zu Ziff. 1: Disp. Ziff. 2 des angefochtenen Urteils des Bezirksgerichts sei dahingehend abzuändern, dass in teilweiser Ablösung der Dienstbarkeit SP Nr. ... zu Gunsten von Kat.-Nr. 1 die Durchfahrtshöhe auf 4.0 m reduziert wird.
3. Dispositiv 3 des Entscheides sei aufzuheben und die Stadt Zürich sei in Gutheissung der Widerklage zu verpflichten, das angebrachte Eisentor im Hofbereich der Liegenschaft Kat.-Nr. 4 an der B.\_\_\_\_\_-Strasse sofort zu entfernen.
4. Subeventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Kläger und unter ausgangsgemässer Neuordnung der Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erstinstanzliche Verfahren.

der Klägerin (Urk. 63 S. 2):

Die Berufung unter Einschluss aller Berufungsanträge des Berufungsklägers sei abzuweisen, und das vorinstanzliche Urteil sei in allen Teilen zu bestätigen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsklägers.

### **Erwägungen:**

#### **I.**

Die Parteien sind Eigentümer benachbarter Grundstücke im Geviert B.\_\_\_\_\_-Strasse/D.\_\_\_\_\_-Gasse/E.\_\_\_\_\_-Gasse/F.\_\_\_\_\_-Strasse im zürcherischen Stadtkreis .... Das Grundstück der Klägerin befindet sich an der B.\_\_\_\_\_-Strasse ..., jenes des Beklagten an der E.\_\_\_\_\_-Gasse .... Zugunsten des Grundstücks des Beklagten und zu Lasten des Grundstücks der Klägerin besteht "über den Hof hinter" dem Gebäude der Klägerin ein "unbedingtes Fuss- und Fahrwegrecht in die B.\_\_\_\_\_-Strasse", welches am 7. Mai 1896 errichtet wurde. Die Klägerin plant ihr Grundstück neu zu überbauen, wobei der Neubau die bestehende Blockrand-

lücke schliessen und der Zugang Richtung Hof mittels einer Fassadenöffnung erfolgen sollte. Deshalb verlangte die Klägerin vor Vorinstanz die Feststellung, dass eine Durchfahrts- und Durchgangsfläche von 3 m lichte Breite, ab 2,3 m Distanz von der Grenze zur B. \_\_\_\_\_-Strasse bis zu dieser Grenze hin sich kontinuierlich auf 4,2 m verbreiternd sowie eine lichte Durchfahrtshöhe von 2,3 m - eventuell von 2,6 m - den Anforderungen der erwähnten Dienstbarkeit genüge. Eventualiter beantragte sie, die Dienstbarkeit sei abzulösen bzw. auf diese Fläche zu reduzieren, subeventuell gegen eine Entschädigung von Fr. 2'000.--. Demgegenüber verlangte der Beklagte widerklageweise die Verpflichtung der Klägerin, das angebrachte Eisentor im Hofbereich ihrer Liegenschaft sofort zu entfernen. Die Vorinstanz wies den Hauptantrag der Klägerin ab mit der Begründung, dass es sich um eine ungemessene Dienstbarkeit handle, weshalb nicht festgestellt werden könne, dass die Dienstbarkeit entsprechend dem von der Klägerin angegebenen Mass den Anforderungen der Dienstbarkeit genüge. Den Eventualantrag der Klägerin hiess die Vorinstanz gut und reduzierte die Dienstbarkeit in teilweiser Ablösung auf eine Durchfahrts- und Durchgangsfläche mit einer lichten Breite der Durchfahrt von 3 m, ab 2,3 m Distanz von der Grenze der B. \_\_\_\_\_-Strasse bis zu dieser Grenze hin sich kontinuierlich auf 4,2 m verbreiternd, sowie auf eine Höhe von 2,3 m. Mithin beschränkte sie die Dienstbarkeit auf ein - nach ihrer Auffassung - dem kantonalen Recht und dem Ortsgebrauch entsprechendes Mass. Für den entsprechenden Komfortverlust des Beklagten durch die teilweise Ablösung der Dienstbarkeit sprach die Vorinstanz diesem gestützt auf Art. 736 Abs. 2 ZGB eine Entschädigung von Fr. 2'000.-- zu. Schliesslich wies die Vorinstanz das Widerklagebegehren des Beklagten nach Abwägung der Interessen des berechtigten und des belasteten Grundstücks ab.

## II.

Die Klage gegen den Beklagten und zwei weitere Personen wurde am 22. Mai 2008 beim Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich eingereicht. Mit Verfügung vom 4. Juni 2009 wurde mangels sachlicher Zuständigkeit auf die Klage nicht eingetreten. Mit Verfügung vom 2. Juli 2009 wurde das Verfahren auf Antrag der Klägerin an das Friedensrichteramt G. \_\_\_\_\_ überwiesen.

sen. In der Folge wurde die vorliegende Klage gegen den Beklagten sowie zwei weitere Personen am 25. August 2009 vor Vorinstanz rechtshängig gemacht (Urk. 1). Die Klage gegen die beiden anderen Beklagten wurde von der Klage gegen den vorliegenden Beklagten abgetrennt (Urk. 21). Am 24. August 2012 erging das eingangs zitierte Urteil der Vorinstanz (Urk. 59). Gegen dieses Urteil legte der Beklagte mit Eingabe vom 1. Oktober 2012 rechtzeitig Berufung ein (Urk. 58). In der Folge leistete er den geforderten Kostenvorschuss innert der mit Verfügung vom 4. Oktober 2012 angesetzten Frist (Urk. 60 f.). Am 30. November 2012 erstattete die Klägerin die Berufungsantwort rechtzeitig (Urk. 63). Die Berufungsrepublik erging am 25. Februar 2013 innert erstreckter Frist (Urk. 67). Die Berufungsduplik wurde am 26. März 2013 rechtzeitig erstattet (Urk. 69). Sie wurde dem Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 70).

### III.

1. Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten der Zivilprozessordnung rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Demnach ist vorliegend für das Berufungsverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) anwendbar. Demgegenüber hatte die Vorinstanz die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH anzuwenden (Urk. 54 S. 7). Soweit sich im Rahmen der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheides Fragen der Anwendung von Verfahrensregeln stellen, wird zu prüfen sein, ob die Vorinstanz die im Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Normen richtig angewendet hat; eine Rückwirkung des neuen Rechts findet nicht statt.

2. Mit Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie - im Gegensatz zur Klageschrift - nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten. Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Der Berufungskläger hat sich aber mit

der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinanderzusetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler in: ZPO-Komm. Sutter-Somm et al., 2. A., Art. 311 N. 36 f.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz 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.

3. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

4. Die Berufung hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Das Urteil der Vorinstanz wird daher in den nicht angefochtenen Teilen rechtskräftig. Das erstinstanzliche Urteil wurde hinsichtlich Dispositiv-Ziff. 1 (Abweisung Hauptantrag/Feststellungsbegehren) nicht angefochten. Es ist daher vorab vorzumerken, dass es insoweit rechtskräftig geworden ist.

#### IV.

1.1. Die Vorinstanz hat als unbestrittenen Sachverhalt festgehalten, dass das B.\_\_\_\_-Strassenquartier heute stark befahren, die B.\_\_\_\_-Strasse selber eine Hauptstrasse im Quartierzentrum mit Trolleybusverkehr sei. Das Grundstück des Beklagten sei (auch) von der E.\_\_\_\_-Gasse her rechtsgenügend erschlossen. Die Breite des Hofstreifens im Eingangsbereich (zur B.\_\_\_\_-Strasse gerichtet) betrage ca. 5,2 m, die breiteste Stelle ca. 6 m, an der Grenze des Grundstücks der Klägerin zum Nachbargrundstück sei der Streifen ca. 5 m breit. Am Rande der Einfahrt, an der Hauswand, würden sich Lichtschächte befinden, die mit Metallplatten abgedeckt seien. Diese wären zwar mit Personen- und Lieferwagen, nicht aber mit Lastwagen befahrbar, sie würden aber in der Praxis nicht überfahren, da

die Einfahrt genügend breit sei und das Fahrzeug an der Hauswand auch noch Raum benötige, um die Waren abzuladen. Im Hof könnten Personen oder Lieferwagen mangels Manövrierraum nicht wenden, so dass sie beim Rückwärtsfahren in die B.\_\_\_\_\_-Strasse auf eine Hilfsperson angewiesen seien. Im Eingangsbereich, eine Fahrzeuglänge vom Trottoir der B.\_\_\_\_\_-Strasse zurückversetzt, befinde sich seit 2000/2001 ein drei Meter breites Tor, das mit einem Kaba 8 Schlüssel bedient werden könne.

1.2. Die Parteistandpunkte können zusammengefasst dem vorinstanzlichen Urteil entnommen werden (Urk. 59 S. 9 ff.):

Die Klägerin ist der Meinung, in der Praxis werde nicht die ganze Hoffläche der belasteten Liegenschaft für die Durchfahrt benötigt: vielmehr werde dort ein wesentlicher Teil durch abgestellte Fahrzeuge beansprucht und der Zugang durch ein Tor mit einer lichten Durchfahrtsbreite von rund 3,7 m verstellt. Bis anhin habe die Tatsache, dass der Hof bis zu einer Breite von 3 m oder weniger verstellt sei, nie zu Problemen geführt, im Übrigen sei das Tor im Einvernehmen mit dem Beklagten erstellt worden, und schliesslich würden die Liegenschaften der Parteien in einem städtischen Problemgebiet liegen, so dass ein verschliessbares Tor im Interesse beider Grundstücke liege. Wegen der Zufahrtsgeometrie im Hofbereich könnten nicht mehr als 1,7 m breite Fahrzeuge zufahren. Das Wegrecht diene nicht der gesetzlichen Erschliessung der berechtigten Grundstücke; deren Haupteingänge lägen an öffentlichen Strassen, und die Grundstücke würden auch über die öffentlichen Strassen erschlossen. Der Güterumschlag über die wenig befahrene E.\_\_\_\_\_-Gasse sei komfortabel und könne auch mittels grosser Lastwagen erfolgen. Den Hof befahren würden lediglich kleinere Fahrzeuge mit einer Höhe deutlich unter 2 m. Sofern kleine Lieferwagen einfahren würden, handle es sich durchwegs um solche, die das Höhen- und Breitenmass von 2 m nicht überschreiten würden. Für grössere Fahrzeuge sei die Einfahrt nicht möglich, da diese im Hof nicht genügend manövrieren bzw. wenden könnten. Es seien keine Getränkelieferungen über den Hof mit mehr als 2,6 m hohen Fahrzeugen erfolgt; nie seien Lieferwagen über 2 m Höhe oder Lastwagen gesehen worden. Da bei der B.\_\_\_\_\_-Strasse Rückwärtsmanöver, auch unter Einsatz von Hilfspersonen, nicht

erlaubt seien, könne der Hof lediglich von Fahrzeugen benutzt werden, die im Hof wenden könnten, das heisse von Fahrrädern und Motorfahrrädern. Die Schliessung des Blockrandes werde den Innenhof markant beruhigen (Lärm, unerlaubtes Parkieren, Ablagern von Material, Aufenthalt von Personen), was auch der Liegenschaft des Beklagten zu Gute komme.

Demgegenüber machte der Beklagte geltend, die abgestellten Fahrzeuge sowie das Tor würden dessen Wegrecht behindern bzw. verunmöglichen. Er habe nie der Erstellung des Tores zugestimmt. Nur wenn die Dienstbarkeit (bezüglich Höhe und Breite) uneingeschränkt ausgeübt werden könne, sei es ihm möglich, die Waren- und -ablieferung sinnvoll zu bewerkstelligen. Mit der Reduktion der Dienstbarkeit auf die verlangte Breite und Höhe werde der Zweck der Zweiterschliessung über den Hof vereitelt. Mit einer Verschmälerung des Durchgangs könnten die Sichtwinkel gemäss Sicherheitsverordnung nicht mehr eingehalten werden. Sodann sei für die Benutzung der Einfahrt eine Warteposition notwendig. Schliesslich bewirke eine Verkleinerung der Öffnung nicht eine nachhaltige Verbesserung der Lärmsituation im Hof. Es würden auch Nutzfahrzeuge den Hof benutzen, insbesondere erfolge die Anlieferung der Getränke mit Fahrzeugen, die höher als 2,6 m seien, die Zufahrtgeometrie erlaube auch eine Zufahrt mit grösseren Fahrzeugen, wobei dafür seit jeher - rechtmässig - das Grundstück eines Nachbarn benutzt worden sei. In der Vergangenheit seien auch schon Lastwagen bis ca. 4,3 m Höhe oder Lieferwagen von einer Höhe zwischen 2,5 und 3 m auf das Grundstück des Beklagten gefahren, wobei die Nachbarn die Benutzung ihrer Grundstücke für den Güterumschlag akzeptieren würden. Das Rückwärtsfahren im Bereich der B.\_\_\_\_\_-Strasse mit entsprechenden Hilfspersonen widerspreche nicht der Verkehrssicherheit. Eine Anlieferung über die E.\_\_\_\_\_-Gasse sei nicht zumutbar, da die Waren umständlich durch den Hauseingang über eine Treppe zu den Lagerräumen gebracht werden müssten.

1.3. Die Vorinstanz erwog, dass von einer ungemessenen Dienstbarkeit auszugehen sei und die Berechtigten zumindest bis zum Einbau des Tores frei gewesen seien, welchen Teil des Hofes sie hätten überfahren wollen, weshalb eine Verlegung des Wegrechts nicht in Frage komme. Vielmehr stehe eine Redukti-

on/Teilablösung des Wegrechts zur Diskussion. Die tatsächliche Situation der Parteien bzw. der jeweiligen Grundstückseigentümer hätte sich seit der Dienstbarkeitserrichtung im Jahre 1896 kaum verändert. Allerdings plane die Klägerin heute die Neuüberbauung mit damit zusammenhängender, besserer Ausnutzung der Bauparzelle. Angesichts der in Zürich heute herrschenden Bodenpreise dürfe ohne Weiteres angenommen werden, dass sich der durch eine bessere Ausnutzung des Grundstücks der Klägerin ergebende Wertunterschied erheblich sei. Vorliegend stehe der Zweck der Dienstbarkeit der besseren Ausnutzung nicht entgegen, solange die Durchfahrt gewährleistet sei, stehe doch einer besseren Ausnutzung des Grundstücks ein Wegrecht entgegen, und gehe es nicht um eine Bauverbotsdienstbarkeit. Im Übrigen wäre ein Festhalten an einer ungemessenen Dienstbarkeit rechtsmissbräuchlich, gebe es doch zumindest in Bezug auf die Durchfahrtshöhe und hinsichtlich einer unbegrenzten Durchfahrtsbreite keinen ersichtlichen Grund, weshalb der Weg nicht überdeckt oder seitlich begrenzt werden sollte. Es bestehe kein Anspruch des Berechtigten auf Nutzung der gesamten Hoffläche; vielmehr sei das Nutzungsrecht auf einen Korridor beschränkt. Im Raum neben bzw. über diesem Korridor sei der Belastete in seiner Nutzung (zumindest im Hinblick auf die Grunddienstbarkeit) frei. Einzige Kriterien zur Bestimmung des bis anhin benötigten Raums für die Hofein- und -ausfahrt sei die Grösse der Fahrzeuge, die diesen benutzten, sowie ein Sicherheitszuschlag. Massgebend sei, welchen Raum die in den Hof ein- und ausfahrenden Fahrzeuge benötigen würden um sicher in den Hof einzufahren oder diesen sicher wieder verlassen zu können.

Es sei von einer sehr geringen Anzahl effektiver Nutzer auszugehen, sodass die Hofzufahrt gemäss § 5 Abs. 1 lit. a ZN als Zufahrtsweg anzusehen sei. Der Sichtwinkel gemäss Verkehrssicherheitsverordnung sei eingehalten, seien sich die Parteien doch darüber einig, dass Personenwagen im Hof nicht wenden könnten, und dürfe die Hofeinfahrt doch lediglich durch Zweiräder benutzt werden. Demnach sei die Dienstbarkeit nach Art. 740 ZGB auf ein dem kantonalen Recht und dem Ortsgebrauch entsprechendes Mass zu beschränken: Das kantonale Recht sehe namentlich in der Verkehrssicherheitsverordnung Grundlagen vor, wie die Einfahrt bzw. Ausfahrt zu gestalten sei. Demzufolge wäre eine Einfahrt mit einer

lichten Breite der Durchfahrt von 3,0 m, ab 2,3 m Distanz von der Grenze der B. \_\_\_\_\_-Strasse bis zu dieser Grenze hin sich kontinuierlich auf 4,2 m verbreiternd, und einer lichten Höhe von 2,3 m rechtsgenügend. Die Dienstbarkeit sei entsprechend zu reduzieren (Urk. 59 S. 13 ff.).

1.4. Im Berufungsverfahren rügte der Beklagte, die Vorinstanz habe zu Unrecht die tatsächliche Nutzung, welche während Jahrzehnten unangefochten ausgeübt worden sei, unbeachtet gelassen, und habe nicht abgeklärt, welche Fahrzeuge den Hof tatsächlich benutzt hätten. Es sei von einem während längerer Zeit unangefochten und im guten Glauben ausgeübten Recht im Sinne von Art. 738 Abs. 2 ZGB auszugehen. In der Entscheidung der Vorinstanz sei festgelegt worden, welche Fläche des Hofes künftig befahren werden dürfe, was zu einer empfindlichen und unzulässigen Einschränkung der Dienstbarkeit führe. Die tatsächliche Situation des Beklagten bzw. des jeweiligen Eigentümers habe sich seit der Dienstbarkeitserrichtung im Jahre 1896 nicht verändert, ebenso wenig sein Interesse am Wegrecht. Der Eintrag der Grunddienstbarkeit sei ein Jahr nach Erstellung des Grundstücks des Belasteten erfolgt. Damit sei bereits mit Errichtung der Dienstbarkeit klar gewesen, dass die Liegenschaft Kat.-Nr. 1 über zwei Erschliessungen verfügen soll. Die Vorinstanz habe verkannt, dass die wegbelastete Fläche zur rückwärtigen Bewirtschaftung der berechtigten Liegenschaften zu einem Zeitpunkt errichtet worden sei, als das heutige Gebäude auf Kt.-Nr. 4 (B. \_\_\_\_\_-Strasse ...) bereits gebaut worden sei. Zum Zeitpunkt des Grundbucheintrages habe daher mit "Hof" nur noch die östlich davon liegende Fläche gemeint sein können. Im Übrigen sollte die nicht überbaute Fläche zwischen dem Gebäude B. \_\_\_\_\_-Strasse ... und der Grenze zu Kat.-Nr. 5 für den Durchgang genutzt werden können. Damit habe eine rückwärtige Bewirtschaftung der Gebäude ermöglicht und dauernd sichergestellt werden sollen. Mit "Hof" im Grundbucheintrag sei unbeschränkter Zugang über die nicht überbaute Fläche des belasteten Grundstückes gemeint, zumal sich der eigentliche Hof erst östlich der Grenze des belasteten Grundstückes befinde. Deshalb sei in der Breite von einer gemessenen Dienstbarkeit auszugehen. "Unbedingt" bedeute, dass das Recht nicht auf einen bestimmten Zweck beschränkt sei. Dem Berechtigten müsse es daher möglich sein, seine Materialtransporte und Anlieferungen weiterhin über Kat.-Nr. 4 zu bewerkstelligen. Die

Formulierung "über den Hof" bedeute, dass die bestehende Durchfahrtsbreite das Minimum dessen sei, was überhaupt nötig sei, um die Dienstbarkeit sinnvoll nutzen zu können. Werde der Durchgang verschmälert und auf eine lichte Durchfahrts Höhe von 2.3 m begrenzt, sei eine Ausübung der Dienstbarkeit entgegen dem klaren Wortlaut nicht mehr "unbedingt" möglich, und der Dienstbarkeitsberechtigte werde in seinen Rechten unzumutbar eingeschränkt. Der Umstand, dass die Bodenpreise gestiegen seien, könne angesichts der nachteiligen Auswirkungen, die sich aus einer Beschränkung der Dienstbarkeit gäben, nicht zugunsten der Belasteten berücksichtigt werden. Mit der Gutheissung des Eventualantrages der Belasteten werde das Recht des Berechtigten, dass die Durchfahrtsgeometrie so bemessen werde, dass der mit der Dienstbarkeit beabsichtigte Zweck nicht vereitelt werde, verletzt. Mit der Begründung, dass in der Praxis gelegentlich öffentlich-rechtliche Normen für den Bestand der Dienstbarkeiten herangezogen worden seien, habe die Vorinstanz den Zweck der Dienstbarkeit seines Inhaltes in unzulässiger Weise beschnitten. Während 100 Jahren sei diese Dienstbarkeit so ausgeübt worden und seien grössere Anlieferungen klaglos über den Hinterhof erfolgt. Selbst wenn sich der Inhalt der Dienstbarkeit nicht durch die Art ergäbe, wie diese ausgeübt worden sei, erwiese sich der angefochtene Entscheid als unrichtig, da es sich nicht um ein Notwegrecht handle und die Vorinstanz zu Unrecht die dort anwendbaren Normen herbeigezogen habe. Auch die Bestimmungen der Zugangsnormen und der Verkehrssicherheitsverordnung für die Festlegung der Grösse der Dienstbarkeit seien zu Unrecht beigezogen worden. Für die Beurteilung der Dienstbarkeit massgebend sei einzig, ob der Berechtigte die unangefochtene, gutgläubige Nutzung wie bisher weiterhin ausüben könne, was mit der Verschmälerung des Durchgangs auf 3.0 m bei einer lichten Höhe von 2.3 m nicht möglich sei. Aufgrund der Besitzstandsgarantie stehe für den Berechtigten weiterhin die Möglichkeit offen, die Erschliessung über die seit 1895 bestehende Aus-/Einfahrt mit Motorfahrzeugen zu nutzen. Unter Hinweis auf § 357 Abs. 1 und 4 des Planungs- und Baugesetzes sei es unzulässig, wenn die Vorinstanz faktisch ein Nutzverbot für Motorfahrzeuge über die Hofeinfahrt ausspreche, unter Berufung auf öffentlich-rechtliche Bestimmungen. Die Vorinstanz sei für die Anwendung öffentlich-rechtlicher Vorschriften nicht zuständig. Die Vorinstanz sei unzu-

lässigerweise zum Schluss gekommen, die Ein- oder Ausfahrt rückwärts von bzw. aus der B. \_\_\_\_\_-Strasse sei nicht zulässig. Die Erstellung des Ersatzbaus habe auf die für den Berechtigten geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften oder auf den Umfang der Dienstbarkeit keinerlei Einfluss (Urk. 58 S. 3 ff.).

1.5. In der Berufungsantwort verwies die Klägerin auf das vorinstanzliche Urteil. Ergänzend führte sie aus, dass nicht nur relevant sei, mit welchen Fahrzeugen der Beklagte in den Hof einfahren könne, sondern vielmehr auch, mit welchen Fahrzeugen er auf die Hoffläche seines Grundstücks zufahren könne. Aus dem Wortlaut der Dienstbarkeit ergebe sich, dass der Beklagte nicht über das Recht verfüge, die belasteten Grundstücke als Abstellplätze für Fahrzeuge - etwa zum Güterumschlag - zu benutzen. Ein Fahrwegrecht könnte daher höchstens insoweit bestehen, als der Beklagte über die servitutarisch definierten Hofflächen der belasteten Grundstücke auf sein Grundstück zufahren könne. Dabei sei zu beachten, dass die Hoffläche des berechtigten Grundstücks nur 2,3 m breit sei, womit höchstens mit Fahrzeugen zugefahren werden könnte, die max. 1,5 m breit und max 4,0 m lang seien. Deswegen fehle es an einem schützenswerten Interesse. Nach eigenen Ausführungen des Beklagten habe ihm das mit Vertrag vom Jahr 2006 vereinbarte Überfahrtsrecht ermöglicht, dass er bis zu seiner Liegenschaft zufahren könne. Damit anerkenne er, dass ohne dieses vertragliche Überfahrtsrecht gar nicht auf sein Grundstück habe zugefahren werden können. Diese Vereinbarung sei für die Auslegung der im Jahre 1896 begründeten Wegrechtsdienstbarkeit ohne Relevanz. Der Beklagte habe nicht substantiiert oder bewiesen, dass er oder ein Dritter je mit Fahrzeugen, die einen lichten Durchfahrtsquerschnitt von mehr als 2,3 m Höhe oder mehr als 3,0 m Breite erfordert hätten, über die wegrechtsbelasteten Flächen auf sein Grundstück gefahren sei. Im Übrigen könne man mit einem mehr als 4,0 m langen Fahrzeug gar nicht wenden. Die Zufahrt von Lastwagen oder grösseren Lieferwagen werde auch in Zukunft nicht möglich sein. Die Anlieferung von Ware werde weiterhin von der E. \_\_\_\_\_-Gasse her oder zu Fuss vom Trottoir an der B. \_\_\_\_\_-Strasse her erfolgen. Die strittige Wegrechtsfläche habe als sekundäre Zugangsmöglichkeit, z.B. als Abkürzung für Fussgänger von der B. \_\_\_\_\_-Strasse her, gedient, und nicht die Funktion der Grundstückserschliessung im Sinne von §§ 236 f. PBG gehabt. Ein anderes auf

denselben Hof gehendes Grundstück, welches eine grössere Hoffläche aufweise und eine Hofzufahrt ohne Abknickung zulasse, habe eine Servitut mit einer Durchfahrthöhe von 2,3 m und einer Durchfahrtsbreite von 3,0 m, was auf den Ortsgebrauch hindeute. Es sei richtig, dass die Vorinstanz einen Ortsgebrauch ausschliesse, der dem zwingenden öffentlichen Recht - insbesondere der Verkehrssicherheitsverordnung - widersprechen würde. Das Wegrecht sei seinerzeit nicht für die Bewirtschaftung des Grundstücks begründet worden, sondern nur zur Schaffung eines der Bequemlichkeit dienenden, untergeordneten Sekundärzugangs. Es bestehe keine Besitzstandsgarantie gegenüber polizeilichen Normen, wie diejenigen betreffend die Verkehrssicherheit. § 357 PBG sei nicht anwendbar und zudem subsidiär zu § 240 Abs. 1 PBG. Die Verkehrssicherheitsverordnung entspreche den Anforderungen des Legalitätsprinzips (Urk. 63 S. 3 ff.).

1.6. Replicando führte der Beklagte aus, es sei nur relevant, mit welchen Fahrzeugen er in den Hofraum hinein fahren könne, hingegen unbeachtlich, mit welchen Fahrzeugen er auf die Hoffläche seines eigenen Grundstücks fahren könne. Das 2006 vertraglich vereinbarte Überfahrtsrecht entspreche einer jahrzehntelangen Übung. Dem Beklagten könne nicht verwehrt werden, so nahe wie möglich an sein Grundstück zuzufahren. Der Hauptzweck der Erschliessung über den Hof von der B.\_\_\_\_-Strasse her liege in der Bewirtschaftung der Wirtschaftsräume der Liegenschaft E.\_\_\_\_-Gasse ... und der Anlieferung. Für Anlieferungen oder Renovationen am Haus sei nie der Weg über die E.\_\_\_\_-Gasse genutzt worden. Die Verkehrssicherheitsverordnung stehe einer rückwärtigen Ein- oder Ausfahrt nicht zwingend entgegen. Mit entsprechendem Hilfspersonal sei dies durchaus zulässig. Im Übrigen sei diese Verordnung nicht anwendbar und es komme ihr kein Gesetzescharakter zu (Urk. 67 S. 2 ff.).

1.7. In der Berufungsduplik machte die Klägerin geltend, dass die Behauptung, das 2006 vereinbarte Überfahrtsrecht entspreche einer jahrzehntelangen Übung, ein verspätet vorgebrachtes Novum darstelle, ausserdem bestritten werde, und irrelevant sei, da nur die Übung im Jahre 1896 massgebend sei. Das Wegrecht umfasse nicht auch das Recht, so nahe wie möglich an sein Grundstück zu fahren. Die Umnutzung der Hoffläche in eine Zufahrt und einen Güterumschlagplatz

wäre gestützt auf Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG und § 309 Abs. 1 lit. g und i PBG bewilligungspflichtig (Urk. 69 S. 3 ff.).

2.1.1. Ein Grundstück kann zum Vorteil eines andern Grundstücks in der Weise belastet werden, dass sein Eigentümer sich bestimmte Eingriffe des Eigentümers dieses andern Grundstücks gefallen lassen muss oder zu dessen Gunsten nach gewissen Richtungen sein Eigentumsrecht nicht ausüben darf (Art. 730 Abs. 1 ZGB).

2.1.2. Die am 7. Mai 1896 errichtete Dienstbarkeit zugunsten des Grundstücks des Beklagten und zu Lasten des Grundstücks der Klägerin beinhaltet ein "unbedingtes Fuss- und Fahrwegrecht in die B.\_\_\_\_\_-Strasse" "über den Hof hinter" dem Gebäude der Klägerin. Die Breite des Hofstreifens im Eingangsbereich (zur B.\_\_\_\_\_-Strasse gerichtet) beträgt ca. 5,2 m, die breiteste Stelle ca. 6 m, an der Grenze des Grundstücks der Klägerin zum Nachbargrundstück ist der Streifen ca. 5 m breit. Am Rande der Einfahrt an der Hauswand befinden sich Lichtschächte, die nur mit Personen- und Lieferwagen, nicht aber mit Lastwagen befahrbar sind.

Die Vorinstanz ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Grunddienstbarkeit - zumindest was die lichte Höhe des Wegrechts betrifft - eine ungemessene ist. Auf die entsprechenden Erwägungen kann verwiesen werden (Urk. 59 S. 12 f.). Die erwähnte Dienstbarkeit ist weder räumlich noch funktionell begrenzt (vgl. BGE 117 II 538; BGer 5C.225/2003 vom 23.12.2003 E. 4.2), die Nutzung des eingetragenen Fuss- und Fahrwegrechts in die B.\_\_\_\_\_-Strasse über den Hof ist nicht auf ein bestimmtes, genau definiertes Mass beschränkt.

2.2.1. Für die Ermittlung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit gibt Art. 738 ZGB eine Stufenordnung vor. Ausgangspunkt ist der Grundbucheintrag. Soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Eintrag deutlich ergeben, ist dieser für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend (Art. 738 Abs. 1 ZGB). Nur wenn sein Wortlaut unklar ist, darf im Rahmen des Eintrags auf den Erwerbsgrund, das heisst den Begründungsakt, zurückgegriffen werden. Ist auch der Erwerbsgrund nicht schlüssig, kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit - im Rahmen des Eintrags - aus

der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist (Art. 738 Abs. 2 ZGB).

Die Auslegung des Begründungsakts (zweite Stufe der Auslegungsordnung gemäss Art. 738 ZGB) erfolgt in gleicher Weise, wie die sonstiger Willenserklärungen. Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR bestimmt sich der Inhalt des Vertrags nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien. Nur wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, ist der Vertrag nach dem Vertrauensgrundsatz auszulegen. Die empirische oder subjektive hat gegenüber der normativen oder objektivierten Vertragsauslegung den Vorrang.

Stehen sich jedoch im Streit um den Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit nicht mehr die ursprünglichen Vertragsparteien, sondern Dritterwerber gegenüber (oder eine ursprüngliche Vertragspartei und ein Dritterwerber), werden die allgemeinen Grundsätze der Vertragsauslegung durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (Art. 973 Abs. 1 ZGB) begrenzt (BGE 137 III 144 ff., mit Hinweisen; BGE 5A\_66/103 vom 29.08.2013).

2.2.2. Gemäss Wortlaut der vorliegenden Grunddienstbarkeit im Grundbuch besteht ein Fuss- und Fahrwegrecht namentlich zugunsten Kat.-Nr. 1 (zur Zeit Grundstück im Eigentum des Beklagten) und zulasten Kat.-Nr. 4 dahingehend, dass der jeweilige Eigentümer des Grundstückes Kat. Nr. 1 ein unbedingtes Fuss- und Fahrwegrecht in die B. \_\_\_\_\_-Strasse über den Hof hinter dem Gebäude Assek. Nr. ... auf Kat. Nr. 4 (zur Zeit im Eigentum der Klägerin) hat (Urk. 3/3). Die Vorinstanz hat festgehalten, dass sich der Inhalt dieses Fuss- und Fahrwegrechts nicht deutlich aus dem Eintrag im Grundbuch ergebe. Dies ist zutreffend und unbestritten geblieben. Sodann hat auch im Berufungsverfahren keine Partei geltend gemacht, der Inhalt der Dienstbarkeit ergebe sich aus ihrem Erwerbsgrund. Der Dienstbarkeitsvertrag wurde denn auch von keiner Partei eingereicht. Eine Auslegung des unbekanntes Vertrages fällt somit ausser Betracht. Daher bleibt zu prüfen, ob sich der Inhalt aus der Art ergibt, wie die Dienstbarkeit während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist. Die Parteien sind sich uneinig, wie gross die Fahrzeuge sind, die bis anhin in den Hof eingefahren sind.

Unbestritten geblieben ist die Feststellung der Vorinstanz, dass Lastwagen und Kleinlastwagen (mit Ladefläche und Aufbau oder Blache) zwar in den Hof einfahren, sich darin bewegen und anschliessend rückwärts wieder ausfahren können, jedoch wegen deren Länge von über 5 m ein Wendemanöver im Hof für solche Fahrzeuge nicht möglich ist.

Aufgrund dieser objektiven unbestrittenen Gegebenheiten war die Nutzung für Lastwagen und Kleinlastwagen ohnehin in diesem Sinne eingeschränkt, weshalb die tatsächliche Nutzung, welche während Jahrzehnten unangefochten ausgeübt worden ist, nicht abgeklärt werden muss. Kommt hinzu, dass der Beklagte im Berufungsverfahren lediglich geltend gemacht hat, während 100 Jahren seien grössere Anlieferungen klaglos über den Hinterhof erfolgt. Konkrete Behauptungen über die Häufigkeit der Anlieferungen und die Grösse der entsprechenden Fahrzeuge hat er nicht aufgestellt. Mangels hinreichender Substanziierung kann die Behauptung der Klägerin, dass Lieferwagen mit einer Sonderhöhe (bis 2.6 m) bis anhin nie in den Hof eingefahren seien, nicht widerlegt werden.

2.3.1. Nach Art. 737 Abs. 1 ZGB ist der Berechtigte befugt, alles zu tun, was zur Erhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit nötig ist. Indessen ist er nach Art. 737 Abs. 2 ZGB verpflichtet, sein Recht in möglichst schonender Weise auszuüben. Der Belastete darf nichts vornehmen, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert (Art. 737 Abs. 3 ZGB).

Das Prinzip "servitus civiliter exercenda" gemäss Art. 737 Abs. 2 ZGB bedeutet als Konkretisierung von Art. 2 ZGB, dass der Berechtigte auf eine den Belasteten beeinträchtigende Rechtsausübung verzichten muss, soweit diese Rechtsausübung unnütz ist oder sein Interesse daran jedenfalls in einem krassen Missverhältnis zum Interesse des Belasteten an der Unterlassung der Beeinträchtigung steht. Mit Blick auf Art. 737 Abs. 3 ZGB folgt aus diesem Grundsatz spiegelbildlich, dass der Belastete dem Berechtigten in gewisser Hinsicht Beschränkungen auferlegen kann, solange dadurch die Ausübung der Dienstbarkeit nicht merklich beeinträchtigt wird.

Durch den Grundsatz "servitus civiliter exercenda" wird nicht der Umfang oder Inhalt der Dienstbarkeit eingeschränkt, sondern lediglich deren missbräuchliche Ausübung untersagt. Mit anderen Worten darf das Gebot der schonenden Ausübung (beziehungsweise der Duldung vernachlässigbarer Beeinträchtigungen) nicht zu einer inhaltlichen Verengung des Dienstbarkeitsrechts führen. Wer die Beseitigung von Bauten verlangt, welche die Dienstbarkeit verletzen, handelt nicht wider Treu und Glauben (BGE 137 III 152 f.).

2.3.2. Die vorliegende Dienstbarkeit gewährt dem Beklagten als Eigentümer des Grundstücks Kat.-Nr. 1 ein unbedingtes Fuss- und Fahrwegrecht in die B. \_\_\_\_\_-Strasse über den Hof hinter dem Gebäude der Klägerin. Der Beklagte hat das Recht, von der B. \_\_\_\_\_-Strasse über den Hof ein- und auszufahren. Die Hofein- und -ausfahrt von bzw. zur B. \_\_\_\_\_-Strasse muss ihm somit gewährleistet bleiben, jedoch nur insoweit, als sein Interesse daran jedenfalls nicht in einem kras- sen Missverhältnis zum Interesse der Klägerin an der Unterlassung der Beein- trächtigung steht. Die Klägerin als Belastete kann dem Beklagten als Berechtigten in gewisser Hinsicht Beschränkungen auferlegen, solange dadurch die Ausübung der Dienstbarkeit nicht merklich beeinträchtigt wird. Die Vorinstanz hat zutreffend dargelegt, dass kein Anspruch des Beklagten auf Nutzung der gesamten Hofflä- che besteht, sondern das Nutzungsrecht auf einen Korridor beschränkt ist (Urk. 59 S. 18 f.). Demnach hat der Beklagte nicht das Recht, die Hofeinfahrt in der gesamten Breite und Höhe und das Hofareal in der gesamten Fläche zu be- nutzen. Vielmehr kann der Beklagte lediglich verlangen, dass die Hofeinfahrt in- soweit offen gelassen bleibt, dass er ungehindert durchfahren kann. Er hat An- spruch darauf, dass er den Durchgang ungehindert, mithin frei von Behinderun- gen und sicher, benutzen kann.

2.4.1. Hat eine Dienstbarkeit für das berechtigte Grundstück alles Interesse verlo- ren, so kann der Belastete ihre Löschung verlangen (Art. 736 Abs. 1 ZGB). Ist ein Interesse des Berechtigten zwar noch vorhanden, aber im Vergleich zur Belas- tung von unverhältnismässig geringer Bedeutung, so kann die Dienstbarkeit ge- gen Entschädigung ganz oder teilweise abgelöst werden (Art. 736 Abs. 2 ZGB). Bei dieser Bestimmung (Ausübung der Grunddienstbarkeit in möglichst schonen-

der Weise) handelt es sich um eine eigentliche, d.h. inhaltlich eigenständige Konkretisierung des Gebots von Treu und Glauben und des Rechtsmissbrauchsverbots (Berner Kommentar, Bd. I/1, 2012, N 75 zu Art. 2 ZGB). Unter dem Interesse für das berechnigte Grundstück bzw. dem Interesse des Berechnigten versteht die Rechtsprechung das Interesse des Eigentümers des berechnigten Grundstücks an der Ausübung der Dienstbarkeit gemäss deren Inhalt und Umfang. Dabei ist vom Grundsatz der Identität der Dienstbarkeit auszugehen, der besagt, dass eine Dienstbarkeit nicht zu einem andern Zweck aufrechterhalten werden darf als zu jenem, zu dem sie errichtet worden ist. Zu prüfen ist somit in erster Linie, ob der Eigentümer des berechnigten Grundstücks noch ein Interesse daran hat, die Dienstbarkeit zum ursprünglichen Zweck auszuüben, und wie sich dieses Interesse zu jenem verhält, das anlässlich der Begründung der Dienstbarkeit bestand (BGE 130 III 554 E. 2). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung fallen mit dem Umbau eines Ökonomiegebäudes in ein Zweifamilien-Wohnhaus mit den dazugehörenden Garagen die ursprünglichen Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks - vor allem die Zufahrt zum Zentrum eines landwirtschaftlichen Betriebes - dahin und das Fuss- und Fahrwegrecht muss der Benützung der Garagen nicht dienstbar gemacht werden (BGE 117 II 536 E. 5). Der Wegfall des ursprünglichen Interesses kann nicht durch ein neues Interesse ersetzt werden (PETITPIERRE, Basler Kommentar ZGB II, 4. Aufl., 2011, N 15 zu Art. 736 ZGB). Aus dem Grundsatz der Identität der Dienstbarkeit ergibt sich zudem, dass die Ausübung der Dienstbarkeit nicht auf einen zusätzlichen, mit dem ursprünglichen nicht identischen Zweck ausgeweitet werden darf. So darf beispielsweise eine Personalservitut für den Bau und Betrieb einer Hochspannungsleitung nicht auf den Einsatz einer Leitung für Fernmeldedienste ausgeweitet werden (BGE 132 III 651 E. 8). Ist Art. 736 ZGB anwendbar, führt dies zu einer Löschung oder Verlegung der Dienstbarkeit auf eine weniger belastende Stelle des dienenden Grundstücks (PETITPIERRE, a.a.O., N 22 zu Art. 736 ZGB).

2.4.2. Wie oben dargelegt, hat der Beklagte sein Fuss- und Fahrwegrecht in möglichst schonender Weise auszuüben und daher nicht das Recht, die Hofeinfahrt in der gesamten Breite und Höhe zu benutzen. Er kann lediglich verlangen, dass die Hofeinfahrt insoweit offen gelassen bleibt, dass er ungehindert durchfahren kann.

Er hat Anspruch darauf, dass er den Durchgang ungehindert, mithin frei von Behinderungen und sicher benutzen kann. Es ist zu prüfen, wie gross das Interesse des Beklagten an der Benutzung der Hofeinfahrt in der gesamten Breite und Höhe sowie des gesamten Hofareals zur Ausübung seines Wegrechts ist. Stellt sich dabei heraus, dass dieses Interesse des Beklagten im Vergleich zur Belastung der Klägerin von unverhältnismässig geringer Bedeutung ist, wäre in Anwendung von Art. 736 Abs. 2 ZGB die strittige Dienstbarkeit auf einen Umfang zu beschränken, der dem Beklagten weiterhin ein ungehindertes und sicheres Einfahren und Verlassen des Hofes garantiert. Für die Bestimmung des Umfangs des Wegrechts sind das kantonale Recht und der Ortsgebrauch (vgl. Art. 740 ZGB) sowie öffentlich-rechtliche Vorschriften heranzuziehen, auch die bundesrechtlichen. Art. 740 ZGB bezieht sich auf das heutige kantonale Recht und den heutigen Ortsgebrauch (Beat Eschmann, Auslegung und Ergänzung von Dienstbarkeiten, 2005, S. 107). Der Inhalt des Eigentums und damit auch der beschränkten dinglichen Rechte wird aufgrund der geltenden schweizerischen Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit bestimmt. Dazu gehört neben dem privaten ebenso das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone auf Gesetzes- und Verordnungsstufe. Es ist deshalb zulässig, in der Beurteilung der Frage, was für Anforderungen an ein Wegrecht zu stellen sind, damit es die Bedürfnisse des berechtigten Grundstücks befriedigt, auch die öffentlich-rechtlichen Vorgaben oder etwa die Empfehlungen der Vereinigung der Schweizerischen Strassenfachleute (VSS-Normalien) an die Erstellung und Gestaltung von Privatstrassen zu berücksichtigen (Urteil 5C.238/1991 vom 29. April 1992 E. 2, zum Einbezug kantonaler Zugangsnormalien; BGE 5A\_66/103 vom 29.08.2013).

2.4.3. Entgegen der Auffassung des Beklagten können demnach sämtliche Richtlinien herangezogen werden, welche Kriterien für eine ungehinderte und sichere Durchfahrt enthalten, um das Mass der Einschränkung der Dienstbarkeit zu bestimmen, weshalb auch öffentlich-rechtliche Bestimmungen in Frage kommen, zumal auch das kantonale Recht implizit darauf verweist: Nach § 188 EG ZGB - welcher sich auf den Inhalt der einzelnen Dienstbarkeiten bezieht - werden die Breite der Wege und das Mass des freien Luftraumes über denselben durch die Landessitte und das Bedürfnis bestimmt. Die Vorinstanz hat daher zu Recht die

Bestimmungen aus den Zugangsnormalien sowie aus der Verkehrssicherheitsverordnung für die Festlegung der angemessenen Grösse der Hofeinfahrt berücksichtigt. Unter Heranziehung der einschlägigen Normen des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Zürich (PBG), der Zugangsnormalien (ZN), der Verkehrssicherheitsverordnung (VSiV) samt Anhang, des Strassenverkehrsgesetzes (SVG) und der Verkehrsregelnverordnung (VRV) kam die Vorinstanz zum Schluss, dass eine Einfahrt mit einer lichten Breite der Durchfahrt von 3,0 m, ab 2,3 m Distanz von der Grenze der B. \_\_\_\_\_-Strasse bis zu dieser Grenze hin sich kontinuierlich auf 4,2 m verbreiternd, und einer lichten Höhe von 2,3 m rechtsgenügend sei. Sie erwoog insbesondere, dass gemäss dem Anhang der Verkehrssicherheitsverordnung eine Aus- und Einfahrt aus dem Hof in die B. \_\_\_\_\_-Strasse als Staatsstrasse lediglich vorwärts zulässig sei. Da Personenwagen unbestrittenermassen im Hof nicht wenden könnten, könne die Hofeinfahrt demgemäss aufgrund der Verkehrssicherheit lediglich durch Motorräder, Fahrräder und Fussgänger benutzt werden. Dafür seien die von der Klägerin geltend gemachten Masse der Hofeinfahrt (Höhe von 2,3 m und Breite von 3 m) genügend, und der Sichtwinkel sei gemäss Verkehrssicherheitsverordnung eingehalten (Urk. 59 S. 20 ff.). Die Erwägungen der Vorinstanz sind zutreffend und überzeugend, weshalb vollumfänglich darauf verwiesen werden kann. Da nach dem Gesagten die Aus- und Einfahrt zwischen Hof und B. \_\_\_\_\_-Strasse aufgrund der VSiV vom 15. Juni 1983 und deren Anhang für Personenwagen - und erst recht für (Klein-)Lastwagen - nicht (mehr) möglich ist, ist das Interesse des Beklagten als Eigentümer des berechtigten Grundstücks an der Benutzung des Hofstreifens im zur B. \_\_\_\_\_-Strasse gerichteten Eingangsbereich in der vollen Breite von gut 5 m (nur noch) von unverhältnismässig geringer Bedeutung. Für Zweiräder und Fussgänger vermag eine Hofeinfahrt von 2,3 m Höhe und 3 m Breite die uneingeschränkte, ungehinderte und sichere Ein- und Ausfahrt in die B. \_\_\_\_\_-Strasse zu gewährleisten. Daran vermöchte auch nichts zu ändern, wenn bis anhin die Einfahrt durch Personenwagen und Kleinlastwagen benutzt wurde, welche rückwärts wieder rausgefahren sind, handelt es sich doch bei dieser Fahrweise um ein verkehrsregelwidriges Manöver. Die Reduktion bzw. Teilablösung der Grunddienstbarkeit durch die Vorinstanz erfolgte daher zu Recht und in angemessenem Ausmass.

3.1. Die Vorinstanz hat die von der Klägerin angebotene Entschädigung von Fr. 2'000.-- für den mit der Reduktion des Durchfahrtsraums zusammenhängenden Komfortverlust infolge der Bewilligung der Reduktion des Wegrechts gestützt auf Art. 736 Abs. 2 ZGB als angemessen erachtet und dem Beklagten in dieser Höhe zugesprochen. Sie erwog, dass die Beschränkung der Benutzung des Hofraums durch Personenwagen Folge der Verkehrssicherheit und nicht der Klägerin vorzuwerfen sei. Indessen reduziere sich der Manövrierraum im Eingangsbereich deutlich, welche Einbusse jedoch lediglich von sehr geringer Relevanz sei, da der Hof ohnehin nur mit Zweirädern befahrbar sei (Urk. 59 S. 26 ff.).

3.2. Im Berufungsverfahren machte der Beklagte geltend, die Entschädigung beruhe auf der VSiV und damit auf einer falschen Grundlage (Urk. 58 S. 10). Demgegenüber brachte die Klägerin vor, der Entschädigungsbetrag könne aus prozessualen Gründen nicht erhöht werden, da der Beklagte keinen konkreten Berufungsantrag gestellt habe (Urk. 63 S. 9).

3.3. Der Beklagte stellte keinen Eventualantrag betreffend die (Höhe der) Entschädigung. Er hat keine höhere Entschädigung verlangt, für den Fall, dass eine Teilablösung der Dienstbarkeit bestätigt würde. Auch setzte er sich nicht mit der diesbezüglichen Begründung der Vorinstanz auseinander. Demgemäss ist der Entscheid der Vorinstanz betreffend die Entschädigung zu bestätigen, unter Hinweis auf deren zutreffende Begründung.

4.1. Sodann wies die Vorinstanz die Widerklage des Beklagten, die Klägerin sei zu verpflichten, das angebrachte Eisentor im Hofbereich sofort zu entfernen, ab. Sie erwog unter Hinweis auf BGE 113 II 151 ff., dass sich die Liegenschaften in unmittelbarer Nähe der B.\_\_\_\_-Strasse befänden, und die klägerische Behauptung, dass dies ein Problemgebiet darstelle und ein Tor Drogenhandel, Drogenkonsum, Prostitution und unberechtigtes Parkieren verhindern soll, vom Beklagten nicht bestritten worden sei. Vielmehr habe auch er sich im Jahre 1997 über zu Unrecht parkierte Fahrzeuge beklagt. Es sei nachvollziehbar, dass ein abschliessbares Tor geeignet sei, die erwähnten negativen Einflüsse auf den Innenhof der Liegenschaften zu unterbinden. Der Verkehr auf der B.\_\_\_\_-Strasse werde durch das Tor nicht beeinträchtigt, da ein Anhalten vor dem Tor auf dem

Grundstück der Klägerin möglich sei, ohne dass das Tor geöffnet sein müsse. Zuzufolge der Reduktion des Wegrechts auf die Breite von 3 Metern sei das Argument des Beklagten, dass das (3 m breite) Tor den Umfang seines Wegrechts verletze, nicht zu hören. Der Aufwand, vor der Einfahrt/Ausfahrt mit dem Zweirad anzuhalten, um mit dem Schlüssel das Tor zu öffnen, sei den Hofbenutzern zuzumuten, zumal man heutzutage in der Stadt Zürich - namentlich im fraglichen Quartier - nicht darum herum komme, Wohnung, Haus und Fahrzeug jeweils abzuschliessen/anzuketten (Urk. 59 S. 28 ff.).

4.2. Im Berufungsverfahren rügte der Beklagte, die Abweisung der Widerklage basiere auf einer falschen Sachverhaltsfeststellung. Entgegen dem vorinstanzlichen Entscheid stehe gemäss Grunddienstbarkeit die ganze unüberbaute Fläche zur Verfügung, werde aber durch den angefochtenen Entscheid massiv reduziert. Das eigenmächtig angebrachte Tor führe dazu, dass die Durchfahrtsbreite nicht mehr genüge, um mit grossen Fahrzeugen in den Hof ein- und ausfahren zu können. Die Interessen der Belasteten seien gegenüber denjenigen des Begünstigten daher nicht höher zu gewichten. Durch das Anbringen eines Tors dürfe die Breite der Durchfahrt ohnehin nicht ungebührlich verschmälert werden. Es sei Lastwagen und Zulieferern nicht zuzumuten, auszusteigen und das Tor mit einem Schlüssel zu öffnen (Urk. 58 S. 10 f.). Beim Tor sei die Bedienung unpraktikabel und die Verschmälerung der Einfahrt unzumutbar (Urk. 67 S. 5). Demgegenüber brachte die Klägerin vor, das Tor diene der Sicherheit aller Liegenschaften, die an den Hof anstössen, und der Aufwand sei zumutbar. Auch andere Hofanstösser hätten das Anbringen eines Tores für sinnvoll gehalten (Urk. 63 S. 10).

4.3. Wie erwähnt ist die Dienstbarkeit auf eine Durchfahrts- und Durchgangsbreite von 3 Meter zu reduzieren. Das 3 Meter breite Tor schränkt aufgrund seiner Masse dieses Fuss- und Fahrwegrecht nicht zusätzlich ein. Die Einfahrt ist Personewagen und Lastwagen ohnehin nicht gestattet, weil diese - wie dargelegt - wegen der engen Verhältnisse im Hof nicht wenden und daher nicht - wie von der VSiv samt Anhang vorgeschrieben - vorwärts sowohl ein- als auch wieder ausfahren könnten. Deshalb ist auch irrelevant, ob die Fahrer der entsprechenden Fahrzeuge aussteigen müssten, um das Tor mit einem Schlüssel zu öffnen. Hingegen ist

den Töff- und Velofahrern sowie den Fussgängern zuzumuten, den Schlüssel auf sich zu tragen und das Tor jeweils zu öffnen. Das angebrachte Tor vermag die Ausübung des Wegrechts des Beklagten nicht übermässig zu erschweren, zumal es im Interesse sämtlicher wegberechtigter Hofbenutzer steht, Unberechtigten den Zutritt zum Hof durch ein abschliessbares Tor zu verwehren. Im Übrigen kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Die Widerklage wurde somit zu Recht abgewiesen.

5. Zusammenfassend ist in Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils die Dienstbarkeit der Durchfahrts- und Durchgangsfläche teilweise abzulösen und auf den von der Vorinstanz festgelegten Umfang zu reduzieren, zudem die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten für die Teilablösung der Dienstbarkeit eine Entschädigung von Fr. 2'000.-- zu entrichten, sowie die Widerklage des Beklagten auf Verpflichtung der Klägerin zur sofortigen Entfernung des Eisentors abzuweisen.

#### V.

Bei diesem Verfahrensausgang ist die erstinstanzliche Kostenregelung zu bestätigen und wird der Beklagte für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin hat keine Mehrwertsteuer verlangt, weshalb ihr auch keine zuzusprechen ist (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2007).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung, vom 24. August 2012 im folgenden Punkt in Rechtskraft erwachsen ist:
  1. Der Hauptantrag der Klägerin, es sei festzustellen, dass eine Durchfahrts- und Durchgangsfläche entsprechend der grün bemalten Fläche auf beiliegendem Plan "Einfahrt B.\_\_\_\_\_-Strasse" 1:200 vom 6. Dezember 2007 (lichte Breite von 3,0 m, ab 2,3 m Distanz von der Grenze zur B.\_\_\_\_\_-Strasse bis zu dieser Grenze hin sich kontinuierlich auf 4,2 m verbreiternd) sowie eine lichte Durchfahrtshöhe von 2,3 m - eventuell von 2,6 m - im Verhältnis zu Kat.-Nr. 1 den Anforderungen der Dienstbarkeit von SP Nr. ...

(Fuss- und Fahrwegrecht zu Gunsten Kat.-Nrn. 2, 1 und 3) genügt, wird abgewiesen.

(...)

2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung, vom 24. August 2012 (Geschäfts-Nr. CG090150) wird (einschliesslich der Kosten- und Entschädigungsregelung gemäss Dispositivziffern 4 - 6) bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 8'700.--.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 7'200.-- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, je gegen Empfangsschein.  
Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. 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. 99'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Zürich, 29. Oktober 2013

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. K. Würsch

versandt am:  
mc