

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF230018-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin MLaw J. Camelin-Nagel

Urteil vom 13. April 2023

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____ **AG,**

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____ und / oder Rechtsanwalt MLaw Y2. _____,

betreffend **vorsorgliche Massnahme**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 20. Februar 2023 (ET230008)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Es sei der Gesuchsgegnerin unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB vorläufig und mit sofortiger Wirkung zu verbieten, auf der Dachzinne der Liegenschaft Kataster-Nummer 1, C. _____-Strasse 2 in ... Zürich, vorübergehend oder dauerhaft Baugerüste und Teile von Baugerüsten aufzustellen bzw. aufstellen zu lassen sowie andere Lasten (u.a. Baumaterial, Gerüstteile, Gerätschaften) abzustellen bzw. abstellen zu lassen oder zu lagern bzw. lagern zu lassen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Urteil des Bezirksgerichtes:

(act. 5 = act. 9 [Aktenexemplar])

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr von Fr. 750.– wird der Gesuchstellerin auferlegt.
- 3.-5. [Mitteilung, Rechtsmittel, Fristenstillstand].

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin (act. 10 S. 2):

" Es sei der vorinstanzliche Entscheid vom 20. Februar 2023 im Verfahren ET230008-L vollumfänglich aufzuheben und es sei der Antrag der Berufungsklägerin gemäss ihrem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen vom 17. Februar 2023 gutzuheissen;

Eventualiter sei das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen der Berufungsklägerin vom 17. Februar 2023 zur Neu beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

der Berufungsbeklagten (act. 16 S. 2):

1. Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

1.1. Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Berufungsklägerin) stellte beim Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich (nachfolgend Vorinstanz) mit Eingabe vom 17. Februar 2023 (Datum Poststempel) das eingangs angeführte Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen gegenüber der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (nachfolgend Berufungsbeklagten; act. 1). Mit Urteil vom 20. Februar 2023 wies die Vorinstanz das Gesuch – wie eingangs wiedergegeben – ab (act. 9).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 3. März 2023 rechtzeitig (act. 6a) Berufung mit obgenannten Berufungsanträgen (act. 10). Mit Verfügung vom 9. März 2023 wurde der Berufungsbeklagten Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 13), welche sie innert Frist erstattete (act. 16).

1.3. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1–7). Das Verfahren ist spruchreif.

2.1. Der vorinstanzliche Entscheid betrifft ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen. Erstinstanzliche Massnahmenentscheide sind grundsätzlich mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO), wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Berufung nur zulässig ist, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Berufungsklägerin schätzte den Streitwert auf Fr. 30'000.– (act. 1 Rz. 14), dies erscheint einstweilen angemessen und wurde von der Berufungsbeklagten nicht bestritten (vgl. act. 16 Rz. 36). Damit ist der Streitwert für die Berufung ohne Weiteres gegeben.

2.2. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsbegründung hat sich sachbezogen mit der Begründung des angefochtenen Entscheides auseinanderzusetzen, es ist konkret aufzuzeigen, weshalb und in welchen Belangen der angefochtene Entscheid falsch sein soll und welche Do-

kumente diese Argumentation stützen. Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor Vorinstanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). In der Entscheidung über die Berufung ist auf die durch die Parteien erhobenen Rügen einzugehen, indes verpflichtet die Begründungspflicht (Art. 53 ZPO) das Gericht nicht dazu, sich mit jedem einzelnen rechtlichen oder sachverhaltlichen Einwand der Parteien eingehend auseinanderzusetzen. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung seines Entscheids auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich seine Entscheidung stützt. Nachfolgend ist daher nur insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Rechtsfindung erforderlich ist.

3.1. Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Zur Anordnung von vorsorglichen Massnahmen müssen sowohl der Verfügungsanspruch als auch der Verfügungsgrund bejaht werden können. Gleichzeitig hat nebst der Verhältnismässigkeit eine gewisse zeitliche Dringlichkeit vorzuliegen (vgl. etwa ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 261 N 12, 17 und 33; KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELLER, 3. Aufl. 2021, Art. 261 N 4 ff.).

3.2.1. Die Berufungsklägerin stellte ihr Massnahmebegehren im Wesentlichen mit der Begründung, dass die Berufungsbeklagte einen ...-umbau an deren Liegenschaft an der C.____-Strasse 2 in Zürich vornehme. Dabei bestünden klare Anzeichen dafür, dass die Berufungsbeklagte ein Baugerüst für eine Höhe von voraussichtlich vier Stockwerken plus Dachstock auf der Dachrinne der Liegenschaft der Berufungsklägerin an der C.____-Strasse 2 aufstellen werde (act. 1 Rz. 2). Die Berufungsbeklagte habe ihr bis heute die erforderlichen Informationen für die Abklärungen zum Schutz ihrer Liegenschaft nicht zur Verfügung gestellt, weshalb ernsthaft zu befürchten sei, dass die Dachrinne auf ihrer Liegenschaft übermässig beansprucht werde und ihr Gebäude gefährdet sei (act. 1 Rz. 3).

Zum zeitlichen Ablauf bzw. zur Dringlichkeit führte die Berufungsklägerin im Massnahmebegehren aus, sie habe im Dezember 2021 nachdem sie vom ...-umbau erfahren habe, ihre Dachzinne durch einen erfahrenen Bauingenieur und Experten vor Ort begutachten lassen. Diese Erkenntnisse hätten Eingang in ein Schreiben an die Berufungsbeklagte gefunden, mit dem im Fall eines unumgänglichen Gerüstaufbaus auf der Dachzinne die für die Analyse erforderlichen technischen Angaben gefordert worden seien. Die Berufungsbeklagte habe im Schreiben vom 7. Januar 2022 zugesichert, dass geprüft werde, ob eine Fassadenverankerung möglich sei und nur, falls diese "technisch nicht umsetzbar wäre" auf dem Dach der Liegenschaft C.____-Strasse 2 das Fassadengerüst abgestellt werde. Weiter habe sie in Aussicht gestellt, "selbstverständlich die Standortskizze und die Gewichtsbelastung/m² zuzustellen, sowie das genaue Zeitfenster der Gerüstung" mitzuteilen. Ebenfalls habe sie angegeben, dass eine Gerüstung zwischen Frühjahr 2023 und Sommer 2023 während ca. sechs Monaten geplant sei. Darauf habe sie – die Berufungsklägerin – geantwortet, dass die Verankerung in der Fassade begrüsst werde und für den Fall, dass diese sich dennoch als nicht möglich herausstellen sollte, in jedem Fall eine vorgängige Abstimmung und "frühestmögliche Information [...] in jedem Fall mit einer Vorlaufzeit von mindestens 60 Tagen vor Belastung der Zinne" gefordert werde (act. 1 Rz. 20). Im Dezember 2022 habe sie festgestellt, dass die Dachzinne vermehrt betreten werde und vorübergehend Material darauf abgelagert worden sei. Dieses Verhalten lege nahe, dass sich die Berufungsbeklagte nicht an ihre Vorgaben halte und auch mit einer weitaus intensiveren Nutzung der Dachzinne zu rechnen sei (act. 1 Rz. 22). An der Besprechung vom 10. Februar 2023 sei sie dann informiert worden, dass ein Gerüstaufbau an der Fassade Richtung C.____-Strasse 2 demnächst geplant sei und das Abstellen, zumindest vorübergehend, auf der Dachzinne erfolgen solle (act. 1 Rz. 23). Im hinteren Teil des Gebäudes sei zudem bereits mit dem Aufstellen des Gerüsts an der Fassade begonnen worden (act. 1 Rz. 45).

3.2.2. Die Vorinstanz wies das Massnahmebegehren der Berufungsklägerin mit der Begründung ab, es fehle an der erforderlichen Dringlichkeit des Gesuchs. Die Berufungsklägerin habe seit der Mitteilung vom 7. Januar 2022 gewusst, dass ein Gerüst an der Fassade der Nachbarliegenschaft geplant sei. Sie habe somit

von der Gefahr gewusst, dass ein Fassadengerüst auf ihrer Dachzinne aufgestellt werden könnte. Dennoch sei sie nach einem Schreiben am 11. Januar 2022 erst im November 2022 wieder mit der Berufungsbeklagten in Kontakt getreten. Das Aufstellen eines Gerüsts sei gar erst am 12. Januar 2023 wieder thematisiert worden, mithin rund ein Jahr nachdem die Berufungsklägerin davon erfahren habe. Damit habe die Berufungsklägerin viel zu lange zugewartet, um nun noch eine zeitliche Dringlichkeit geltend machen zu können. Es wäre ihr ohne Weiteres möglich gewesen, die Ansprüche im Hauptverfahren durchzusetzen (act. 9 E. 2.3).

3.3. Dagegen wendet die Berufungsklägerin in ihrer Berufungsschrift ein, es treffe zu, dass zu Beginn des ...-umbaus in der Vorkorrespondenz zwischen dem 20. Dezember 2021 und 11. Januar 2022 die Benutzung der Dachzinne thematisiert worden sei. Aktenwidrig sei jedoch, dass sie daraus auf das Aufstellen eines Fassadengerüsts auf ihrer Dachzinne oder gar eine Gefahr für ihre Liegenschaft hätte schliessen müssen. Richtig sei, dass sie am 20. Dezember 2021 auf die Berufungsbeklagte zugegangen sei, um verschiedene Themen zum Schutz ihrer historischen Liegenschaft und des darin gelegenen Ladenlokals zu sensibilisieren. Zur Benutzung der Dachzinne habe sie wörtlich festgehalten (act. 10 Rz. 12 mit Verweis auf act. 3/10):

"Sofern und soweit Sie [...] diese [*Anm: die Dachzinne*] im Rahmen der Renovation zu benutzen beabsichtigen, ersuche ich Sie um genaue diesbezügliche Angaben (inkl. Standortskizze und allfällige Gewichtsbelastung/m² sowie Zeitangaben). Anderenfalls geht meine Mandantin davon aus, dass die Zinne ihres Gebäudes weder vorübergehend noch permanent genutzt wird."

Die Berufungsbeklagte habe dieses Anliegen aufgenommen und am 7. Januar 2022 wie folgt geantwortet ([act. 10 Rz. 12 mit Verweis auf] act. 3/11):

"Wir prüfen die Verankerung des Gerüsts an der Fassade des Gebäudes der C.____-Strasse 3. Somit würde Ihr Dach nicht durch das Gerüst belastet. Falls dieses Vorgehen technisch nicht umsetzbar wäre, müssten wir auf dem Dach der C.____-Strasse 2 das Fassadengerüst abstellen. Dazu würden wir Ihnen selbstverständlich Standortskizzen und die Gewichtsbelastung/m² zustellen, sowie das genaue Zeitfenster der Gerüstung. [...] Es ist vorgesehen, dass lediglich zwischen Früh-

jahr 2023 bis Sommer 2023 (ca. 6 Monate) die Fassade eingerüstet wird."

Es sei offensichtlich unzutreffend, wenn die Vorinstanz davon ausgehe, sie hätte im Januar 2022 einen Hauptsachenprozess einleiten können. Die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs setze voraus, dass eine widerrechtliche Handlung unmittelbar bevorstehe und ernstlich zu befürchten sei. Vorliegend habe es keinen Hinweis darauf gegeben, dass sich die Berufungsbeklagte nicht an ihre Zusicherung für den für Frühjahr 2023 geplanten Gerüstaufbau halten werde, weshalb eine unmittelbare Begehungsfahr nicht vorgelegen habe. Erst Mitte Dezember 2022 habe sie festgestellt, dass Abfall und Schmutz auf der Dachrinne liegen geblieben seien und Bauarbeiter das Dach betreten hätten. Dies habe sie zum Anlass genommen mit Schreiben vom 12. Januar 2023 erneut nachzufragen, ob der Gerüstbau – wie zugesichert – ohne Belastung der Dachrinne umgesetzt werde (act. 10 Rz. 14 mit Verweis auf act. 3/13). Diese Frage habe die Berufungsbeklagte in ihrem Schreiben vom 24. Januar 2023 nicht beantwortet, sie habe aber festgehalten, dass sie aus einer Grunddienstbarkeit ein Recht zur regelmässigen Nutzung der Dachrinne ableite (act. 10 Rz. 14 mit Verweis auf act. 3/14). Erst anlässlich der Sitzung vom 10. Februar 2023 habe sie erfahren, dass die Berufungsbeklagte plane das Fassadengerüst auf ihrer Dachrinne abzustützen. Der frühestmögliche Zeitpunkt der Einreichung einer Klage auf Unterlassung im ordentlichen Verfahren wäre damit nach der Besprechung vom 10. Februar 2023 gewesen. Wenige Tage später sei bereits das Massnahmegesuch eingereicht worden (act. 10 Rz. 15).

3.4. Die Berufungsbeklagte hält dem entgegen, die Berufungsklägerin habe bereits seit Januar 2022 um die Möglichkeit gewusst, dass auf der Dachrinne ein Fassadengerüst aufgestellt werde (act. 16 Rz. 20). Im Widerspruch dazu behauptete sie nun neu, der frühestmögliche Zeitpunkt für ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen sei der 10. Februar 2023 gewesen. Sie gebe an, anlässlich der Sitzung vom 10. Februar 2023 "erstmalig" erfahren zu haben, dass sie – die Berufungsbeklagte – ihr Fassadengerüst abzustützen plane. Das sei aktenwidrig, widersprüchlich und im Übrigen eine unzulässige neue Behauptung. Nachdem der Berufungsklägerin seit Januar 2022 bekannt gewesen sei, dass ein Baugerüst

aufgestellt werden könnte, hätte der von der Berufungsklägerin behauptete Unterlassungsanspruch also bereits im Januar 2022 gerichtlich geltend gemacht werden können. Ihr Gesuch sei daher verspätet (act. 16 Rz. 34 f.).

3.5. Obwohl im Gesetz nicht vorgesehen, setzt die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme – wie erwähnt (vgl. hiervor E. 3.1) – Dringlichkeit voraus. Dies ist darin begründet, dass der vorsorgliche Rechtsschutz bezweckt, den Eintritt von Nachteilen zu verhindern, welche im Zeitraum zwischen der Klageanhebung und der Rechtskraft des Hauptsachenentscheids zu entstehen drohen. Kann der Eintritt der drohenden Nachteile auch durch ein ordentliches Urteil verhindert werden, liegt keine Dringlichkeit und damit kein Grund für eine vorsorgliche Massnahme vor. Die Dringlichkeit ist ferner auch dann zu verneinen, wenn eine Partei mit der Stellung des Massnahmebegehrens ungebührlich lange und damit rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB) zuwartet (vgl. OGer ZH LF160086 vom 2. März 2017 E. III.1; ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO, a.a.O., Art. 261 N 12 ff.; BSK ZPO-SPRECHER, 2. Aufl. 2013, Art. 261 N 43; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 3. Aufl. 2019, § 22 N 11). Dies kann namentlich dann der Fall sein, wenn eine Partei eine Zeitspanne verstreichen lässt, die für die Durchführung des ordentlichen Prozesses gereicht hätte bzw. solange zuwartet, dass ein rechtzeitig eingeleitetes ordentliches Hauptsacheverfahren vor der Einleitung des Massnahmeverfahrens bereits beendet gewesen wäre. In einem solchen Fall fehlt es an der relativen Dringlichkeit. Dabei beginnt die für die Beurteilung der relativen Dringlichkeit massgebliche Frist in dem Zeitpunkt, in dem es der gesuchstellenden Partei erstmals möglich gewesen wäre, die Klage im ordentlichen Hauptsacheverfahren einzureichen (vgl. dazu ausführlich AGE BL ZB.2019.7 vom 13. Mai 2019 E. 3.4 m.w.H.).

3.6.1. Die Vorinstanz stellte zur Beurteilung der Dringlichkeit auf das Schreiben der Berufungsbeklagten (bzw. der D._____ AG) vom 7. Januar 2022 (act. 3/11) ab und erwog, die Berufungsklägerin habe bereits zu diesem Zeitpunkt von der Gefahr gewusst, dass ein Gerüst auf der Dachzinne geplant sei (act. 9 E. 2.3). Dem kann nicht gefolgt werden. Wie die Berufungsklägerin richtig vorbringt, handelt es sich bei diesem Schreiben um eine Bestätigung der Berufungsbeklagten bzw. der D._____ AG, dass *keine* Belastung des Dachs der C._____ -Strasse 2

durch das Gerüst geplant sei, sondern die Verankerung des Gerüsts an der Fassade des Gebäudes der C. _____-Strasse 3 geprüft werde. Nur für den Fall, dass "dieses Vorgehen technisch nicht umsetzbar wäre" wird das Abstellen eines Fassadengerüsts auf dem Dach der C. _____-Strasse 2 in Betracht gezogen. Das Schreiben enthält aber die Zusicherung, dass dazu "selbstverständlich Standortskizzen und die Gewichtsbelastung/m²" sowie "das genaue Zeitfenster der Gerüstung" mitgeteilt würden (act. 3/11 S. 1). Darauf antwortete die Berufungsklägerin umgehend und verlangte eine Vorlaufzeit von mindestens 60 Tagen, falls eine Belastung der Dachzinne nötig sein sollte (act. 3/12). Die Berufungsklägerin durfte vor diesem Hintergrund davon ausgehen, dass ohne vorgängige Information keine Belastung der Dachzinne erfolgte. Es bestand zu diesem Zeitpunkt kein Anlass, ein Hauptsacheverfahren einzuleiten und auf Unterlassung der Aufstellung eines Baugerüsts auf der Dachzinne zu klagen, zumal eine solche Klage aussichtslos gewesen wäre.

Wie die Berufungsklägerin zu Recht vorbringt, setzt eine Unterlassungsklage ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse voraus. Ein solches besteht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, wenn die widerrechtliche Handlung unmittelbar droht, d.h. wenn das Verhalten der beklagten Partei die künftige Rechtsverletzung ernsthaft befürchten lässt (BGE 116 II 357 E. 2a mit Hinweisen). Das Rechtsschutzinteresse hat somit zur Voraussetzung, dass die beklagte Partei entweder die Verletzungen bereits begangen hat und Wiederholungen nicht auszuschliessen sind oder dass konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie sie erstmals begehen wird (BGE 116 II 357 E. 2a mit Hinweisen, vgl. auch BGer 4A_109/2011 vom 21. Juli 2011 E. 6.2.1). Eine Wiederholungsgefahr fällt hier von vornherein ausser Betracht und es fehlten am 7. Januar 2022 auch jegliche Anhaltspunkte dafür, dass eine Erstbegehungsgefahr bestand, sich die Berufungsbeklagte mithin nicht an ihre explizite Zusicherung halten würde. Folglich wäre auf eine Unterlassungsklage mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten gewesen. Entsprechend kann die für die Beurteilung der relativen Dringlichkeit massgebliche Frist (frühestmöglicher Zeitpunkt der Klageeinleitung im ordentlichen Hauptsacheverfahren) nicht am 7. Januar 2022 zu laufen begonnen haben, zumal

von einer Partei nicht verlangt werden kann, ein aussichtsloses Verfahren anzustrengen.

3.6.2. Die Berufungsklägerin machte – bereits vor Vorinstanz – geltend, Mitte Dezember 2022 festgestellt zu haben, dass Abfall und Schmutz auf ihrer Dachzinne liegen geblieben seien und Bauarbeiter diese betreten hätten (vgl. act. 1 Rz. 22 u. act. 10 Rz. 14). Die Berufungsklägerin führte an, mit diesem Verhalten habe die Berufungsbeklagte gezeigt, dass sie sich nicht an die Vorgaben gemäss der Vorkorrespondenz halte und keine vorgängige Absprache der Benutzung der Dachzinne erfolge. Dies habe sie zum Anlass genommen, am 12. Januar 2023 nachzufragen, ob der Gerüstbau ohne Belastung der Dachzinne erfolge, was die Berufungsbeklagte nicht beantwortet habe (act. 1 Rz. 23 u. act. 10 Rz. 14). Weiter gab die Berufungsklägerin – entgegen den Ausführungen der Berufungsbeklagten – bereits vor Vorinstanz an, erst anlässlich einer Sitzung vom 10. Februar 2023 erfahren zu haben, dass demnächst der Gerüstaufbau an der Fassade Richtung C._____-Strasse 2 geplant sei und das Abstellen, zumindest vorübergehend, auf der Dachzinne erfolgen solle (act. 1 Rz. 23). Ob die Berufungsklägerin bereits Mitte Dezember 2022 oder erst nach der Sitzung vom 10. Februar 2023 damit rechnen musste, dass entgegen der Zusicherung der Berufungsbeklagten im Schreiben vom 7. Januar 2022 eine Belastung der Dachzinne erfolgen werde, mithin ein Rechtsschutzinteresse für ein Unterlassungsbegehren vorlag, kann offen gelassen werden, denn die Einreichung des Massnahmebegehrens erfolgte bereits am 17. Februar 2023, mithin zu einem Zeitpunkt, wo auch ein Mitte Dezember 2022 eingeleitetes Hauptverfahren in keinem Fall bereits beendet gewesen wäre. Damit ist die relative Dringlichkeit zu bejahen.

3.6.3. Die Berufungsklägerin machte zudem bereits vor Vorinstanz geltend (act. 1 Rz. 44), dass das Aufstellen des Gerüsts gemäss Angaben der Berufungsbeklagten im Frühjahr 2023 geplant gewesen und ein Teil des Gerüsts (an der Fassade gegen den E._____-Platz) bereits (vorzeitig) aufgestellt worden sei. Dies erscheint angesichts der eingereichten Fotodokumentation (act. 3/20) sowie des Schreibens der D._____-AG vom 7. Januar 2022 (act. 3/11) glaubhaft. Damit erscheint ebenfalls glaubhaft, dass zeitnah mit den Fassadenarbeiten gegen die

Liegenschaft der Berufungsklägerin begonnen werden wird. Dies wird auch von der Berufungsbeklagten bestätigt (act. 16 Rz. 31). Ebenfalls glaubhaft erscheint, dass die Berufungsklägerin – wie in ihrem Gesuch vorgebracht (act. 1 Rz. 23) – aufgrund der Sitzung vom 10. Februar 2023 mit der Belastung der Dachzinne rechnen muss, dies wurde von der Berufungsbeklagten denn auch nicht (hinreichend) bestritten (act. 16 Rz. 22 u. 74; vgl. auch E. 3.8). Die zeitliche Dringlichkeit ist damit zu bejahen. Die Berufung ist folglich in diesem Punkt gutzuheissen.

3.7.1. Die Vorinstanz erwog sodann, hinsichtlich anderer Lasten (u.a. Baumaterial, Gerüstteile, Gerätschaften) fehle es an einem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern "viel Abfall und Schmutz von der Baustelle nebenan" einen solchen Nachteil begründen sollten (act. 9 E. 2.4).

3.7.2. Die Berufungsklägerin wendet ein, sie wolle der Berufungsbeklagten nicht die Ablagerung von "viel Abfall und Schmutz" verbieten. Der Antrag richte sich auf ein Verbot des "Aufstellens eines Gerüsts sowie das Abstellen oder Lagern anderer Lasten (u.a. Baumaterial, Gerüstteile, Gerätschaften)". Da der Antrag im Massnahmegesuch "Abfall und Schmutz" nicht umfasse, müsse auch nicht geprüft werden, ob diesbezüglich ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (act. 10 Rz. 22 ff.).

3.7.3. Die Berufungsbeklagte macht geltend, das Begehren, "Lasten abzustellen" sei zu unbestimmt und nicht vollstreckbar, weshalb darauf nicht einzutreten sei (act. 16 Rz. 8).

3.7.4. Die Berufungsklägerin beantragt in ihrem Massnahmebegehren, es sei der Berufungsbeklagten zu verbieten, "Baugerüste und Teile von Baugerüsten aufzustellen bzw. aufstellen zu lassen sowie andere Lasten (u.a. Baumaterial, Gerüstteile, Gerätschaften) abzustellen" (vgl. act. 1 S. 1). Dass der Berufungsbeklagten zu verbieten sei, Abfall und Schmutz abzulagern, verlangt die Berufungsklägerin nicht. Folgerichtig behauptete sie auch nicht, dass damit ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil verbunden wäre, weshalb die Erwägungen der Vorinstanz an der Sache vorbei gehen. Ob ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil generell und insbesondere hinsichtlich der "anderen Lasten" glaubhaft

gemacht wurde, wird die Vorinstanz zu prüfen haben. Gleiches gilt für die Frage, ob das Begehren andere "Lasten abzustellen (u.a. Baumaterial, Gerüstteile, Gerätschaften)" zu unbestimmt ist, wie die Berufungsbeklagte moniert (act. 16 Rz. 7).

3.8. Die Berufung ist nach dem Gesagten gutzuheissen. Das Urteil der Vorinstanz ist aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Vorinstanz wird zu prüfen haben, ob die übrigen Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen erfüllt sind. Insbesondere wird zu prüfen sein, ob ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht und ob überhaupt eine Belastung der Dachrinne der C.____-Strasse 2 geplant ist. Die Berufungsbeklagte macht diesbezüglich geltend, dass gemäss aktuellem Stand der Planung die Fassadenarbeiten mit einer Hebebühne von einem "Lastwagen" aus durchgeführt würden und überhaupt kein Gerüst aufgestellt werde (act. 16 Rz. 30 ff.). Dabei handelt es sich indes nicht um eine verbindliche Zusicherung und eine Belastung der Dachrinne erscheint angesichts der Tatsache, dass zumindest im Raum steht, die Fassadenarbeiten mittels Stützen auf der Dachrinne ("Variante 1") durchzuführen (vgl. act. 16 Rz. 30), zum jetzigen Zeitpunkt jedenfalls nicht ausgeschlossen.

4.1. Ist der Prozess zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen, so ist der angefochtene Entscheid auch hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben und die Vorinstanz wird neu darüber zu befinden haben. Festzusetzen ist indes die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren, und zwar ausgehend von einem Streitwert von Fr. 30'000.– und in Anwendung von § 4 Abs. 1 u. 2, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 2'500.–. Der Entscheid über die Verteilung der Gerichtskosten ist dem Endentscheid der Vorinstanz zu überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

4.2. Für das zweitinstanzliche Verfahren ist sodann gestützt auf § 4 Abs. 1, § 9 und § 13 Abs. 1 und 4 AnwGebV eine Parteientschädigung von Fr. 3'300.– zuzüglich Mehrwertsteuer festzusetzen. Der Entscheid über die Verteilung der Parteientschädigung ist ebenfalls der Vorinstanz zu überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Das Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 20. Februar 2023 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 2'500.– festgesetzt.
3. Die Parteientschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 3'300.– zuzüglich Mehrwertsteuer festgesetzt.
4. Die Verteilung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage eines Doppels von act. 16 samt Beilagen, und – unter Beilage der Akten – an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.
6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw J. Camelin-Nagel

versandt am:
14. April 2023