

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NP190007-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

## Urteil vom 16. Mai 2019

in Sachen

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

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

1. **B.** \_\_\_\_\_,

2. **C.** \_\_\_\_\_,

3. **D.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungsbeklagte

1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **Dienstbarkeit**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach  
vom 5. März 2019; Proz. FV180029**

**"Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, den auf dem Grundstück GBB1 1/Kat.-Nr. 2, Gemeinde E.\_\_\_\_\_, entlang der Grenze zum Grundstück GBB1 3/Kat.-Nr. 4, Gemeinde E.\_\_\_\_\_, erstellten Zaun innerhalb von 10 Tagen ab Rechtskraft des Urteils zu entfernen.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, den an der gemeinsamen Grenze der Grundstücke GBB1 1/Kat.-Nr. 2, Gemeinde E.\_\_\_\_\_, und GBB1 5/Kat.-Nr. 6 erstellten Zaun innerhalb von 10 Tagen derart zu entfernen, als dass den dienstbarkeitsberechtigten Bewohnern des Grundstücks GBB1 5/Kat.-Nr. 6, Gemeinde E.\_\_\_\_\_, ein direkter Zugang von mindestens 1,2 m möglich ist.
3. Der Beklagte sei zu verpflichten, den quer durch das Grundstück GBB1 1/Kat.-Nr. 2, Gemeinde E.\_\_\_\_\_, erstellten Zaun (6 Holzpfähle mit zwei Seilen) innerhalb von 10 Tagen ab Rechtskraft des Urteils zu entfernen.
4. Der Beklagte sei zu verpflichten, die auf dem Grundstück GBB1 1/Kat.-Nr. 2, Gemeinde E.\_\_\_\_\_, gepflanzten 6 Kirschlorbeeren innerhalb von 10 Tagen ab Rechtskraft des Urteils zu entfernen.
5. Die vorstehend in den Ziffern 1 - 4 beehrten Verpflichtungen seien unter dem ausdrücklichen Hinweis von Art. 292 StGB zu verfügen, wonach mit Busse bestraft wird, wer der von einer zuständigen Behörde unter Hinweis auf die Strafandrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet.
6. Nach unbenütztem Ablauf der Frist gemäss der Ziffern 1 - 4 hier vor seien die Kläger für berechtigt zu erklären, auf Kosten des Beklagten den auf dem Grundstück GBB1 1/Kat.-Nr. 2, Gemeinde E.\_\_\_\_\_, entlang der Grenze zum Grundstück GBB1 3/Kat.-Nr. 4, Gemeinde E.\_\_\_\_\_, erstellten Zaun, den quer durch das Grundstück GBB1 1/Kat.-Nr. 2, Gemeinde E.\_\_\_\_\_, erstellten Zaun sowie die auf dem Grundstück GBB1 1/Kat.-Nr. 2, Gemeinde E.\_\_\_\_\_, gepflanzten 6 Kirschlorbeeren selber zu entfernen oder durch Dritte entfernen zu lassen sowie den auf der gemeinsamen Grenze der Grundstücke GBB1 1/Kat.-Nr. 2 und GBB1 5/Kat.-Nr. 6 erstellten Zaun im Umfang von 1.2 m zu entfernen.
7. Dem Beklagten sei es zu verbieten, auf dem mit dem Mitbenützungsrecht an einem Kinderspielplatz belasteten Teil des Grundstücks GBB1 1/Kat.-Nr. 2, Gemeinde E.\_\_\_\_\_, d.h. auf demjenigen Teil des Grundstücks, welcher nicht von der Zufahrt und den Parkplätzen beansprucht wird, irgendwelche Massnahmen zu treffen, die die Ausübung des Mitbenützungsrechts an einem Kinderspielplatz erschweren oder verunmöglichen.
8. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

**Verfügung und Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 5. März 2019:**

**Es wird verfügt:**

1. Das Rechtsbegehren Ziffer 4 wird im Umfang eines Kirschlorbeerstrauches als durch Rückzug erledigt abgeschrieben.
2. Auf das Rechtsbegehren Ziffer 7 wird nicht eingetreten.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Urteil.
4. Eine Berufung gegen Ziffer 2 dieser Verfügung kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beklagte wird verpflichtet, die folgenden, auf seinem Grundstück Grundbuch Blatt 1, Kat.-Nr. 2, befindlichen zwei Zäune innerhalb von 20 Tagen ab Rechtskraft des Urteils zu entfernen:
  - den entlang der Grenze zum Grundstück Grundbuch Blatt 3, Kat.-Nr. 4, verlaufenden, einen Korridor bildenden Zaun;
  - den von Norden nach Süden quer verlaufenden, aus Holzpfeuern und Seilen bestehenden Zaun.
2. Der Beklagte wird verpflichtet, den bestehenden Durchgang im auf der gemeinsamen Grenze der Grundstücke Grundbuch Blatt 1, Kat.-Nr. 2, und Grundbuch Blatt 5, Kat.-Nr. 6, befindlichen Zaun innerhalb von 20 Tagen ab Rechtskraft des Urteils auf mindestens 1,2 m Breite zu erweitern.

3. Der Beklagte wird verpflichtet, die auf seinem Grundstück Grundbuch Blatt 1, Kat.-Nr. 2, befindlichen fünf Kirschlorbeersträucher innerhalb von 20 Tagen ab Rechtskraft des Urteils zu entfernen.
4. Die Kläger werden je einzeln für berechtigt erklärt, nach Ablauf von 30 Tagen ab Rechtskraft des Urteils die dem Beklagten in den vorstehenden Ziffern 1 bis 3 auferlegten Handlungen auf dessen Kosten durch Dritte vornehmen zu lassen.
5. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt. Allfällige Auslagen bleiben vorbehalten.
6. Die Gerichtskosten werden zu 80% (Fr. 1'600.–) dem Beklagten, zu 20% (Fr. 400.–) den Klägern auferlegt und insgesamt aus dem von den Klägern geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern seinen Anteil an den von diesen vorgeschossenen Gerichtskosten, Fr. 1'600.–, zu ersetzen.
7. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'620.–, zuzüglich seinen Anteil an den Kosten des Schlichtungsverfahrens, Fr. 200.–, zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
9. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

(act. 30)

### **Berufungsanträge:**

des Beklagten (act. 28):

1. Ziffern 1 bis 4 des Urteils des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom 5. März 2019 (FV180029) seien aufzuheben und die Rechtsbegehren der Kläger und Berufungsbeklagten (nachfolgend Berufungsbeklagte) vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden konnte oder die Klage nicht bereits durch teilweisen Klagerückzug erledigt worden ist.
2. Ziffern 6 und 7 des Urteils seien ebenfalls aufzuheben und die Berufungsbeklagten seien zu verpflichten, die vollen Gerichtskosten der ersten Instanz zu übernehmen und dem Berufungskläger eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. gesetzlicher MWSt von derzeit 7.7 %) zu bezahlen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. gesetzlicher MWSt von derzeit 7.7 %) zulasten der Berufungsbeklagten.

### **Erwägungen:**

#### I. Sachverhalt / Verfahrensüberblick

1. Die Parteien sind Eigentümer in der Gemeinde E. \_\_\_\_\_ liegender benachbarter Grundstücke (vgl. act. 3/1: Übersichtsplan): die Klägerin 1 ist Alleineigentümerin des Grundstückes Grundbuchblatt 5, Kat.-Nr. 6, die Kläger 2 und 3 sind jeweils hälftige Miteigentümer des Grundstückes Grundbuchblatt 3, Kat.-Nr. 4 und der Beklagte ist Alleineigentümer des Grundstückes Grundbuchblatt 1, Kat.-Nr. 2 (in act. 3/1 rot umrandet). Am 22. April 1981 schlossen die Rechtsvorgänger der Parteien einen Dienstbarkeitsvertrag ab. Dieser beinhaltete u.a. zu Lasten des Grundstückes Grundbuchblatt 1, Kat.-Nr. 2, die Mitbenützung am Kinderspielplatz zu Gunsten der Eigentümer der Grundstücke Grundbuchblatt 7 - 8, Kat.-Nr. 9 - 10 (act. 3/6 Ziffer VII).
2. Mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. November 2016 wurde der im vorliegenden Verfahren Beklagte unter Androhung von Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB verpflichtet, den dienstbarkeitsberechtigten Bewohnern des Grundstückes, Gemeinde E. \_\_\_\_\_, GBBI 5/Kat. Nr. 6 innert 30 Tagen ab Rechtskraft den zur Ausübung des im Grundbuch eingetragenen Mitbenüt-

zungsrechtes an einem Kinderspielplatz notwendigen Zugang über die gemeinsame Grundstücksgrenze der in der Gemeinde E. \_\_\_\_\_ gelegenen Grundstücke GBB1 5/Kat.-Nr. 6, und GBB1 1/Kat.-Nr. 2 zu ermöglichen (act. 3/10 S. 24). Darauf hin öffnete der Beklagte den zuvor errichteten Zaun, so dass nach seiner eigenen Darstellung ein Durchgang von etwa 60 cm Breite entstand (act. 16 S. 3). Ferner errichtete er auf dem Grundstück Kat.-Nr. 2 einen neuen Zaun, so dass sich ein etwa 60 cm breiter und 8 m langer Korridor ergab (act. 21/1; Fotografie act. 3/11; Prot. S. 13, 15, 17). Zudem errichtete der Beklagte auf seinem Grundstück einen Zaun mit Holzpfosten und Seilen, um den Spielplatz einzugrenzen, und pflanzte mehrere Kirschlorbeersträucher (Prot. S. 14 f.; Fotografien act. 3/12 - 14; act. 20/3).

3. Die Kläger gelangten mit Eingabe vom 21. März 2018 an das Bezirksgericht Bülach und stellten die eingangs erwähnten Rechtsbegehren (act. 1). Die Vorinstanz führte das Verfahren durch und erliess am 5. März 2019 ihren Entscheid (act. 30).

## II. Berufungsverfahren

1. Mit Zuschrift vom 11. April 2019 erhebt der Beklagte Berufung gegen den erstinstanzlichen Entscheid (act. 28). Der von ihm erhobene Kostenvorschuss (act. 31) ging rechtzeitig ein (act. 33). Weitere Verfahrensschritte sind nicht erforderlich; das Verfahren ist spruchreif.

2. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich einzureichen und hat Anträge in der Sache zu enthalten und zwar im Rechtsbegehren selbst und nicht bloss in der Begründung (Ivo W. Hungerbühler/Manuel Bucher, DIKE-Komm-ZPO Art. 311 N 20; Reetz/Theiler in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3.A. Art. 311 N 34 mit zahlreichen Hinweisen). Ein Rechtsmittelkläger hat sich sodann in seiner Rechtsmittelschrift mit den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen, was am angefochtenen Entscheid falsch war. Es obliegt dem Rechtsmittelkläger, konkrete Rügen vorzubringen und diese zu begründen. Ungenügend ist ein pauschaler Verweis auf die eigene Sachdarstellung vor Vorinstanz, wenn sich diese damit

bereits befasst hat. Erforderlich ist vielmehr eine sachbezogene Auseinandersetzung mit dem erstinstanzlichen Entscheid (Reetz/Theiler, a.a.O. N 36 mit zahlreichen Hinweisen; ebenso Hungerbühler/Bucher, a.a.O. N 30 ff.). Erfüllt eine Berufungsschrift diese Anforderungen nicht, wird auf die Berufung nicht eingetreten (a.a.O. N 38).

Die Berufung des Beklagten enthält ein Rechtsbegehren und eine Begründung (act. 28). In dem Sinne genügt sie den umschriebenen Anforderungen, und es ist auf sie einzutreten.

3. Wie bereits oben unter I./2 erwähnt knüpft das vorliegende Verfahren an ein früheres an, in welchem sich die Klägerin 1 und der Beklagte gegenüber gestanden waren. In jenem Verfahren, das von der Kammer mit Urteil vom 15. November 2016 entschieden wurde (PP160031; act. 3/10), war der Umfang der Dienstbarkeit strittig, namentlich die Frage, ob die Bewohner des begünstigten Grundstückes das belastete Grundstück über die gemeinsame Grundstücksgrenze betreten dürfen, um zum Kinderspielplatz zu gelangen. In diesem Zusammenhang hielt die Kammer fest, dass mit der Dienstbarkeit zur Mitbenützung des sich auf dem belasteten Grundstück befindlichen Spielplatzes zwingend das Recht der berechtigten Grundeigentümer verbunden sein müsse, das belastete Grundstück zu betreten, weil die Dienstbarkeit ohne Betreten des belasteten Grundstückes nicht ausgeübt werden könne (a.a.O. S. 16/17). Weiter hielt die Kammer hinsichtlich des Inhaltes des Dienstbarkeitsvertrages aufgrund des öffentlich-rechtlichen Gesamtzusammenhanges fest, der Lage des Kinderspielplatzes komme eine besondere Bedeutung zu, da die Baubewilligung für die gesamte Überbauung nur unter der Auflage erteilt worden sei, dass auf dem heute im Eigentum des Beklagten stehenden Grundstück dauerhaft ein zentraler Kinderspielplatz erstellt werde. Mit hin handle es sich beim Kinderspielplatz um eine für die Erteilung der Baubewilligung wesentliche Einrichtung, welche für die begünstigten Liegenschaften einen dauernden Zweck erfülle. Dem Zweck der Erstellung eines zentralen Kinderspielplatzes könne aufgrund der Lage des belasteten Grundstückes im Zentrum der fünf berechtigten Liegenschaften nur dann Genüge getan werden, wenn den Dienstbarkeitsberechtigten das Recht zukomme, den in der Mitte der Überbauung

liegenden Kinderspielplatz auf direktem Weg zu betreten (a.a.O. S. 19/20). Von diesen Überlegungen ausgehend hielt die Kammer weiter fest, Sinn und Zweck der als Mitbenützungsrecht an einem Kinderspielplatz im Grundbuch eingetragene Dienstbarkeit umfasse auch das Recht, das belastete Grundstück auf direktem Weg und damit über die gemeinsame Grundstücksgrenze zu betreten (a.a.O. S. 21).

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit der vom Kläger im Nachgang zu diesem Urteil errichteten und nunmehr strittigen Zäune, Pfosten, Seilen und Sträucher sind die Erwägungen des bereits ergangenen Urteils mit einzubeziehen, auch wenn diese der materiellen Rechtskraft nicht teilhaftig sind und die Parteien im damaligen Verfahren mit den Parteien im jetzigen Verfahren nicht identisch sind. In beiden Verfahren ist indes der Inhalt, Sinn und Zweck der gleichen Dienstbarkeit Streitpunkt, auch wenn der Ausgangspunkt des jetzigen Verfahrens andere tatsächliche Verhältnisse beinhaltet als das frühere Verfahren (heute: Kanalisierung des Zugangs zum Spielplatz; damals: Zaun auf der gemeinsamen Grenze). Bezüglich der Auslegung des Inhaltes der Dienstbarkeit und deren Sinn und Zweck kann es im jetzigen Verfahren nicht darum gehen, das Urteil vom 15. November 2016 in seinem Kerngehalt ins Gegenteil zu verkehren.

4. Der Beklagte wirft der Vorinstanz vor, sie habe die Auslegungskriterien oder -grundsätze der Dienstbarkeit ausser Acht gelassen oder dann nicht korrekt gewürdigt. Als massgebliche Auslegungskriterien bezeichnet er den Erwerbgrund, den hypothetischen Zweck der Servitut, den Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Ausübung der Dienstbarkeit und den Umstand, dass die Servitut vor dem Hintergrund einer öffentlich-rechtlichen Regelung begründet worden sei (act. 20 S. 5 Rz 8).

4.1. Zum eigentlichen Erwerbgrund der Spielplatzdienstbarkeit macht er geltend, auch die Kläger hätten in ihrer Klagebegründung bestätigt, dass der Gemeinderat E.\_\_\_\_\_ die damalige Kollektivbaubewilligung vom 9. Juli 1980 an mehrere Bedingungen und Auflagen geknüpft gehabt habe. So sei unmissverständlich festgehalten worden, dass ein mindestens 100 m<sup>2</sup> umfassender Kinderspielplatz für sämtliche zu errichtende Gebäude erstellt werden müsse, und dass

dieser Spielplatz auf der Decke der Unterterrain-Sammelgarage günstig anzuordnen wäre. Der in der Baubewilligung dazu genannte wegleitende Gesamt-Umgebungsplan Nr. .../..., 1:100, sei bis dato nicht beigebracht worden. Hieraus wäre vermutungsweise auch der auf der Decke der Sammelgarage beschränkte Spielplatz klar ersichtlich gewesen; dies könne letztlich offengelassen werden (a.a.O. S. 6 Rz 9). Da der Kläger aus diesem Vorbringen für sich nichts ableitet, braucht darauf nicht weiter eingegangen zu werden.

4.2. Der Kläger wirft der Vorinstanz eine deutlich erweiterte Schlussfolgerung vor (a.a.O. Rz 10). Was er konkret damit meint bzw. auf welche Erwägungen er sich im angefochtenen Entscheid bezieht, erschliesst sich hieraus nicht. Er hält jedoch fest, die Dienstbarkeit habe sich von Anfang an lediglich auf die restliche oberhalb der Unterterrain-Sammelgarage befindliche Fläche des belasteten Grundstückes bezogen und jedenfalls nicht auf die gesamte restliche und nicht befestigte Grundstücksfläche (a.a.O.).

Dem kann nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz hat sich in ihren Erwägungen sub 2.3. ausführlich mit dem Inhalt der Spielplatzdienstbarkeit befasst und dabei den Grundbucheintrag und den Dienstbarkeitsvertrag in ihre Überlegungen einbezogen und in Würdigung dessen erwogen, der Kinderspielplatz umfasse das ganze mit der Dienstbarkeit belastete Grundstück des Beklagten, ausser die Zufahrt zu den Parkplätzen und diese selbst. Ansonsten sei weder eine räumliche noch eine flächenmässige Begrenzung ersichtlich. Weiter erwog die Vorinstanz, aus Wortlaut, Sinn und Zweck und vor dem Hintergrund der Entstehung des Dienstbarkeitsvertrages in Umsetzung öffentlich-rechtlicher Vorgaben ergäbe sich keine weitere räumliche Eingrenzung der Spielplatzdienstbarkeit auf dem belasteten Grundstück (act. 30 S. 7 - 10).

Diese vorinstanzlichen Erwägungen stützen sich auf den Wortlaut der Grunddienstbarkeit SP Art. 514, wie er im Anhang zur Beschreibung des belasteten Grundstückes Kat. Nr. 2 festgehalten ist (act. 3/3). Nicht richtig ist hingegen die vom Beklagten vertretene Meinung, sein Grundstück sei nicht als Gesamtes belastet (act. 28 S. 6 Rz 10), sondern die Belastung seines Grundstückes beziehe sich allein auf die Fläche des Kinderspielplatzes. Wenn dem so wäre, wäre das

Mitbenützungsberechtigung der berechtigten Eigentümer am Spielplatz ein leeres Recht, da der auf dem Grundstück des Beklagten positionierte Kinderspielplatz von den Berechtigten überhaupt nicht erreicht und genutzt werden könnte. Das Vorbringen des Beklagten, die Würdigung der Vorinstanz sei auch deswegen unsinnig, weil eine wortgetreue Auslegung des Dienstbarkeitsvertrages bedeutete, dass sämtliche Teile des belasteten Grundstückes als Spielplatz gelten würden (act. 28 S. 8/9 Rz 11/12), geht an der Sache vorbei, da weder die Lage noch die Ausdehnung des Kinderspielplatzes Verfahrensgegenstand sind. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob ein flächenmässig grösserer Spielplatz einer weiteren behördlichen Bewilligung bedürftig hätte, wie der Beklagte vorträgt (a.a.O. S. 10). Unerheblich ist sodann auch, ob der Vater des Beklagten als damaliger Eigentümer der mehreren Liegenschaften zu Gunsten ausserfamiliärer Personen zugestanden haben wollte, den Spielplatz auf das gesamte weitere Grundstück und damit auf eine Fläche von effektiv rund 247 m<sup>2</sup> auszudehnen (act. 28 S. 10). Parteien des Dienstbarkeitsvertrages waren nicht einzig Familienangehörige (a.a.O.), so dass bereits bei dessen Abschluss klar sein musste, dass auch ausserfamiliäre Personen von der Dienstbarkeit profitieren konnten. Im Übrigen ist nicht die Grösse und oder Lage des Kinderspielplatzes Prozessthema, sondern seine Zugänglichkeit für die an seiner Benützung berechtigten Eigentümer. In diesem Zusammenhang hat die Vorinstanz ausdrücklich Bezug genommen auf die Erwägungen im Urteil der Kammer vom 15. November 2016, in welchem wie bereits erwähnt festgehalten worden war, dass der Lage des Kinderspielplatzes eine besondere Bedeutung zukomme, da die Baubewilligung für die gesamte Überbauung nur unter der Auflage erteilt worden sei, dass auf dem Grundstück des Beklagten dauerhaft ein zentraler Kinderspielplatz erstellt werde (act. 30 S. 8). Dem ist anzufügen, dass dem Zweck der Erstellung eines zentralen Kinderspielplatzes aufgrund der Lage des belasteten Grundstückes im Zentrum der fünf berechtigten Liegenschaften nur dann Genüge getan werden kann, wenn den Dienstbarkeitsberechtigten das Recht zukommt, den in der Mitte der Überbauung liegenden Kinderspielplatz auf direktem Weg zu betreten (vgl. act. 3/10 S. 20). Mit diesem Recht korrespondiert auch die Pflicht der Berechtigten, den Spielplatz nach festgelegten Kostenanteilen zu unterhalten (act. 3/3 letztes Blatt).

Der vom Beklagten angerufene Auszug aus der Baubewilligung (act. 21/4) lokalisiert den vorgesehenen Kinderspielplatz auf der Decke der Unterterrain-Sammelgarage; der für den räumlichen Umfang der Dienstbarkeit massgebende Dienstbarkeitsvertrag belastet das Grundstück des nunmehrigen Klägers jedoch insgesamt und nimmt lediglich die Zufahrt und die Parkplätze aus (act. 3/6 Ziffer VII). Hieraus kann der Beklagte entgegen seiner Meinung (act. 28 S. 6 Rz 10) nichts zu seinen Gunsten herleiten, da die Lage des Spielplatzes nicht im Streit steht, sondern der ungehinderte und freie Zugang von den berechtigten Grundstücken. Der Beklagte legt in seiner Berufungsschrift sodann nicht dar, inwiefern die von ihm nunmehr eingereichte vollständige Baubewilligung als Novum zugelassen werden sollte (act. 28 S. 6/7 Rz 10). Darauf ist nicht weiter einzugehen.

4.3. Der Beklagte hält die wortgetreue Auslegung des Vertrages weiter für unzulässig, weil damit sämtliche Teile des belasteten Grundstückes als Spielplatz gelten würden, welche nicht von der Zufahrt und den Parkplätzen betroffen wären (act. 28 S. 8/9 Rz 12). Die Baubewilligung verpflichtete die Bauherrschaft zur Errichtung eines Kinderspielplatzes mit mindestens 100 m<sup>2</sup> Fläche, welcher gehörig auszurüsten und stets ordnungsgemäss betriebsbereit zu halten ist (act. 21/4). Der Spielplatz umfasste somit eine Mindestfläche, nicht aber eine Maximalfläche. Letzteres behauptet auch der Beklagte nicht. Der Dienstbarkeitsvertrag selber enthält keine Flächenangabe für den Spielplatz, was auch der Beklagte nicht behauptet, sondern belastet das Grundstück als Gesamtes mit Ausnahme der Zufahrt und den Parkplätzen (act. 3/6 Ziffer VII). Allerdings geht es im heutigen Verfahren weder um eine flächenmässige Erweiterung oder Verlegung des bestehenden Spielplatzes noch um eine Ausdehnung der dienstbarkeitsbelasteten Grundstücksfläche (act. 28 S. 9 Rz 12). Vielmehr ist in Übereinstimmung mit dem Entscheid der Kammer vom 15. November 2016 festzuhalten, worauf sich auch die Vorinstanz bezieht (act. 30 S. 7/8), Sinn und Zweck der Dienstbarkeit im Zeitpunkt der Errichtung sei die Absicherung und dauerhafte Erstellung eines zentralen Kinderspielplatzes auf dem Grundstück des Beklagten zum Nutzen aller bewohnten Liegenschaften der mit der Baubewilligung vom 9. Juli 1980 bewilligten Überbauung. Aufgrund der Anordnung des Spielplatzes in der Mitte der bewohnten Liegenschaften bestehe der Sinn und Zweck der Dienstbarkeit in der Vernet-

zung des Spielplatzes mit allen berechtigten Grundstücken und damit eine für alle Berechtigten geeignete Erreichbarkeit des Spielplatzes. Die im Grundbuch eingetragene Dienstbarkeit umfasse daher auch das Recht, das belastete Grundstück auf direktem Wege und damit über die gemeinsame Grundstücksgrenze zu betreten (vgl. act. 3/10 S. 18/19 und 21). Es besteht kein Anlass, auf diese Erwägungen zurückzukommen, zumal sich der Beklagte in seiner Berufungsschrift damit nicht konkret auseinandersetzt, sondern sich mit der nicht zu behandelnden Frage nach der Grösse des Spielplatzes befasst (act. 28 S. 8 Rz 11). Beweiserhebungen in diesem Zusammenhang waren daher entgegen der Meinung des Beklagten (act. 28 S. 8 Rz 11) unnötig.

4.4. Der Beklagte weist zu Recht darauf hin, dass die Rechte des Eigentümers des belasteten Grundstückes im Zweifel nur in dem Masse beschnitten werden dürfen, als dies für eine normale Ausübung der Dienstbarkeit überhaupt notwendig sei (act. 28 S. 5 Rz 8). Die Vorinstanz hat ihrerseits zu Recht auf die schonende Rechtsausübung durch die Berechtigten im Sinne von Art. 737 Abs. 2 ZGB hingewiesen (act. 30 S. 10). Dass die Berechtigten von der Dienstbarkeit übermässig Gebrauch machen würden, wird nicht geltend gemacht und ist auch nicht Prozessthema. Wenn der Beklagte den Zugang zum Spielplatz kanalisiert haben will, nachdem er den direkten Zugang dazu ursprünglich mit einem Zaun versperrt gehabt hatte, was zum bereits erwähnten Entscheid der Kammer vom 15. November 2016 geführt hatte (act. 3/10), übersieht er, dass trotz seiner gegenteiligen Meinung, grundsätzlich das gesamte ihm gehörige Grundstück mit der Dienstbarkeit belastet ist und er nichts vornehmen darf, was die freie und ungehinderte Ausübung der Dienstbarkeit erschwert, dies als Gegenstück zur schonenden Rechtsausübung. Dazu gehört selbstredend auch der freie und ungehinderte Zugang. Mit der Errichtung von Zäunen und Pfählen oder Pfosten und dem Pflanzen von Sträuchern zur Kanalisierung des Zugangs zum Spielplatz erschwert bzw. verunmöglicht der Beklagte dessen Benutzung, weil der Spielplatz nicht hindernisfrei erreicht werden kann, und entleert damit den Sinn der Dienstbarkeit. Aus seinem Vorbringen, die Fläche des Spielplatzes umfasse statt der vorgeschriebenen 100 m<sup>2</sup> Grundfläche 127 m<sup>2</sup> und damit deutlich mehr als verlangt (act. 28 S. 10 f. Rz 13), kann er nicht ableiten berechtigt zu sein, den Zu-

gang zum Spielplatz (derart) zu verengen bzw. zu kanalisieren, dass er beispielsweise mit einem Kinderwagen nicht mehr erreicht werden kann (vgl. Fotografien act. 3/11; act. 21/1 und act. 21/2 zuoberst). Vielmehr steht es den Berechtigten frei, von ihren Grundstücken aus über das mit der Dienstbarkeit belastete Grundstück des Beklagten zum Kinderspielplatz zu gelangen. Dabei haben sie grundsätzlich keine Einschränkung in Kauf zu nehmen, weil der Dienstbarkeitsvertrag keine solche vorsieht, und hat umgekehrt der Beklagte kein Recht, den Zugang zum Spielplatz für die Berechtigten durch Hindernisse zu erschweren bzw. zu verunmöglichen. Allerdings verlangen die Kläger nicht die vollständige Entfernung der erstellten Zäune, sondern lediglich eine Öffnung soweit, als ein direkter Zugang von je mindestens 1,2 m möglich wird (act. 1 S. 2). Dies entspricht im Wesentlichen auch den Erwägungen und den Anordnungen im Entscheid der Kammer vom 16. November 2016, in welchem ausgeführt worden war, dass dem Interesse der (damaligen) Beschwerdeführerin und heutigen Klägerin 1 an einer unerschwertem Nutzung des Mitbenützungsrechtes des sich auf dem belasteten Grundstück befindlichen Kinderspielplatzes auch durch mildere Mittel als dem gänzlichen Abbau des Zauns Rechnung getragen werden könne; insbesondere sei es möglich, den errichteten Zaun mit einem Tor zu versehen (act. 3/10 S. 21/22). Dementsprechend wurde der Beklagte verpflichtet, den zur Ausübung des im Grundbuch eingetragenen Mitbenützungsrechts an einem Kinderspielplatz notwendigen Zugang über die gemeinsame Grundstücksgrenze zu ermöglichen (a.a.O. S. 24). Mit der vom Beklagten nachträglichen Errichtung eines weiteren Zaunes und der dadurch geschaffenen Kanalisierung des Zugangs auf eine Breite von ca. 60 cm kommt er dieser Verpflichtung jedoch nicht nach. Was er dagegen vorträgt (act. 28 S. 12 Rz 16), verfängt nicht. Zunächst ist festzuhalten, dass die Kammer im Entscheid vom 16. November 2016 keine Kanalisierung des Zugangs zum Spielplatz als mildere Massnahme gegenüber dem Abbau des Zauns ins Feld geführt hat; vielmehr hielt sie ein im Zaun angebrachtes Tor als mit dem Interesse der Berechtigten am Zugang zum Spielplatz vereinbar (act. 3/10 S. 21/22). Die Errichtung zweier Zäune gleichsam als kanalisierter Durchgang hat damit nichts zu tun, sondern stellt vielmehr eine andere erhebliche Erschwernis des Zugangs zum Spielplatz dar, und kann nicht anders als Schikane bezeichnet wer-

den. Ein mehrere Meter langer umzäunter Zugang zu einem Kinderspielplatz lässt sich ferner nicht mit einer (allenfalls behindertengerechten) Wohnungstüre, welche mehrere Zentimeter tief ist, vergleichen. Ob einzig für grössere Tiere wie Pferde ein Durchgangsmass von 1,2 m benötigt wird, wie der Beklagte vorbringt (act. 28 S. 12 Rz 16), ist nicht massgebend, da es hier nicht um eine Türbreite geht, sondern um den Zugang zu einem Spielplatz, zu welchem bekanntermassen Kinder und Erwachsene allerlei Spielgeräte etc. mitzubringen pflegen. Daneben ist auch ein Korridor von ca. 8 m Länge (act. 28 S. 12 Rz 16) gemessen an seiner geringen Breite von 60/70 cm als beträchtlich einzustufen, kann er jedenfalls nicht mit einem Schritt wie eine Wohnungstüre oder ein Tor in einem Zaun durchschritten werden.

4.5. Als Fazit ist festzuhalten, dass der Beklagte nichts vorbringt, was die vorinstanzlichen Erwägungen betreffend Zugang zum Kinderspielplatz ins Wanken bringen würde. Die Berufung ist diesbezüglich abzuweisen.

## 5. Kirschlorbeer

5.1. Diesbezüglich führte die Vorinstanz kurz zusammengefasst aus, die vom Beklagten gepflanzten (und noch im Streit stehenden Kirschlorbeersträucher) verkleinerten den Kinderspielplatz und erschwerten dessen Benützung, wenn auch nur geringfügig (act. 30 S. 14/15). Ferner erwog die Vorinstanz, es sei gerichtsnotorisch, dass ungekochte, zerkaute Samen des Kirschlorbeers giftig seien und zu konkret umschriebenen gesundheitlichen Beschwerden führten, wobei insbesondere Kinder aus Neugier dazu neigten, Beeren zu probieren. Dies führte zur Gutheissung des von den Klägern modifizierten Rechtsbegehrens (a.a.O. S. 16).

5.2. Der Beklagte macht geltend, die vorinstanzliche Würdigung sei unter falschen und völlig einseitig gewürdigten Annahmen einer massiven Ausdehnung der Spielplatzdienstbarkeit erfolgt und müsse daher korrigiert werden. Die von ihm gepflanzten Sträucher stünden nicht auf dem mit der Dienstbarkeit belasteten Teil des Grundstückes, sondern weiter östlich, was sich aus den von ihm eingereichten Fotos ergebe. Des weiteren bringt er vor, er werde wohl wegen des äusserst kleinen, jedoch wohl nie gänzlich auszuschliessenden Restrisikos einer möglichen

Vergiftung von Kindern durch das Essen von Samen von Kirschlorbeeren nicht darum herumkommen, den auf einer Fläche von ca. 120 m<sup>2</sup> Fläche vorgeschriebenen Spielplatz gar vollständig und auf seine Kosten einzäunen lassen müssen. Damit wäre dann auch die gesamte Fläche des effektiven Spielplatzes klar räumlich abgegrenzt; von einem zusätzlichen dinglichen Nutzungsanspruch der weiteren Fläche von Kat. Nr. 2 durch die Spielplatzberechtigten könne keine Rede sein (act. 28 S. 14/15 Rz 20/21). Im Übrigen seien Kirschlorbeersträucher nicht verboten und solche stünden auch nicht auf dem eigentlichen Spielplatzgelände (Rz 22/23).

5.3. Vorab ist festzuhalten, dass sich der Beklagte in seiner Berufungsschrift kaum mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandersetzt, sondern sein geplantes Ansinnen, den Spielplatz als Ganzes umzäunen zu wollen, ankündigt, was aus seiner Sicht die Entfernung der Kirschlorbeersträucher entbehrlich machte (act. 28 S. 14/15 Rz 21 und 22). Insofern kommt er der Begründungspflicht nicht nach, sodass auf die Berufung nicht einzutreten ist. In der Sache wäre dem Beklagten nochmals entgegenzuhalten, dass das Grundstück Kat. Nr. 2 des Beklagten mit Ausnahme der Zufahrt und den Parkplätzen als Ganzes mit der Spielplatzdienstbarkeit belastet ist (act. 3/6). Von einer Ausdehnung der Spielplatzdienstbarkeit durch die Vorinstanz, wie der Beklagte wiederholt moniert (act. 28 S. 14 Rz 20), kann keine Rede sein. Dass die Kirschlorbeersträucher auf seiner mit der Spielplatzdienstbarkeit belasteten Liegenschaft stehen, ist unbestritten (Prot. S. 30; act. 20/3). Aus den vom Beklagten selber eingezeichneten Zaun und Sträuchern (act. 20/2 und 20/3) lässt sich sodann unschwer entnehmen, dass die fraglichen Sträucher just in jenem Bereich gepflanzt worden sind, der als Durchgang zum Spielplatz dient. Dass er mit der Bepflanzung die Benützung des Kinderspielplatzes erschwert (act. 30 S. 15), stellt er in der Berufung nicht in Abrede. Ebenso hält er den vorinstanzlichen Erwägungen betreffend Giftigkeit von Kirschlorbeer und den möglichen Gesundheitsbeschwerden beim Verzehr von entsprechenden Pflanzenteilen nichts entgegen, ebenso nicht der kindlichen Neugier, Beeren zu probieren. Damit hat es dabei sein Bewenden.

6. Die Berufung ist damit abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

### III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Bei diesem Verfahrensausgang ist die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen.
2. Da der Beklagte unterliegt, sind ihm die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen. Die Entscheidgebühr ist auf Fr. 2'000.00 festzusetzen. Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren sind keine auszurichten: dem Beklagten nicht, weil er unterliegt, den Klägern nicht mangels erheblicher Umtriebe.

#### Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. Das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom 5. März 2019 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kläger unter Beilage eines Doppels von act. 28 samt Beilagenverzeichnis und Beilagen (act. 29/2-3/1-5), sowie an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.  
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt  
ca. Fr. 11'500.00.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am: