



---

{T 0/2}  
5A\_898/2015

## **Urteil vom 11. Juli 2016**

### **II. zivilrechtliche Abteilung**

---

Besetzung

Bundesrichter von Werdt, Präsident,  
Bundesrichter Marazzi, Herrmann, Schöbi, Bovey,  
Gerichtsschreiber Möckli.

---

Verfahrensbeteiligte

**A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Antonio Frigerio,  
Beschwerdeführer,

**gegen**

**Stockwerkeigentümergeinschaft**

**B.** \_\_\_\_\_ **strasse xxx**,  
vertreten durch Rechtsanwalt Ernst A. Widmer,  
Beschwerdegegnerin.

---

Gegenstand

Stockwerkeigentum, Grunddienstbarkeit,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des  
Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 6. Oktober 2015.

## **Sachverhalt:**

### **A.**

C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ bilden die Stockwerkeigentümergeinschaft B.\_\_\_\_\_strasse xxx. A.\_\_\_\_\_ ist Eigentümer des (nicht unmittelbar) benachbarten, südlich gelegenen Grundstückes B.\_\_\_\_\_strasse yyy.

Zu Gunsten des Grundstücks der Stockwerkeigentümer und zu Lasten des Grundstücks von A.\_\_\_\_\_ ist im Grundbuch eine Dienstbarkeit eingetragen. Danach dürfen Bäume und Sträucher die Höhe von 5 m nicht übersteigen.

### **B.**

Klageweise verlangte die Stockwerkeigentümergeinschaft, A.\_\_\_\_\_ sei unter Androhung der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB zu verpflichten, die Bäume und Sträucher auf seinem Grundstück auf 5 m unter der Schere zu halten bzw. diese auf die Höhe von 5 m zurückzuschneiden, sofern und soweit sie diese Höhe übersteigen; sollte er den Schnitt nicht innert 30 Tagen ab Rechtskraft des Urteils vornehmen, sei die Klägerin zu ermächtigen, im Sinn einer Ersatzvornahme die Bäume auf Kosten des Beklagten fachgerecht zurückzuschneiden.

Mit Urteil vom 23. Februar 2015 verpflichtete das Bezirksgericht Zürich A.\_\_\_\_\_ unter Strafandrohung, die Birke sowie die schwarze Föhre auf seinem Grundstück innerhalb von 30 Tagen ab Rechtskraft des Urteils auf die Höhe von 5 m zurückzuschneiden.

Mit Urteil vom 6. Oktober 2015 wies das Obergericht des Kantons Zürich die hiergegen erhobene Berufung ab.

### **C.**

Gegen das obergerichtliche Urteil hat A.\_\_\_\_\_ am 9. November 2015 Beschwerde in Zivilsachen und subsidiäre Verfassungsbeschwerde eingereicht mit den Begehren, dieses sei aufzuheben und auf die Klage sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen. Mit Präsidialverfügung vom 18. November 2015 wurde der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung erteilt. Mit Vernehmlassung vom 6. April 2016 verlangt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, eventualiter die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Am 14. April 2016 reichte

der Beschwerdeführer eine Replik und am 25. April 2016 die Beschwerdegegnerin eine Duplik ein.

## **Erwägungen:**

### **1.**

Angefochten ist der kantonal letztinstanzliche Entscheid in einer Zivilsache (Art. 72 Abs. 1 und Art. 75 Abs. 1 BGG). Der von beiden kantonalen Instanzen auf Fr. 25'000.-- bezifferte Streitwert wird beschwerdeweise nicht in Frage gestellt; der für die Beschwerde in Zivilsachen grundsätzlich erforderliche Mindeststreitwert von Fr. 30'000.-- ist mithin nicht erreicht (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG).

Der Beschwerdeführer macht indes Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung geltend (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG). Dies ist gegeben, wenn ein allgemeines Interesse besteht, dass eine umstrittene Frage höchstrichterlich geklärt wird, um eine einheitliche Anwendung und Auslegung des Bundesrechts herbeizuführen und damit Rechtssicherheit herzustellen (BGE 139 III 209 E. 1.2 S. 210; 141 III 159 E. 1.2 S. 161). Keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt demgegenüber vor, wenn es lediglich um die Anwendung von Grundsätzen der Rechtsprechung auf einen konkreten Fall geht (BGE 133 III 493 E. 1.2 S. 495 f.; 134 III 115 E. 1.2 S. 117). Ein erhöhtes Interesse an Klärung besteht dann, wenn die Wahrscheinlichkeit, dass die entsprechende Frage je dem Bundesgericht unterbreitet werden kann, infolge der Streitwertgrenze äusserst gering ist (BGE 134 III 267 E. 1.2.3 S. 271). Ein solches erhöhtes Interesse ist vorliegend zu verneinen. Im Übrigen geht es bei dem, was der Beschwerdeführer vorbringt, ohnehin bloss um Rechtsanwendung im vorliegenden Einzelfall.

Erstens erachtet der Beschwerdeführer als Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, ob die Stockwerkeigentümergeinschaft zur Klage aktivlegitimiert sei, was er als Beklagter von Anfang an bestritten habe. Das Obergericht hat befunden, dass entsprechend der Praxis zur *actio negatoria* die Aktivlegitimation angesichts der Betroffenheit der gemeinschaftlichen Bestandteile auch für die vorliegende *actio confessoria* zu bejahen und im Übrigen klar sei, wer hinter der Klage stehe; diese sei vom übereinstimmenden und dokumentierten Willen der drei Stockwerkeigentümerinnen getragen und die Argumentation des Beschwerdeführers, die Klage hätte im Namen der Stockwerkeigentümerinnen statt im Namen der Gemeinschaft eingereicht werden müssen, erscheine angesichts der konkreten Situation als überspitzt

formalistisch. Es geht bei der Legitimationsfrage mithin um Sachverhaltsfeststellung und Rechtsanwendung im Einzelfall, welche nicht verallgemeinerungsfähig ist. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung sieht der Beschwerdeführer zweitens darin, dass die kantonalen Instanzen die in BGE 137 III 153 entwickelte Rechtsprechung zur Publizität des Faktischen bei Dienstbarkeiten missachtet hätte. Ob es sich um vergleichbare Fälle handelt und die Ausführungen in jenem Entscheid auf den vorliegenden Fall übertragen werden können, ist nicht eine Grundsatzfrage, sondern wiederum Rechtsanwendung im Einzelfall. Drittens hält der Beschwerdeführer für eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, ob eine Dienstbarkeit durch konkludenten Verzicht bzw. konkludente Vereinbarung untergegangen sei, wenn sie während einer Zeitdauer von 70 bzw. 80 Jahren nicht ausgeübt wurde. Abgesehen davon, dass der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang neue Sachverhaltselemente einzuführen versucht, handelt es sich auch hier um Rechtsanwendung im Einzelfall.

Stellen sich demnach keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung, kann auf die Beschwerde in Zivilsachen nicht eingetreten werden. Zulässig ist somit die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 BGG). Mit ihr kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend gemacht werden (Art. 116 BGG). Hierfür gilt das strenge Rügeprinzip (Art. 106 Abs. 2 i.V.m. Art. 117 BGG). Diesen Begründungsanforderungen wird der Beschwerdeführer vom Grundsatz her gerecht; auf Einzelheiten wird im jeweiligen Kontext einzugehen sein.

## 2.

Mit Zirkularbeschluss vom 4. August 2014 ermächtigten die drei Stockwerkeigentümerinnen C.\_\_\_\_\_ als Verwalterin zur Einreichung der vorliegend interessierenden Klage. Die Klage wurde wie folgt eingereicht: "Stockwerkeigentümergeinschaft B.\_\_\_\_\_strasse xxx, c/o C.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_strasse xxx, bestehend aus C.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_strasse xxx, D.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_strasse xxx, E.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_strasse xxx, vertreten durch die Verwalterin C.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_strasse xxx, diese vertreten durch Rechtsanwalt ...". In den Rubra der kantonalen Entscheide wird klägerseits aufgeführt "Stockwerkeigentümergeinschaft ..., bestehend aus C.\_\_\_\_\_, ..., D.\_\_\_\_\_, ..., E.\_\_\_\_\_, ..., Zustelladresse: C.\_\_\_\_\_, ..., vertreten durch Rechtsanwalt ...".

**2.1** Der Beschwerdeführer rügt eine willkürliche Anwendung von Art. 59 Abs. 2 lit. c ZPO und Art. 712I ZGB sowie von Art. 730 und 737 ZGB. Ferner rügt er eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

Er macht geltend, dass nebst der Prozessfähigkeit auch die Aktivlegitimation der Stockwerkeigentümergeinschaft gegeben sein müsse. Dies sei für die vorliegende Klage nicht der Fall, weil nicht die Gemeinschaft, sondern die drei Eigentümerinnen die Rechtsträgerinnen in Bezug auf die Dienstbarkeit und im Übrigen keine gemeinschaftlichen Teile betroffen seien.

**2.2** Das Stockwerkeigentum ist gesetzlich als besondere Form des Miteigentums ausgestaltet (BGE 119 II 404 E. 4 S. 407; 141 III 357 E. 3.2 S. 360). Die jeweiligen Stockwerkeigentümer bilden eine Rechtsgemeinschaft, welche zur gemeinschaftlichen Verwaltung des Stockwerkeigentums berufen ist (vgl. Art. 712I Abs. 1 ZGB). Dieser Gemeinschaft kommt keine Rechtspersönlichkeit zu (BGE 125 II 348 E. 2 S. 350). Im Rahmen ihrer Verwaltungstätigkeit erfolgt aber eine gewisse Verselbständigung, indem sie in diesem Bereich zivilrechtlich handlungsfähig ist und prozessual sowie vollstreckungsrechtlich unter ihrem Namen klagen und betreiben sowie beklagt und betrieben werden kann (Art. 712I Abs. 2 ZGB). Sodann verfügt die Gemeinschaft über ein Sondervermögen (sog. Gemeinschaftsvermögen), welches – mangels rechtlicher Selbständigkeit der Gemeinschaft – zwar im Miteigentum der Stockwerkeigentümer steht, aber im Rechtsverkehr verselbständigt ist und insbesondere selbständiges Vollstreckungsobjekt in der Betreibung gegen die Stockwerkeigentümergeinschaft bilden kann, unter Ausschluss einer persönlichen Haftung der Stockwerkeigentümer (BGE 119 II 404 E. 6 S. 409). Nicht zu diesem Sondervermögen gehört namentlich die Liegenschaft, weil sie nicht der Verwaltung dient, sondern vielmehr Anlass für die Gemeinschaft ist (Urteil 5A\_126/2015 vom 14. April 2015 E. 2). Weil sodann Grunddienstbarkeiten immer zugunsten der aktuellen Eigentümer des berechtigten Grundstücks bestehen (Art. 730 Abs. 1 ZGB), ist die Stockwerkeigentümergeinschaft als solche auch nicht dienstbarkeitsberechtigt (WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N. 59 zu Art. 712I ZGB; WERMELINGER, Das Stockwerkeigentum, 2. Aufl. 2014, N. 76 zu Art. 712I ZGB).

Will die Stockwerkeigentümergeinschaft in eigenem Namen klagen, ist nebst der prozessual erforderlichen Prozessfähigkeit in materieller Hinsicht ihre Sach- bzw. Aktivlegitimation, d.h. ihre Rechtszuständigkeit für den betreffenden Streitgegenstand erforderlich (vgl. WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N. 129 und 141 zu Art. 712I ZGB; WER-

MELINGER, Das Stockwerkeigentum, N. 164 zu Art. 712I ZGB). Diese besteht im Bereich der gemeinschaftlichen Verwaltung. Darunter werden gemeinhin alle Handlungen tatsächlicher oder rechtlicher Natur gezählt, welche dazu bestimmt sind, das betreffende Rechtsgut zu erhalten, zu mehren oder der seinem Zweck entsprechenden Verwendung zuzuführen (MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N. 13 zu Art. 712g ZGB). Die gemeinschaftliche Verwaltung im Sinn von Art. 712g ff. ZGB lässt sich von der Verwaltung bzw. Nutzung und Benutzung durch den einzelnen Stockwerkeigentümer im Sinn von Art. 712a Abs. 2 ZGB dadurch abgrenzen, dass sie im Interesse aller Stockwerkeigentümer erfolgt (vgl. MEIER-HAYOZ/REY, a.a.O., N. 20 zu Art. 712g ZGB).

**2.3** Nach dem Gesagten kann der Beschwerdeführer nichts aus dem – vom Obergericht übrigens nicht verkannten – Umstand ableiten, dass das dienstbarkeitsberechtigte Grundstück nicht im Sondervermögen der Gemeinschaft, sondern im Miteigentum der drei Stockwerkeigentümerinnen steht und diesen als Folge auch die Berechtigung an der Dienstbarkeit zusteht. Vielmehr geht es um die Frage, ob das Durchsetzen der zugunsten des Grundstücks eingetragenen Dienstbarkeit in den Bereich der gemeinschaftlichen Verwaltungstätigkeit fällt oder nicht. Bejahendenfalls ist die Handlungszuständigkeit und damit auch die Sachlegitimation der Gemeinschaft im betreffenden Bereich gegeben.

Welche Handlungen im Zusammenhang mit nachbarschaftlichen Belangen im Allgemeinen und mit Grunddienstbarkeiten im Besonderen unter die gemeinschaftliche Verwaltung fallen, wird weder von der Lehre noch durch die Rechtsprechung einheitlich beantwortet. In der Lehre wird unter Rechtsprechungshinweisen die Berechtigung der Gemeinschaft zum Auftreten in eigenem Namen beispielsweise bejaht für Grundbuchberichtigungsklagen betreffend das Stammgrundstück, Klagen zum Schutz des Eigentums oder aus dem Nachbarrecht sowie Besitzschutzklagen, wenn ein gemeinschaftlicher Teil betroffen ist, Enteignungsverfahren betreffend die Grundstücksfläche und Verfahren im Rahmen des Raumplanungsrechts, welche das Stockwerkeigentum betreffen (vgl. WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N. 192 zu Art. 712a ZGB und N. 142 zu Art. 712I ZGB; WERMELINGER, Das Stockwerkeigentum, N. 183, 187, 193, 194 zu Art. 712I ZGB; MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N. 92 zu Art. 712I ZGB). Die Beantwortung der Frage, ob die Gemeinschaft prozessfähig und aktivlegitimiert ist, wenn es um Grunddienstbarkeiten am Stammgrundstück geht, wird in der Literatur als schwierig bezeichnet (WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N. 149 zu

Art. 712I ZGB). Die Ausübungsbefugnis liegt tendenziell bei den einzelnen Stockwerkeigentümern, was insbesondere für die Benutzung eines Wegrechtes gilt, welches nicht durch die Gemeinschaft als solche, sondern nur durch die einzelnen Eigentümer benutzt werden kann (WERMELINGER, Das Stockwerkeigentum, N. 76 zu Art. 712I ZGB). Es ist stets auf den Einzelfall und beispielsweise darauf abzustellen, ob es um die Errichtung, die Durchsetzung oder die Ausübung einer Grunddienstbarkeit geht, was für ein Dienstbarkeitsinhalt zur Debatte steht und wie die konkrete Interessenlage aussieht.

**2.4** Das Obergericht ist davon ausgegangen, dass für die actio negatoria die Aktivlegitimation und Prozessfähigkeit der Gemeinschaft gemeinhin bejaht werde. Dies ist vor dem Hintergrund der vorstehenden Literaturhinweise, aber auch von der Sache her jedenfalls nicht willkürlich: Zwar steht das Grundstück nicht im Eigentum der Gemeinschaft und ist diese folglich auch nicht Dienstbarkeitsberechtigte; indes ändert dies nichts an ihrer Handlungszuständigkeit, soweit es um gemeinschaftliche Verwaltungstätigkeit geht. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich nach der konkreten Situation (dazu unten).

Sodann ist entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht willkürlich, wenn das Obergericht seine zur actio negatoria angestellten Überlegungen auf die actio confessoria übertragen hat. Zum einen scheidet die Willkür rüge bereits an der hinreichenden Substanziierung (vgl. dazu BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246; 139 I 229 E. 2.2 S. 232), beschränkt sich doch der Beschwerdeführer auf die nicht weiter ausgeführte Behauptung, die beiden Klagen seien nicht vergleichbar. Zum anderen wäre aber selbst bei einer genügenden Substanziierung keine Willkür ersichtlich: Bei beiden Klagen geht es um die Durchsetzung sachenrechtlicher Abwehransprüche; bei der actio negatoria (Eigentumsfreiheitsklage gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB) wird der Abwehranspruch aus dem Eigentum, bei der actio confessoria (vgl. dazu BGE 95 II 14 E. 3 S. 19; Urteil 5A\_652/2010 vom 4. März 2011 E. 3.1, nicht publ. in: BGE 137 III 145) aus der Grunddienstbarkeit abgeleitet. Ein grundsätzlicher und für die konkrete Fragestellung einschlägiger Unterschied ist mithin nicht auszumachen. Bei beiden Klagen geht es um die Frage, ob die konkrete Anspruchsdurchsetzung als gemeinschaftliche Verwaltungshandlung gesehen werden kann.

Diesbezüglich ist keine Willkür ersichtlich, wenn das Obergericht einen Konnex zwischen der klageweisen Durchsetzung der Pflanzungsbeschränkung und der gemeinschaftlichen Verwaltung hergestellt hat: Bei einer Dienstbarkeit des Inhalts, dass die Bäume auf dem belaste-

ten Grundstück auf 5 m unter Schnitt zu halten seien, geht es – vor dem Hintergrund, dass es sich um Wohnliegenschaften handelt – offensichtlich um die Gewährung von Licht, Aussicht und Weitegefühl zugunsten des dienstbarkeitsberechtigten Grundstücks. Davon profitieren die Stockwerkeigentümer des berechtigten Grundstücks insgesamt, und zwar nicht nur in subjektiver Hinsicht (persönliches Wohlbefinden durch bessere Besonnung, Weitsicht, etc.), sondern potentiell auch wertmässig, indem die genannten Faktoren den Verkehrswert sowie den Mietwert der Stockwerkeinheiten zu beeinflussen vermögen. Sodann kann übermässiger Schattenwurf auch zu Vermoosung und erhöhtem Unterhaltsaufwand beim berechtigten Grundstück führen. Die Durchsetzung der zugunsten des Stammgrundstücks eingetragenen Dienstbarkeit kann somit durchaus dem (Wert-)Erhalt der Liegenschaft dienen und im Interesse der Eigentümer insgesamt sein; der Beschwerdeführer hat für die konkrete Situation jedenfalls nichts Gegenteiliges vorgebracht, etwa dass nur einzelne Stockwerkeinheiten von der Durchsetzung der Dienstbarkeit profitieren könnten und von einer Partikularzuständigkeit ausgegangen werden müsste. Insofern kann die Annahme des Obergerichtes, dass die Liegenschaft als solche und damit die gemeinschaftliche Verwaltung betroffen sei, nicht als willkürlich gelten.

Nach dem Gesagten erweist es sich nicht als willkürlich, wenn das Obergericht in Übereinstimmung mit dem Bezirksgericht auf die Klage eingetreten ist. Mithin erübrigt es sich, näher auf die Ausführungen in der Beschwerde einzugehen, was unter "überspitztem Formalismus" juristisch zu verstehen sei. Es sei lediglich bemerkt, dass es dem Obergericht offensichtlich um die Aussage ging, dass es insofern formalistisch sei, wenn der Beschwerdeführer die Aktivlegitimation der Gemeinschaft bestreite, als bei tatsächlicher Verneinung die Stockwerkeigentümerinnen im Sinn von Streitgenossinnen sofort eine neue identische Klage einreichen könnten.

**2.5** Unzutreffend ist ferner der Vorwurf, das Obergericht habe sich mit den vorstehenden Fragen ungenügend auseinandergesetzt und damit die Begründungspflicht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs verletzt. Das Obergericht hat sich mit allen wesentlichen Vorbringen befasst und die Überlegungen genannt, von denen es sich hat leiten lassen; damit ist es seiner Begründungspflicht nachgekommen (vgl. BGE 138 I 232 E. 5.1 S. 237; 139 IV 179 E. 2.2 S. 183; 139 V 496 E. 5.1 S. 503 f.).

### **3.**



In der Sache selbst hat das Obergericht die Feststellung getroffen, der Beschwerdeführer habe sein Grundstück im Jahr 2009 gekauft, und zwar in Kenntnis der Dienstbarkeit. Auf seinem Grundstück stünden eine 90-jährige Birke mit einer Höhe von 30 m und eine schwarze 80-jährige Föhre mit einer Höhe von 20 m; weitere Bäume oder Sträucher über 5 m seien nicht konkret bezeichnet worden. Die schwarze Föhre sei äusserst markant und überrage die Hausdächer und übrigen Bäume in der unmittelbaren Umgebung klar und verdecke die Aussicht auf den Zürichsee beinahe vollständig. Die berechnete Liegenschaft sei 1988 zu Stockwerkeigentum aufgeteilt worden. Die drei Stockwerkeigentümerinnen seien Schwestern und hätten die Liegenschaft im Jahr 2002 übernommen. Bis zum Jahr 2014 hätten sie nie einen Rückschnitt der beiden Bäume verlangt. Ob die Bäume von den Rechtsvorgängern des Beschwerdeführers je zurückgeschnitten worden seien, sei zwischen den Parteien strittig und vom Bezirksgericht offen gelassen worden.

**3.1** In Bezug auf den Sachverhalt macht der Beschwerdeführer geltend, die beiden fraglichen Bäume hätten ihre heutige Höhe vor 40 Jahren erreicht. Das Obergericht hat diese Frage – weil in seinen Augen unmassgeblich – ausdrücklich offen gelassen. Der Beschwerdeführer beschränkt seine Willkürklagen explizit auf die Rechtsanwendung und lässt es in Bezug auf die Sachverhaltsfeststellung bei appellatorischen Ausführungen bewenden, obwohl diesbezüglich eine substantiierte Willkürklage unabdingbar wäre (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266). Mithin ist vom kantonal festgestellten – oder eben nicht festgestellten – Sachverhalt auszugehen (Art. 105 Abs. 1 BGG).

Fehl geht sodann die unter Hinweis auf verschiedene Wikipedia-Einträge erfolgende Behauptung, diese Tatsache sei notorisch. Wann die konkret betroffenen Bäume ihre heutige Höhe erreicht haben, ergibt sich nicht in gerichtsnotorischer Weise aus Wikipedia-Einträgen, umso weniger als die kantonalen Instanzen die unter den Parteien umstrittene Frage, ob früher gewisse Rückschnitte erfolgt seien, offen gelassen haben und deshalb ein angebliches Durchschnittswachstum ohnehin aussagelos bliebe.

**3.2** In rechtlicher Hinsicht hat das Obergericht ausgeführt, es sei keine konkludente Aufhebung der Dienstbarkeit ersichtlich. Es gebe keine explizite Willenserklärungen und es lägen auch keine besonderen Verhaltensweisen vor, welche auf eine übereinstimmende Willensäusserung schliessen lassen würden. Sodann könne das jahrelange widerspruchslose Hinnehmen der Verletzung der Dienstbarkeit – wobei das

Obergericht hierfür auf die bezirksgerichtlichen Erwägungen verwiesen hat – auch nicht als einseitiger Verzicht gewertet werden, denn das Dulden könne ebenso gut andere Gründe haben (Erreichen einer Schmerzgrenze, "selling argument" der schönen Aussicht mit Blick auf eine Vermietung der Wohnungen, etc.). Der Beschwerdeführer verweise auf das blosses Dulden, mache aber keine irgendwie gearteten konkrete Absichtsausserungen seitens der Stockwerkeigentümerinnen oder deren Rechtsvorgänger geltend; ferner hätten sich mehrere Gelegenheiten für eine Löschung der Grunddienstbarkeit geboten (Begründung von Stockwerkeigentum im Jahr 1988, Übergang an die heutigen Stockwerkeigentümerinnen im Jahr 2002).

Der Beschwerdeführer hält diese Erwägungen für willkürlich, beschränkt sich aber zur Begründung auf den blossen Hinweis, dass während Jahrzehnten und damit länger als beispielsweise die Ersitzungsfrist gemäss Art. 662 ZGB nie ein Rückschnitt verlangt worden sei. Dies stellt keine substantiierte Auseinandersetzung mit den kantonalen Erwägungen dar, wie sie für Willkürprüfungen erforderlich wäre; im Übrigen wäre der Hinweis auch inhaltlich nicht geeignet, um Willkür aufzuzeigen: Die Dienstbarkeit geht mit ihrer Löschung im Grundbuch unter (Art. 734 ZGB); sie besteht mit anderen Worten so lange, als sie im Grundbuch eingetragen ist (Urteil 5A\_369/2013 vom 15. Mai 2014 E. 3.2.2). Die Eigentumsfreiheitsersitzung (Dienstbarkeitsversitzung) wird für das schweizerische Recht von der Lehre und Rechtsprechung abgelehnt (BGE 95 II 605 E. 2a S. 610; LIVER, Berner Kommentar, N. 202 zu Art. 734 ZGB m.w.H.). Das heisst, dass sich der Eigentümer des belasteten Grundstückes nicht im Sinn einer *usucapio libertatis* auf den blossen Zeitablauf berufen kann (BGE 62 II 136; 95 II 605 E. 2a S. 610). Allerdings kann der Verzicht auf eine Dienstbarkeit bereits vor der Löschung wirksam sein, wenn er vom Berechtigten bedingungslos und vorbehaltlos erklärt worden ist, wobei der Verzichtswille auch durch konkludentes Verhalten in eindeutiger und gültiger Weise zum Ausdruck kommen kann (Urteile 5C.307/2005 vom 19. Mai 2006 E. 5.1; 5A\_478/2007 vom 20. November 2007 E. 3.4; LIVER, a.a.O., N. 100 und 107 zu Art. 734 ZGB), was beispielsweise der Fall ist, wenn der Eigentümer des dienstbarkeitsberechtigten Grundstückes eine dienstbarkeitswidrige Baute (namentlich die Verbauung eines Wegrechts) auf dem Nachbargrundstück gestattet (BGE 127 III 440 E. 2a S. 442; 128 III 265 E. 4a S. 269 f.). Die blosses Nichtausübung eines Rechts während längerer Zeit kann hingegen nur dann als Verzichtserklärung aufgefasst und damit rechtsgeschäftlich bedeutsam werden, wenn die Umstände unzweideutig auf diese Absicht hinweisen und eine andere Auslegung als ausgeschlossen oder zumindest als

höchst unwahrscheinlich anzusehen ist (Urteil 5C.42/2007 vom 8. Februar 2008 E. 7.2, nicht publ. in: BGE 134 III 341). Dass die Stockwerkeigentümerinnen oder deren Rechtsvorgänger in eindeutiger Weise einen Verzichtswillen zum Ausdruck gebracht hätten, behauptet nicht einmal der Beschwerdeführer. Vielmehr beruft er sich hierfür auf den blossen Zeitablauf, was nach dem Gesagten nicht genügt. Im Übrigen haben die kantonalen Gerichte zutreffend befunden, dass es mannigfaltige Gründe haben kann, wenn während langer Zeit nie ein Rückschnitt verlangt wurde; nebst den bereits genannten kann insbesondere auch zur Wahrung des nachbarschaftlichen Friedens während längerer Zeit auf die Durchsetzung einer Dienstbarkeit verzichtet werden, ohne dass damit aber ein grundsätzlicher Verzichtswille verbunden ist.

Nach dem Gesagten erweist es sich nicht als willkürlich, wenn das Obergericht nicht bereits aufgrund des längeren Duldens von einer verbindlichen einseitigen Verzichtserklärung ausgegangen ist.

**3.3** Willkür erblickt der Beschwerdeführer auch darin, dass die kantonalen Instanzen seine Argumentation, der gute Glaube ins Grundbuch sei durch die natürliche Publizität der tatsächlichen Situation zerstört, verworfen haben.

Der Grundsatz der natürlichen Publizität besagt, dass der tatsächliche, nach aussen sichtbare physische Zustand der Liegenschaft den guten Glauben des Erwerbers in den Grundbucheintrag zerstören kann (vgl. BGE 137 III 153 E. 4.1.3 S. 156; SCHMID, Basler Kommentar, N. 32 zu Art. 973 ZGB). Das Vorbringen des Beschwerdeführers geht bereits insofern an der Sache vorbei, als nach den Feststellungen des Obergerichtes die drei Stockwerkeigentümerinnen die Liegenschaft durch Erbgang erworben und sich nie darauf berufen haben, dass sie sich das Wissen und Verhalten ihres Rechtsvorgängers nicht anrechnen lassen müssten.

Vor den kantonalen Instanzen hatte sich der Beschwerdeführer auf BGE 137 III 153 berufen. Vor Bundesgericht tut er dies nur noch im Zusammenhang mit der Begründung einer angeblichen Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (vgl. E. 1), aber nicht mehr zur Begründung seiner Willkürklage. Insofern bleibt diese unsubstanziert. Ohnehin aber betraf BGE 137 III 153 eine völlig andere Konstellation: Dort ging es um eine bloss mit dem Stichwort "Wegrecht" eingetragene Dienstbarkeit, bei welcher das effektive Wegrecht erst durch bauliche Anlagen (nämlich einen Tunnel) konkretisiert worden war; der

Dritterwerber musste sich diese, weil nach aussen in Erscheinung tretend, für die nähere Bestimmung des Wegrechts entgegenhalten lassen (vgl. E. 4.2.3 S. 157). Vorliegend ist aber weder der Umfang der Dienstbarkeit – belastet ist offensichtlich die gesamte Fläche des dienenden Grundstückes – noch deren Inhalt näher zu konkretisieren; vielmehr ergeben sich Inhalt und Umfang für sämtliche Beteiligten leicht ersichtlich aus dem Grundbucheintrag.

Nach dem Gesagten ist Willkür unter dem Aspekt der natürlichen Publizität nicht ansatzweise auszumachen.

**3.4** Für willkürlich hält der Beschwerdeführer schliesslich, dass die kantonalen Instanzen ein rechtsmissbräuchliches Verhalten verneint haben.

Gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB soll der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz finden. Ob eine Berechtigung missbräuchlich ausgeübt wird, hängt stets von den Umständen des Einzelfalles ab (BGE 138 III 425 E. 5.2 S. 431). Typische Fallgruppen sind das fehlende Interesse (unnütze Rechtsausübung, sog. Schikaneverbot), das krasse Missverhältnis der Interessen, das widersprüchliche Verhalten, die rechtsmissbräuchliche Berufung auf Formmängel und die zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts (vgl. beispielsweise BGE 135 III 162 E. 3.3.1 S. 169; aus der Literatur statt vieler: HONSELL, Basler Kommentar, N. 37 ff. zu Art. 2 ZGB).

Der Beschwerdeführer zeigt nicht auf, welchen Aspekt des Rechtsmissbrauchsverbotes das Obergericht in qualifizierter Weise verkannt haben soll, so dass die Willkürüge bereits an fehlender Substanziierung scheitert. Es wäre aber auch keine typische Fallkonstellation ersichtlich; insbesondere besteht – angesichts der obergerichtlichen Sachverhaltsfeststellung, wonach die schwarze Föhre äusserst markant sei und die Hausdächer und übrigen Bäume in der unmittelbaren Umgebung klar überrage und die Aussicht auf den Zürichsee beinahe vollständig verdecke – ein aktuelles Interesse an der Durchsetzung der Dienstbarkeit. Im Übrigen ist auf Art. 736 ZGB zu verweisen, wonach der Beschwerdeführer einen Lösungsanspruch geltend machen könnte, wenn die Dienstbarkeit für das berechtigte Grundstück alles Interesse verloren hätte. Art. 736 ZGB konkretisiert mithin das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB für die vorliegend gegebene Ausgangssituation und folglich wäre die Diskussion in erster Linie im Kontext mit jener Bestimmung zu führen. Eine willkürliche Verneinung des Rechtsmissbrauchs im Zusammenhang

mit der Durchsetzung der Dienstbarkeit ist jedenfalls weder dargetan noch ersichtlich.

**4.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann. Der Beschwerdeführer wird damit kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

#### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

**3.**

Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 4'000.-- zu entschädigen.

**4.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 11. Juli 2016

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

von Werdt

Möckli