

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF220099-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiberin MLaw T. Rumpel

Urteil vom 14. Februar 2023

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwalt M.A. HSG in Law and Economics Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach
vom 11. November 2022 (ET220004)**

Rechtsbegehren des Gesuchstellers:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei dem Gesuchsgegner unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB mit Busse bis CHF 10'000 im Widerhandlungsfall sowie mit einer Ordnungsbusse nach Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO von CHF 1'000 für jeden Tag der Nichtbefolgung des Verbots vorsorglich zu verbieten, auf dem Grundstück Kat.-Nr. 1, C.____-strasse ..., D.____, jegliche Bauarbeiten durchzuführen, welche eine Erhöhung des bestehenden Gebäudes auf 4 oder mehr Stockwerke bezwecken;
2. das Verbot gemäss Ziff. 1 sei superprovisorisch ohne Anhörung des Gesuchsgegners mit sofortiger Wirkung anzuordnen;
3. es sei von der Anordnung einer Sicherheitsleistung des Gesuchstellers abzusehen;
4. es sei dem Gesuchsteller nach Erlass der vorsorglichen Massnahme Frist zur Anhebung der ordentlichen Klage anzusetzen;
5. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu lasten des Gesuchsgegners."

Rechtsbegehren des Gesuchsgegners:

(act. 12 S. 2)

- "1 Es sei das Gesuch des Gesuchstellers, jegliche Bauarbeiten auf dem Grundstück Kat.-Nr. 1, C.____-strasse ..., D.____, die eine Erhöhung des bestehenden Gebäudes auf 4 oder mehr Stockwerke bezwecken, zu verbieten, abzuweisen;
2. Im Falle des Erlasses vorsorglicher Massnahmen sei der Gesuchsteller zu einer Sicherheitsleistung in der Höhe von CHF 500'000.00 zu verpflichten.
3. Dem Gesuchsteller seien die Verfahrenskosten aufzuerlegen und er sei zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung, zuzüglich Mehrwertsteuer (7.7%) zu bezahlen."

Urteil des Einzelgerichtes:

(act. 25 = act. 29 = act. 31)

1. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Entscheidungsbüür wird festgesetzt auf CHF 9'000.
3. Die Kosten werden dem Gesuchsteller auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.

4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung von CHF 10'000 (inkl. 7,7% MwSt.) zu bezahlen.

5./6. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel.

Berufungsanträge des Gesuchstellers und Berufungsklägers:

(act. 30 S. 2)

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 11. November 2022 (Geschäfts-Nr. ET22004-C/U) vollumfänglich aufzuheben und es sei das Gesuch des Berufungsklägers/Gesuchstellers unter Auferlegung der vorinstanzlichen Prozesskosten zu Lasten des Berufungsbeklagten/Gesuchsgegners gutzuheissen;
2. eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 11. November 2022 (Geschäfts-Nr.: ET22004-C/U) vollumfänglich aufzuheben und das Gesuch zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
3. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. einer allfälligen MwSt.) zu Lasten des Berufungsbeklagten/Gesuchsgegners."

Erwägungen:

I.

1. Zugunsten des Grundstücks des Gesuchstellers und Berufungsklägers (fortan Berufungskläger) Grundbuch Blatt 2, Kataster 3, E. _____-strasse ..., D. _____, besteht unter anderem zulasten des Grundstücks des Gesuchsgegners und Berufungsbeklagten (fortan Berufungsbeklagter) Grundbuch Blatt 4, Kataster 1, C. _____-strasse ..., D. _____ eine als Baubeschränkung ausgestaltete Grunddienstbarkeit (act. 3/2-4). Die Dienstbarkeit wurde gestützt auf einen Dienstbarkeitsvertrag im Jahre 1963 auf ursprünglich insgesamt zwei Grundstücken, die später parzelliert wurden, ins Grundbuch eingetragen (act. 3/2 S. 2; act. 3/4-5). Dem im Grundbuch hierzu vermerkten Servitutenprotokoll ist folgender Wortlaut zu entnehmen (act. 3/4):

"Die Eigentümer dürfen das gesamte Bauareal der belasteten Liegenschaften (gemäss Situationsplan Hauptbeleg D. _____ 1962 Nr. ...) mit einer Aus-

nützungsziffer von nicht über 40% nutzen. Im Einzelnen beträgt die Arealfläche ca. 39'000m² (genaue Vermessung vorbehalten). Garagen werden nicht zur Ausnützung gerechnet, dagegen Ladenflächen voll, Wohnungen im Untergeschoss mit ihrer Wohnfläche netto und mit dem auf sie entfallenden Teil des Korridor- und Treppengrundrisses, Wohngeschosse voll nach Hauslänge und -breite."

Im Jahr 2018 wurde die Dienstbarkeit auf einigen Grundstücken gelöscht (act. 4/3/8). Auf dem Grundstück des Berufungsbeklagten begannen im Frühling 2022 Bauarbeiten für eine Gebäudeaufstockung des bisherigen dreistöckigen Gebäudes um ein Vollgeschoss und ein Attikageschoss, wofür am 1. November 2021 die baurechtliche Bewilligung erteilt worden war (vgl. act. 1 Rz. 8 ff.; act. 3/3; act. 3/7-8; act. 4/1 Rz. 6 f.).

2. Mit Eingabe vom 10. August 2022 reichte der Berufungskläger beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach (fortan Vorinstanz) ein Gesuch um Erlass superprovisorischer bzw. vorsorglicher Massnahmen mit den eingangs erwähnten Anträgen ein (act. 1). Mit Verfügung vom 12. August 2022 wurde das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen abgewiesen und es wurde dem Berufungsbeklagten Frist zur Massnahmeantwort angesetzt (act. 5). Die Massnahmeantwort mit den eingangs erwähnten Anträgen erfolgte mit Eingabe vom 12. September 2022 (act. 12). Nach Stellungnahme des Berufungsklägers zur Massnahmeantwort mit Eingabe vom 6. Oktober 2022 und darauf folgender Stellungnahme des Berufungsbeklagten mit Eingabe vom 24. Oktober 2022 (act. 17; act. 22) wies die Vorinstanz das Gesuch des Berufungsklägers um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit Urteil vom 11. November 2022 ab (act. 25 = act. 29 [Aktenexemplar] = act. 31).

3. Gegen dieses Urteil erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 24. November 2022 Berufung an die Kammer mit den eingangs erwähnten Anträgen (act. 30). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-27). Der für das Berufungsverfahren mit Verfügung vom 1. Dezember 2022 verlangte Kostenvorschuss von Fr. 7'500.– ging fristgerecht ein (act. 33-35). Das Verfahren ist spruch-

reif, ohne dass es einer Berufungsantwort bedarf (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Dem Berufungsbeklagten ist die Berufungsschrift mit dem vorliegenden Entscheid zur Kenntnisnahme zuzustellen.

II.

1. Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind in vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit Berufung anfechtbar, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. b i.V.m. Abs. 2 ZPO). Ausgehend vom (nicht bestrittenen) Schätzwert der Dienstbarkeit durch den Berufungskläger in der Höhe von Fr. 250'000.– ist der Streitwert für die Berufung ohne Weiteres gegeben (vgl. act. 1 Rz. 4; act. 12 Rz. 33).

2. Die Berufung ist in summarischen Verfahren innerhalb der zehntägigen Rechtsmittelfrist schriftlich, begründet und mit Rechtsmittelanträgen versehen einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO). Die Berufung wurde rechtzeitig, mit Rechtsmittelanträgen und einer Begründung bei der Kammer als zuständiger Rechtsmittelinstanz eingereicht, womit dem Eintreten auf die Berufung nichts entgegensteht (act. 30, vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 26 S. 1).

3. Im Berufungsverfahren kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit des vorinstanzlichen Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Da die Berufungsinstanz über eine uneingeschränkte Prüfungsbefugnis in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung, verfügt (BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013 E. 3.1), kann sie die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese mit einer von der Argumentation der ersten Instanz abweichenden Begründung abweisen (vgl. BGer 4A_397/2016 vom 30. November 2016 E. 3.1). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in

der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Nachfolgend ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als diese für die Entscheidungsfindung erforderlich sind.

III.

1.1. 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. Betreffend den Verfügungsanspruch hat das Gericht eine Hauptsachenprognose über den zivilrechtlichen Anspruch zu stellen, betreffend den Verfügungsgrund eine Nachteilsprognose in Bezug auf die Frage des Drohens eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils. Gleichzeitig hat nebst der Verhältnismässigkeit eine gewisse zeitliche Dringlichkeit vorzuliegen, welche dann zu bejahen ist, wenn der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil nicht anders als durch den Erlass vorsorglicher Massnahmen abgewendet werden kann und ein Zuwarten auf das Resultat des Hauptverfahrens nicht zumutbar erscheint (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.).

1.2.1. Vorliegend ist in Bezug auf den Verfügungsanspruch der Inhalt und Umfang einer Grunddienstbarkeit strittig. Für die Ermittlung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit gibt Art. 738 ZGB eine Stufenordnung vor. Soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Grundbucheintrag deutlich ergeben, ist dieser für den Inhalt massgebend (Art. 738 Abs. 1 ZGB). Wenn der Wortlaut unklar ist, ist in zweiter Linie auf den Erwerbsgrund, das heisst den Begründungsakt, abzustellen. 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; BGE 137 III 145 E. 3.1 mit Hinweisen; BGer 5A_873/2018 vom 19. März 2020

E. 2.1). Um Wiederholungen zu vermeiden, ist diesbezüglich grundsätzlich auf die rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (vgl. act. 29 E. 10).

1.2.2. Zu ergänzen ist, dass bei Teilung des (berechtigten oder) belasteten Grundstücks die Dienstbarkeit grundsätzlich auf allen Teilen weiterbesteht (Art. 743 Abs. 1 ZGB). Jedes Teilstück bzw. jede neue Parzelle ist somit von Gesetzes wegen mit einer Dienstbarkeit gleichen Inhalts (wie vor der Parzellierung) belastet, wobei die Gesamtbelastung gleich bleibt (PIOTET, Die beschränkten dinglichen Rechte im Allgemeinen, die Dienstbarkeiten und Grundlasten, SPR V/2, Basel 2022, Rz. 299 f.; s.a. BSK ZGB II-PETITPIERRE, 6. Aufl. 2019, Art. 743 N 3 f.). Die mit der Teilung entstehenden Dienstbarkeiten sind grundsätzlich voneinander unabhängig. Geht die Dienstbarkeit auf einzelnen Grundstücken unter, hat dies keinen Einfluss auf den Bestand der Dienstbarkeit auf den anderen Grundstücken. Die Dienstbarkeiten sind jedoch in dem Sinne miteinander verknüpft, als die Last der Dienstbarkeiten zusammengerechnet keine Mehrbelastung bedeuten darf; die ursprüngliche Last muss gleich bleiben (PIOTET, a.a.O., Rz. 299 f. und 339 ff.).

2. Die Vorinstanz erwog, dass das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen abzuweisen sei, da keine Anspruchsgrundlage glaubhaft gemacht sei. Bereits aus dem Wortlaut des Grundbucheintrags gehe klar hervor, dass sich die Baubeschränkung (Ausnutzungsziffer von nicht über 40%) auf ein *bestimmtes Bauareal* mit einer Gesamtfläche von ca. 39'000m² betreffend eine konkret geplante Überbauung mit Geschäfts- und Wohnräumen beziehe. Dieses Bauareal umfasse gemäss Beleg, auf den der Eintrag verweise, die Gesamtfläche der beiden (ursprünglichen) Grundstücke Kat.-Nr. 5 und 6. Auch unter Berücksichtigung des Zwecks zum Zeitpunkt der Errichtung erscheine der Wortlaut als sinnvoll. Man habe im Hinblick auf eine konkret geplante Überbauung, und nicht auf die (beliebige) Überbauung eines einzelnen Grundstücks, die zulässige Ausnutzung beschränken wollen. Ziehe man den Dienstbarkeitsvertrag hinzu, ergebe sich Sinn und Zweck eindeutig. Weshalb der Grundbucheintrag anders zu verstehen sein sollte, erläutere der Berufungskläger nicht. Würde man davon ausgehen, die Dienstbarkeit beziehe sich bei Teilung der (ursprünglich) belasteten Grundstücke

auf jedes einzelne Grundstück, so würde dies eine offensichtliche Mehrbelastung der Grundstücke bedeuten. Dass die Dienstbarkeit ursprünglich bezogen auf zwei Grundstücke zusammen mit einer Gesamtfläche von ca. 39'000m² errichtet worden sei, schliesse eine Einzelbetrachtung aus (act. 12 E. 12-13).

3. Der Berufungskläger bringt vor, die Vorinstanz habe die Dienstbarkeit in rechtsverletzender Weise falsch ausgelegt (act. 30 Rz. 18 ff.; insbes. Rz. 44). Die Auffassung der Vorinstanz, die Dienstbarkeit habe lediglich die zulässige Ausnutzung hinsichtlich der damals konkret geplanten Gesamtüberbauung beschränken wollen, sei falsch und decke sich nicht mit dem Wortlaut von Grundbucheintrag und Vertrag. Die Dienstbarkeit gelte für jede Überbauung auf den einzelnen belasteten Grundstücken (act. 30 Rz. 18 ff.). Ferner habe die Vorinstanz fälschlicherweise und entgegen Art. 743 ZGB keine proportionale Aufteilung der Dienstbarkeit auf die neuen Grundstückflächen nach der Parzellierung, die keine Mehrbelastung zur Folge gehabt habe, berücksichtigt. Eine Mehrbelastung ergebe sich für einen Teil der belasteten Grundstücke vielmehr aufgrund der Auslegung der Vorinstanz, wonach sich die Ausnutzungsziffer weiterhin gemäss der gesamten ursprünglichen Fläche berechne (act. 30 Rz. 25 ff. und 34). Die Vorinstanz setze sich im Übrigen in keiner Weise mit den praktischen Folgen ihrer Interpretation der Dienstbarkeit auseinander. Ihre Interpretation würde bedeuten, dass der schnellere Grundeigentümer der belasteten Grundstücke zulasten der anderen Grundstücke überbauen könnte, bis insgesamt 40% ausgenützt wären (act. 30 Rz. 30 ff.). Damit sei die Ansicht der Vorinstanz, wonach sich die Ausnutzungsziffer nicht pro Grundstück, sondern auf das Gesamtareal beziehe, zu verwerfen. Im Weiteren würde das Bauprojekt auch dann die Dienstbarkeit verletzen, wenn als Berechnungsgrösse für die Ausnutzungsziffer auf das Gesamtareal der belasteten Grundstücke unter Berücksichtigung aller heute noch belasteten Bauten abgestellt würde (act. 30 Rz. 35 ff.).

4.1. Zur Klärung, ob ein Verfügungsanspruch des Berufungsklägers bzw. eine Anspruchsgrundlage zum Erlass vorsorglicher Massnahmen gegeben ist, ist – insbesondere unter Berücksichtigung der Vorbringen des Berufungsklägers – auf die Auslegung der vorliegenden Dienstbarkeit einzugehen. Dienstbarkeiten sind

im Kanton Zürich auf dem Grundbuchblatt grundsätzlich nur mit einem Stichwort eingetragen. Der vollständige Wortlaut der Dienstbarkeit ist auf sogenannte Servitutenprotokolle übertragen (vgl. § 11 Abs. 1 der Verordnung des Obergerichtes über die Geschäftsführung der Grundbuchämter und die Einführung des eidgenössischen Grundbuches [kantonale Grundbuchverordnung, GBV ZH; LS 252]). Das Servitutenprotokoll ist praxismässig als Erwerbsgrund anzusehen (BGer 5A_617/2009 vom 26. Januar 2010 E. 3.3). Entsprechend ist vorliegend bei der Dienstbarkeitsauslegung nach Art. 738 ZGB in erster Linie auf den Wortlaut des Servitutenprotokolls, auf das der Grundbucheintrag mit dem Stichwort "Baubeschränkung" verweist, und auf den Dienstbarkeitsvertrag abzustellen.

4.2. Gemäss Wortlaut des Servitutenprotokolls (act. 3/4; vgl. den vollständigen Wortlaut in obiger E. I.1) bezieht sich die Baubeschränkung bzw. die Begrenzung der Ausnützungsziffer auf 40% auf "das gesamte Bauareal der belasteten Liegenschaften", wobei die Arealfläche im Einzelnen ca. 39'000m² betrage. Zur Ausnützung hinzuzurechnen seien "Ladenflächen voll, Wohnungen im Untergeschoss mit ihrer Wohnfläche netto und dem auf sie entfallenden Teil des Korridor- und Treppengrundrisses, Wohngeschosse voll nach Hauslänge und -breite, nicht jedoch Garagen". Aus dem ebenfalls erwähnten (damaligen) Situationsplan geht – in Übereinstimmung mit dem Dienstbarkeitsvertrag – hervor, dass im Zeitpunkt der Errichtung der Dienstbarkeit zwei Grundstücke (Grundstücke Kat.-Nr. 5 und 6) belastet waren (vgl. act. 3/5; act. 4/3/7). Gemäss Wortlaut waren diese beiden Einzelgrundstücke damals jedoch nicht je einzeln auf eine Ausnützung von 40% beschränkt, sondern deren gemeinsame Fläche gesamthaft. Im Dienstbarkeitsvertrag ist diesbezüglich gar explizit erwähnt, dass ausgehend von einer Grundfläche der belasteten Grundstücke von insgesamt ca. 39'046m² der Flächenbeitrag von 15'618m² nicht überschritten werden dürfe. Die zulässige Ausnützung bezog sich somit vor der Parzellierung der Grundstücke auf dieses Gesamtareal, was im Übrigen unbestritten blieb (act. 4/1 Rz. 14 ff.; act. 17 Rz. 12 und 24).

4.3. Wie der Berufungskläger zu Recht vorbringt, ist die Dienstbarkeit bei der Parzellierung der zwei ursprünglich belasteten Grundstücke gestützt auf Art. 743 Abs. 1 ZGB grundsätzlich auf alle neuen Grundstücke übergegangen, was so

auch dem Servitutenprotokoll zu entnehmen ist (act. 3/4). Zu prüfen ist daher, wie die Dienstbarkeit bezogen auf diese einzelnen belasteten Grundstücke nach der Parzellierung zu verstehen ist.

4.4. Der Berufungskläger stellt sich in erster Linie auf den Standpunkt, die Dienstbarkeit beziehe sich nach der Parzellierung auf alle einzelnen Bauten gemessen an jedem einzelnen Grundstück je separat und macht Ausführungen sowie Berechnungen dazu, weshalb die Ausnützung auf dem Grundstück des Berufungsbeklagten mit dem Bauprojekt bzw. auch bereits vor dessen Realisierung überschritten sein soll (act. 1 Rz. 11 und 29 f.; act. 30 Rz. 25 und 29).

Die zulässige Ausnützung bezog sich – wie bereits gesehen (vgl. obige E. III.4.2) – vor der Parzellierung nicht auf die einzelnen Bauten auf den einzelnen Grundstücken separat, sondern auf die Gesamtfläche der beiden belasteten Grundstücke. Der Wortlaut blieb seit der Dienstbarkeitserrichtung immer gleich (vgl. act. 3/4-5). Damit darf auch nach der Parzellierung nach wie vor "das gesamte Bauareal der belasteten Liegenschaften" mit einer Ausnützungsziffer von nicht über 40% genutzt werden. Die Parzellierung der Grundstücke änderte – entgegen der Ansicht des Berufungsklägers – daran nichts. Bei diesem klaren Wortlaut ist eine Einzelbetrachtung, wonach jedes belastete Grundstück separat als Bemessungsgrundlage zur Berechnung der zulässigen Ausnützung anzusehen wäre, auszuschliessen. Insoweit ist der vorinstanzliche Entscheid zu schützen.

4.5. Der Berufungskläger bringt (eventualiter) für den Fall, dass sich die Dienstbarkeit auf die Gesamtfläche aller Grundstücke beziehe, im Weiteren vor, mit dem Bauprojekt wäre die Ausnützungsziffer von 40% auch auf das gesamte Bauareal bezogen überschritten. Die mittlerweile nicht mehr belasteten Grundstücke seien dabei für die Berechnungsgrundlage nicht mehr relevant (act. 17 Rz. 2 ff.; act. 30 Rz. 38 und 41). Er reichte hierzu vor Vorinstanz eine entsprechende Berechnung ein, wonach bereits vor Umsetzung des Bauprojekts mit Kindergarten 44.6% und ohne Berücksichtigung des Kindergartens 42.8% ausgenutzt seien (act. 17 Rz. 8).

4.5.1. Die Dienstbarkeitsentlassung einiger Grundstücke darf für die nach wie vor belasteten Grundstücke nicht zu einer Mehrbelastung führen (vgl. obige

E. III.1.2.2). Die aus der Dienstbarkeit entlassenen Grundstücke können daher nicht – wie der Berufungskläger meint (act. 30 Rz. 41) – gänzlich unberücksichtigt bleiben. Vielmehr sind die aus der Dienstbarkeit entlassenen Grundstücksflächen sowie die (bei Entlassung) darauf vorhandenen, relevanten Bauten bei der Berechnung der Ausnützung zu berücksichtigen bzw. zumindest insoweit heranzuziehen, als dies erforderlich ist, um die Frage einer allfälligen Mehrbelastung beantworten zu können. Da keine Ausführungen zu den entlassenen Grundstücken gemacht wurden, ist einzig ersichtlich, dass die Gesamtfläche der belasteten Grundstücke kleiner geworden ist. Es bleibt jedoch unklar, wie gross die Gesamtfläche der entlassenen Grundstücke genau war und vor allem inwieweit die entlassenen Grundstücke ausgenutzt waren. Damit kann unter anderem nicht beurteilt werden, ob sich die Ausnützungsziffer der noch bestehenden, belasteten Grundstücke mit der Entlassung einzelner Grundstücke (gemessen an der verbleibenden Gesamtfläche) proportional vergrössert hat.

4.5.2. Im Übrigen ist wie bereits gesehen eine Einzelbetrachtung auszuschliessen (vgl. obige E. III.4.4). Auch dies führt – in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (act. 29 E. 13) – dazu, dass die Ausnützung auf den einzelnen Grundstücken nicht alleine aufgrund der noch verbliebenen Gesamtfläche ohne Berücksichtigung der entlassenen Grundstücke berechnet werden darf. Die gegenteilige Ansicht des Berufungsklägers hätte zur Folge, dass nach Entlassung aller Grundstücke ausser demjenigen des Berufungsbeklagten Letzteres allein die Ausnützung von 40% nicht überschreiten dürfte, unabhängig von der Ausnützung der anderen Grundstücke. Unter diesem Aspekt ergibt sich ebenfalls, dass die Ausnützung nicht ohne Angaben zu den entlassenen Grundstücken berechnet werden kann.

4.5.3. Mangels weiterer Angaben und Unterlagen zu den aus der Dienstbarkeit entlassenen Grundstücken ist damit die Überschreitung der Ausnützung von 40% weder für die Zeit vor noch nach der Umsetzung des Bauprojekts des Berufungsbeklagten glaubhaft gemacht. Damit erübrigt es sich, auf die weiteren Vorbringen des Berufungsklägers und die (abschliessende) Auslegung der Dienstbarkeit einzugehen, womit unter anderem auch offen bleiben kann, welchen Einfluss der Zweck (zum Zeitpunkt der Errichtung) auf die Auslegung der vorliegenden Dienst-

barkeit hat. Diese Fragen werden gegebenenfalls im ordentlichen Verfahren zu prüfen sein.

4.6. Nach dem Ausgeführten ist die Berufung abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen. Weiterungen, insbesondere zu den zusätzlichen Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen, erübrigen sich.

IV.

1. Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten für das Berufungsverfahren dem Berufungskläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).
2. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 250'000.– (vom Berufungskläger angegebener Schätzwert der Dienstbarkeit, act. 1 Rz 4) und in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) ist die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 7'500.– festzusetzen.
3. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen; dem Berufungskläger nicht, weil er unterliegt, dem Berufungsbeklagten nicht, weil ihm keine zu entschädigenden Aufwände entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 11. November 2022 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 7'500.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden mit dem vom Berufungskläger geleisteten Vorschuss verrechnet.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels der Berufungsschrift (act. 30), sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 über Fr. 30'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw T. Rumpel

versandt am: