

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB160073-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Ersatzrichter
lic. iur. H. Meister und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Leitender Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden

Urteil vom 27. März 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Dienstbarkeit**

**Berufung gegen ein Urteil der 5. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
5. September 2016; Proz. CG140148**

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2)

1. Es seien die Beklagten zu verpflichten, die auf dem Dach ihres Gebäudes Assek. Nr. 1 auf dem Grundstück Kat.-Nr. 2 realisierte Aufstockung (Attikageschoss) gemäss Baubewilligung der Bau-sektion der Stadt Zürich vom tt. März 2012 (3) innert 3 Monaten nach Rechtskraft des Urteils zu beseitigen und den erhöhten Ka-min wieder auf das ursprüngliche Mass zu reduzieren, unter An-drohung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtli-che Verfügung im Unterlassungsfalle (Art. 292 StGB).
2. Eventuell: Es seien die Beklagten zu verpflichten, den an der Ost-fassade des mit 3 bewilligten Attikageschosses bestehenden Ausgang auf das Dach zu verschliessen, unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Unterlassungsfalle (Art. 292 StGB).
3. Subeventuell: Es sei den Beklagten zu verbieten, das Dach ihres Gebäudes Assek. Nr. 1 auf dem Grundstück Kat.-Nr. 2 als Ter-rasse oder anderweitig zu nutzen und mit einer entsprechenden Absturzsicherung zu versehen, soweit das Dach bzw. der betref-fende Teil des Gebäudes Assek. Nr. 1 im Grenzabstandsbereich zum Grundstück Kat.-Nr. 4 gelegen ist und nur unter Inanspruch-nahme der Dienstbarkeit 5 erstellt werden konnte, unter Andro-hung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Unterlassungsfalle (Art. 292 StGB).
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. Kosten des Schlichtungsverfahrens und MWSt.) zu Lasten der Beklagten.

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich:

(act. 56 = act. 63)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 21'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt und mit dem ge-leisteten Vorschuss verrechnet.

4. Der Kläger wird verpflichtet, den Beklagten gemeinsam eine Parteientschädigung von Fr. 27'000.– (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Der Antrag des Klägers, es seien ihm die Kosten des Schlichtungsverfahrens zurückzuerstatten, wird abgewiesen.
6. [Mitteilung]
7. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

(act. 61 S. 2-3)

1. Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben.
2. Es seien die Beklagten und Berufungsbeklagten zu verpflichten, die auf dem Dach ihres Gebäudes Assek. Nr. 1 auf dem Grundstück Kat.-Nr. 2 realisierte Aufstockung (Attikageschoss) gemäss Baubewilligung der Bausektion der Stadt Zürich vom tt. März 2012 (3) innert 3 Monaten nach Rechtskraft des Urteils zu beseitigen und den erhöhten Kamin wieder auf das ursprüngliche Mass zu reduzieren, unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Unterlassungsfalle (Art. 292 StGB).

Eventuell: Es seien die Beklagten und Berufungsbeklagten zu verpflichten, den an der Ostfassade des mit 3 bewilligten Attikageschosses bestehenden Ausgang auf das Dach zu verschliessen, unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Unterlassungsfalle (Art. 292 StGB).

Subeventuell: Es sei den Beklagten und Berufungsbeklagten zu verbieten, das Dach ihres Gebäudes Assek. Nr. 1 auf dem Grundstück Kat.-Nr. 2 als Terrasse oder anderweitig zu nutzen und mit einer entsprechenden Absturzsicherung zu versehen, soweit das Dach bzw. der betreffende Teil des Gebäudes Assek. Nr. 1 im Grenzabstandsbereich zum Grundstück Kat.-Nr. 4 gelegen ist und nur unter Inanspruchnahme der Dienstbarkeit 5 erstellt werden konnte, unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Unterlassungsfalle (Art. 292 StGB).

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MWSt.) zu Lasten der Beklagten und Berufungsbeklagten für das vorinstanzliche Verfahren und das Berufungsverfahren.

Erwägungen:

1. Einleitung, Prozessgeschichte

1.1. Der Kläger ist Eigentümer der Liegenschaft D._____-Strasse ..., Kat.-Nr. 4, in Zürich-...; die Beklagten sind Eigentümer der Nachbarliegenschaft, D._____-Strasse ..., Kat.-Nr. 2. Das Haus der Beklagten wurde in den 1930er-Jahren als einstöckiges Saalgebäude mit Untergeschoss erstellt. Der Grenzabstand zum klägerischen Grundstück beträgt 3.5 Meter. Die damaligen Eigentümer vereinbarten am tt. Juni 1933 Folgendes:

Der jeweilige Eigentümer des Grundstückes Kat. Nr. 4 erteilt im Sinne von Art. 22 der Vorschriften für die offene Bebauung seine Zustimmung, dass der Grenzabstand für den auf dem Grundstück Kat. Nr. 2 in Ausführung begriffenen einstöckigen Saalbau auf 3.5 m herabgesetzt wird. Für den Fall, dass der Eigentümer des Grundstückes Kat. Nr. 2 die Erhöhung des auf demselben in Ausführung begriffenen Saalbaues oder die Erstellung eines mehrstöckigen Neubaues beabsichtigt, ist der heutige Grenzabstand von 3.5 auf 5 m zu erweitern.

Die Vereinbarung wurde als Dienstbarkeit 6 ins Grundbuch eingetragen (act. 4/6).

Am tt. August 1973 schlossen der Kläger sowie E.____ (der damalige Eigentümer der Liegenschaft 2) einen Vertrag, der im Wesentlichen folgende Vereinbarung enthielt (act. 4/7):

I. Grunddienstbarkeiten

1. Fuss- und Fahrwegrecht

z.G. Kat.-Nr. 4

z.L. Kat.-Nr. 2

Der Eigentümer des belasteten Grundstückes räumt dem Eigentümer des berechtigten Grundstückes ein uneingeschränktes Fuss- und Fahrwegrecht über die im beiliegenden Plan Nr. ... vom tt. August 1973 rot angelegten Fläche ein.

Der Unterhalt der fuss- und fahrwegrechtsbelasteten Fläche ist alleinige Sache des Berechtigten.

2. Näherbaurecht

z.G. Kat.-Nr. 2

z.L. Kat.-Nr. 4

Der Eigentümer des berechtigten Grundstückes hat wie bisher das Recht, seinen einstöckigen Saalbau bis auf 3.50 m an die gemeinsame Grenze zu stellen und fortbestehen zu lassen.

Ferner hat er das Recht, das Gebäude Vers.-Nr. 1 auf der ganzen Länge der jetzigen Fassadenflucht um 2 m über die bestehende Höhe des Saalbaues durchgehend aufzustocken.

II. Weitere Bestimmungen

1. Die gegenseitige Einräumung der Grunddienstbarkeiten gemäss Ziffern I/1 und 2 dieses Vertrages erfolgt entschädigungslos.

(...)

13. Die Parteien vereinbaren, die bestehende Grunddienstbarkeit (Näherbaurecht) 6 vom tt. Juni 1933 zu löschen.

Die Grunddienstbarkeit wurde als Servitut 5 in das Grundbuch aufgenommen (act. 4/8). Das Fuss- und Fahrwegrecht sowie das Näherbaurecht sind aktuell im Grundbuch der Liegenschaft 2 eingetragen (act. 4/1). Am tt. November 1974 erteilte die Bausektion II des Zürcher Stadtrates E. _____ die baurechtliche Bewilligung zur Aufstockung (act. 4/9; erste Aufstockung).

Im Jahr 2002 kam es zum Streit zwischen den Parteien wegen einer von den Beklagten eingerichteten Terrasse. Der Kläger machte geltend, die Beklagten hätten die Servitut verletzt. Das Bezirksgericht Zürich verneinte dies und wies die Klage ab (act. 17/1).

Im Jahr 2012 beschlossen die Beklagten, ihr Haus aufzustocken (zweite Aufstockung). Die entsprechende baurechtliche Bewilligung wurde von der Bausektion des Stadtrates Zürich am tt. März 2012 erteilt (act. 4/2). Auf Rekurs des Klägers bestätigte das Baurekursgericht mit Entscheid vom 28. September 2012 den Entscheid des Stadtrates mit Ausnahme eines unbeheizten Wintergartens im ersten Obergeschoss, für den es die baurechtliche Bewilligung verweigerte. Das Baurekursgericht erörterte in seinen Erwägungen auch die Frage, ob die Servitut von 1973 eine Gebäudeaufstockung ausserhalb des Näherbaubereichs (Fläche, die durch die ordentliche Grenzabstandslinie und der Grenzabstandslinie von 3.5 Me-

tern nach der Servitut begrenzt wird) verbiete. Es wies darauf hin, dass das Grundstück des Klägers nicht an die Strasse angeschlossen und damit nicht baureif gewesen sei. Ohne das schliesslich eingeräumte Fuss- und Fahrwegrecht hätte der Kläger ein aufwendiges und teures Quartierplanverfahren in Kauf nehmen müssen. Im Gegenzug zum Wegrecht habe sich der Nachbar das Näherbaurecht einräumen lassen. Die Rechtsvorgänger der Beklagten hätten keine Veranlassung dazu gehabt, sich ausserhalb des Näherbaubereichs einem Aufstockungsverbot zu unterziehen. Es erscheine als sehr unwahrscheinlich, dass sich der Rechtsvorgänger der Beklagten zusätzlich zur Einräumung des Wegrechts auch noch mit einem Aufstockungsverbot hätten belasten wollen. Das Baurekursgericht kam zum Schluss, die Aufstockung verletze die Servitut nicht (act. 4/3). Die vom Kläger gegen den Entscheid des Baurekursgerichts erhobene Beschwerde wurde vom Verwaltungsgericht mit Urteil vom 30. Januar 2013 abgewiesen. Das Verwaltungsgericht hielt aber fest, die Frage, ob das Bauprojekt gegen die Servitut verstosse, sei im konkreten Fall für das Baubewilligungsverfahren irrelevant. Diese Frage sei in einem Zivilverfahren zu beantworten (act. 4/4). Eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 15. August 2013 ab (act. 4/5).

Mit Schreiben vom 13. September 2013 teilte der Kläger den Beklagten mit, er verbiete ihnen die Ausführung des bewilligten Projekts (act. 4/10). Die Beklagten führten die Aufstockung dennoch aus. Sie errichteten zusätzlich zum ursprünglich bewilligten Projekt auf der Seite des Näherbaubereichs ein Geländer und eine Absturzsicherung. Die Projektänderungen waren am tt. November 2015 und im Januar 2016 baurechtlich bewilligt worden (siehe act. 63 S. 6).

1.2. Am 25. Juli 2014 reichte der Kläger beim Friedensrichteramt der Stadt Zürich, Kreise ... und ..., ein Schlichtungsgesuch gegen die Beklagten ein. Die Parteien konnten sich nicht einigen (act. 1). Am 16. Dezember 2014 erhob der Kläger vor dem Bezirksgericht Zürich Klage (act. 2). Nach durchgeführtem Verfahren wies die Vorinstanz die Klage mit Urteil vom 5. September 2016 ab (act. 56 = act. 63). Der Entscheid wurde dem Kläger am 14. September 2016 zugestellt (act. 57).

1.3. Mit Eingabe vom 14. Oktober 2016 (Datum Poststempel) erhob er rechtzeitig Berufung (act. 61). Mit Verfügung vom 19. Oktober 2016 wurde dem Kläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von CHF 20'750.00 angesetzt (act. 64). Dieser wurde geleistet (act. 66). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Begründung der Vorinstanz

2.1. Das Bezirksgericht Zürich erwog zunächst, die Servitut aus dem Jahr 1973 sei sowohl Thema des Zivilurteils vom 14. Mai 2002 als auch des baurechtlichen Bewilligungsverfahrens gewesen. Eine abgeurteilte Sache liege dennoch nicht vor. Im baurechtlichen Verfahren sei die Frage der Verletzung der Servitut nicht zu prüfen gewesen und das Verwaltungsgericht habe die Beantwortung der Frage ausdrücklich auf den Zivilweg verwiesen. Die im Jahr 2002 zu beurteilende Zivilklage sei mit der aktuellen nicht identisch. Auf die Klage sei einzutreten.

Weiter erwog die Vorinstanz, die Servitut erlaube den Beklagten das Unterschreiten des Grenzabstandes, verbinde dieses Recht aber mit einer Höhenbeschränkung. Diese stelle eine funktionelle Beschränkung des Näherbaurechts dar, welche zu Recht nicht als Last auf dem Grundstück der Beklagten eingetragen worden sei. Die Frage, ob die Höhenbeschränkung für das ganze Gebäude oder nur im Näherbaubereich gelte, sei durch Auslegung zu ermitteln. Für diese gelte eine Stufenordnung. Soweit der Grundbucheintrag klar sei, gelte der Wortlaut. Sei dieser unklar, sei auf den Erwerbsgrund bzw. den Begründungsakt zurückzugreifen. Bringt auch das keine Klarheit, so gelte die Dienstbarkeit so, wie sie während längerer Zeit unangefochten ausgeübt worden sei.

Der in der Servitut verwendete Begriff des Näherbaurechts umfasse zwar ohne Zweifel keine Höhenbeschränkung ausserhalb des Näherbaubereichs. Dennoch gehe aus dem Wortlaut der Servitut nicht eindeutig hervor, welche Rechte und Pflichten unter den Grundeigentümern gelten würden. Entgegen der Ansicht des Klägers ergebe sich auch aus dem Umstand, dass im Dienstbarkeitsvertrag von einem "Gebäude" und nicht von einem "Gebäudeteil" die Rede sei, nicht, dass sich das Höherbauverbot auf die ganze Liegenschaft erstrecke. Das Gebäude

werde zusammen mit der Versicherungsnummer genannt, diese betreffe indes stets das ganze Gebäude und nicht lediglich einen Gebäudeteil. Aus der gewählten Formulierung ergebe sich deshalb nicht, dass die Höherbaubeschränkung über den Näherbaubereich hinaus gelte. Nicht zuzustimmen sei dem Kläger auch insofern, als er aus der Formulierung, wonach das Gebäude auf der ganzen Länge der jetzigen Fassadenflucht um zwei Meter über die bestehende Höhe des Saalbaues durchgehend aufgestockt werden dürfe, ableite, die Höhenbeschränkung umfasse nicht nur den Näherbaubereich. Denn es sei von Fassadenflucht (im Singular) die Rede und es werde von der "ganzen Länge der (...) Fassadenflucht" gesprochen. Es werde damit kein Bezug genommen auf den gesamten Baukörper und dessen Mantel. Auch das Wort "durchgehend" könne sich allein auf die Fassadenflucht und müsse sich nicht auf die ganze Fläche des Saalbaus beziehen.

Die Auslegung habe deshalb unter Berücksichtigung des Begründungsaktes zu erfolgen. Heute stünden sich nicht mehr die Vertragsparteien aus dem Jahr 1973 gegenüber. Deshalb habe die Auslegung des Vertrages nach dem Vertrauensprinzip zu erfolgen. Die Sachdarstellungen der Parteien betreffend die Beweggründe der ursprünglichen Vertragsparteien für die Neuformulierung der Servitut spielten deshalb keine Rolle.

Zentrales Auslegungselement sei der Zweck der Dienstbarkeit. Es müsse danach gefragt werden, welche Interessen bei objektiver Betrachtung zur Zeit der Errichtung aufgrund der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks vernünftigerweise von Bedeutung sein konnten. Das Näherbaurecht sei mit dem Ziel vereinbart worden, das herrschende Grundstück besser ausnutzen zu können. Aus Sicht des herrschenden Grundstückes widerspreche eine Höherbaubeschränkung diesem Ziel, namentlich wenn sie über den Näherbaubereich hinaus gelte. Die Servitut sei zugunsten des Grundstücks der Beklagten eingetragen worden. Wäre nicht die Einräumung eines Näherbaurechts, sondern die Höhenbeschränkung im Zentrum gestanden, so wäre die Servitut zugunsten des klägerischen Grundstücks eingetragen worden, allenfalls mit dem Eingeständnis, dass dem belasteten Grundstück ein Näherbaurecht eingeräumt werde. Allerdings müsse auch beachtet wer-

den, dass dem Zweck des Grundstücks der Beklagten auf möglichst weitgehende Ausnützung des Grundstücks das Interesse des Grundstückes des Klägers auf optimale Licht- und Sichtverhältnisse, Minimierung der Immissionen, des Schattenwurfes und des Bauvolumens entgegenstünde. Die Auslegung nach dem Zweck ergebe somit kein klares Ergebnis.

Der Grundsatz der restriktiven Auslegung der Servitut verlange, dass die Rechte der betroffenen Eigentümer weitgehend gewahrt werden. Diesem Grundgedanke entspreche, dass die Höherbaubeschränkung nur für den Näherbaubereich gelte. Das neu gebaute Attikageschoss liege ausserhalb des Näherbaubereichs und verletze damit die Servitut nicht. Das Rechtsbegehren Ziffer 1 (Beseitigung des Attikageschosses und Rückbau des Kamins) sei deshalb abzuweisen.

2.2. Bezüglich des Eventualbegehrens (Verschliessen des Ausgangs auf das Dach) und des Subeventualbegehrens (Verbot, das Dach als Terrasse oder anderweitig zu nutzen und mit Absturzsicherungen zu versehen) hielt die Vorinstanz fest, es sei unbestritten, dass vom neu erstellten Attikageschoss ein Ausgang auf die Terrasse auf der Ostseite (Richtung Kläger) führe. Die Terrasse liege im Näherbaubereich. Aufgrund öffentlichrechtlicher Bestimmungen hätten die Kläger ein Geländer anbringen müssen. Das Geländer überrage die im Näherbaubereich zulässige Gebäudehöhe. Zur Beantwortung der Frage, ob eine Servitutsverletzung vorliege, müsse deshalb geklärt werden, ob die Höhenbeschränkung auch für ein Geländer gelte. Die Auslegung der Dienstbarkeit führe zu keinem Ergebnis, ihr Inhalt könne aber vom öffentlichen Baurecht mitbestimmt werden. Nach den einschlägigen §§ 280 und 292 PBG sei das von den Beklagten angebrachte offene Sicherungsgeländer nicht der Gebäudehöhe zuzurechnen. Das Geländer verletze die Dienstbarkeit somit nicht. Die Höherbaubeschränkung verbiete die Nutzung des Daches als Terrasse nicht. Die Rechtsbegehren Ziffer 2 und 3 (Eventualantrag und Subeventualantrag) seien somit auch abzuweisen.

3. Argumente des Klägers

Der Kläger führt zunächst aus, dass sich heute nicht mehr die Vertragsparteien von 1973 entgegenstünden. Zu Recht habe die Vorinstanz deshalb eine Auslegung nach Vertrauensprinzip vorgenommen.

Für den ursprünglich gebauten einstöckigen Saalbau habe gemäss der Servitut 6 ein Grenzabstand von 3.5 m eingehalten werden müssen. Hätte der Vorgänger der Beklagten den Bau erhöhen wollen, hätte ein Grenzabstand von 5 m eingehalten werden müssen. Mit der Servitut aus dem Jahr 1973 sei dem Rechtsvorgänger der Beklagten neu die Möglichkeit eingeräumt worden, den bestehenden Saalbau aufzustocken ohne dass das Gebäude auf 5 m Grenzabstand hätte zurückversetzt werden müssen. Das schliesslich aufgestockte Haus weise eine deutlich überschrittene Ausnützung auf und überschreite die zulässige Überbauungsziffer. Die sich aus der Servitut 5 ergebende Aufstockungsmöglichkeit sei mit der ersten Aufstockung ausgeschöpft worden, wovon sich die Vorinstanz hätte überzeugen können, wenn sie wie beantragt einen Augenschein genommen hätte. Die Auffassung des Klägers, wonach die Höhenbeschränkung das ganze Gebäude und nicht nur den Näherbaubereich betreffe, sei auch vom Bezirksgericht Zürich im Urteil aus dem Jahre 2002 geteilt worden. Entgegen der Auffassung der Beklagten sei die Höhenbeschränkung eine funktionelle Beschränkung des Näherbaurechts, die nicht als Last im Grundbuch eingetragen werden müsse. Dies habe die Vorinstanz richtig erkannt, dann aber auf einen nicht einschlägigen Artikel (ZBGR 84 S. 295) verwiesen, wonach ein Immissionsverbot mit selbständiger Bedeutung als solches separat begründet werden müsse. Im vorliegenden Fall gehe es aber um eine Nebenabrede, die keiner Erwähnung in einem Stichwort bedürfe.

Das dem Rechtsvorgänger der Beklagten eingeräumte Näherbaurecht sei kein relativ generelles, sondern ein projektbezogenes. Mit der Formulierung "wie bisher" in der Servitut 5 sei die Brücke zur abgelösten Servitut 6 geschlagen worden. Daraus erhelle, dass Gegenstand des Näherbaurechts nur die konkrete Baute sei, die bei Begründung der Servitut 6 bereits im Bau gewesen sei. Der Kläger müsse sich eine nochmalige Aufstockung nicht gefallen lassen. Würden die Beklagten

das bestehende Haus abbrechen, könnten sie das Näherbaurecht nicht mehr in Anspruch nehmen, die Servitut verlöre ihre Bedeutung.

Der Dienstbarkeitsvertrag halte fest, dass "das Gebäude" um nicht mehr als zwei Meter aufgestockt werden dürfe. Die Interpretation der Vorinstanz, wonach die Höhenbeschränkung nur im Näherbaubereich gelte, verstosse gegen den klaren Wortlaut des Vertrages. Die Auffassung der Vorinstanz, wonach der Begriff "Gebäude" nur wegen des Zusatzes der Assekuranznummer verwendet worden sei, finde im Wortlaut der Vereinbarung keine Stütze. Der klare Wortlaut, so wie der Kläger ihn verstehe, werde zudem durch die Formulierung "auf der ganzen Länge der jetzigen Fassadenflucht (...) durchgehend" gestützt. Dieser Passus würde keinen Sinn machen, wenn sich die Höhenbeschränkung nicht auf das ganze Haus beziehen würde. Das gleiche ergebe sich aus der Bestimmung, wonach das Gebäude um 2 m "über" die bestehende Höhe des Saalbaues aufgestockt werden könne. Die Formulierung würde grammatikalisch keinen Sinn machen, wenn sich das zulässige Aufstockungsmass nicht auf das ganze Gebäude beziehen würde. Zu bemerken sei auch, dass bereits in der Servitut 6 klar zwischen dem Unterabstand von 3.5 m und dem ordentlichen Abstand von 5 m unterschieden worden sei.

Die Annahme, die Höhenbeschränkung betreffe nicht das ganze Gebäude, sei auch deshalb nicht überzeugend, weil nicht ersichtlich sei, weshalb der Kläger E._____ ein derart weitgehendes Recht hätte einräumen sollen. Wäre es bei der Servitut 6 geblieben, hätte E._____ das Haus nicht aufstocken können, es sei denn, er hätte den ursprünglichen Bau abgerissen und einen Neubau mit einem Grenzabstand von 5 m erstellt. Es verbiete sich, nach dem Prinzip "der Fünfer und das Weggli" anzunehmen, der Kläger habe dem Nachbarn das Recht einräumen wollen, das mit einem Abstand von 3.5 m erstellte Haus aufzustocken ohne dass für das ganze Haus die Höhenbeschränkung gelten würde. Um zu verhindern, dass der Kläger bzw. seine Mieter "vom grossen Volumen des Nachbargebäudes gleichsam erdrückt würden", sei der Kläger nur zur Einräumung eines Näherbaurechts mit einschränkenden Bedingungen bereit gewesen. Bei der

Beantwortung der Tragweite der Höherbaubeschränkung sei entgegen der Ansicht der Vorinstanz das dem Kläger eingeräumte Wegrecht unbeachtlich.

Zu beachten sei die langjährige Ausübung der Dienstbarkeit. Es sei davon auszugehen, dass der Zustand, wie er in den vergangenen 40 Jahren geherrscht habe, der vollen Ausschöpfung des Zulässigen entspreche. Anders wäre nicht erklärbar, weshalb der berechnigte Eigentümer damals ein Projekt vorgesehen und realisiert hätte, das den Saal dermassen verstümmelte.

Die Vorinstanz sei zum Schluss gekommen, dass kein Auslegungsmittel zu einem klaren Ergebnis führe. Sie habe deshalb den Grundsatz angewendet, wonach Dienstbarkeiten restriktiv auszulegen seien. Dem sei entgegenzuhalten, dass nicht die Höherbaubeschränkung, sondern das Näherbaurecht restriktiv auszulegen sei.

Bezüglich der Eventualanträge führt der Kläger aus, die Frage, ob das Gelände zur Gebäudehöhe zähle, sei nicht relevant. Entscheidend sei, ob im Näherbaubereich eine Terrasse zulässig sei. Dies sei in Übereinstimmung mit dem bezirksgerichtlichen Entscheid aus dem Jahr 2002 zu verneinen. Um eine servitutswidrige Nutzung zu unterbinden, müsse bereits der Ausgang zum Dach untersagt werden.

4. Würdigung

4.1. Gemäss Art. 310 ZPO kann mit der Berufung die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) geltend gemacht werden. Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache. Dies bedeutet aber nicht, dass die Berufungsinstanz gehalten ist, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Partei diese vor der oberen Instanz nicht mehr vortragen. Sie hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 ZPO) gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken

(BGE 142 III 413 E. 2.2.4.). Soweit jedoch eine Beanstandung vorgebracht wurde, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (BGE 138 III 374, 133 II 249 und 130 III 136). Neue Tatsachen und Beweismittel können nur berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

4.2. Für die Bestimmung der Tragweite einer Dienstbarkeit gilt der Dienstbarkeitsvertrag, solange sich die vertragsschliessenden Parteien gegenüberstehen (ZK Art. 730-792 ZGB-Liver, Art. 738 N 23). Gegenüber einem Dritterwerber – so im vorliegenden Fall – gilt hingegen primär der Grundbucheintrag. Ist dieser nicht klar genug, so ist auf den Dienstbarkeitsvertrag abzustellen, genügt auch das nicht, ist massgeblich, wie die Dienstbarkeit während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist (Art. 738 Abs. 1 und 2 ZGB; Riemer, Die beschränkten dinglichen Rechte, 2. Auflage, § 12 N 7). Durch das Primat des Grundbucheintrages wird der gute Glaube eines Grundstückerwerbers geschützt (Art. 973 Abs. 1 ZGB), aber in Kauf genommen, dass gegebenenfalls nicht umgesetzt werden kann, was die ursprünglichen Vertragspartner vereinbart hatten.

Da eine Dienstbarkeit im Grundbuch nur stichwortartig aufzunehmen ist (Art. 98 Abs. 2 lit. c GBV; entspricht Art. 35 Abs. 2 lit. c der früheren Grundbuchverordnung), genügt der Grundbucheintrag für sich allein häufig nicht, um die aus der Servitut fliessenden Rechte und Pflichten genau zu bestimmen, weshalb in diesen Fällen auf den Erwerbgrund zurückzugreifen ist (Riemer, Die beschränkten dinglichen Rechte, 2. Auflage, § 12 N 7; BSK ZGB II-Petitpierre, 5. Auflage, Art. 738 N 4).

Im vorliegenden Fall enthält das Grundbuch Folgendes (act. 4/1 S. 2):

Dienstbarkeiten

(...)

i) Recht:

Näherbaurecht zulasten Kataster Nr. 4

Dat. tt. 08.1973, 5

(...)

Zu Recht sind die Vorinstanz und die Parteien davon ausgegangen, daraus ergäben sich die Rechte und Pflichten des Näherbaurechts nicht mit genügender Klarheit, weshalb zur Auslegung der Servitut der Vertrag vom tt. August 1973 heranzuziehen sei. Damit ist aber nicht gesagt, dass der Grundbucheintrag bedeutungslos wäre. Denn der öffentliche Glaube, den der Grundbucheintrag schafft, erlaubt es nicht, dass über die Berücksichtigung des Vertrages beziehungsweise durch Vertragsauslegung das Recht, wie es sich aus dem Grundbucheintrag ergibt, verändert oder berichtigt wird. Der Erwerber eines Grundstücks darf sich darauf verlassen, dass ihn eine Dienstbarkeit nicht mehr belastet, als sich dies aus dem Grundbucheintrag ergibt (ZK Art. 730-792 ZGB-Liver, Art. 738 N 20). Zulässig ist lediglich eine Präzisierung. Ist beispielsweise im Grundbuch die Dienstbarkeit mit dem Stichwort "Fusswegrecht" bezeichnet, so muss sich der Erwerber, der darauf verzichtet, in den Dienstbarkeitsvertrag Einblick zu nehmen, gefallen lassen, dass das Fusswegrecht nach Massgabe des Dienstbarkeitsvertrages ausgeübt wird, auch wenn er beim Erwerb der Liegenschaft eine andere Vorstellung vom Inhalt der Servitut hatte. Er muss aber nicht damit rechnen, dass sich hinter der Umschreibung Fusswegrecht etwas anderes verbirgt, so zum Beispiel ein Fahrwegrecht. Auch wenn im Servitutsvertrag ein Fahrwegrecht vereinbart worden war, gilt trotzdem nur ein Fusswegrecht (BK ZGB 730-918-Leemann, Art. 738 N 4). Mit andern Worten gesagt können einem Erwerber einer Liegenschaft keine Dienstbarkeitsinhalte entgegengehalten werden, die zwar im Servitutsvertrag vereinbart waren, mit denen er aber nach Treu und Glauben aufgrund der stichwortartigen Umschreibung im Grundbucheintrag nicht rechnen musste.

Ausgehend vom Grundbucheintrag durften die Beklagten gestützt auf die Stichworte "Recht" und "Näherbaurecht" davon ausgehen, dass es ihnen erlaubt ist, den sich aus dem öffentlichen Recht ergebenden Grenzabstand gegenüber dem Grundstück des Klägers zu unterschreiten. Zur Bestimmung des Ausmasses müssen sie sich den Servitutsvertrag entgegenhalten lassen, unabhängig davon, ob sie diesen gekannt haben oder nicht. Die im Servitutsvertrag festgelegte Höhenbeschränkung müssen sich die Beklagten deshalb für den Näherbaubereich

entgegenhalten lassen, da damit das Näherbaurecht präzisiert wird. Nicht mit den Begriffen "Recht" und "Näherbaurecht" ist hingegen eine Baubeschränkung ausserhalb des Näherbaubereichs vereinbar, weil mit einem solchen teilweisen Verbot der Bautätigkeit unter dem Titel "Näherbaurecht" offensichtlich nicht gerechnet werden musste. Entgegen der Auffassung des Klägers könnte eine so weitgehende Baueinschränkung auch nicht als blosser Nebenabrede zum Näherbaurecht verstanden werden. Das Vertrauen in den Grundbucheintrag ist zu schützen. Unabhängig vom Inhalt des Servitutsvertrages schränkt die Dienstbarkeit die Beklagten in ihrer Bautätigkeit ausserhalb des Näherbaubereichs nicht ein.

Der Kläger verlangt mit dem Rechtsbegehren Ziffer 1 die Beseitigung des Attikageschosses und die Reduktion des Kamins. Beides befindet sich ausserhalb des Näherbaubereichs. Nach dem Gesagten schränkt die Servitut in diesem Bereich die Beklagten in ihrer Bautätigkeit nicht ein, weshalb die Klage von der Vorinstanz in diesem Umfang zu Recht abgewiesen worden ist.

4.3. Der Vollständigkeit halber ist auf die Frage einzugehen, welche Auswirkung die Berücksichtigung des Erwerbsgrundes hätte.

Da sich nicht mehr die ursprünglichen Vertragsparteien gegenüberstehen, ist der Servitutsvertrag vom 11. August 1973 nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Davon geht auch der Kläger aus (act. 61 S. 5). Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, ist bezüglich der Frage, wie ein Vertrag nach Vertrauensprinzip auszulegen ist, auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (act. 63 S. 16 f.).

Die im Streit liegende Servitut ist mit "Näherbaurecht" überschrieben, danach wird bestimmt, dass der Eigentümer des berechtigten Grundstückes wie bisher das Recht habe, den einstöckigen Saalbau bis auf dreieinhalb Meter an die gemeinsame Grenze zu stellen und fortbestehen lassen. "Ferner" wird ihm das Recht eingeräumt, das Gebäude Vers-Nr. 1 auf der ganzen Länge der jetzigen Fassadenflucht um zwei Meter über die bestehende Höhe des Saalbaues durchgehend aufzustocken. Der Wortlaut der Bestimmung spricht von einem Recht und dieses wird näher konkretisiert. Der Wortlaut gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass dem

Näherbauberechtigten nicht nur ein Recht eingeräumt wird, sondern er umgekehrt ausserhalb des Näherbaubereichs mit einer Baueinschränkung belegt wird. Daran ändert der Umstand nichts, wonach das Recht, den bestehenden Saalbau aufzustocken, das Gebäude auf der ganzen Länge der jetzigen Fassadenflucht betrifft. Dies bedeutet, dass der Näherbauberechtigte im ganzen Näherbaubereich aufstocken darf, beschränkt ihn aber für den Rest der Liegenschaft nicht. Aus dem Argument des Klägers, wonach von einer solchen Beschränkung auszugehen sei, weil der Näherbauberechtigte nicht nur näher an die Grenze bauen dürfe, sondern dies auch mit einer Überschreitung der Überbauungsziffer einhergehe (act. 61 S. 9), lässt sich nichts zu seinen Gunsten ableiten. Denn seine Auslegung würde dazu führen, dass das durch das Näherbaurecht Gewonnene durch eine Baubeschränkung ausserhalb des Näherbaubereichs zu kompensieren wäre, wozu der Wortlaut des Vertrages aber keinen Anhaltspunkt gibt. Der Kläger hält dem entgegen, der Passus "auf der ganzen Länge der jetzigen Fassadenflucht" im Verbund mit dem Wort "durchgehend" spreche dafür, dass die Höhenbeschränkung auch ausserhalb des Näherbaubereichs gelte. Die Formulierung mache nur so einen Sinn (act. 61 S. 12). Das Argument überzeugt nicht. Richtig ist zwar, dass sich dem Vertrag nicht explizit entnehmen lässt, auf welche Fassadenflucht sich die Erlaubnis höher zu bauen bezieht. Da aber das Näherbaurecht geregelt wurde, muss sich auch der Begriff der Fassadenflucht auf den Näherbaubereich beziehen, also auf die Fassadenflucht, die parallel zur Grenze des Grundstücks des Klägers verläuft. So verstanden macht die Bestimmung durchaus Sinn, denn sie bringt klar zum Ausdruck, dass das Höherbaurecht für die ganze Fassadenflucht und nicht nur Teile davon gilt. Daran ändert der Umstand nichts, dass das Recht auch ohne diese Präzisierung wohl nicht anders gelten würde. Die Bestimmung ist in einem gewissen Sinn redundant. Dies bedeutet aber nicht, dass sie sinnlos wäre. Bei der Ausgestaltung von Verträgen werden zur Klarstellung oder Bestärkung oft redundante Formulierungen eingefügt. Damit wird die grundsätzliche Bestimmung aber verstärkt und nicht abgeschwächt.

Die Ansicht, das Höherbaurecht im Näherbaubereich beinhalte gleichzeitig eine Höherbaubeschränkung ausserhalb dieses Bereichs, stützt der Kläger weiter auf die Formulierung, wonach die Aufstockung "über" die bestehende Höhe des

Saalbaues erlaubt sei (act. 61 S. 12). Das Argument überzeugt nicht. Das Wort "über" stellt lediglich einen Bezug zur Gebäudehöhe vor der ersten Aufstockung dar. Es lässt sich daraus nicht ableiten, das Höherbaurecht im Näherbaubereich sei als Höherbaubeschränkung ausserhalb dieses Bereichs zu verstehen.

Weiter bringt der Kläger vor, die von der Vorinstanz vorgenommene Auslegung würde den Beklagten "den Fünfer und das Weggli" geben (act. 61 S. 13). Natürlich habe jeder Eigentümer das Interesse, näher bauen zu dürfen ohne ausserhalb des Näherbaubereichs Einschränkungen unterworfen zu sein. Ausschliesslicher Zweck der Dienstbarkeit sei hingegen, dem Näherbauberechtigten eine Aufstockung von zwei Metern auf der ganzen Gebäudefläche zu ermöglichen ohne dass es ihm erlaubt wäre, ausserhalb des Näherbaubereichs im Rahmen des nach öffentlichem Recht Erlaubten zu bauen. Eine solche Nichteinschränkung ausserhalb des Näherbaubereichs hätte dazu geführt, dass der Kläger Bauten akzeptieren müsste, die ihn aufgrund eines grossen Volumens gleichsam "erdrücken" würden. Es sei kein Grund dafür ersichtlich, weshalb der Kläger zu einem für ihn dermassen einschränkenden Vertrag hätte Hand bieten sollen. In diesem Zusammenhang dürfe auch nicht das gleichzeitig dem Kläger eingeräumte Wegrecht beachtet werden (act. 61 S. 13 - 15). Warum dies so sein sollte, ist nicht einsichtig und wird vom Kläger auch nicht näher erklärt. Die damaligen Vertragsparteien räumten sich gegenseitig Grunddienstbarkeiten ein und verzichteten auf eine Entschädigung in die eine oder andere Richtung. Der Grund, weshalb der Kläger damals zur Einräumung eines Näherbaurechts Hand bot, ist offensichtlich und liegt in der gleichzeitigen Einräumung des Wegrechts zu seinen Gunsten. Der Kläger hatte am Wegrecht damals auch ein ganz erhebliches Interesse. Die Beklagten behaupteten im vorinstanzlichen Verfahren, der Kläger sei auf das Wegrecht zur Erschliessung seines Grundstückes angewiesen gewesen. Nachdem die Nachbarn F._____ zur Einräumung eines Wegrechts nicht bereit gewesen seien (vgl. das Schreiben von G._____-F._____ vom 8. Februar 1973 an das Audienzrichteramt, mit dem eine vorsorgliche Einsprache gegen das Bauprojekt des Klägers wegen ungenügender Zufahrt erhoben wurde; act. 17/2), sei das von E._____ gewährte Wegrecht zur Vermeidung eines von beiden Vertragspartnern nicht gewollten Quartierplanverfahrens unabdingbar gewesen (act. 30 S. 5). Dies

wurde vom Kläger nicht bestritten und geht – was für die Auslegung des Vertrages nach dem Vertrauensgrundsatz wesentlich ist – dem Grundsatz nach auch aus der Einleitung des Dienstbarkeitsvertrages vom tt. August 1973 hervor. Das Wegrecht brachte also dem Kläger nicht bloss einen bequemeren Zugang zu seiner Liegenschaft, sondern war für deren Erschliessung und damit die wirtschaftliche Nutzung des Grundstückes zentral. Beide damaligen Vertragspartner hatten somit ein erhebliches Interesse an der Einräumung der Dienstbarkeit durch die jeweilige Gegenpartei. Der Kläger bringt vor, es wäre unsinnig gewesen, wenn er dem Näherbaurecht ohne Bauhöhenbeschränkung ausserhalb des Näherbaubereichs zugestimmt hätte, um "freiwillig eine solche unsinnige Benachteiligung" hinzunehmen (act. 61 S. 15). Die Argumentation des Klägers geht also dahin, dass E._____ übermässig bzw. doppelt profitiert hätte, wenn davon ausgegangen würde, die Servitut erlaube die Unterschreitung des ordentlichen Grenzabstandes, stelle aber nicht gleichzeitig eine Höhenbeschränkung ausserhalb des Näherbaubereichs dar. Davon kann angesichts des erheblichen Interesses des Klägers an der Einräumung des Wegrechtes keine Rede sein. Und selbst wenn dem so wäre, könnte dies für die Auslegung des Dienstbarkeitsvertrages nicht ausschlaggebend sein. Dies räumte der Kläger – selbstredend mit umgekehrtem Vorzeichen – in der Replik vor Vorinstanz ein (act. 24 S. 3 - 4, der Kläger bringt dort vor, es sei nicht verboten, dass ein Vertragspartner mehr heraushole als der andere, und auch wenn der Kläger doppelt profitiert hätte, würde dies nicht gegen die von ihm gewünschte Vertragsauslegung sprechen).

Im Dienstbarkeitsvertrag vom tt. August 1973 vereinbarten die Vertragspartner, die Grunddienstbarkeit 6 vom tt. Juni 1933 zu löschen. Diese hatte auch ein Näherbaurecht zum Gegenstand. Der Kläger macht geltend, nach der Servitut 6 wäre eine Erhöhung des Saalgebäudes nur möglich gewesen, wenn der Grenzabstand von 3.5 auf 5 Meter vergrössert worden wäre. Der Kläger habe dies bereits vor Vorinstanz behauptet. Das Bezirksgericht Zürich habe den beantragten Augenschein nicht durchgeführt und damit das Recht auf Beweis sowie den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (act. 61 S. 7 - 8). Die Rüge des Klägers bezüglich des nicht durchgeführten Augenscheines ist schon deshalb nicht stichhaltig, weil er an den Stellen, auf die er in der Berufungsschrift verweist

(act. 61 S. 8 mit Hinweis auf act. 2 Rz 25 sowie act. 24 Rz 10 und 33) keinen Antrag auf Abnahme eines Augenscheins gestellt hatte. Nach einem an anderer Stelle gestellten solchen Antrag muss die Berufungsinstanz nicht forschen. Abgesehen davon vertraten die Beklagten keine andere Auffassung zur Auslegung der Servitut von 1933 (act. 16 S. 3 - 4). Soweit in diesem Zusammenhang überhaupt von einer vom Kläger behaupteten Tatsache – und nicht lediglich von einer rechtlichen Würdigung der Servitut 6 – auszugehen ist, liegt keine Bestreitung einer rechtserheblichen Tatsache seitens der Beklagten vor, weshalb kein Beweis abzunehmen und kein Augenschein durchzuführen war (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Hinzu kommt, dass die Grunddienstbarkeit aus dem Jahre 1933 durch den Vertrag vom tt. August 1973 aufgehoben wurde. Für den klägerischen Standpunkt liesse sich nur dann für die Auslegung der heute geltenden Servitut etwas gewinnen, wenn aus dem Dienstbarkeitsvertrag vom tt. August 1973 Anhaltspunkte dafür hervorgingen, dass die vertragsschliessenden Parteien eine allfällige Höherbaubeschränkung ausserhalb des Näherbaubereichs aus der Servitut 6 in der neuen Servitut hätten fortgelten lassen wollen. Nur wenn dies der Fall wäre, könnte eine entsprechende Auslegung den Beklagten als Erwerber des Grundstückes im Rahmen der Vertragsauslegung nach Vertrauensprinzip entgegengehalten werden. Wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, spielen nämlich die Beweggründe der damaligen Vertragsparteien im Verfahren gegen die Beklagten als spätere Erwerber der Liegenschaft keine Rolle (act. 63 S. 17), was im übrigen vom Kläger, der auch davon ausgeht, die Servitut sei nach Vertrauensprinzip auszulegen (act. 61 S. 5), anerkannt wird. Entgegen der Auffassung des Klägers kann die Formulierung in der neuen Servitut, wonach der Eigentümer des berechtigten Grundstückes wie bisher das Recht habe, seinen einstöckigen Saalbau bis auf 3.5 Meter an die gemeinsame Grenze zu stellen und fortbestehen zu lassen, nach Treu und Glauben nicht so verstanden werden, dass die Servitut 6 und eine damit allenfalls verbundene Höherbaubeschränkung in die neue Grunddienstbarkeit übertragen werden sollte. Denn hätte die Servitut 6 weiterbestehen oder bloss ergänzt werden sollen, so hätte sie nicht gelöscht werden müssen. Aus der Formulierung, der Eigentümer des berechtigten Grundstückes habe wie bisher das Recht, den damals schon bestehenden Saalbau fortbestehen lassen, lässt sich

nichts anderes ableiten, als dass die Vertragspartner sicherstellen wollten, dass jedenfalls das damals bestehende Haus aufgrund der neuen Servitut nicht verändert oder abgerissen werden muss. Daraus lässt sich aber nicht umgekehrt ableiten, die Servitut sei projektbezogen gewesen, habe also nur das Bauprojekt aus dem Jahr 1973 zugelassen. Der Kläger wirft in diesem Zusammenhang schliesslich ein, seiner Auslegung des Vertrages sei der Vorzug zu geben, da nicht ersichtlich sei, weshalb er dem damaligen Nachbarn gegenüber der Servitut 6 ein weitergehendes Recht hätte einräumen sollen (act. act. 61 S. 13). Die Antwort ergibt sich wie bereits beschrieben aus dem Dienstbarkeitsvertrag selbst. Dem Kläger wurde ein Wegrecht eingeräumt, ohne das er seine Liegenschaft nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen hätte überbauen können. Dies konnte ohne weiteres ein Grund dafür sein, dem Nachbarn ein Näherbaurecht einzuräumen, das im Ergebnis über das Zulässige gemäss Servitut 6 hinausging.

Der Kläger macht geltend, für seine Vertragsauslegung spreche der Umstand, dass seit dem Vertragsschluss 40 Jahre vergangen seien. In dieser Zeit sei die nun vorgenommene Aufstockung unterblieben. Er räumt aber selbst ein, es sei denkbar, dass sein Nachbar die Möglichkeiten aus dem Dienstbarkeitsvertrag während Jahrzehnten nicht ausgeschöpft habe (act. 61 S. 16). Damit entkräftet der Kläger sein Argument (zutreffend) selbst. Wenn er einwendet, das nachbarliche Haus ohne Aufstockung erscheine als "verstümmelt", was der Nachbar nur wegen der auch ausserhalb des Näherbaubereichs geltenden Höhenbeschränkung hingenommen habe, so entspricht dies seiner subjektiven Einschätzung, aus der für die Auslegung des Dienstbarkeitsvertrages nichts gewonnen werden kann.

Zur Stützung seines Standpunktes greift der Kläger auf ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich aus dem Jahr 2002 zurück. Er macht geltend, damals habe das Gericht erwogen, mit der ersten Aufstockung hätten die Beklagten die Möglichkeiten aus der Servitut ausgeschöpft (act. 61 S. 9 mit Hinweis auf act. 17/1 S. 6). Im Entscheid aus dem Jahr 2002 hatte das Gericht über die heute zu beantwortende Frage nicht zu entscheiden. Prozessthema war, ob eine (nach der ersten Aufstockung) errichtete Terrasse die Servitut verletzte. Das Gericht kam zum Schluss, dem sei nicht so und es wies die Klage ab. Die Erwägungen im Urteil vom 14. Mai

2002 sind für das vorliegende Verfahren nicht bindend. Aus einer beiläufigen Bemerkung im damaligen Urteil zu einer Frage, die damals nicht Prozessthema war, lässt sich für den hier zu beurteilenden Fall nichts gewinnen.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der nach dem Vertrauensprinzip ausgelegte Servitutsvertrag am tt. August 1973 ausserhalb des Näherbaubereichs keine Bauhöhenbeschränkung vorsieht. Auch wenn der Erwerbgrund zu berücksichtigen wäre, wäre das Rechtsbegehren Ziffer 1 deshalb abzuweisen.

4.4. Mit dem Eventual- und Subeventualbegehren verlangt der Kläger, die Beklagten seien zu verpflichten, den Ausgang zum Dach zu verschliessen und es sei ihnen zu verbieten, das Dach als Terrasse oder anderweitig zu nutzen. Beides betrifft den Näherbaubereich. Im Unterschied zu dem zur Aufstockung ausserhalb des Näherbaubereichs Gesagten, müssen sich hier die Beklagten zur näheren Bestimmung der Servitut, die im Grundbuch mit "Recht" und "Näherbaurecht" stichwortartig erfasst ist, die Heranziehung des Erwerbgrundes zur Auslegung der Grunddienstbarkeit entgegenhalten lassen. Dabei ist zunächst die Frage zu beantworten, ob die Nutzung des Daches als Terrasse zulässig ist. Ist dies zu bejahen, muss auch ein Ausgang vom Gebäude auf die Terrasse rechtens sein.

Nach der Grunddienstbarkeit vom tt. August 1973 dürfen die Beklagten das Gebäude im Näherbaubereich um zwei Meter über der damaligen Gebäudehöhe aufstocken. Das Gebäude war ursprünglich 3.5 Meter hoch und mit der ersten Aufstockung um 2 Meter wurde das erlaubte Mass ausgeschöpft. Die Beklagten haben vor Vorinstanz anerkannt, dass im Näherbaubereich die Höhenbeschränkung gilt (vgl. act. 63 S. 28). Die Vorinstanz hielt fest, dass die Beklagten zunächst ein Geländer ausserhalb des Näherbaubereichs angebracht hätten. Ende Januar 2016 hätten sie den Terrassenbereich aber erweitert und das Geländer am Dachrand entlang der Fassade angebracht. Die Benutzung des Daches als Terrasse verletze an sich die Servitut nicht, sofern durch das angebrachte Geländer das Gebäude nicht erhöht worden sei. Zu entscheiden sei also, wie der Begriff der Gebäudehöhe zu definieren sei. Der Servitutsvertrag sei diesbezüglich auslegungsbedürftig. Zur Auslegung sei auf das öffentliche Baurecht zurückzugreifen. Gemäss § 280 Abs. 1 PBG sei eine Brüstung einer Dachterrasse nicht der Ge-

bäudehöhe anzurechnen. Für gemauerte Brüstungen gelte gestützt auf § 292 PBG unter Umständen etwas anderes. Die Beklagten hätten keine gemauerte Brüstung angebracht. Das installierte Geländer sei nicht der Gebäudehöhe anzurechnen. Die Servitut sei nicht verletzt, weshalb auch die Eventualbegehren abzuweisen seien.

Der Kläger rügt zunächst, die Servitut erlaube die Nutzung des Daches als Terrasse nicht, weil dies mit Immissionen verbunden sei und die Servitut diese Nutzung nicht zulasse. Nach dem Grundsatz, wonach eine Last auf einem Grundstück restriktiv auszulegen sei, sei im Zweifel davon auszugehen, dass eine Terrassennutzung nicht erlaubt sei. Es ist zwar zutreffend, dass mit jeder Nutzung Immissionen verbunden sein können. Daraus kann aber nicht ohne Weiteres auf ein Nutzungsverbot geschlossen werden. Die Servitut regelt die Gebäudehöhe, verbietet aber nicht die Nutzung des Daches als Terrasse. Ein solches Verbot gilt deshalb nicht und es darf auch nicht durch den Grundsatz "im Zweifel für die Freiheit des Eigentums" hineininterpretiert werden (BK ZGB 730-918-Leemann, Art. 738 N 6)

Nach dem Gesagten ist die Nutzung des Daches als Terrasse an sich nicht verboten. Die Nutzung wäre aber dennoch unzulässig, wenn die Beklagten die zulässige Gebäudehöhe überschritten hätten. Der Kläger anerkennt, dass zur Auslegung von Dienstbarkeiten gegebenenfalls auf das öffentliche Recht zurückgegriffen werden dürfe. Im vorliegenden Fall sei dies aber nicht angebracht, weil das öffentliche Baurecht ein höheres Gebäude zugelassen hätte, als dies nach der Servitut der Fall sei (act. 61 S. 18). Die Argumentation ist nicht schlüssig. Die Frage der Definition der Gebäudehöhe ist von der Frage der zulässigen Gebäudehöhe zu unterscheiden. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Gebäudehöhe nicht in Anlehnung an das öffentliche Baurecht definiert werden sollte. Die Gebäudehöhe selbst wird im Näherbaubereich durch die Servitut bestimmt. Es besteht Einigkeit, dass mit der ersten Aufstockung das zulässige Mass ausgenutzt wurde und dass das Geländer darüber hinausragt. Mit der Vorinstanz ist aber davon auszugehen, dass das Geländer nicht der Gebäudehöhe zuzurechnen ist, weshalb die Vorinstanz zu Recht auch die Eventualbegehren abgewiesen hat.

Nach dem Gesagten ist die Berufung insgesamt abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen.

5. Prozesskosten

Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten des Berufungsverfahrens dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist ausgehend von einem nicht gerügten Streitwert von CHF 500'000.00 auf CHF 20'750.00 festzusetzen (§§ 4 Abs. 1 sowie 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen. Dem Kläger nicht wegen Unterliegens, den Beklagten nicht mangels erheblicher Aufwendungen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 5. September 2016 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 20'750.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagten unter Beilage des Doppels von act. 61, sowie an das Bezirksgericht Zürich und an die Obergerichtskasse, 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
CHF 500'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Leitende Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. M. Hinden

versandt am: