

ZH_OBERGERICHT LB140015 vom 26. November 2014

ZH Obergericht, 2014-11-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB140015

FR: ZH_OBERGERICHT LB140015 du 26 novembre 2014

IT: ZH_OBERGERICHT LB140015 del 26 novembre 2014

Erwägungen

E. 1

Die Kläger sind Eigentümer der in der Gemeinde J. _____ gelegenen Grundstücke Kataster Nr. 1 (Kläger 1 und 2 als Miteigentümer zur Hälfte), Nr. 2 (Kläger 3), Nr. 3 (Kläger 4 und 5 als Miteigentümer zur Hälfte) und Nr. 4 (Kläger 6 und 7 als Miteigentümer zur Hälfte). Die Beklagten sind Alleineigentümer der an die klägerischen Grundstücke angrenzenden Grundstücke Kataster Nr. 5 (Beklagter 1) und Kataster Nr. 6 (Beklagter 2): ... [gelöscht Grundstückplan] Quelle: GIS-Browser Kanton Zürich Auf den Grundstücken der Kläger und des Beklagten 1 ist als Recht und Last die Dienstbarkeit "Recht auf Bau einer Strasse und Fuss- und Fahrwegrecht Dat. 07.07.1975, Z" eingetragen (Urk. 11/2/1-4, Urk. 26, Urk. 152). Das Grundstück des Beklagten 2 ist mit der besagten Dienstbarkeit nur belastet (Urk. 169). Laut Servitu- tenprotokoll Art. ... (Z) hat die Dienstbarkeit aktuell folgenden Wortlaut (Urk. 152, Urk. 169): "Die jeweiligen Eigentümer der belasteten Grundstücke dulden gegenüber den jeweiligen Eigentümern der berechtigten Grundstücke den Bau und den Fortbe- stand einer Erschliessungsstrasse. Die Strasse ist in minimalem Ausbau, wel- cher jedoch den Auflagen der Behörden genügen soll, zu bauen; sie ist so an- zulegen, dass die Strassenachse inkl. einem allfälligen Trottoir auf die im Plan rot eingezeichnete Grundstücksgrenze zu liegen kommt. Die beteiligten Eigentümer haben auf der Strasse das Fuss- und Fahrwegrecht. Das eingeräumte Recht schliesst jedoch kein Recht zum Parkieren von Fahr- zeugen ein. Die Kosten der Erstellung, des Unterhaltes und der Erneuerung werden wie folgt getragen: Kataster 1 zu 59 % Kataster 5 zu 25 % Kataster 7 zu 8 % Kataster 8 zu 8 % L. _____, 07.07.1975 Beleg J. _____ 1975 Nr. 9 mit Plan coll. ... Obligatorische Bestimmung(en) siehe Beleg J. _____ 1975 Nr. 9."

- 8 -

E. 1.1

Der Streitwert beträgt Fr. 113'400.-. Die Grundgebühr im Sinne von § 4 Abs. 1 GebV OG (§ 12 Abs. 1 GebV OG) ist aufgrund des überdurchschnittlichen Zeitaufwandes und des Massnahmeverfahrens leicht zu erhöhen und auf Fr. 11'000.- festzusetzen. Diese sind im Umfang von Fr. 10'000.- den in der Haupt- sache unterliegenden Beklagten (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und im Umfang von Fr.

- 37 - 1'000.- den im Massnahmeverfahren unterlegenen Klägern 1 und 2 aufzuerlegen. Im Massnahmeentscheid vom 9. September 2014 waren die Kosten- und Entschä- digungsfolgen gestützt auf Art. 104 Abs. 3 ZPO dem Entscheid in der Hauptsache vorbehalten worden (Urk. 159 S. 11). Dies schliesst eine separate Verteilung der Kosten des Massnahmeverfahrens gemäss dessen Ausgang nicht aus (Fischer, Stämpfli Handkommentar ZPO, Art. 104 N 14 m.H.a. BGer 5P.496/2006 vom 22. Januar 2007 Erw. 4.2). Die Kläger 1 und 2 haben mit ihrem eigenmächtigen Verhal- ten Anlass zum

Massnahmeverfahren gegeben, weshalb es sich rechtfertigt, ihnen gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO die daraus resultierenden Mehrkosten von Fr. 1'000.– aufzuerlegen.

E. 1.2

Die Beklagten werden gegenüber den Klägern für das Berufungsverfahren entschädigungspflichtig. Die herabgesetzte Gebühr im Sinne von Art. 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV ist auf Fr. 6'000.– zu veranschlagen. Für die weiteren Eingaben ist ein Pauschalzuschlag von Fr. 2'000.– (§ 11 Abs. 2 AnwGebV) und für die Mehrfachvertretung ein solcher von Fr. 1'000.– (§ 8 AnwGebV) zu berechnen. Hinzu kommt der Mehrwertsteuerzuschlag von 8%. Demgegenüber werden die Kläger 1 und 2 gegenüber dem Beklagten 1 für das Massnahmeverfahren entschädigungspflichtig. Diese Parteientschädigung ist auf Fr. 1'000.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer festzusetzen.

E. 1.3

Gerichtskosten und Parteientschädigungen sind je hälftig auf die kostenpflichtigen Parteien aufzuteilen, wobei Solidarhaft anzuordnen ist (Art. 106 Abs. 3 ZPO; BK-Sterchi, N 12 zu Art. 106 ZPO).

E. 1.4

Die Beklagten haben eine "Berufungsreplik" und eine weitere Stellungnahme eingereicht (Urk. 125, Urk. 156). Die Frist zur Einreichung der Berufung beträgt 30 Tage (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Begründung hat innerhalb der Rechtsmittelfrist zu erfolgen. Die spätere Ergänzung der Berufungsschrift mit Rügen, die be-

- 16 - reits in der Berufungsbegründung hätten vorgetragen werden können, ist nicht zulässig. Eine Ergänzung im Rahmen einer Replik ist nur insoweit statthaft, als die Ausführungen in der Berufungsantwort dazu Anlass geben oder die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllt sind. Soweit die Beklagten die Stellungnahmen benutzen, um die Begründung der Berufung zu vertiefen, zu verbessern oder dieselbe zu ergänzen, kann darauf nicht eingegangen werden (Seiler, Die Berufung, Zürich 2013, N 1146; BGer 5A_165/2014 E. 1.3). Die gilt auch für die in der "Berufungsreplik" enthaltenen zusätzlichen Beweisanträge (Urk. 125 S. 15 Rz 26).

E. 2

Die Grundstücke der Parteien entstanden durch Parzellierung der ursprünglichen Parzellen Nr. 10, Nr. 11 und Nr. 12. Diese drei Parzellen waren Gegenstand eines am 7. Juli 1975 zwischen der M.____ AG und der Erbengemeinschaft des Dr. N.____ abgeschlossenen Tauschvertrages, durch dessen Vollzug die M.____ AG Eigentümerin der Parzellen Nr. 10 und Nr. 11 und die Erbengemeinschaft Dr. N.____ Eigentümerin der Parzelle Nr. 12 wurde. Gemäss Ziffer 10 des Tauschvertrages war bei der Eigentumsübertragung folgende Grunddienstbarkeit im Grundregister einzutragen (Urk. 48/4, Urk. 152): "Recht auf Bau einer Strasse und Fuss- und Fahrwegrecht zugunsten und zulasten Parzellen Nr. 11, 12 und 10 Die beteiligten Grundeigentümer dulden den Bau und den Fortbestand einer Erschliessungsstrasse. Die Strasse ist in minimalem Ausbau, welcher jedoch den Auflagen der Behörden genügen soll, zu bauen; sie ist so anzulegen, dass die Strassenachse inkl. einem allfälligen Trottoir auf die im Plan rot eingezeichnete Grundstücksgrenze zu liegen kommt. Die beteiligten Eigentümer haben auf der Strasse das Fuss- und Fahrwegrecht. Das eingeräumte Recht schliesst jedoch kein Recht zum Parkieren von Fahrzeugen ein. Die Kosten der Erstellung des Unterhaltes und der Erneuerung werden wie folgt getragen:

Parzelle Nr. 12 zu 59 % Parzelle Nr. 10 + 11 (gelb umrandetes Gebiet zu 25 %, grün umrandetes Gebiet zu 16 %) Obligatorische Bestimmungen hiezu: Berechtig an diesem Fuss- und Fahrwegrecht sind in bezug auf Parzelle Nr. 10 und 11 nur die im Plan grün und gelb umrandeten Grundstücksteile. Wird der im Plan grün und/oder gelb umrandete Grundstücksteil von Parzelle Nr. 10 und 11 durch eine andere als in dieser Dienstbarkeit vorgesehene Zufahrt erschlossen, so ist der Eigentümer von Parzelle Nr. 10, 11 und 12 je berechtigt zu verlangen, dass die Berechtigung an diesem Fuss- und Fahr- wegrecht in bezug auf das grün und/oder gelb umrandete Gebiet von Parzelle Nr. 11 und 10 im Grundregister gelöscht wird. Diesfalls haben die Erben N._____ dem Eigentümer von Parzelle Nr. 11 und allenfalls 10 die auf die grün und/oder gelb umrandete Parzelle entfallenden anteilmässigen Erstellungskosten für diese Zufahrt am Tage der Dienstbarkeitslöschung zinslos zurückzuerbürgen bzw. zu übernehmen. Unterhalts- und erneuerungspflichtig an dieser Zufahrt sind jeweils die im Grundregister an diesem Fuss- und Fahrwegrecht berechtigten Grundeigentümer. Wird bei der Ueberbauung einer der berechtigten Parzellen von den Behörden die ganze oder teilweise Erstellung dieser Erschliessungsstrasse verlangt, so kommen die Parteien überein, dass die ganze Erschliessungsstrasse von den beteiligten Liegenschafteneigentümern zu bauen ist. Die Grundeigentümer haben im Rahmen des Baufortschrittes und nach Massgabe ihrer Beitragspflicht die Strassenbaukosten zu bezahlen. Bei einer Parzellierung der Liegenschaften Parzellen Nr. 10/11 ist die vorstehende Dienst- barkeit nur auf den grün und gelb umrandeten Grundstücken nachzuführen und auf allen übrigen von Parzelle Nr. 10 und 11 herrührenden Grundstücksteilen teilzulöschen."

- 9 - In Ziffer 11 des Tauschvertrags verpflichteten sich die Parteien, die mit diesem Vertrag zusammenhängenden Verpflichtungen gemäss den weiteren Bestimmun- gen einem allfälligen Erwerber zu überbinden, mit der Verpflichtung zur Weiterüber- bindung an alle weiteren Nachfolger im Eigentum der Objekte. Der vollständige Wortlaut der Dienstbarkeit inkl. obligatorische Bestimmungen wurde auf das Ser- vitutenprotokoll Art. ... übertragen und der Tauschvertrag als Beleg 1975 Nr. 9 zu den Akten des Grundbuchamtes genommen. Der Bestandteil des Dienstbarkeits- vertrags bildende Situationsplan ist nachfolgend wiedergegeben: ... [gelöscht: Situationsplan]

E. 2.1

Die Kläger sind der Auffassung, die Beklagten hätten mit der Einreichung manipulierter bzw. veränderter Unterlagen vor der Berufungsinstanz (Urk. 108/1-12) den Tatbestand der Urkundenfälschung erfüllt. Ob die weiteren Voraussetzungen des Tatbestandes vorliegen, sei von Amtes wegen durch das Gericht zu prüfen, ebenso die Einleitung eines Strafverfahrens von Amtes wegen gegen die Beklagten (Urk. 117 S. 11 ff. Rz 30 ff.). Die Beklagten weisen diesen Vorwurf zurück (Urk. 125 S. 5 Rz 12).

- 38 -

E. 2.2

Die eingereichten Urkundenteile, Zusammenführungen, handschriftlichen Ergänzungen und Markierungen erfüllen den Tatbestand der Urkundenfälschung nicht. Die Verfälschung einer Urkunde setzt voraus, dass dem ersichtlichen Ausstel- ler eine neue, nicht von ihm herrührende Erklärung unterschoben wird, d.h. mit ei- ner neu geschaffenen unechten Urkunde, die den Schein einer echten in sich trägt, Beweis geführt wird (BSK StGB II-Boog, N 47 zu Art. 251 StGB). Durch die vorge- nommenen "Änderungen" entstand zu

keiner Zeit der Anschein, der ursprüngliche Aussteller habe den Urkunden diesen Inhalt gegeben (vgl. Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, BT Teil II, Bern 2008, S. 154). Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist, und das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 7. Januar 2014 wird mit der folgenden Präzisierung bestätigt: 3. Die Beklagten bzw. die jeweiligen Eigentümer der Grundstücke Kat.Nr. 5 und 6, Grundbuch J._____, werden verpflichtet, die Ausübung des Wegrechts durch die Kläger bzw. die jeweiligen Eigentümer und sonstigen Berechtigten der Grundstücke Kat.Nr. 1, 2, 3 und 4, Grundbuch J._____, auf dem Weg gemäss Dispositivziffer 2 zu dulden. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 11'000.– festgesetzt. Die Barauslagen (Grundbuchauszüge) betragen Fr. 136.–. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden im Umfang von Fr. 10'136.– den Beklagten unter solidarischer Haftung je zur Hälfte auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Gerichtskasse Rechnung. Im Umfang von Fr. 1'000.– werden die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens den Klägern 1 und 2 unter solidarischer Haftung je zur Hälfte auferlegt. 4. Die Beklagten werden je verpflichtet, den Klägern gemeinsam für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'860.– zu bezahlen.

- 39 - Die Beklagten haften solidarisch für die gesamte Parteientschädigung von Fr. 9'720.–. 5. Die Kläger 1 und 2 werden je verpflichtet, dem Beklagten 1 für das zweitinstanzliche Verfahren (Massnahmeverfahren) eine Parteientschädigung von Fr. 540.– zu bezahlen. Die Beklagten haften solidarisch für die gesamte Parteientschädigung von Fr. 1'080.–. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 7. 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 Fr. 113'600.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 28. November 2014 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. L. Stünzi versandt am: mc

E. 3

Im Jahre 1976 wurden die Parzellen Nr. 10 und 11 aufgeteilt. Gemäss Anmeldung der Grundeigentümerin M._____ AG vom 16. September 1976 (Beleg 1976 Nr. 9) wurde die Dienstbarkeit Z wie folgt zur Nachführung in das Grundregister angemeldet (Urk. 48/5; zur Nummerierung der Grundstücke: Urk. 48/1 und Urk. 73/3): beim Grundstück Parz. Nr. 13 [heute Kat. Nr. 8 und 7] als Recht beim Grundstück Parz. Nr. 12 [heute Kat. Nr. 1-4] als Recht und Last beim Grundstück Parz. Nr. 14 [heute Kat. Nr. 5] als Recht und Last beim Grundstück Parz. Nr. 15 [heute Kat. Nr. 17] als Last beim Grundstück Parz. Nr. 16 [heute Kat. Nr. 6] als Last" Die Kosten des Unterhalts und der Erneuerung wurden wie folgt aufgeteilt: Parzelle Nr. 12 wie bisher zu 59 %, Parzelle Nr. 14 neu zu 25 % und Parzelle 13 neu zu 16 %. Im Zuge der Aufteilung von Parzelle Nr. 13 in die Grundstücke Kat. Nr. 7 und 8 wurde die Dienstbarkeit Z auf beiden Grundstücken nachgeführt und die Kosten des

Unterhalts und der Erneuerung (16 %) halbiert (Urk. 48/6).

E. 3.1

Die Beklagten machen geltend, nachdem ihre eigenen Grundstücke "durch eine andere als in dieser Dienstbarkeit vorgesehene Zufahrt erschlossen" worden seien, seien sie im Dezember 2008 klarerweise berechtigt gewesen, die Löschung der Dienstbarkeit zu verlangen. Indem die Erben N._____ im Dezember 2008 nicht bereit gewesen seien, die entsprechende Anmeldung zu unterzeichnen, hätten sie die obligatorischen Bestimmungen verletzt. Es sei davon auszugehen, dass die Voraussetzungen für die Löschung der Dienstbarkeit auch heute noch erfüllt seien (Urk. 105 S. 6 Ziff. 2.a).

E. 3.2

Die Ausführungen der Beklagten stehen im Zusammenhang mit Bemühungen des Grundbuchamtes L._____, im Jahre 2008 die auf den Grundstücken der Beklagten lastende Dienstbarkeit Z auf Initiative eines ungenannten Dritten zu löschen (Urk. 21/2+3, Urk. 34/9, Urk. 73/1). Eine Löschung unterblieb, weil die Erbengemeinschaft N._____ der Löschung der Dienstbarkeit nicht zustimmte (Urk. 21/3). Es kann keine Rede davon sein, dass dadurch die obligatorischen Bestimmungen des Dienstbarkeitsvertrags verletzt wurden. Der Wortlaut von Absatz 1 der

- 18 - obligatorischen Bestimmungen ist eindeutig. Demzufolge sind die Eigentümer von Parzellen Nr. 10, 11 und 12 im Falle anderweitiger Erschliessung von Parzellen Nr.

E. 4

Per 1. April 2010 wurde für die Gemeinde J._____ das eidgenössische Grundbuch in Kraft gesetzt (RB 2011 S. 28; Urk. 11/2/2 S. 2). Im Jahre 2010 wurde die Parzelle Nr. 12 in die vier Grundstücke Kat. Nr. 1 bis 4 unterteilt (Urk. 11/1). Die Kläger beabsichtigen, die vier von ihnen geplanten Einfamilienhäuser vom K._____ weg her mit einer privaten Zufahrtstrasse entlang der Grundstücksgrenze zu Kat. Nr. 5 und Kat. Nr. 6 zu erschliessen und dafür die Dienstbarkeit Z (wonach die Hälfte der Strasse auf die Grundstücke der Beklagten 1 und 2 zu liegen kommt)

- 10 - in Anspruch zu nehmen. Die Baubewilligungen für die Projekte der Kläger 1 und 2 einerseits und des Klägers 3 andererseits sind rechtskräftig (Urk. 48/7, Urk. 48/8; Urk. 47 S. 5); die beiden Einfamilienhäuser wurden auf Kat. Nr. 1 und 2 mittlerweile erstellt.

E. 4.1

Die Beklagten werfen der Vorinstanz sodann eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Die Gemeindebehörden von J._____ seien mehrfach davon ausgegangen, die Dienstbarkeit sei obsolet geworden und nicht mehr relevant. Sie hätten Baubewilligungen (zugunsten des Beklagten 1 und O._____) erteilt, die nicht hätten erteilt werden dürfen, wenn die Dienstbarkeit als bestehend anerkannt worden wäre. Auch in den Plänen der Gemeinde J._____ zur Revision der Bau- und Zonenordnung aus dem Jahre 2008 (Urk. 21/6) seien die Zufahrtswege für die künftige Überbauung von Parzelle Nr. 12 auf dem Grundeigentum der Kläger eingetragen worden. Die Vorinstanz sei auf dieses Vorbringen nicht ansatzweise eingegangen und habe die entsprechenden Ausführungen zu Unrecht mit dem pauschalen Argument zurückgewiesen, es sei nicht ersichtlich, was die Beklagten daraus zu ihren Gunsten ableiten wollten. Sie hätten einen Anspruch darauf, dass sich das er-

- 19 - kennende Gericht mit diesen entscheidungsrelevanten Vorbringen auseinandersetze und diese nach Art. 157 ZPO würdige (Urk. 105 S. 6 f. Ziff. 2.b und 2.c).

E. 4.2

Die Ausführungen der Beklagten sind in der Tat nicht geeignet, ihrer Widerklage zum Durchbruch zu verhelfen. Das Gesetz regelt in den Art. 734 bis Art. 736 ZGB den Untergang der Grunddienstbarkeiten. Daneben gibt es weitere Untergangsgründe wie Enteignung oder andere Gründe des öffentlichen Rechts (z.B. im Rahmen eines Quartierplanverfahrens), Gestaltungsurteil, Verzicht des Berechtigten, Dereliktion des herrschenden Grundstücks und Zeitablauf bei zeitlich befristeten Grunddienstbarkeiten (Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 4. Aufl., Zürich 2012, N 1297 ff., N 1315). Die zur Löschung notwendige schriftliche Erklärung der aus dem Eintrag berechtigten Kläger liegt unstrittig nicht vor. Die Beklagten zeigen nicht auf, inwiefern aufgrund der erteilten Baubewilligungen oder aufgrund möglicher Bauweisen vor oder nach der Revision der Bau- und Zonenordnung (Urk. 21/6) einer der genannten Untergangsgründe eingetreten wäre. Im Baubewilligungsverfahren wird grundsätzlich nur die Übereinstimmung des Bauvorhabens mit den öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften geprüft (Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl., Zürich 2011, S. 1207). Eine bestehende Dienstbarkeit kann weder durch einen Gestaltungsplan noch durch öffentlich-rechtliche Bauvorschriften ausser Kraft gesetzt werden (Zobl, Grundbuchrecht, 2. Aufl., Zürich 2004, N 294a, mit Verweis auf die Rechtsprechung). Die Bauvorschriften des Planungs- und Baugesetzes sind öffentliches Recht; sie begründen keine Privatrechte (§ 218 Abs. 1 PBG). Schliesslich sei auf den in § 218 Abs. 2 PBG/ZH ausdrücklich festgehaltenen Vorbehalt zu Gunsten privatrechtlicher Regelungen verwiesen. Mehr gibt es dazu nicht zu sagen.

E. 5

Mit Klage vom 30. Dezember 2010 und Einreichung der Weisung vom 27. Dezember 2010 machten die Kläger 1 bis 5 das Verfahren mit erstgenanntem Rechtsbegehren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1, Urk. 2). Für den Verlauf des Verfahrens kann auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 106 S. 4 ff.). Die Beklagten erhoben mit der Klageantwort Widerklage auf Löschung bzw. Ablösung der Dienstbarkeit Z (Urk. 20 S. 2). Die Kläger modifizierten mit der Replik Rechtsbegehren Ziffer 1 und 2 und stellten mit der Widerklageduplik zusätzlich das Rechtsbegehren Ziffer 3. Nachdem der Kläger 3 das Grundstück Kat Nr. 4 an die Kläger 6 und 7 veräussert hatte (Urk. 11/2/4, Urk. 26), wurden diese erstmals mit Präsidialverfügung vom 16. Mai 2011 im Rubrum als klagende Parteien aufgeführt (Urk. 29). Am 7. Januar 2014 fällte die Vorinstanz das eingangs im Dispositiv aufgeführte Urteil (Urk. 103 = Urk. 106). Bei den in Dispositiv Ziffer 2 erwähnten Plänen handelt es sich um die Urk. 34/4/1 (Privater Zufahrtsweg "K._____weg" - Situation 1:200 - Baueingabe - Revisionsplan), Urk. 34/4/2 (Privater Zufahrtsweg "K._____weg" Längenprofil 1:200/50 Baueingabe - Revisionsplan), Urk. 34/4/3 (Privater Zufahrtsweg "K._____weg" Querprofile 1:100 Baueingabe - Revisionsplan), Urk. 34/4/4 (Privater Zufahrtsweg "K._____weg" Normalprofil 1:50 Baueingabe - Revisionsplan) und Urk. 34/4/5 (Normalien der Baudirektion des Kantons Zürich für Staatsstrassen Prinzip - Normalprofile 1:100 Fahrbahn). Die Revisionspläne waren von der Gemeinde J._____ bewilligt und ein von den Beklagten dagegen eingereichter Rekurs vom Baurekursgericht mit Entscheid vom 28. März 2012 abgewiesen worden (Urk. 56/3). Der Bau der Erschliessungsstrasse war zuvor bereits mit undatiertem Entscheid der Gemeinde J._____

(Versand: 8. November 2010) bewilligt und ein Rekurs dagegen mit Entscheid des Baurekursgerichts vom 18. Mai 2011 abgewiesen worden (Urk. 11/9/1, Urk. 34/2/1).

E. 5.1

Die Beklagten monieren weiter, die Vorinstanz werfe ihnen im Zusammenhang mit der Überbindung der obligatorischen Bestimmungen auf die Kläger zu Unrecht eine ungenügende Substantiierung vor. Tatsache sei, dass die Überbindung ein Geschehen betreffe, das sich zwischen den Erben N._____ und den Klägern abgespielt habe. Der Vorgang habe von den Beklagten daher nicht wahrgenommen und auch nicht näher substantiiert werden können. Der Vorwurf der fehlenden Substantiierung verstosse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. In diesem Zu-

- 20 - sammenhang sei es im Übrigen gerechtfertigt, den Klägern die Beweislast aufzuerlegen, da sie aus der Behauptung, die obligatorischen Bestimmungen seien ihnen nicht überbunden worden, Rechte ableiten würden und allein darlegen könnten, dass von der im Tauschvertrag enthaltenen Verpflichtung abgewichen worden sei (Urk. 105 S. 7 f. Ziff. 3.a und 3.b).

E. 5.2

In der Klageantwort hatten die Beklagten ausgeführt, es entziehe sich ihrer Kenntnis, ob die obligatorischen Bestimmungen entgegen der im Vertrag enthaltenen Überbindungsklausel tatsächlich überbunden worden seien. Die klägerische Behauptung werde jedenfalls mit Nichtwissen bestritten. Doch selbst wenn sie zutreffen sollte, wären die obligatorischen Bestimmungen nicht einfach irrelevant, sondern im Rahmen der Auslegung der Dienstbarkeit zu beachten (Urk. 20 S. 5 f. Rz 14). Selbst wenn mit diesen Ausführungen prozessual ausreichend behauptet worden wäre, dass die obligatorischen Bestimmungen auf die Kläger übergegangen sind, vermöchte dies den Beklagten im Ergebnis nicht zu helfen. Es sind die Beklagten, die sich auf die obligatorischen Bestimmungen berufen (vgl. E. III/3 und 7) und daraus Rechte ableiten. Nachdem die Kläger eine Überbindung mit Verweis auf den Kaufvertrag zwischen den Erben N._____ und den Klägern 1 bis 3 vom 27. April 2010 über die Parzelle Nr. 12 (Grundbuch Blatt ..., Kataster Nr. ...) bestritten haben (Urk. 10 S. 5 Rz 13, Urk. 33 S. 13 f. Rz 17), wäre es aufgrund der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB Sache der Beklagten, die positive Tatsache der Überbindung zu beweisen. Die Beklagten haben in der Berufungsschrift keinerlei Beweismittel genannt; vielmehr sind sie der unzutreffenden Auffassung, die Kläger seien beweispflichtig. Damit bleibt es dabei, dass die Überbindung beweislos bliebe, zumal auch aus dem Kaufvertrag zwischen den Erben N._____ und den Klägern 1 bis 3 nichts auf eine Übernahme hinweist (Urk. 34/7 [ohne Kaufpreis und Zahlungsverprechen] = Urk. 149/5).

E. 5.3

In diesem Kontext darf aber nicht unerwähnt bleiben, dass die Beklagten in der Duplik ergänzten, sie zögen die obligatorischen Bestimmungen lediglich zur Ermittlung des tatsächlichen Willens der damaligen Vertragsparteien heran, wie dies auch die Kläger tun würden, was nicht zu beanstanden sei (Urk. 41 S. 14 Rz 38; vgl. auch Urk. 41 S. 28 Rz 102, S. 31 N 115). Aufgrund dieser Äusserung durfte

- 21 - die Vorinstanz davon ausgehen, die Beklagten stemmten sich der in der Replik wiederholten und mit Vorlage des Kaufvertrags bekräftigten Behauptung der Kläger, die

obligatorischen Bestimmungen seien ihnen nicht überbunden worden (Urk. 33 S. 13 f. Rz 17), nicht (mehr) entgegen. Somit war in der Tat kein Beweis darüber zu führen, ob die obligatorischen Bestimmungen auf die Kläger überbunden wurden. Wird den obligatorischen Bestimmungen gar dingliche Wirkung zuerkannt (E. III/2.2), ist die Frage der Überbindung ohnehin obsolet und kommt alles auf die Auslegung des Erwerbsgrundes bzw. Dienstbarkeitsvertrags einschliesslich der obligatorischen Bestimmungen an.

E. 6

Gegen das ihnen am 22. Januar 2014 zugestellte Urteil führen die Beklagten mit Eingabe vom 18. Februar 2014, gleichentags zur Post gegeben und hierorts

- 11 - eingegangen am 19. Februar 2014, Berufung mit obgenannten Anträgen (Urk. 104, Urk. 105). Den ihnen auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 10'000.– leisteten sie rechtzeitig (Urk. 110 bis Urk. 112). Die Berufungsantwort datiert vom 8. Mai 2014 (Urk. 117). Weitere Stellungnahmen in der Sache erfolgten seitens der Beklagten mit Eingaben vom 11. Juli und 8. September 2014 (Urk. 125 und Urk. 156). Die Kläger liessen sich dazu am 21. Juli 2014 (Kläger 1 und 2; Urk. 130), am 21. August 2014 (Kläger 3 bis 7; Urk. 147) und am 24. September 2014 (Kläger 3 bis 7; Urk. 164) vernehmen.

E. 6.1

Die Beklagten bezeichnen es als "zwar nicht unzulässig" aber als "problematisch", dass die Vorinstanz (Urk. 106 S. 14 f. E. 5.12.3 und 5.12.4) ihre Aussagen mit Verweis auf § 149 Abs. 3 ZPO/ZH beweismässig nicht gewürdigt habe. Sie halten mit Verweis auf BK-Bühler, N 14 ff. zu Art. 191/192 ZPO, dafür, diese zürcherische Bestimmung, die nach neuem Verfahrensrecht nicht mehr gelte, sei bereits bisher umstritten gewesen. Die Aussagen der Beklagten, die das Entstehen der Überbauung (Bauetappe I zwischen P. _____ und K. _____ weg) und die ganze Entwicklung direkt miterlebt hätten, seien von Relevanz und von der Berufungsinstanz unter Berücksichtigung aller Umstände zu würdigen. Die Beklagten hätten Anspruch auf rechtliches Gehör und verlangten, dass ihre Ausführungen in den persönlichen Befragungen zu berücksichtigen seien. Sie stellten daher den Antrag, nach Art. 191 ZPO zur Parteibefragung durch die Berufungsinstanz zugelassen zu werden. "Falls das Obergericht das nicht selber [mache]", werde beantragt, das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen, die Parteibefragung zu wiederholen und die Aussagen nach dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung zu würdigen. Es bestehe kein Anlass, an ihrer Glaubwürdigkeit zu zweifeln (Urk. 105 S. 8 f. Ziff. 5.a und 5.b).

E. 6.2

Die Beklagten verweisen im Rahmen dieser Rüge ausdrücklich auf die E. 5.12.3 und 5.12.4 im angefochtenen Urteil. Dort ging es um die Würdigung der Aussagen der Beklagten bei der Beurteilung des klägerischen Einwands, die Widerklage sei rechtmisbräuchlich, weil die Beklagten die Gültigkeit der Dienstbarkeit vorprozessual anerkannt und nur Differenzen bezüglich der Auslegung der Dienstbar-

- 22 - keit bestanden hätten (Urk. 106 S. 12 E. 5.10, 5.11 und 5.14). Ohne auf die Aussagen der Beklagten abzustellen, kam die Vorinstanz zum Ergebnis, den Klägern sei der Beweis (Beweissatz 1) nicht gelungen, dass die Beklagten die Dienstbarkeit vorprozessual anerkannt hätten (Urk. 106 S. 17 E. 5.15.4). Sie verwarf in der Folge auch den klägerischen Einwand des Rechtsmissbrauchs (Urk. 106 S. 19 E. 5.18). Insofern sind die Beklagten durch die Nichtbeachtung ihrer Aussagen in der persönlichen Befragung gar nicht

beschwert. Sie können sich daher dagegen auch nicht zur Wehr setzen. 6.3.1 Die Vorinstanz nahm noch an einer anderen Stelle auf eine persönliche Befragung Bezug. Im Zusammenhang mit der Ermittlung des Zwecks der Dienstbarkeit war seitens der Beklagten die "Parteibefragung" (nicht aber die Beweisaussage) des Beklagten 1 zu den Beweissätzen 2.1 lit. d bis lit. f beantragt worden (Urk. 72 S. 4; Urk. 76 S. 9 f.). Die Beklagten hatten sich auf ein nicht realisiertes "ursprüngliches Erschliessungskonzept der M._____ AG" berufen, um ihren Standpunkt zu untermauern, die Dienstbarkeit habe eine gemeinsame Erschliessung bezweckt (Urk. 41 S. 10 f.). Die Vorinstanz erwog, selbst der Beklagte 1 habe anlässlich der Befragung vom 17. Mai 2013 ausgeführt, zum Zeitpunkt der Errichtung der Dienstbarkeit sei die Tiefgarage der Überbauung "P._____ I" zwischen dem westlichen Doppel Einfamilienhaus und der mittleren Häuserreihe noch nicht vorgesehen gewesen, weil noch keine Planung vorhanden gewesen sei. Er habe die Vermutung geäußert, dass die M._____ AG das vorgesehen habe, weil sie überall Land reserviert habe, um Tiefgaragen zu ermöglichen (Prot. I S. 31 f.). Daraus erschliesse sich, dass die Sachverhaltsdarstellung der Beklagten bloss Vermutungen seien. Konkrete Pläne hätten die Beklagten nicht vorweisen können, weshalb ihnen der Beweis misslinge (Urk. 106 S. 29 E. 7.13.5). 6.3.2 Auf diese Erwägungen scheinen die Beklagten anzuspitzen, wenn sie erklären, sie hätten die Entstehung der Überbauung und die ganze weitere Entwicklung direkt miterlebt, weshalb ihre Aussagen von Relevanz seien. Damit zeigen die Beklagten aber nicht auf, inwiefern der Vorinstanz bei der Würdigung der Aussage des Beklagten 1 und damit bei der Sachverhaltsfeststellung ein Fehler unterliefe. Die Beweisaussage und die persönliche Befragung des Beklagten 2 wurden seitens der

- 23 - Beklagten zu den Beweissätzen 2.1 und 2.2 nicht verlangt (Urk. 72 S. 3 ff. [Zu Ziff. 2.1]). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor.

E. 6.4

Das erstinstanzliche Verfahren richtete sich nach kantonalem Prozessrecht. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung war bis zum Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO eine Frage des kantonalen Rechts, wobei das Bundesrecht in wichtigen Rechtsbereichen die freie Beweiswürdigung vorschrieb (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, N 3 zu § 148 ZPO/ZH). Die Beklagten zeigen nicht auf, inwiefern das Bundesrecht für das erstinstanzliche Verfahren die freie Beweiswürdigung verlangte. Insofern ist ein Verstoß gegen einen "bundesrechtlichen Grundsatz der freien Beweiswürdigung" von vornherein nicht ersichtlich. Dem kantonalen Prozessrecht wiederum war es unbenommen, das Parteiverhör ganz oder teilweise, nämlich soweit Vorbringen zugunsten des Befragten betroffen sind, auszuschließen (BK-Kummer, N 60 zu Art. 8 ZGB). Es wird sogar die Ansicht vertreten, dass Aussagen gemäss § 149 Abs. 3 ZPO/ZH – da kein eigentliches Beweismittel – selbst in Bereichen nicht frei gewürdigt werden konnten, wo das Bundesrecht selbst die freie Beweiswürdigung vorschrieb (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 149 ZPO/ZH). Die Beklagten machen nicht geltend, sie hätten zur Beweisaussage nach § 150 ZPO/ZH zugelassen werden müssen.

E. 6.5

Nachdem die Vorinstanz die Aussage des Beklagten 1 würdigte, sie aber nicht für tauglich erachtete, den Nachweis dafür zu leisten, die Dienstbarkeit sei zum Zweck der gemeinsamen Erschliessung sämtlicher Parzellen errichtet worden (Urk. 106 S. 29 E. 7.13.5), ist nicht ersichtlich, inwiefern die freie Würdigung dieser Aussage zu einem

anderen Beweisergebnis geführt hätte. Somit ist die Feststellung des Sachverhalts mit keinem Mangel behaftet, der für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein könnte. Es kann daher offen bleiben, ob die im Berufungsverfahren beantragte Parteibefragung nach Art. 191 ZPO die Voraussetzung von Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO erfüllt. Eine Rückweisung an die Vorinstanz mit der Anweisung, die Beklagten nunmehr nach Art. 191 ZPO zu befragen, kommt auch nicht in Frage, andernfalls auf das vorinstanzliche Verfahren neues Prozessrecht zur Anwendung gebracht würde, was Art. 404 Abs. 1 ZPO entgegensteht. Im Übrigen bliebe auch

- 24 - bei einer Rückweisung die kantonale Zivilprozessordnung anwendbar (BGer 4A_8/2012 E. 1). 7.1.1 Die Beklagten sind der Auffassung, die Auslegung der Dienstbarkeit durch die Vorinstanz vermöge nicht zu überzeugen, weil sie die ganze Entstehungsgeschichte, wie sie von ihnen dargelegt werde, völlig unberücksichtigt lasse und damit den Sinn und Zweck, der seinerzeit bei der Errichtung wegleitend gewesen sei, völlig verkenne (Urk. 105 S. 9 E. 5.c mit Verweis auf Urk. 106 S. 22 E. 7.5). 7.1.2 Mit dieser pauschalen Rüge genügen die Beklagten den Begründungsanforderungen nicht. Sie zeigen insbesondere nicht auf, welche rechtsgenügend behaupteten Tatsachen oder Interessen die Vorinstanz bei der Auslegung und bei der Ermittlung des Zwecks fälschlicherweise übergang bzw. welchen Umständen sie dabei zu Unrecht eine (für die Beklagten nachteilige) Bedeutung beimass. Es fehlt jegliche Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid, weshalb die entsprechende Rüge bereits mangels Substantiierung zurückzuweisen ist. 7.2.1 In der "Berufungsreplik" erneuern die Beklagten ihren Einwand, das Grundstück Kat. Nr. 6 des Beklagten 2 gehöre nicht zum gelb umrandeten Grundstücksteil, weshalb die Dienstbarkeit Z im Zuge der Parzellierung der Parzelle Nr.

E. 7

Auf Antrag der Beklagten wurde den Klägern 1 und 2 zunächst mit Verfügung vom 18. August 2014 superprovisorisch und nach Gewährung des rechtlichen Gehörs mit Beschluss vom 9. September 2014 im Sinne einer vorsorglichen Massnahme verboten, weitere bauliche Massnahmen im Bereich der umstrittenen Dienstbarkeitsfläche Z, Kataster Nr. 5, Blatt ..., K. _____ weg ..., Gemeinde J. _____, Grundbuchamt L. _____, zu treffen, unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall (Urk. 140 und Urk. 159).

E. 8

Über die Grundstücke der Beklagten wurden von Amtes wegen Grundbuchauszüge eingeholt (Urk. 152 und Urk. 169) und den Parteien zugestellt (Urk. 153 und Urk. 170). II. 1. Die Vorinstanz beurteilte zunächst die Widerklage und prüfte, ob die strittige Dienstbarkeit zu löschen oder abzulösen sei. Sie erachtete die Widerklage als zulässig, da sämtliche an der Dienstbarkeit beteiligten, aber nicht in den Prozess einbezogenen Eigentümer (Kat. Nr. 17, 7 und 8) Verzichtserklärungen abgegeben hätten und den Beklagten kein rechtsmissbräuchliches Prozessieren aufgrund widersprüchlichen Verhaltens oder unnützer Rechtsausübung vorgeworfen werden könne (Urk. 106 S. 9 bis S. 19). 2. Die Vorinstanz prüfte sodann den Einwand der Beklagten, dass die Nachführung der Dienstbarkeit auf Kat. Nr. 6 im Widerspruch zu den obligatorischen

- 12 - Bestimmungen stehe und nicht korrekt erfolgt sei, weshalb die Dienstbarkeit gar nie als Last hätte eingetragen werden dürfen. In diesem Zusammenhang erwog die Vo-

rinstanz, die Beklagten würden die Beweislast dafür tragen, dass die obligatorischen Bestimmungen tatsächlich auf die Kläger überbunden worden seien. Die Beklagten hätten die Überbindung lediglich unsubstantiiert behauptet bzw. die Nicht-Überbindung mit Nichtwissen bestritten, weshalb darüber kein Beweis geführt werden müsse. Damit seien die obligatorischen Bestimmungen nicht auf die Kläger überbunden worden, so dass die Nachführung der Dienstbarkeit auf den Grundstücken Kat. Nr. 6 und 5 korrekt erfolgt sei (Urk. 106 S. 21 f.). 3. Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, dass die Belastung von Kat. Nr. 6 mit der fraglichen Dienstbarkeit aber auch im Einklang mit den obligatorischen Bestimmungen stehe. Es gebe keine Teile der Parzellen Nr. 10/11, die auf dem Plan grün und gelb umrandet seien. Deshalb könnten die Bestimmungen nur so verstanden werden, dass sich die Berechtigung aus der Dienstbarkeit auf die grün oder gelb umrandeten Grundstücksteile beziehe, jedoch die übrigen Grundstücksteile nur belastet seien, sofern überhaupt betroffen. Das Gleiche gelte für die Teillöschung der berechtigten grün oder gelb umrandeten Grundstücksteile. Die Belastung sei in diesem Fall nicht zu löschen, ansonsten die Erschliessungsstrasse auf der Parzelle Nr. 11 gar nicht ganz gebaut werden könnte, was kaum Sinn und Zweck der Dienstbarkeit gewesen sein könne (Urk. 106 S. 22 f.). 4. Die Vorinstanz erwog weiter, die Kläger hätten ihre Grundstücke im guten Glauben auf die im Grundbuch eingetragene Dienstbarkeit erworben. Sie könnten sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen. Jedenfalls hätten die Beklagten nicht dargetan, weshalb die Kläger weitergehende rechtliche Abklärungen hätten treffen müssen, so dass sich auch in dieser Beziehung ein Beweisverfahren erübrige (Urk. 106 S. 23 f.). 5. Die Vorinstanz prüfte sodann, ob die Voraussetzungen zur Löschung oder Ablösung der Dienstbarkeit gemäss Art. 736 ZGB erfüllt sind. Sie zog dabei insbesondere in Betracht, dass die Beklagten den ursprünglichen Sinn und Zweck der Dienstbarkeit in der Bewerkstelligung einer gemeinsamen Erschliessung der beteiligten Parzellen Nr. 10/11 und Nr. 12 erblickten und geltend machten, nachdem die

- 13 - Parzellen Nr. 10/11 anderweitig erschlossen seien, sei das ursprüngliche "Synallagma" gänzlich zerstört, wenn die Dienstbarkeit weiterhin die anderweitig erschlossenen Grundstücke belaste.

E. 10

und Nr. 11 (grün und/oder gelb umrandete Teile) keineswegs befugt, die Berechtigung von Parzelle Nr. 12 bzw. die Belastung der Parzellen Nr. 10 und Nr. 11 (so weit grün und/oder gelb umrandet) löschen zu lassen. Gestützt auf die genannte Bestimmung können die Eigentümer der drei Parzellen (je einzeln) lediglich verlangen, dass im Falle anderweitiger Erschliessung der Parzellen Nr. 10 und Nr. 11 (grün und/oder gelb umrandete Teile) die Berechtigung in Bezug auf das grün und/oder gelb umrandete Gebiet von Parzellen Nr. 10 oder 11 gelöscht wird. Mit anderen Worten könnte der Beklagte 1 lediglich darauf bestehen, dass sein Recht auf Bau einer Strasse und das Fuss- und Fahrwegrecht im Grundbuch gelöscht und er im Gegenzug von der Beteiligung an den Erstellungskosten der Strasse entbunden wird. Es läge nicht im objektiven Interesse von Parzelle Nr. 12 bzw. der Grundstücke der Kläger, im Falle einer anderweitigen Erschliessung von Parzellen Nr. 10 und Nr. 11 das Wegrecht entlang der Grenze zu verlieren. Unabhängig davon, ob die obligatorischen Bestimmungen auf die Parteien übertragen wurden, können die Beklagten aus dem ersten Absatz derselben nichts zu ihren Gunsten ableiten. Zum gleichen Auslegungsergebnis ist bereits die Vorinstanz gelangt (Urk. 106 S. 22 E. 7.5).

E. 10.1

Die Beklagten sind der Auffassung, Dispositiv Ziffer 2 müsse auch dann aufgehoben werden, wenn die Widerklage abzuweisen sei, weil die darin umschriebene Duldungspflicht den Beklagten aus rechtlichen Gründen nicht auferlegt werden könne. Wie die Erschliessungsstrasse auszugestaltet sei, hätten die berechtigten und belasteten Grundeigentümer gemeinsam zu bestimmen, was voraussetze, dass sowohl die Beklagten als auch die am Prozess nicht beteiligten Grundeigentümer bei der Ausarbeitung der Pläne mitreden und mitentscheiden könnten. Insbesondere der Beklagte 1, der an die Kosten beizutragen habe, müsse sich nicht gefallen lassen, dass er bei der Ausarbeitung der Pläne nicht begrüsst worden sei. Im Übrigen sei – so die Beklagten weiter – Dispositiv Ziffer 2 auch nicht vollstreckbar. Mittlerweile sei mit dem Bau der Garage auf dem Grundstück des Klägers 3 ein Präjudiz geschaffen worden, das eine Ausübung der Dienstbarkeit, wie sie die Vorinstanz in ihrem Urteil festgelegt habe, unmöglich mache. Der Abstand der Garage zur Grenze betrage gemäss Baubewilligung fünf Meter. Wenn die Mitte der Erschliessungsstrasse (Strassenachse) auf die Grenze zu liegen komme, sei der von der Bau- und Zonenordnung vorgeschriebene Abstand gemäss Art. 24 BZO der Garage zur Strassenbegrenzung von 3.5 Metern nicht mehr gewährleistet, weil dafür nur noch 3.2 Meter vorhanden seien (Urk. 105 S. 10).

E. 10.2

Mit der Unterlassungs- und Beseitigungsklage kann sich der Dienstbarkeitsberechtigte gegen Handlungen und Veranstaltungen des Eigentümers des belasteten Grundstücks oder einer beliebigen anderen Person wehren, welche eine Ausübung der Dienstbarkeit in den Schranken von Art. 737 Abs. 2 ZGB verunmöglichen oder erschweren (BGE 95 II 14 S. 19 E. 3; ZK-Liver, N 181 zu Art. 737 ZGB). Das Dulden (vgl. abgeänderte Rechtsbegehren Ziffer 1 und 2) ist eine Unterart des Unterlassens und stellt die Verpflichtung dar, auf einen Widerstand bzw. Widerspruch gegen eine Handlung zu verzichten (BK-Weber, N 98 zu Art. 98 OR). Einem Nachbarn kann beispielsweise die Pflicht auferlegt werden, während einer bestimmten Bauphase die Benützung seines Vorplatzes zu dulden (BK-Kellerhals, N 15 zu

- 31 - Art. 343 ZPO). Das Rechtsbegehren muss hinreichend bestimmt sein, d.h. konkret, klar und deutlich zum Ausdruck bringen, was die klagende Partei will (BGE 97 II 92 S. 93). Hätten die Kläger bloss den "Inhalt der Dienstbarkeit wie sie sich aus dem Grundbucheintrag ergibt" (Urk. 105 S. 10) eingeklagt, könnten die Beklagten in einem späteren Stadium erneut Einwendungen gegen ein genauer umschriebenes Bauprojekt erheben, was es zu vermeiden gilt. Insofern ist nicht zu beanstanden, dass die Kläger ein konkretes Strassenbauprojekt zum Gegenstand ihrer Rechtsbegehren gemacht haben. Da sich die Beklagten dem Bau der Erschliessungsstrasse widersetzen, können sie nun nicht geltend machen, sie hätten bei der Ausarbeitung der Pläne beteiligt werden müssen. Nachdem die Strassenbreite von drei Metern unbestritten ist, die Strasse mit einer Stützmauer zu sichern und die Vorinstanz insoweit dem Antrag der Beklagten gefolgt ist, ist auch gar nicht ersichtlich, welche Gestaltungs- oder Änderungswünsche der Beklagten übergegangen wurden. Die Beibringungspflicht, der sich der Beklagte 1 ohnehin entledigen kann, ändert daran nichts. Die Frage der realen Vollstreckung stellt sich vorliegend wiederum nicht. Unterlassungseinschliesslich Duldungspflichten lassen sich nicht real erzwingen. Zur Vollstreckung steht nur der indirekte Zwang zur Verfügung (insbesondere die Strafanordnung nach Art. 292 StGB). Gründe, die der Durchsetzung von Dispositiv Ziffer 2 des angefochtenen Urteils mittels indirektem Zwang entgegenstehen, sind nicht ersichtlich.

Soweit die Beklagten im Berufungsverfahren erstmals die Verletzung öffentlich-rechtlicher Abstandsvorschriften beklagen, sind sie daran zu erinnern, dass neue Vorbringen nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig sind und dass die Einhaltung der Bauvorschriften Sache der Baubehörden ist. Diese haben sowohl das Garagengebäude des Klägers 3 als auch die Errichtung der Erschliessungsstrasse gemäss Revisionseingabe rechtskräftig bewilligt (Urk. 34/2/3, Urk. 48/7; Urk. 146, Urk. 56/3). Ob sich das Garagengebäude des Klägers 3 als baurechtskonform erweist, ist nicht mehr in diesem Verfahren zu prüfen. Die Beklagten legen auch nicht dar, wann und wo sie im vorinstanzlichen Verfahren die entsprechenden Behauptungen aufgestellt haben (Urk. 125 S. 25 Rz 48) oder inwiefern die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllt sind. Die Einwendungen der Beklagten sind zu verwerfen.

- 32 -

E. 10.3

Die bewilligte Erschliessungsstrasse (Urk. 34/4/1) endet auf der Höhe des Grundstücks Kat. Nr. 4 (Urk. 34/4/1). Sie tangiert weder Kat. Nr. 17 noch Kat. Nr. 7 und 8, weshalb die nicht ins Recht gefassten Grundeigentümer nicht betroffen sind. Sie sind an der Erschliessungsstrasse auch nicht interessiert, haben sie doch ihre Zustimmung zur Löschung der Dienstbarkeit erteilt (Urk. 53, Urk. 54 und Urk. 58). Die Vorinstanz hat die Hauptklage damit zu Recht geschützt. In Dispositiv Ziffer 3 verpflichtete sie die Beklagten bzw. die jeweiligen Eigentümer der Grundstücke Kat. Nr. 5 und 6, die Ausübung des Wegrechts durch die Kläger bzw. die jeweiligen Eigentümer und sonstigen Berechtigten der Grundstücke Kat. Nr. 1, 2, 3 und 4 auf dem Weg gemäss Dispositiv Ziffer 1 zu dulden. Es ist offensichtlich, dass der Verweis auf Dispositiv Ziffer 2 hätte erfolgen müssen, da in Dispositiv Ziffer 1 die Widerklage abgewiesen wird. Dieser Schreibfehler ist von Amtes wegen zu berichtigen (Art. 334 Abs. 1 und 2 ZPO).

E. 11

denn auch nicht geteilt. Die Kläger weisen in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, die Dienstbarkeit habe im Jahre 1976 eine Änderung erfahren (Urk. 117 S. 18 Rz 53, S. 20 Rz 62 und S. 21 f. Rz 66; Urk. 47 S. 11 Rz 17, S. 12 f. Rz 19 ff., S. 30 ff. Rz 69 ff.). Am 16. September 1976 meldete die damalige Eigentümerin M. _____ AG die Parzellierung der Parzellen Nr. 10 und 11 zur Eintragung in das Grundregister an. Gleichzeitig erklärte sie, die Dienstbarkeit Z sei auf dem Grundstück Parz. Nr. 16 (heute Kat. Nr. 6; Urk. 48/1) nur noch als Last nachzuführen (Urk. 48/5). In diesem Zeitpunkt war im Übrigen bereits bekannt, dass für die Erschliessung der Überbauung "Q. _____" die Dienstbarkeit Z nicht benötigt werden würde (Urk. 73/5). Diese Anmeldung der M. _____ AG können die Beklagten nicht mehr in Frage stellen, auch wenn der entsprechende Beleg 1976 Nr. 9 auf dem Grundbuchblatt von Kat. Nr. 6 und dem dazugehörigen Servitutenprotokoll nicht vermerkt

- 27 - wurde (Urk. 169). Vielmehr trifft es zu, dass mit der Teilung und Nachführung im Jahre 1976 die Teilungsbestimmung vollzogen und damit obsolet geworden ist. 8. Damit bleibt es dabei, dass der ursprüngliche Zweck der Dienstbarkeit darin bestand, dass für die Erschliessung eines der berechtigten Grundstücke die Erschliessungsstrasse gemäss Dienstbarkeit Z gebaut werden darf. Für diesen Zweck wollen auch die Kläger die Dienstbarkeit in Anspruch nehmen; der Grundsatz der Identität der Dienstbarkeit ist demzufolge gewahrt. Auch stimmt die tatsächliche Rechtslage mit den Grundbucheinträgen

überein. Die Vorinstanz hat unangefochten den Kat. Nr. 1 bis 4 ein Interesse am Fortbestand der Dienstbarkeit attestiert (Urk. 106 S. 33 E. 7.16). Nebst dem von der Vorinstanz genannten legitimen finanziellen Interesse der Kläger 1 und 2 (deren Grundstück im Prinzip bereits über den K. _____ weg erschlossen ist) an einer gemeinsamen Erschliessung der vier Parzellen bleibt zu erwähnen, dass die Kläger 1 und 2 auch kein Interesse daran haben können, dass die für die Erschliessung von Kat. Nr. 2 bis 4 notwendige Strasse mit ihrer ganzen Breite auf ihr Grundstück zu liegen kommt. Auch die Beklagten räumen in der Berufung ein, ein Interesse der Kläger an der Dienstbarkeit sei grundsätzlich nicht zu bestreiten (Urk. 105 S. 9 Ziff. 6.a). Die Voraussetzungen für eine Löschung gestützt auf den Dienstbarkeitsvertrag oder wegen Wegfalls des Interesses (Art. 736 Abs. 1 ZGB) sind damit nicht erfüllt. Im Eventualfall berufen sich die Beklagten auf Art. 736 Abs. 2 ZGB. 9.1 Die Beklagten bringen vor, die Dienstbarkeit sei für sie völlig nutzlos geworden. Es könne nicht darauf ankommen, dass sie – wie die Vorinstanz ausführe – nicht damit hätten rechnen können, die Dienstbarkeit werde nie relevant. Es sei offensichtlich, dass heute ein krasses Missverhältnis zwischen dem Interesse der Kläger und jenem der Beklagten bestehe. Die Kläger könnten problemlos auf ihren Grundstücken für die erst geplante, an sich notwendige Erschliessungsstrasse eine anderweitige Strassenführung wählen. Für die Beklagten bedeute die Realisierung der Erschliessung gemäss Dienstbarkeit hingegen einen schwerwiegenden Eingriff in ihr Grundeigentum durch massive bauliche Massnahmen und einen wesentlichen Verlust der von ihnen genutzten Gartenfläche. Die Veränderungen seien für die Beklagten nicht zumutbar, zumal sich der Beklagte 1 gemäss Dienstbarkeitsvertrag mit

- 28 - 25% an den Kosten der Erstellung, des Unterhalts und der Erneuerung der Erschliessungsstrasse beteiligen müsste. Die Ablösesumme sei auf höchstens Fr. 56'700.– festzusetzen, was dem Streitwert entspreche (Urk. 105 S. 9 Ziff. 6.a und 6.b). 9.2 Ist ein Interesse des Berechtigten zwar noch vorhanden, aber im Vergleich zur Belastung von unverhältnismässig geringer Bedeutung, so kann die Dienstbarkeit gegen Entschädigung ganz oder teilweise abgelöst werden (Art. 736 Abs. 2 ZGB). Eine Ablösung der Dienstbarkeit kommt auch dann in Betracht, wenn die Belastung durch die Dienstbarkeit seit deren Errichtung in einem Mass zugenommen hat, dass das Interesse des Eigentümers des herrschenden Grundstücks an der Aufrechterhaltung der Dienstbarkeit im Vergleich dazu als unverhältnismässig gering erscheint; dabei dürfen aber nicht vom Belasteten selbst geschaffene Gründe zur Erschwerung beigetragen haben (BGE 107 II 331 E. 4 S. 338 f.). Erforderlich ist eine Abwägung der gegenseitigen schutzwürdigen Interessen. 9.3 Der Verweis der Beklagten auf eine andere Strassenführung geht fehl. Wie die Kläger zu Recht einwenden und von der Vorinstanz unwidersprochen festgestellt wurde (Urk. 106 S. 32 E. 7.16.1 und 7.16.2), müssten die Kläger 3 bis 7 Notwegrechte in Anspruch nehmen, wenn die Dienstbarkeit gelöscht würde. Die Kläger sind nämlich nicht verpflichtet, sich untereinander ihre Grundstücke für die gegenseitige Erschliessung zur Verfügung zu stellen. Das dringende Bedürfnis der Kläger 3 bis 7, zur Vermeidung der Wegenot die Erschliessungsstrasse gemäss Dienstbarkeit zu bauen, fällt daher stark ins Gewicht. Dies gilt indirekt auch für die Kläger 1 und 2, die zugunsten der Kläger 3 bis 7 mehr Land für den erforderlichen Notweg zur Verfügung stellen müssten, als sie für die Ausübung der Dienstbarkeit benötigen. Es kann diesbezüglich auch keine Rolle spielen, von welcher Möglichkeit der Erschliessung die Gemeinde J. _____ bei der Revision der BZO ausging (Urk. 21/6) und ob der Kläger 3 einmal einen entsprechenden Lösungsvorschlag präsentierte (Urk. 108/12/1), wobei dieses Dokument ohnehin ein unzulässiges neues

Beweis- mittel darstellt und nicht mehr beachtet werden kann. 9.4 Der Umstand, dass die Beklagten heute nicht mehr auf die Dienstbarkeit angewiesen sind, liegt darin begründet, dass die ehemals dienstbarkeitsbelastete

- 29 - M._____ AG eine andere Erschliessung der zur Überbauung "Q._____" gehörenden Grundstücke wählte. Insofern kann die Frage gestellt werden, ob das von den Beklagten geltend gemachte Missverhältnis der Interessen nicht auf einen vom (ehemals) Belasteten selbst geschaffenen Grund zurückzuführen ist, was einer Ab- lösung von vornherein entgegenstünde. Jedenfalls ist zu beachten, dass die Kläger keinen Grund dafür gesetzt werden, dass sich die Interessenlage für die Grundstücke der Beklagten verändert hat. Sie sind auch für die Parzellierung und die Form- gestaltung der Grundstücke der Beklagten nicht verantwortlich; diese wurden ebenfalls durch die M._____ AG vorgenommen. In diesem Zusammenhang ist einmal mehr darauf hinzuweisen, dass bereits die ursprünglichen Beteiligten laut den (ins Grundbuch aufgenommenen) obligatorischen Bestimmungen für den nun eingetre- tenen Fall keine Löschung der Belastungen sondern nur eine Löschung der Berech- tigungen und eine Rückvergütung bzw. Übernahme der Erstellungskosten vorsahen. Die Beklagten, die sich für die Auslegung der Dienstbarkeit auf die obligatori- schen Bestimmungen berufen, können daher auch nicht damit argumentieren, der Beklagte 1 müsse sich an den Kosten der Erschliessungsstrasse beteiligen. Ein Verzicht des Berechtigten auf die Dienstbarkeit, um sich unliebsamen Verpflichtun- gen zu entledigen, ist – worauf die Kläger zu Recht hinweisen (Urk. 117 S. 34 Rz 95) – bereits von Gesetzes wegen möglich (BSK ZGB II-Petitpierre, N 2 zu Art. 740a ZGB; BBl 2007 S. 5311). 9.5 Nachdem der ursprüngliche Zweck der Dienstbarkeit auch darin bestand, der Parzelle Nr. 12 eine Erschliessung – unabhängig von einer anderweitigen Er- schliessung der grün oder gelb umrandeten Grundstücksteile von Parzelle Nr. 10 und 11 – zu ermöglichen, ist nicht einzusehen, inwiefern eine Fortdauer der Dienst- barkeit zugunsten der Kläger nicht mehr gerechtfertigt erscheint. Der alleinige Um- stand, dass die Beklagten heute auf die Zufahrtsstrasse nicht mehr angewiesen sind, begründet noch kein Missverhältnis der Interessen. Es ist nicht ersichtlich und geht aus der Berufungsschrift nicht hervor, welche Gesichtspunkte für die Interes- senabwägung sonst noch eine Rolle spielen könnten. Dass die Beklagten einen Teil ihrer Gärten zur Verfügung stellen müssen, liegt auf der Hand. Dies war aber schon immer so.

- 30 - 9.6 Zusammenfassend dringen die Beklagten mit ihrer Berufung nicht durch, wenn sie im Eventualstandpunkt fordern, dass die Dienstbarkeit gegen Entschädi- gung abzulösen sei. Die Vorinstanz hat die Widerklage zu Recht abgewiesen.

E. 11.1

Angefochten ist auch die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Berufungs- antrag Ziffer 4.a) und -verteilung (Berufungsantrag Ziffer 4.b). Die Vorinstanz ist für die Festsetzung der Kosten von einem Streitwert von Fr. 113'400.– ausgegangen (Urk. 106 S. 41).

E. 11.2

Auf den Berufungsantrag Ziffer 4.a) kann von vornherein nicht eingetre- ten werden, da sich weder aus dem Antrag noch aus der Begründung ergibt, auf welchen Betrag die Beklagten Gerichts- und Parteikosten ermessensweise festge- setzt haben wollen. Die Beklagten wollen Gerichtskosten und Parteientschädigung – wie bereits vor Vorinstanz (Urk. 41 S. 4) – auf der Basis eines Streitwerts von höchstens Fr. 56'700.– berechnet wissen. Zwar könnte aus dem (halbierten) Streit- wert eine Grundgebühr errechnet werden

(§ 4 Abs. 1 aGerGebV, § 4 Abs. 1 aAnw- GebV). Die Vorinstanz hat zu den Grundgebühren indes vier Zuschläge erhoben, die nicht einfach halbiert werden können, da ein degressiver Tarif zur Anwendung gelangt.

E. 11.3

Selbst wenn auf den Berufungsantrag Ziffer 4.a) einzutreten wäre, müsste er abgewiesen werden. Die Vorinstanz hat mit Rücksicht auf § 24 ZPO/ZH die von den Klägern vorgenommene Berechnung als nachvollziehbar bezeichnet und "praxisgemäss" den höheren, von den Klägern genannten Streitwert von

- 33 - Fr. 113'400.– als massgeblich erachtet. Die Kläger hatten die umstrittene Dienstbarkeitsfläche von 151.2 m² auf Fr. 1'500.–/m² veranschlagt und den Wert der betroffenen Gesamtfläche von Fr. 226'800.– mit Rücksicht auf die Belastung durch die Dienstbarkeit um 50% reduziert (Urk. 33 S. 4 Rz 4). Die Beklagten wollten diesen Wert nochmals halbieren, "um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass ein Quadratmeterpreis von Fr. 1'500.– nur für Bauland gerechtfertigt ist, nicht aber für einen lediglich 1.80 m breiten und daher faktisch unbebaubaren Grundstücksstreifen" (Urk. 41 S. 4 Rz 8, Urk. 125 S. 20 f. Rz 40). Eine solche doppelte Reduktion ist indes nicht angezeigt. Gemäss § 24 ZPO/ZH ist der Wert massgebend, den die Dienstbarkeit für den Berechtigten oder das berechnete Grundstück hat; ist der Wertverlust für das belastete Grundstück grösser, gilt dieser als Streitwert. Mit Bezug auf die berechtigten Grundstücke fällt in Betracht, dass die Dienstbarkeit deren Erschliessung gewährleistet, nachdem keine öffentliche Strasse zu diesen Grundstücken führt. Mit anderen Worten verschafft die Dienstbarkeit diesen Grundstücken die Überbaubarkeit; ohne sie wären sie nicht überbaubar. Die Wertdifferenz zwischen diesen beiden Zuständen stellt den Wert der Dienstbarkeit für die berechtigten Grundstücke dar (Pradervand-Kernen, La valeur des servitudes foncières et du droit de superficie, Fribourg 2007, N 992). Es versteht sich von selbst, dass sich gestützt auf diese Überlegung ein Streitwert von weit mehr als Fr. 113'400.– rechtfertigen liesse. Selbst die Beklagten gehen in ihrem zweiten Schriftsatz davon aus, dass der Wert von Wegdienstbarkeiten auf 50% des Verkehrswertes des belasteten Grundstücks festzusetzen sei; sie wollen den "Verkehrswert von Flächen für Ausnutzungsübertragungen" bzw. von "Land ohne Ausnutzung" aber nur mit 50% berücksichtigen (Urk. 125 S. 20 f. Rz 40, mit Verweis auf Pradervand-Kernen, a.a.O., S. 262 ff.). Eine zusätzliche Ausnutzungsübertragung findet aber weder von den Grundstücken der Beklagten auf die Grundstücke der Kläger noch umgekehrt statt. Entgegen der Auffassung der Beklagten handelt es sich bei der Dienstbarkeitsfläche um Bauland, das für die Berechnung der maximal zulässigen Ausnutzung beachtlich ist. Damit bleibt es bei einem Streitwert von Fr. 113'400.–.

- 34 -

E. 11.4

Die Beklagten wenden sich auch gegen die vorinstanzliche Kostenverteilung. Sie machen in erster Linie geltend, dass sie sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst gesehen hätten, nachdem das Grundbuchamt ein Verfahren um Anmeldung der Löschung der Dienstbarkeit veranlasst, aber aus ungeklärten und nicht nachvollziehbaren Gründen wieder abgebrochen habe. Zudem hätten die Kläger zunächst ein offensichtlich untaugliches und rechtlich unzulässiges Klagegehren eingereicht. Die Vorinstanz habe die Klageänderung zwar zugelassen, doch habe dies auf Seiten der Beklagten zu

vermehrtem Aufwand und zur Verzögerung des Verfahrens geführt. Zu berücksichtigen sei ferner, dass das Problem der sog. "Hangsicherung" Gegenstand des Streits gewesen sei. In diesem Punkt hätten die Beklagten obsiegt. Schliesslich dürfe nicht übergangen werden, dass die Kläger vorprozessual und beim ursprünglichen Rechtsbegehren stets eine Breite von 3.5 m beansprucht hätten, wogegen seitens der Beklagten opponiert worden sei. Erst nachdem die Breite vom Baurekursgericht auf drei Meter festgelegt worden sei, hätten die Kläger ihr ursprüngliches Begehren angepasst. Aus den genannten Gründen rechtfertige es sich, den Parteien die Prozesskosten je zur Hälfte aufzuerlegen (Urk. 106 S. 11 f.). Den Beklagten wurden bereits vor Einleitung des Verfahrens vom Grundbuchamt L. _____ mit Schreiben vom 23. Juli 2010 mitgeteilt, dass die Löschung der Dienstbarkeit nicht erfolgen könne, weil sich die Erbengemeinschaft N. _____ geweigert habe, die Grundregisteranmeldung zu unterzeichnen (Urk. 21/3). Damit können sich die Beklagten aber nicht mehr darauf berufen, das Grundbuchamt habe das "Löschungsverfahren" aus ungeklärten und nicht nachvollziehbaren Gründen abgebrochen. Mit Schreiben vom 9. September 2010 teilte der Rechtsvertreter des Beklagten 1 dem damaligen Rechtsvertreter des Klägers 3 gar mit, sein Klient habe die Beanspruchung seines Grundstückes für den Bau einer Erschliessungsstrasse zu dulden (Urk. 11/7). Wenn es die Beklagten trotzdem auf einen Prozess ankommen liessen, können sie sich nicht unter Berufung auf § 64 Abs. 3 ZPO/ZH entlasten. In einer vergleichbaren Position befinden sich unzählige Beklagte, die nicht klein beigeben wollen und sich gewisse Erfolgschancen einräumen.

- 35 - Die Beklagten weisen ausdrücklich darauf hin, dass die Zulassung der Klageänderung im Ermessen der Vorinstanz gelegen habe (Urk. 105 S. 11). Eine Verzögerung oder Verteuerung des Verfahrens ist nicht dargetan. Der Tatbestand von § 66 Abs. 1 ZPO/ZH (Urk. 105 S. 12) ist offensichtlich nicht erfüllt. Die Vorinstanz hat mit Bezug auf die Rechtsbegehren Ziffer 1 der Hauptklage das klägerische Eventualbegehren Ziffer 3 gutgeheissen und die Widerklage abgewiesen. Wird das Hauptbegehren abgewiesen und nur das Eventualbegehren zugesprochen, so gilt im Umfang der Differenz, um welchen der Streitwert des Eventualbegehrens unter demjenigen des Hauptbegehrens liegt, der Kläger als unterliegend im Sinne von § 64 Abs. 2 ZPO/ZH und Art. 106 Abs. 2 ZPO (BK-Sterchi, N 4 zu Art. 106 ZPO; BSK ZPO-Rüegg, N 3 zu Art. 106 ZPO; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, S. 406 Fn 6). Die Kläger wenden u.a. ein, bei der Berechnung des Streitwerts sei die von einer Böschung allenfalls betroffene Fläche der Grundstücke der Beklagten ohnehin nie berücksichtigt worden, so dass auch diesbezüglich kein Unterliegen der Kläger gegeben sei (Urk. 117 S. 50 Rz 146). Dieser Einwand und die weiteren Argumente (Mehrwert der Grundstücke der Beklagten durch Erstellung einer Stützmauer) vermögen am teilweisen Unterliegen indes nichts zu ändern. Dies trifft an und für sich auch für die Reduktion der Strassenbreite von 3.5 m gemäss ursprünglichen Rechtsbegehren auf 3 m gemäss abgeänderten Rechtsbegehren zu. Nur machten die Kläger in dieser Hinsicht zu Recht geltend, sie hätten die ursprünglichen Begehren gestützt auf die Baubewilligung der Gemeinde J. _____ (Urk. 11/9/1) in guten Treuen gestellt (Urk. 117 S. 50 Rz 145). Der Entscheid des Baurekursgerichts, mit welchem die Strassenbreite auf Rekurs der Beklagten hin auf drei Meter reduziert wurde, was die Kläger zur Änderung der Rechtsbegehren veranlasste, erging erst am 18. Mai 2011 (Urk. 34/2/3). Die Reduktion der Strassenbreite kann daher nicht zur Belastung der Kläger mit Kosten führen. Damit stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Kostenverteilung aufgrund der von der Vorinstanz favorisierten Stützmauerlösung korrigiert werden muss. In der Praxis wird ein geringfügiges Unterliegen im Umfang von

einigen Prozenten in der Regel nicht berücksichtigt. Indes sind bezüglich dieser

- 36 - Praxis auch kritische Stimmen laut geworden. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch § 64 Abs. 3 ZPO/ZH und Art. 107 Abs. 1 ZPO, wonach dem Obliegen in einer grundsätzlichen Frage prozessual überragende Bedeutung zukommen kann (BSK ZPO-Rüegg, N 3 zu Art. 106 ZPO; Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., N 10 zu Art. 106 ZPO). Vorliegend fällt in Betracht, dass die Beklagten bereits eine Hangsicherung als solche (Böschung oder Stützmauer) als servitutswidrig erachteten. In diesem Punkt ist die Vorinstanz den Beklagten indes nicht gefolgt, was unangefochten blieb (Urk. 106 S. 36 ff.). Als "minimalen Ausbaustandard" definierte die Vorinstanz sodann nicht die kostengünstigere Variante einer Böschung sondern die teurere Variante einer Stützmauer, weil dadurch der Gartensitzplatz der Beklagten weniger stark verändert würde (Urk. 106 S. 39 E. 8.13). Insgesamt sind die Kläger somit in beiden Grundsatzfragen (Bestand der Dienstbarkeit, Hangsicherung als solche) mit ihren Begehren durchgedrungen. Sie sind lediglich in der Frage der Ausführung der Hangsicherung unterlegen, wobei die Frage des minimalen Ausbaustandards in gewissem Mass auch eine Wertungsfrage ist. Insgesamt rechtfertigt sich aufgrund des geringfügigen Unterliegens in einer Ermessensfrage keine Belastung der Kläger mit Prozesskosten.

E. 11.5

Damit erweist sich auch die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv Ziffer 4 bis 6) im Ergebnis als richtig.

E. 12

Die Berufung ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Das erstinstanzliche Urteil ist – in der gemäss Erwägung III/10.3 zu berichtigenen Fassung – zu bestätigen. IV.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.