

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB160084-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

Urteil vom 17. Mai 2017

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Kläger und Berufungskläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

1. **C.**_____,

2. **D.**_____,

3. **E.**_____,

4. **F.**_____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

1, 2, 3, 4 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Nachbarrecht**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom
29. September 2016; Proz. CG150012**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

Es seien die Beklagten zu verpflichten, die Böschung zwischen den Parzellen 1 (Kläger) und 2 (Beklagte) gemäss Vereinbarung vom 29.9.1975 so zu gestalten, dass diese gegenüber den Baubewilligungsplänen G._____ vom 18.8.1975 (Terrainneulegung, Schnitt B-B und Terrainaufnahme) in der Krone um 1-3 m weiter zurückliegend und 20 cm tiefer liegt (höchster Punkt Böschungskrone: 465.75m) und innerhalb der Böschung eine Stufe, auslaufend nach Osten, ca. 2 m unter der Krone, mit 1 m Breite angelegt wird.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8.0 % MWST) zu Lasten der Beklagten.

Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 29. September 2016:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'550.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden den Klägern unter solidarischer Haftung je zur Hälfte auferlegt und mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Kosten des Friedensrichteramtes Winterthur in der Höhe von Fr. 500.– werden den Klägern belassen.
4. Die Kläger werden solidarisch verpflichtet, den Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 9'000.– (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. (Mitteilungen)
6. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

der Kläger (act. 39 S. 1):

Es sei das Urteil des BG Winterthur vom 29.9.2016 in allen Teilen aufzuheben und die Klage gutzuheissen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. MWST von 8 %, zu Lasten der Beklagten.

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind Eigentümer von zwei benachbarten Parzellen im Winterthurer Stadtteil H._____, wobei das Grundstück der Beklagten am Hang über dem Grundstück der Kläger liegt. Die Parteien streiten sich über die Gestaltung der Böschung auf dem Grundstück der Beklagten, die zum Grundstück der Kläger führt.

2. Mit Klageschrift vom 3. Mai 2012 reichten die Kläger bei der Vorinstanz gegen den zwischenzeitlich verstorbenen G._____ als damaligen Eigentümer des beklagischen Grundstücks die folgende Klage ein:

1. Es sei das Grundbuchamt I._____ anzuweisen, im Grundbuch anzumerken, dass mit Dienstbarkeitsvertrag vom 16./17. September 1975 zu Gunsten des Grundstückes Parzelle 1 und zu Lasten des Grundstückes Parzelle 2 eine Dienstbarkeit eingeräumt worden ist, wonach sich der jeweilige Eigentümer des Grundstückes Parzelle 2 verpflichtet, die Böschung im Bereich der gemeinsamen Grenze gemäss der Vereinbarung vom 16./17. September 1975 zu gestalten.
2. Es sei der Beklagte zu verpflichten, Kote sowie Abfall/Auslauf der Böschung im südöstlichen Bereich der Parzelle 2 gemäss dem mit den Klägern am 16./17. September 1975 abgeschlossenen Dienstbarkeitsvertrag zu gestalten.
3. Es sei dem Beklagten zur Umgestaltung der Böschung gemäss Antrag 2 eine angemessene Frist einzuräumen, unter Androhung der Straffolgen gemäss Art. 292 StGB im Unterlassungsfall;
alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8.0 % MWSt) zu Lasten des Beklagten.

Mit Urteil vom 19. August 2013 wies die Vorinstanz diese Klage ab. Auf eine Berufung der Kläger bestätigte die Kammer mit Urteil vom 25. März 2014 die Abweisung von Rechtsbegehren 1 und trat auf Rechtsbegehren 2 und 3 nicht ein.

3. Mit Eingabe vom 13. Mai 2015 reichten die Kläger bei der Vorinstanz gegen die Beklagten als Erben des zwischenzeitlich verstorbenen G._____ die folgende Klage ein:

Es seien die Beklagten zu verpflichten, die Böschung zwischen den Parzellen 1 (Kläger) und 2 (Beklagte) gemäss Vereinbarung vom 29. 9. [recte 29. 8., vgl. act. 39 S. 2] 1975 so zu gestalten, dass diese gegenüber den Baubewilligungsplänen G._____ vom 18.8.1975 (Terrainneulegung, Schnitt B-B und Terrainaufnahme) in der Krone um 1-3 m weiter zurückliegend und 20 cm tiefer liegt (höchster Punkt Böschungskrone: 465.75m) und innerhalb der Böschung eine Stufe, auslaufend nach Osten, ca. 2 m unter der Krone, mit 1 m Breite angelegt wird.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8.0 % MWST) zu Lasten der Beklagten.

Nach Erstattung der Klageantwort am 2. November 2015 lud die Vorinstanz die Parteien auf den 30. Mai 2016 zu einer Instruktionsverhandlung vor, an der keine Einigung erzielt wurde. Die Hauptverhandlung fand am 29. September 2016 statt.

4. Mit Urteil vom 29. September 2016 wies die Vorinstanz die Klage ab. Gegen diesen Entscheid, der ihrem Vertreter am 8. November 2016 zugestellt wurde, erhoben die Kläger mit Eingabe vom 2. Dezember 2016 rechtzeitig Berufung mit dem folgenden Antrag (act. 39 S. 1):

Es sei das Urteil des BG Winterthur vom 29.9.2016 in allen Teilen aufzuheben und die Klage gutzuheissen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. MWST von 8 %, zu Lasten der Beklagten.

Auf die Einholung einer Berufungsantwort kann verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Berufung ist aus den nachfolgenden Gründen abzuweisen.

II.

1.a) Die Vorinstanz erwog, unbestrittenermassen sei zwischen den Klägern und dem verstorbenen G._____ am 16. / 17. September 1975 eine Vereinbarung betreffend die Böschung getroffen worden (act. 41 S. 7 m.H. auf act. 17 S. 10, act. 31 S. 3 f. und Prot. S. 8 f.). Diese Vereinbarung lautet wie folgt (act. 18/2):

Die Kote der Auffüllung vor dem Haus No ... hinter der Stützmauer beträgt 467.10 m. Die Kote des Terrains nach Osten beträgt ~~465.5~~ 465.35 m. Die Geländekante dieser Höhe liegt hinter dem Abstand 6m von der gemeinsamen Grenze.

Die amtliche Vermessung vom 27. November 2012 habe gezeigt, dass kein Punkt auf der 6-Meterlinie die Höhe von 465.35 m ü. M. erreiche und dass auch die Kote von 467.10 m ü. M. hinter der Stützmauer eingehalten worden sei. Die Vereinbarung vom 16. / 17. September 1975 sei also aus gutachterlicher Sicht eingehalten (act. 41 S. 7 f. m.H. auf act. 4/14).

b) Die Vorinstanz erwog weiter, die Kläger treffe die Beweislast für ihre Behauptung, dass am 29. August 1975 bzw. am 2. September 1975 eine Vereinbarung in Bezug auf die Gestaltung der Böschung getroffen worden sei. Den Beweis für diese Behauptung wollten die Kläger mit dem Schreiben von G._____ sel. vom 2. September 1975 und der Beweisaussage des Klägers 2 erbringen (act. 41 S. 8 m.H. auf act. 1 S. 4, act. 31 S. 1 und Prot. S. 9).

c) Das Schreiben von G._____ sel. an den Kläger 2 vom 2. September 1975 lautet wie folgt (act. 4/9):

Nach unserem Gespräch von Freitag, 29. 8. 75, mit Herrn Adjunkt J._____ vom Bauamt, auf meinem Grundstück, sind wir übereingekommen, die Böschung, die gegenüber der Genehmigung in der Krone um 1 - 3 m weiter zurückliegend ausgeführt wurde, mit einer Stufe, Breite ca. 1 m, auslaufend nach Osten, in der Höhe ca. 2 m unter der Krone, zu verändern. Diese Veränderung wurde am Montag, 1. 9. 75, ausgeführt. (Der Humusauftrag fehlt noch.)

Sie stellten in Aussicht, damit die Diskussion darüber einzustellen. Daraufhin liess ich aus eigenem Entschluss, die Krone ausserdem um 20 cm tiefer legen als genehmigt.

Auch wenn ich in der Zwischenzeit erfahren musste, dass Sie Ihre Nachbarn gegen mich anstacheln und sich nächtlicherweile auf meinem Grundstück verstohlen mit dem Metermass zu schaffen machen, möchte ich Ihnen, falls Sie sich mit dem jetzt vorhandenen Geländezustand zufriedengeben, das Angebot einer guten Nachbarschaft machen.

Zu weiteren Konzessionen kann ich mich nicht mehr bereit erklären, da ich bereits erheblich unter dem nachbarrechtlich zulässigen Masse liege und damit die Bewohnbarkeit meines Grundstückes beträchtlich einschränken würde.

Ich hoffe auf eine angenehme Nachbarschaft und grüsse freundlich

d) Die Vorinstanz erwog, das zitierte Schreiben von G._____ sel. sei rund zwei Wochen vor der Vereinbarung vom 16. / 17. September 1975 verfasst worden. Beide Seiten hätten somit im Wissen um dieses Schreiben in der Vereinbarung vom 16. / 17. September 1975 keinen Bezug darauf genommen und nichts von der angeblichen Vereinbarung vom 29. August 1975 oder 2. September 1975 erwähnt. Auch auf die Baubewilligungspläne hätten sie keinen Bezug genommen. Dies hätten sie aber gemacht, wenn die Vereinbarung vom 16. / 17. September 1975 lediglich eine Präzisierung der angeblichen Vereinbarung vom 29. August 1975 oder 2. September 1975 darstellen würde. Deshalb müsse man davon ausgehen, dass die Kläger und G._____ sel. am 29. August 1975 oder 2. September 1975 keine Vereinbarung in Bezug auf die Böschung geschlossen hätten beziehungsweise dass eine allfällige Vereinbarung durch die Vereinbarung vom 16. / 17. September 1975 ersetzt worden sei. Auch eine Beweisaussage des Klägers 2 würde an dieser Einschätzung nichts ändern, da seine Aussagen aufgrund des offensichtlich vorhandenen Eigeninteresses und in Anbetracht der sehr lange zurückliegenden Ereignisse mit grösster Zurückhaltung zu würdigen wären.

e) Somit, schloss die Vorinstanz, vermöchten die Kläger nicht zu beweisen, dass am 29. August 1975 oder am 2. September 1975 zwischen den Klägern und G._____ sel. eine Vereinbarung in Bezug auf die Gestaltung der Böschung geschlossen worden sei. Hingegen stehe fest, dass die Vereinbarung vom 16. / 17. September 1975 im heutigen Zeitpunkt eingehalten sei. Demnach sei die Klage abzuweisen (act. 41 S. 8).

2. Die Kläger werfen der Vorinstanz vor, sie begründe ihren Entscheid massgeblich mit dem Verweis auf eine Parteiabmachung, die im Zusammenhang mit dem klägerischen Rechtsbegehren ohne Bedeutung sei. Die Vorinstanz ignoriere gleichzeitig die in casu relevante Vereinbarung, indem sie grundlos davon ausge-

he, diese sei nicht zustande gekommen oder nicht nachgewiesen bzw. durch eine spätere Abmachung aufgehoben worden.

Bei der von der Vorinstanz sachverhaltswidrig in den Vordergrund gestellten Parteiabmachung vom 16. / 17. September 1975 handle es sich um eine zusätzliche Vereinbarung, welche die Kläger zur Verdeutlichung dieses Verständnisses als Zusatzvereinbarung bezeichnen. Die Zusatzvereinbarung regle gerade nicht, wie die Böschung konkret gestaltet werden müsse. Wie die Böschung gestaltet werden müsse, hätten die Parteien am 29. August und am 2. September 1975 vereinbart (act. 39 S. 2).

3. Zum Beweis ihrer Behauptung, dass die Parteien im Nachgang zu einer Besprechung, die am 29. August 1975 im Beisein von Herrn J._____ vom Bauamt Winterthur stattgefunden habe, mündlich eine heute weiter massgebliche Terrainneugestaltung vereinbart hätten, boten die Kläger die Beweisaussage des Klägers 2 an (act. 1 S. 3 f.). Die Vorinstanz verzichtete auf die Abnahme dieses Beweismittels, da die Aussagen des Klägers aufgrund des offensichtlich vorhandenen Eigeninteresses und in Anbetracht der sehr lange zurückliegenden Ereignisse mit grösster Zurückhaltung zu würdigen wären (act. 41 S. 8).

Ausser wegen seiner Interessenlage ist die Beweisaussage des Klägers 2 auch deshalb ein untaugliches Beweismittel, weil keine Behauptungen ersichtlich sind, zu denen seine Beweisaussage abgenommen werden könnte. Über den wirklichen Willen von G._____ sel. kann der Kläger 2 nur anhand von Indizien Auskunft geben. Solche Indizien sucht man in der Darstellung der Kläger vergebens. Während Datum, Ort und Teilnehmer der Besprechung vom 29. August 1975 feststehen, fehlen jegliche Angaben zu den Umständen, unter denen die behauptete Vereinbarung zustande gekommen sein soll (act. 39 S. 3 f.). Aus dem Kontext kann lediglich geschlossen werden, dass dies zwischen dem 29. August 1975 und dem 1. September 1975 geschehen sei.

Es ist unklar, welche Behauptungen Gegenstand der klägerischen Beweisaussage sein sollen. Die Beweisaussage dient nicht dazu, die Parteidarstellung zu ergänzen, sondern setzt substantiierte Behauptungen voraus, welche einer Über-

prüfung in der persönlichen Befragung zugänglich sind. Die blosse Bestätigung, er sei überzeugt, G._____ sel. habe damals diesen Willen gehabt, genügt jedenfalls nicht als Beweis. Unter diesen Umständen verzichtete die Vorinstanz zurecht auf die Abnahme der Beweisaussage des Klägers 2.

4. Die Kläger stützen ihre Darstellung in erster Linie auf das oben zitierte Schreiben von G._____ sel. vom 2. September 1975 (act. 4/9), das sie als (schriftliche) Bestätigung der geschlossenen Vereinbarung bezeichnen (act. 39 S. 4 und act. 1 S. 4 oben).

Weder die vom Kläger 2 unterzeichnete Vereinbarung vom 16. September 1975 (act. 18/2) noch das Schreiben von G._____ sel. vom 17. September 1975 (act. 18/3), welche zusammen die Vereinbarung vom 16. / 17. September 1975 bilden, nehmen auf das Schreiben vom 2. September 1975 Bezug. Während die Vorinstanz aus diesem Schweigen ableitet, entweder sei eine frühere Vereinbarung gar nie entstanden oder durch die spätere Vereinbarung ersetzt worden (act. 41 S. 8), sehen hingegen die Kläger keinen Grund für eine Erwähnung, weil die frühere Vereinbarung bereits umgesetzt gewesen sei (act. 39 S. 4).

Wie die Kläger zurecht rügen, ist es weder vorgeschrieben noch die Regel, dass eine frühere Vereinbarung in einer späteren erwähnt werden müsste (act. 39 S. 3). Es ist jedoch auffällig, dass das Schreiben von G._____ sel. vom 17. September 1975, welches die Vereinbarung vom 16. September 1975 vervollständigt und - ähnlich wie das Schreiben vom 2. September 1975 - unter Angabe der für G._____ sel. massgeblichen Voraussetzungen einordnet und kommentiert, eine solche Vereinbarung mit keinem Wort erwähnt (act. 18/3). Das spricht gegen den Standpunkt der Kläger, auch wenn es ihn nicht zwingend widerlegt.

5. G._____ sel. erwähnte in seinem Schreiben vom 17. September 1975, die Vereinbarung vom 16. September 1975 sei unter der Voraussetzung seinerseits erfolgt, "dass gegen (sein) Bauvorhaben, Ausschreibung vom 12. 9. 75, und gegen die Terrainveränderungen, von (den Klägern) keinerlei Einsprachen erfolgen, resp. die laufenden Verfahren eingestellt werden" (act. 18/3).

Hintergrund dieser Bemerkung war eine Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes Winterthur vom 3. September 1975, mit welcher G._____ sel. unter Androhung von Ordnungsbusse verboten wurde, während der Dauer des Verfahrens mit dem Bau einer Stützmauer fortzufahren, und auf den 23. September 1975 zu einer Verhandlung vorgeladen wurde (act. 4/7).

Wie sich aus ihrer Begründung ergibt, geht diese Anordnung auf ein schriftliches Begehren der Klägerin 1 und einer Nachbarin vom 2. September 1975 zurück, in welchem diese erklärten, die zur Zeit im Auftrag von G._____ sel. auf dessen Grundstück in Ausführung befindlichen baulichen Veränderung durch Errichtung einer Stützmauer etc. beeinträchtigten ihre eigenen Grundstücke (act. 4/7 S. 1).

6. Mit Schreiben vom 2. September 1975 hatte G._____ sel. dem Kläger 2 "das Angebot einer guten Nachbarschaft" gemacht, falls er "sich mit dem jetzt vorhandenen Geländezustand" zufriedengebe (act. 4/9). Die Akten des Befehlsverfahrens zeigen, dass die Kläger auf dieses Angebot nicht eingegangen sind. Stattdessen blockierten sie die Arbeiten mit einem Verbotsantrag, den sie erst nach Abschluss der Vereinbarung vom 16. September 1975 zurückzogen.

Wenn die Kläger behaupten, G._____ sel. habe nur mit der Umsetzung der (ersten) Vereinbarung am 1. September 1975 erreichen können, dass die Kläger das von ihnen erwirkte Bauverbot zurückzogen (act. 39 S. 4), setzen sie sich in Widerspruch zur Chronologie. Der Antrag auf ein Bauverbot wurde erst am 2. September 1975 gestellt und kann damit allenfalls eine Folge, aber nicht die Ursache der Ereignisse vor dem 2. September 1975 sein. Erst am 17. September 1975 - und damit nach der Einigung vom 16. September 1975 - erfolgte der Rückzug dieses Begehrens (act. 4/10).

Die Daten belegen, dass das Verbotsbegehren nicht die Reaktion auf das Schreiben von G._____ sel. darstellte, sondern dass diese Schritte gleichzeitig erfolgten, vermutlich ohne gegenseitiges Wissen: Während G._____ sel. den Klägern mit Schreiben vom 2. September 1975 das Angebot einer guten Nachbarschaft machte, falls sie "sich mit dem jetzt vorhandenen Geländestand zufriedengeben" würden, beantragten diese beim Gericht ein Bauverbot.

Diese parallelen Handlungen legen den Schluss nahe, dass die Parteien die Ereignisse der letzten Tage unterschiedlich gemeint und verstanden hatten: Wären die Kläger davon ausgegangen, dass sie sich auf eine Böschungsgestaltung geeinigt hatten, die am 2. September 1975 bereits umgesetzt worden war, wie sie heute geltend machen (act. 39 S. 4), hätten sie keinen Anlass gehabt, am 2. September 1975 ein Bauverbot zu beantragen. Ihr Verhalten belegt, dass sie sich nicht mit dem vorhandenen Geländezustand zufriedengaben (vgl. act. 4/9).

Dass G._____ sel. in seinem Schreiben eine Übereinkunft erwähnt, belegt nicht, dass eine solche tatsächlich zustande gekommen war, sondern ist lediglich Ausdruck seiner damaligen Überzeugung, dass dies der Fall war, wobei auch denkbar ist, dass er die Kläger mit einem konzilianten Schreiben von den Vorteilen einer Einigung überzeugen und eine Eskalation verhindern wollte, obwohl er ahnte, dass kein Konsens bestand. Wenn dies der Fall war, war es dafür jedoch schon zu spät, denn die Kläger hatten bereits gehandelt.

Ihr gleichentags gestellter Antrag auf ein Bauverbot widerlegt die Darstellung der Kläger, dass sich die Parteien damals geeinigt hätten, und zeigt, dass über wesentliche Punkte der angeblichen Übereinkunft kein Konsens bestand. Das Angebot einer guten Nachbarschaft hatten die Kläger damit implizit ausgeschlagen, und sie kamen auch nicht darauf zurück, indem sie ihr Verbotsbegehren umgehend zurückgezogen hätten. Sie können daher heute aus dem Schreiben vom 2. September 1975 und dem darin enthaltenen Angebot einer bestimmten Böschungsgestaltung nichts ableiten.

7. Die Kläger rufen ein Schreiben von G._____ sel. vom 9. April 2007 als Beleg für ihren Standpunkt an (act. 4/13). Darin werde "die damalige Vereinbarung" nicht nur ausdrücklich bestätigt und damit hinsichtlich ihrer Wirkung viele Jahre später nochmals ausdrücklich anerkannt, sondern von G._____ sel. zusätzlich auch noch als weiter eingehalten deklariert. G._____ sel. bestätige in diesem Schreiben weiter nochmals, dass er den Klägern damals mit der Lage der Böschungskrone entgegengekommen sei, was allein Inhalt der 'Vereinbarung' darstellte und nicht der 'Zusatzvereinbarung'. G._____ sel. nehme Bezug auf die Genehmigung der Terraingestaltung vom 10. September 1975. Damals habe erst

und nur die 'Vereinbarung' existiert, aber nicht die 'Zusatzvereinbarung'. Zudem bestätige G._____ sel. ausdrücklich, dass er die Vereinbarung am 1. September 1975 ausgeführt habe. Auch damit sei nachgewiesen, dass es bei der eingeklagten Terraingestaltung auf die 'Zusatzvereinbarung' nicht ankomme, denn diese habe zu dem Zeitpunkt noch gar nicht existiert (act. 39 S. 3 m.H. auf act. 4/13).

Diese Deutung hält einer genauen Lektüre nicht stand. G._____ sel. erwähnt in seinem Schreiben vom 9. April 2007 eine einzige Vereinbarung. Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass er damit die Vereinbarung vom 16. September 1975 meinte, welche auch nach der unangefochten gebliebenen Feststellung der Vorinstanz nach wie vor eingehalten ist.

Wenn G._____ sel. weiter schreibt, dass er dem Kläger 2 "damals mit der Ausführung, d.h. der Lage (der) Böschungskrone gegenüber dem Genehmigungsbeschluss entgegengekommen (sei, d)ies im Sinne eines guten nachbarlichen Verhältnisses", nimmt er nicht auf die im vorherigen Absatz erwähnte Vereinbarung Bezug, sondern auf "die ihm vorliegende Korrespondenz".

Die soeben zitierten Formulierungen verweisen auf das Schreiben vom 2. September 1975, in dem G._____ sel. erwähnte, dass er aus eigenem Entschluss die Böschungskrone 20 cm tiefer legen liess als genehmigt und das Angebot einer guten Nachbarschaft machte (act. 4/9). Dass die Ausführung der Böschungsgestaltung und die Baubewilligung vor dem Abschluss der Vereinbarung vom 16. September 1975 erfolgte, stellt daher keinen Widerspruch dar, da die Vereinbarung nicht Thema dieses Absatzes ist.

8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die verschiedenen Erklärungen der Parteien nicht Bestandteile unterschiedlicher Vereinbarungen sind, die nebeneinander bestehen (so die Kläger, act. 39 S. 4), sondern verschiedene Stadien eines Verhandlungsprozesses darstellen, deren Resultat die Vereinbarung vom 16. September 1975 bildet.

Eine Übereinkunft über die Böschungsgestaltung, wie sie das Schreiben von G._____ sel. vom 2. September 1975 beschreibt, ist nicht zustande gekommen.

Die von G._____ sel. angebotenen Zugeständnisse waren an Gegenleistungen geknüpft, die von den Klägern nicht erfüllt wurden, wie insbesondere das von den Klägern am 2. September 1975 eingeleitete Befehlsverfahren veranschaulicht. Eine Einigung kam erst am 16. September 1975 zustande. Ein Bestandteil dieser Einigung war der Rückzug des Befehlsbegehrens, der am 17. September 1975 erfolgte (act. 18/3 i.V.m. act. 4/10).

Es trifft zu, dass die Vereinbarung vom 16. September 1975 lediglich zwei Geländepunkte festlegt und die Gestaltung der Böschung im Übrigen offenlässt (act. 39 S. 3). Eine detailliertere Regelung im Sinne des Schreibens vom 2. September 1975, die G._____ sel. stärker eingeschränkt hätte, wäre für die Kläger vorteilhafter gewesen, die heute bedauern mögen, dass sie nicht darauf eingegangen waren. Da G._____ sel. über eine Baubewilligung verfügte, konnten die Kläger die Ausführung seines Projektes letztlich nur verzögern, aber nicht definitiv verhindern. Vielleicht hatten sie ihre Verhandlungsmacht überschätzt. Bereut eine Partei, dass sie ein in einem früheren Stadium gemachtes Angebot ablehnte, kann sie darauf nicht zurückkommen, sondern es zählt nur das am Ende im gegenseitigen Einvernehmen erzielte Ergebnis.

Das ist hier die Vereinbarung vom 16. September 1975, die im heutigen Zeitpunkt eingehalten ist, wie die Vorinstanz feststellte (act. 41 S. 8 E. 6), was unangefochten blieb. Die Berufung ist demnach abzuweisen und das angefochtene Urteil der Vorinstanz, mit dem die Klage abgewiesen wurde, ist zu bestätigen.

III.

Ausgangsgemäss tragen die Kläger die Kosten des Berufungsverfahrens. Mangels erheblicher Aufwendungen haben die Beklagten keinen Anspruch auf eine Prozessentschädigung.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 29. September 2016 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'550.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Klägern unter solidarischer Haftung je zur Hälfte auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagten unter Beilage des Doppels von act. 39, sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 50'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. M. Isler

versandt am: