

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB180042-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker-Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichterin Dr. S. Janssen sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Nietlispach

Beschluss und Urteil vom 6. Juni 2019

in Sachen

A. _____,

Beklagte, Widerklägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

3. **D.** _____,

4. **E.** _____,

5. **F.** _____,

6. **G.** _____,

7. **H.** _____,

8. **I.** _____,

Kläger, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte

1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Dienstbarkeit / Besitzerschutz**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 5. Juli 2018 (CG160070-L)

Rechtsbegehren:

Gemäss Klagebegründung (Urk. 2/1 S. 2):

- "1. Es sei der Beklagten zu verbieten, das Bauvorhaben gemäss Baubewilligung 1 der Bausektion des Stadtrates der Stadt Zürich vom 20. August 2013 auf dem Grundstück Kat.-Nr. 2 wegen Verletzung der Dienstbarkeit SP Art. 3 zu realisieren.
2. Es sei der Beklagten zu verbieten, auf dem Grundstück Kat.-Nr. 2 Änderungen am Äusseren ihres Gebäudes (An-, Um-, Aufbauten, Änderungen am Farbton der Fassaden, Fensterläden, Bedachungen usw.) und an der Umgebung vorzunehmen und keine weiteren Bauten inklusive Neubauten zu errichten, die den Charakter der Siedlung verändern oder stören und somit gegen die Dienstbarkeit SP Art. 3 verstossen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Gemäss Replik (Urk. 12 S. 2):

- "1. Es sei der Beklagten zu verbieten, das Bauvorhaben gemäss Baubewilligung 1 der Bausektion des Stadtrates der Stadt Zürich vom 20. August 2013 auf dem Grundstück Kat.-Nr. 2 wegen Verletzung der Dienstbarkeit SP Art. 3 zu realisieren, unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall.
2. Es sei der Beklagten zu verbieten, auf dem Grundstück Kat.-Nr. 2 Änderungen am Äusseren ihres Gebäudes (An-, Um-, Aufbauten, Änderungen am Farbton der Fassaden, Fensterläden, Bedachungen usw.) und an der Umgebung vorzunehmen und keine weiteren Bauten inklusive Neubauten zu errichten, die den Charakter der Siedlung verändern oder stören und somit gegen die Dienstbarkeit SP Art. 3 verstossen. Insbesondere sei festzustellen, dass die Dienstbarkeit SP Art. 3 ebenfalls auf (Ersatz-)Neubauten anwendbar ist, auf den belasteten Grundstücken lediglich zweistöckige Gebäude erstellt werden dürfen und dass für diese dieselben charakteristischen Merkmale wie bei Änderungen am Äusseren der bestehenden Gebäude einzuhalten sind.
3. ... [Antrag zur Widerklage]
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Widerklage (Urk. 2/25 S. 3):

- "1. Es sei den Klägern (und Widerbeklagten) zu befehlen, der Beklagten (und Widerklägerin) die Inanspruchnahme der Erschliessungsparzellen Kat.-Nrn. 4, GB J. _____-Zürich, und des Weges, Kat.-Nr. 5, GB J. _____-Zürich, für die Ausführung von neuen Hauptgebäuden mit mehr als einer Wohneinheit, die von der zu-

ständigen örtlichen Baubehörde und gegebenenfalls den zuständigen kantonalen Instanzen bewilligt worden sind, insbesondere aber für die Ausführung des mit Bauentscheid BE1 der Bausektion des Stadtrates Zürich vom 20. August 2013 bewilligten Neubauvorhabens, auf dem Grundstück Kat.-Nr. 2, zu erlauben, unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall;

2. ... [prozessualer Antrag]

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Kläger."

Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 5. Juli 2018:

(Urk. 67 S. 25 f.)

"1. Der Beklagten wird unter Strafdrohung nach Art. 292 StGB (Busse bis CHF 10'000.–) verboten, das Bauvorhaben gemäss Baubewilligung 1 der Bausektion des Stadtrates der Stadt Zürich vom 20. August 2013 auf dem Grundstück Kat.-Nr. 2 zu realisieren.

Art. 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) lautet wie folgt:

"Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft."

2. Auf das Rechtsbegehren 2 der Hauptklage wird nicht eingetreten.
3. Die Widerklage wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
4. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 25'750.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten werden den Klägern zu einem Drittel und der Beklagten zu zwei Dritteln auferlegt. Sie werden mit den von den Klägern geleisteten Vorschüssen verrechnet, sind diesen aber von der Beklagten zu zwei Dritteln (Fr. 18'500.–) zu ersetzen.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 11'520.85 zu bezahlen.
7. Die Gerichtskosten des Verfahrens ET140069-L werden den Klägern zu einem Drittel und der Beklagten zu zwei Dritteln auferlegt. Sie wurden von den Klägern bezogen, sind diesen aber von der Beklagten zu zwei Dritteln (Fr. 1'333.35) zu ersetzen.
8. Vom gegenseitigen Verzicht der Parteien auf Parteientschädigung für das Verfahren ET140069-L wird Vormerk genommen.

9. [Mitteilung]
10. [Berufung: Frist 30 Tage]"

Berufungsanträge:

der Beklagten, Widerklägerin und Berufungsklägerin (Urk. 66 S. 2):

- "1. Es sei in Gutheissung der Berufung
- a) Dispositiv Ziffer 1 des angefochtenen Urteils aufzuheben und es sei die Klage abzuweisen, soweit auf sie überhaupt eingetreten werden durfte;
 - b) Dispositiv Ziffer 3 des angefochtenen Urteils aufzuheben und es sei den Klägern (und Widerbeklagten) zu befehlen, der Beklagten (und Widerklägerin) die Inanspruchnahme der Erschliessungspartellen Kat.-Nrn. 4, GB J. _____-Zürich, und des Weges, Kat.-Nr. 5, GB J. _____-Zürich, für die Ausführung von neuen Hauptgebäuden mit mehr als einer Wohneinheit, die von der zuständigen örtlichen Baubehörde und gegebenenfalls den zuständigen kantonalen Instanzen bewilligt worden sind, insbesondere aber für die Ausführung des mit Bauentscheid BE1315/13 der Bausektion des Stadtrates Zürich vom 20. August 2013 bewilligten Neubauvorhabens, auf dem Grundstück Kat.-Nr. 2, zu erlauben, unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB im Wiederhandlungsfall;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Kläger."

der Kläger, Widerbeklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 72 S. 3):

- "1. Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen und das Urteil der Vorinstanz sei zu bestätigen, indem der Beklagten unter Strafan drohung verboten wird, das Bauvorhaben gemäss Baubewilligung 1 der Bausektion des Stadtrates der Stadt Zürich vom 20. August 2013 auf dem Grundstück Kat.-Nr. 2 zu realisieren.
2. Es sei die Widerklage abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. MWST von 7.7 % zu Lasten des Rekurrenten."

Erwägungen:

I. Sachverhaltsübersicht

1. Gemäss bis auf eine Änderung betreffend die Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte 8 (dazu nachfolgend unter Erw. IV./A.1.) unwidersprochen gebliebener Sachverhaltserstellung der Vorinstanz sind die Kläger, Widerbeklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Kläger) einerseits und die Beklagte, Widerklägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Beklagte) andererseits Eigentümer von Liegenschaften in Zürich-J._____, welche zusammen mit weiteren Liegenschaften die in den späten 1940er-Jahren errichtete Siedlung K._____-Strasse 1–39 bilden. Der Kläger 1 ist Eigentümer der Liegenschaft Kat.-Nr. 6, K._____-Strasse 13, die Kläger 2 und 3 sind Gesamteigentümer der Liegenschaft Kat.-Nr. 7, K._____-Strasse 17, der Kläger 4 ist Eigentümer der Liegenschaft Kat.-Nr. 8, K._____-Strasse 21, die Klägerin 5 ist Eigentümerin der Liegenschaft Kat.-Nr. 9, K._____-Strasse 1 der Kläger 6 ist Eigentümer der Liegenschaft Kat.-Nr. HG10, K._____-Strasse 33, und der Kläger 7 ist Eigentümer der Liegenschaft Kat.-Nr. 11, K._____-Strasse 31. Die Klägerin 8 war während des vorinstanzlichen Verfahrens Eigentümerin der Liegenschaft Kat.-Nr. 12, K._____-Strasse 2571 Die Beklagte ist Eigentümerin der Liegenschaft Kat.-Nr. 2, K._____-Strasse 19, ganz im Südwesten der Siedlung.

2. Die Grundstücke der Kläger 1-7 und der Beklagten, das ehemalige Grundstück der Klägerin 8 sowie die weiteren Grundstücke der Siedlung K._____-Strasse 1–39 sind aus einer am 23. Dezember 1954 errichteten Dienstbarkeit gegenseitig berechtigt und verpflichtet. Diese ist im Grundbuch mit dem Stichwort "Baubeschränkung" als Recht und Last eingetragen, wobei auf "SP Art. 3" verwiesen wird, dessen massgebender Eintrag wie folgt lautet:

"Die jeweiligen Eigentümer der beteiligten Grundstücke verpflichten sich gegenseitig, keine Änderungen am Äusseren ihrer Gebäude (An-, Um-, Aufbauten, Änderungen am Farbton der Fassaden, Fensterläden, Bedachung usw.) und an der Umgebung vorzunehmen und keine weiteren Bauten zu errichten, die den Charakter der Siedlung verändern oder stören."

3. Die Beklagte plant, ihr bestehendes Einfamilienhaus an der K. _____ - Strasse 19 durch ein Dreifamilienhaus zu ersetzen. Mit Bauentscheid vom 20. August 2013 wurde ihr dafür von der Bausektion des Stadtrats der Stadt Zürich unter Auflagen und Bedingungen die Bewilligung erteilt (Urk. 2/9/18). Zugleich wurde die im koordinierten Verfahren ergangene Verfügung der Baudirektion des Kantons Zürich vom 3. Juni 2013 eröffnet. Die Kläger (und weitere Eigentümer der Siedlung K. _____ -Strasse) rekurrirten gegen diese Entscheide erfolglos an das Baurekursgericht des Kantons Zürich (Urk. 2/9/29). Mit Urteil vom 30. September 2014 wies das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich die dagegen erhobene Beschwerde ab (Urk. 2/9/31). Der Entscheid erwuchs in Rechtskraft.

4. Mit der vor Vorinstanz eingereichten Dienstbarkeits- und Besitzeschutzklage gehen die Kläger auf zivilrechtlichem Weg gegen das Bauprojekt der Beklagten vor.

II. Prozessgeschichte

1. Am 14. November 2014 reichten die Kläger beim Einzelgericht Audienz ein Begehren um Erlass einer superprovisorischen Massnahme ein. Diesem gab das Einzelgericht Audienz mit Schreiben vom gleichen Tag nicht statt. Nachdem die Parteien mit Eingaben vom 19. Januar 2015 einen Vergleich eingereicht hatten, worin sich die Beklagte verpflichtete, von der Baubewilligung vom 20. August 2013 bis zur rechtskräftigen Erledigung des Hauptsachenprozesses keinen Gebrauch zu machen und die bestehende Liegenschaft nicht abzubrechen und die Kläger sich ihrerseits verpflichteten, die Hauptklage bis spätestens 31. März 2015 direkt beim zuständigen Gericht anzuheben, schrieb das Einzelgericht Audienz das Geschäft mit Verfügung vom 28. Januar 2015 ab (Urk. 2/9/8; Urk. 2/9/9 S. 5, Dispositivziffer 1). Zugleich setzte es den Klägern Frist bis zum 31. März 2015 an, um den Hauptsachenprozess direkt beim zuständigen Gericht anzuheben (Urk. 2/9/9 S. 5, Dispositivziffer 2), womit die Notwendigkeit zur Durchführung eines Schlichtungsverfahrens im Falle der Wahrung der Frist entfiel (Art. 198 lit. h ZPO).

2. Mit Eingabe vom 26. März 2015 reichten die Kläger die vorliegende Klage beim Kollegialgericht des Bezirksgerichts Zürich ein (Urk. 2/21/1). Der Prozess wurde der 4. Abteilung zugeteilt. Diese trat mit Beschluss vom 11. Mai 2015 auf die Klage nicht ein, weil sie die sachliche Zuständigkeit des Kollegialgerichts aufgrund des in der Klagebegründung angegebenen Streitwerts verneinte (Urk. 2/21/6). Auf die hiergegen erhobene Berufung trat das Obergericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 23. Juli 2015 nicht ein (Urk. 2/21/11). Bereits mit Eingabe vom 17. Juni 2015 hatten die Kläger die Klage zur Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich eingereicht (Urk. 2/1). Da in der Klageantwort vom 26. Oktober 2015 Widerklage erhoben und der Streitwert für Klage und Widerklage darin auf Fr. 750'000.– beziffert wurde (Urk. 2/25 S. 5), wurde das Verfahren in der Folge mit Verfügung des Einzelgerichts vom 21. Juni 2016 auf gemeinsamen Antrag der Parteien hin an die 4. Abteilung des Kollegialgerichts überwiesen (Urk. 1). Der detaillierte Verfahrensverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 67 S. 6 f.). Das das erstinstanzliche Verfahren abschliessende Urteil der Vorinstanz datiert vom 5. Juli 2018 (Urk. 62 = 67).

3. Mit Eingabe vom 14. September 2018 erhob die Beklagte fristgerecht Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil und stellte die eingangs aufgeführten Anträge (Urk. 66). Mit Verfügung vom 26. September 2018 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss von Fr. 25'750.– zu leisten (Urk. 69). Dieser Vorschuss ging innert Frist bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 70). Mit Verfügung vom 11. Oktober 2018 wurde den Klägern Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 71). Die rechtzeitig erstattete Berufungsantwort datiert vom 19. November 2018 (Urk. 72). Mit Verfügung vom 17. April 2019 wurde die Berufungsantwort der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt und ihr Frist angesetzt, um zu den von der Berufungsbeklagten neu eingereichten Unterlagen und neu aufgestellten Behauptungen Stellung zu nehmen (Urk. 74). Dies tat die Beklagte innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 20. Mai 2019 (Urk. 75; Urk. 76).

4. Das Verfahren ist spruchreif.

III. Prozessuales

1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Berufung der Beklagten richtet sich gegen die Dispositivziffern 1 und 3 des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 66 S. 2). Gegen Dispositivziffer 2, womit die Vorinstanz auf Rechtsbegehren Ziffer 2 der Hauptklage nicht eintrat, wurde somit keine Berufung erhoben, weshalb diese Dispositivziffer in Rechtskraft erwachsen ist, was vorab mittels Beschluss festzustellen ist. Zu den Dispositivziffern 4-8, womit die Vorinstanz die Kosten- und Entschädigungsfolgen ihres Verfahrens regelte, stellte die Beklagte ebenfalls keine abweichenden Anträge. Hinsichtlich dieser Kosten- und Entschädigungsfolgen erfolgt indessen keine Vormerknahme der (Teil-)Rechtskraft (vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO).

2. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis über die Streit Sache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungs begründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er an ficht, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht. Es genügt nicht, lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragene Vorbringen zu verweisen, auf frühere Prozesshandlungen hinzuweisen oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise zu kritisieren (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Insbesondere hat der Berufungskläger mittels präziser Verweisungen auf die Ausführungen vor Vorinstanz aufzuzeigen, wo die massgeblichen Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden vorgetragen und auch Beweisanträge gestellt wurden. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzu-

stellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest, solange ein Mangel nicht geradezu offensichtlich ist (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3).

3. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel – resp. über den insoweit zu engen Wortlaut hinaus neue Tatsachenbehauptungen, neue Bestreitungen von Tatsachenbehauptungen, neue Einreden (rechtlicher Art) und neue Beweismittel (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 31) – nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch zulässig resp. zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber für das Berufungsverfahren ein Novenrecht statuiert, das nur unter restriktiven Voraussetzungen ausnahmsweise Noven zulässt. Der ZPO liegt die Idee zugrunde, dass alle Tatsachen und Beweismittel in erster Instanz vorzubringen sind und der Prozess vor dem erstinstanzlichen Richter grundsätzlich abschliessend zu führen ist. Das Berufungsverfahren dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGer 4A_619/2015 vom 25. Mai 2016, E. 2.2.2 m.w.H.). Jede Partei, welche neue Tatsachen geltend macht oder neue Beweismittel benennt, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für die Zulässigkeit der Noven. Sie muss zusätzlich Behauptungen aufstellen und Beweise benennen, aus denen sich ergibt, dass sie umsichtig und sorgfältig gehandelt hat, aber dennoch keine frühere Kenntnis von den neu vorgebrachten Tatsachen und Behauptungen oder Beweismitteln hatte. Der anderen Partei steht der Gegenbeweis offen (vgl. zum Ganzen auch BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1 m.w.H.).

4.1. Die Beklagte macht geltend, dass entgegen der vorinstanzlichen Sachverhaltserstellung die Grundstücke der Kläger 5-8 ihrer Parzelle Kat.-Nr. 2 nicht be-

nachbart und diese durch den Neubau auch nicht betroffen seien. Die im vorliegenden Verfahren umstrittene äussere Gestaltung des geplanten Neubaus erzeuge weder ästhetische noch immissionsmässige Auswirkungen auf die Grundstücke und Gebäude der Kläger 5-8. Der blosse Umstand, dass alle Grundstücke aus der am 23. Dezember 1954 errichteten Dienstbarkeit SP Art. 3 gegenseitig berechtigt und verpflichtet seien, könne ein aktuelles tatsächliches Rechtsschutzinteresse gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO nicht begründen. Auf die Klage der Kläger 5-8 hätte daher nicht eingetreten werden dürfen (Urk. 66 S. 4).

4.2. Die Kläger widersprechen dieser Ansicht. Bei Unterlassungsklagen, worum es sich auch bei der erhobenen Besitzschutz- bzw. Dienstbarkeitsklage handle, müsse zur Bejahung des Rechtsschutzinteresses die Gefahr einer Verletzung drohen, das Verhalten der Gegenpartei die künftige Rechtsverletzung also ernsthaft befürchten lassen. Vorliegend sei die Gefahr der Realisierung des Bauvorhabens ohne Weiteres gegeben. Die Beklagte sei im Besitz einer rechtskräftigen Baubewilligung für das Neubauvorhaben auf ihrem Grundstück. Ohne Erhebung einer Klage durch die Kläger bestehe die Gefahr, dass dieses Bauvorhaben realisiert würde, obwohl es gegen die Dienstbarkeit SP Art. 3 verstosse. Die Kläger seien direkt betroffen, weil sie als Eigentümer der mit der fraglichen Dienstbarkeit belasteten Grundstücke an der Dienstbarkeit berechtigt und verpflichtet seien. Auf die direkte Nachbarschaft zum Grundstück komme es nicht an (Urk. 72 Rz. 5).

4.3. Bei der Frage, ob eine Partei ein schutzwürdiges Interesse an einer Klage hat, handelt es sich gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO um eine Prozessvoraussetzung. Nach Art. 60 ZPO hat das Gericht von Amtes wegen zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Die Vorinstanz hat sich zum Rechtsschutzinteresse der Kläger nur im Zusammenhang mit Rechtsbegehren Ziff. 2 der Hauptklage geäussert, auf das sie in der Folge nicht eintrat und das nicht Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens ist. Bezüglich Rechtsbegehren Ziff. 1 der Hauptklage ging die Vorinstanz demgegenüber offensichtlich vom Bestehen eines Rechtsschutzinteresses aller Kläger aus. Dies zu Recht. Vorliegend ist, wie die Kläger zutreffend darlegen, nicht entscheidend, ob die Grundstücke der Kläger direkt benachbart sind, sondern ob das Bauvorhaben der Beklagten gegen die

Dienstbarkeit SP Art. 3 verstösst und den Klägern dadurch eine Verletzung ihrer Rechte droht. Dass die Grundstücke aller Kläger aus der fraglichen Dienstbarkeit berechtigt sind, wird von der Beklagten nicht in Abrede gestellt. Zudem kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Beklagte ihr Bauvorhaben verwirklichen will. Damit lag vor Vorinstanz bei allen Klägern ein schutzwürdiges Interesse vor, weshalb die Vorinstanz zu Recht (auch) mit Bezug auf die Kläger 5-8 auf die Klage eingetreten ist. Nachdem das erstinstanzliche Urteil ergangen war, hat die Klägerin 8 ihr Grundstück veräussert (Urk. 72 Rz. 2). Demzufolge stellt sich die Frage, ob die Klägerin 8 nach wie vor aktivlegitimiert ist. Diese Frage ist indes materiell-rechtlicher Natur und wird nachfolgend unter Erw. IV./A.1. zu prüfen sein.

5.1. In prozessualer Hinsicht rügt die Beklagte ferner, dass in Verletzung von Art. 154 ZPO vor der Durchführung des Augenscheins keine Beweisverfügung ergangen sei mit der Umschreibung des Beweisthemas und Angaben zur Beweislast (Urk. 66 S. 6).

5.2. Die Kläger machen geltend, das Gericht könne, insbesondere in einfachen Fällen, auf eine Beweisverfügung verzichten. Vorliegend liege ein einfacher Fall vor (Urk. 72 Rz. 42).

5.3. Nach Durchführung der Hauptverhandlung ordnete die Vorinstanz mit Beschluss vom 12. März 2018 die Durchführung eines Augenscheins auf den Grundstücken der Parteien an und delegierte dessen Durchführung an den Referenten (Urk. 45). Zur Begründung wurde im Beschluss unter Hinweis auf Art. 181 Abs. 1 ZPO ausgeführt, dass ein Augenschein *zum besseren Verständnis des Sachverhalts* durchgeführt werden könne und dies von beiden Parteien beantragt werde (Urk. 45 S. 2).

5.4. Gemäss Art. 181 Abs. 1 ZPO kann das Gericht zur unmittelbaren Wahrnehmung von Tatsachen oder zum besseren Verständnis des Sachverhaltes auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen einen Augenschein durchführen. Der Augenschein ist nicht nur Beweismittel. Er kann dem Gericht auch als Informationsmittel dienen, etwa wenn zum besseren Verständnis der (allenfalls auch nicht streitigen) Parteivorbringen die genaue Kenntnis der tatsächlichen Umstände er-

forderlich erscheint. Deshalb sieht das Gesetz vor, dass das Gericht den Augenschein auch von Amtes wegen anordnen kann. Aufgrund seiner Doppelnatur als Informations- und Beweismittel kann der Augenschein bereits in einem frühen Prozessstadium sinnvoll sein, allenfalls auch schon vor der Hauptverhandlung (vgl. BSK ZPO-Dolge, Art. 181 N 2 und 4). In der Literatur wird die Meinung vertreten, auf den Erlass einer Beweisverfügung könne jedenfalls unter bestimmten Umständen verzichtet werden (BSK ZPO-Guyan, Art. 154 N 13; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 2013, § 18 N 140a). Eine andere Lehrmeinung geht dahin, dass ein Verzicht zwar nicht möglich sei, wohl aber eine dem konkreten Fall angepasste Beweisverfügung (ZK ZPO-Hasenböhler, Art. 154 N 33). Art. 154 ZPO ist nicht auf alle Beweisabnahmen zugeschnitten (BSK ZPO-Guyan, Art. 154 N 13). Jedenfalls setzt eine Beweisabnahme nach dieser Bestimmung einen Beweisgegenstand nach Art. 150 ZPO voraus, d.h. (i.d.R.) eine streitige bzw. feststellungsbedürftige relevante Tatsachendarstellung (BSK ZPO-Guyan, Art. 154 N 13a). Beim Augenschein zum besseren Verständnis des Sachverhalts kann der Erlass einer Beweisverfügung streng nach den Vorgaben von Art. 154 ZPO schon deshalb nicht zwingend sein, weil dieser Augenschein auch bei unstrittigen Verhältnissen und von Amtes wegen angeordnet werden kann. Gemäss den wiedergegebenen Erwägungen im Beschluss vom 12. März 2018 wurde der Augenschein vorliegend genau zu diesem Zweck angeordnet und diente somit als Informationsmittel des Gerichts. Die Beklagte selbst argumentiert denn auch, dass am Augenschein lediglich eine Bestandesaufnahme erfolgt sei (Urk. 66 S. 6). Der Erlass einer vollumfänglich den Vorgaben von Art. 154 ZPO entsprechenden Beweisverfügung war damit entbehrlich.

6.1. Die Beklagte macht sodann geltend, die für die Gesamtwürdigung des Einzelfalles massgeblichen Umstände seien von den Klägern in Verletzung von Art. 55 Abs. 1 und Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO nicht dargetan und ordnungsgemäss behauptet worden. Sie hätten es bei der Aufzählung von Merkmalen, die nicht vorhanden sein dürften resp. vorhanden sein müssten, bewenden lassen. Konkret hätten die Kläger einzig behauptet, dass der Balkon teilweise betoniert sei und deshalb massiv wirke. Die für die Gesamtwürdigung des Einzelfalles massgebli-

chen Umstände würden im zivilgerichtlichen Verfahren nicht von Amtes wegen ermittelt. Die Ermittlung der für die Gesamtwürdigung massgeblichen Umstände bilde entgegen Erw. IV.7.a des angefochtenen Urteils nicht Bestandteil der Rechtsanwendung von Amtes wegen. Mangels ausreichender Behauptungen der beweisbelasteten Partei könne das Zivilgericht nicht von sich aus die sachverhaltserheblichen Umstände ermitteln, die eine Rechtsanwendung von Amtes wegen erst erlaubten (Urk. 66 S. 6; vgl. auch Urk. 66 S. 7 f.).

6.2. Soweit sich die dargelegte Kritik der Beklagten auf die protokollierten Ergebnisse des Augenscheins zum besseren Verständnis des Sachverhalts bezieht, ist ihr zu entgegnen, dass dieser namentlich für Situationen gedacht ist, in denen sich das Gericht anhand eigener optischer Wahrnehmungen ein genaueres Bild über den Sachverhalt verschaffen will, wie dies hier offenkundig der Fall war. Vorliegend kommt hinzu, dass gemäss Beschluss vom 12. März 2018 beide Parteien (gemeint: die Kläger einerseits und die Beklagte andererseits) einen Augenschein zum besseren Verständnis des Sachverhalts im Sinne von Art. 181 Abs. 1 ZPO beantragten (Urk. 45 S. 2) und die Beklagte nicht geltend macht, dies sei nicht der Fall gewesen. Es versteht sich von selbst, dass die ordnungsgemäss protokollierten Ergebnisse des Augenscheins anschliessend von der Vorinstanz verwertet werden durften. Im Übrigen hielt die Vorinstanz in Erw. IV.7.a, nachdem sie zuvor auf die Unterschiede zwischen den öffentlich-rechtlichen Einordnungsvorschriften einerseits und dem Inhalt der vorliegend zu beurteilenden Dienstbarkeit andererseits eingegangen war, fest, dass sie mit eigenen Erwägungen und anhand einer Gesamtwürdigung aller Umstände des vorliegenden Einzelfalles zu prüfen habe, ob das Bauprojekt der Beklagten den Siedlungscharakter verändern oder stören würde. Diese Würdigung stelle Rechtsanwendung dar und habe insofern von Amtes wegen zu erfolgen (Urk. 67 S. 19). Die Vorinstanz erklärte damit nicht, dass sie den Sachverhalt von Amtes wegen erforsche, und die Beklagte zeigt im Übrigen in ihrer Berufungsschrift auch nicht auf, dass resp. wo die Vorinstanz dies getan hätte. Sollte dies der Fall sein, hätte die Beklagte deshalb ihre Rügeobliegenheit verletzt. Abgesehen davon haben die Kläger in ihrer Klagebegründung und Replik konkret den Balkon, die Fenster, das Fehlen von Fensterläden und die Dachgestaltung des geplanten Neubaus als dem Siedlungscharakter widerspre-

chend kritisiert (Urk. 2/1 Rz. 30 f. und Rz. 48; Urk. 12 Rz. 92 ff.), also genau jene Merkmale, auf welche die Vorinstanz bei ihrer Beurteilung massgeblich abstellte (Urk. 67 S. 22 f.; dazu nachfolgend unter Erw. IV./A.2.5.). Auf die Rüge der Beklagten ist daher nicht weiter einzugehen.

7. Die Eingabe der Beklagten vom 20. Mai 2019, in der diese beantragt, dass die Klage der Klägerin 8 abzuweisen sei, soweit die neuen Eigentümer des Grundstücks Kat.-Nr. 12 nicht in den Prozess eintreten (Urk. 76 S. 2; dazu nachfolgend unter Erw. IV./A.1.), und die im Übrigen keine Ausführungen enthält, welche sich zu Ungunsten der Kläger auswirken, ist den Klägern mit dem vorliegenden Endentscheid zur Kenntnis zu bringen.

8. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-65). Auf die Parteivorbringen ist nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist.

IV. Materielles

A. Hauptklage

1.1. Wie bereits angesprochen wurde, wurde in der Berufungsantwort dargetan, dass die Klägerin 8 ihr Grundstück Kat.-Nr. 12 am 23. Oktober 2018 an die Ehegatten L. _____ und M. _____ zu je ½ Miteigentum verkauft habe. Gemäss den Ausführungen der Kläger wurde in Ziff. 1 des Kaufvertrages festgehalten, dass die Eigentumsübertragung zwischen dem 26. und dem 30. November 2018 stattfinde (Urk. 72 Rz. 2). Dies ist ein zu berücksichtigendes echtes Novum (vgl. Erw. III./3.).

1.2. Gemäss Art. 83 Abs. 1 ZPO kann, wenn das Streitobjekt während des Prozesses veräussert wird, der Erwerber oder die Erwerberin an die Stelle der veräussernden Partei in den Prozess eintreten. Streng genommen wurde vorliegend nicht das Streitobjekt als solches veräussert, sondern eines der von der Grunddienstbarkeit betroffenen Grundstücke. Der Streitgegenstand, auf den sich Art. 83 Abs. 1 ZPO bezieht, ist aber weit zu fassen und erfasst auch eine Sache, an welcher ein beschränktes dingliches Recht geltend gemacht wird (BSK ZPO-Graber, Art. 83 N 5 unter Verweis auf Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 49 N 1).

1.3. Die neuen Eigentümer des fraglichen Grundstücks treten nach Art. 83 Abs. 1 ZPO nicht automatisch in den Prozess ein, sondern müssen ihren Eintritt erklären. Dies ist vorliegend nicht geschehen, weshalb diesbezüglich kein Handlungsbedarf besteht. Insbesondere hat das Gericht nicht von sich aus tätig zu werden (vgl. BSK ZPO-Graber, Art. 83 N 19).

1.4. Da der gemäss den Ausführungen der Kläger für die Eigentumsübertragung vereinbarte Zeitraum verstrichen ist, ist mit den Parteien (Urk. 72 Rz. 2; Urk. 76 S. 2) davon auszugehen, dass die Klägerin 8 im heutigen Zeitpunkt weder hinsichtlich der Dienstbarkeits- noch hinsichtlich der Besitzschutzklage aktivlegitimiert ist, weshalb ihre Klage ohne Weiteres abzuweisen ist.

2.1. Die Vorinstanz hiess die Hauptklage insoweit gut, als sie der Beklagten im Sinne von Rechtsbegehren Ziff. 1 unter der Strafandrohung nach Art. 292 StGB

(Busse bis Fr. 10'000.–) verbot, das Bauvorhaben gemäss Baubewilligung 1 der Bausektion des Stadtrates der Stadt Zürich vom 20. August 2013 auf dem Grundstück Kat.-Nr. 2 zu realisieren (Urk. 67 S. 25, Dispositivziffer 1).

2.2. Zur Begründung des von ihr ausgesprochenen Verbots stellte die Vorinstanz zunächst fest, dass die Dienstbarkeit auch auf Ersatzneubauten anwendbar sei und solche den Charakter der Siedlung weder verändern noch stören dürften, was von der Beklagten erstinstanzlich bestritten worden war (Urk. 67 S. 10-13). Einen bestimmten Anforderungskatalog enthalte die Dienstbarkeit jedoch – entgegen der Ansicht der Kläger – nicht. Ob eine Baute den Siedlungscharakter störe, sei daher anhand einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles zu prüfen (Urk. 67 S. 13 f.). Sodann widersprach sie der Ansicht der Beklagten, wenn deren Bauvorhaben den positiven Anforderungen von § 238 Abs. 1 PBG entspreche und zumindest eine befriedigende Gesamtwirkung für sich als auch für die bauliche und landschaftliche Umgebung erreiche, sei von vornherein ausgeschlossen, dass eine negative Veränderung oder Störung des Siedlungsbildes vorliege. Zwar sei richtig, dass die kommunale Baubehörde, das Baurekursgericht und das Verwaltungsgericht die in § 238 Abs. 1 PBG umschriebenen Voraussetzungen als erfüllt angesehen hätten. Die beiden verwaltungsrechtlichen Instanzen hätten indes die baurechtlichen Einordnungsvoraussetzungen nicht nur vor dem Hintergrund der Siedlung K.____-Strasse 1–39 beurteilt, sondern der weiteren baulichen Umgebung massgebliches Gewicht zugemessen. Auf die Argumente der Kläger, wonach die Ausgewogenheit und das Gleichmass der Siedlung K.____-Strasse beeinträchtigt werde, das Bauprojekt wuchtig wirke und die siedlungstypische Kleinmassstäblichkeit missachte, seien die verwaltungsrechtlichen Instanzen gar nicht erst eingegangen. Sie hätten die Konformität des beklagtischen Bauprojekts mit der hier interessierenden, privatrechtlichen Dienstbarkeit nicht geprüft und wären dafür gemäss § 1 VRG auch gar nicht kompetent gewesen. Sodann seien die baurechtlichen Einordnungsvoraussetzungen nach § 238 Abs. 1 PBG von der vorliegenden Baubeschränkungsdienstbarkeit zu unterscheiden. Sie seien nicht deckungsgleich und gingen auch nicht weit über diese hinaus. Der Meinung der Beklagten, damit, dass die Dienstbarkeit Veränderungen und Störungen des Charakters der Siedlung verbiete und demzufolge negativ formuliert sei, gehe sie

zwangsläufig weniger weit als die positive ästhetische Generalklausel von § 238 Abs. 1 PBG, hielt die Vorinstanz entgegen, dass für die Auslegung der Dienstbarkeit nicht die Praxis zum öffentlichen Baurecht massgebend sein könne. Entscheidend sei allein, wie das konkrete Servitutenprotokoll nach seinem Wortlaut und Zusammenhang sowie namentlich auf Grund der Bedürfnisse der beteiligten Grundstücke und mit Rücksicht auf Sinn und Zweck der Dienstbarkeit habe verstanden werden dürfen und müssen. Dadurch, dass nicht bloss Störungen, sondern auch Veränderungen des Siedlungscharakters verboten würden, werde der restriktive Charakter der Baubeschränkung betont. Insofern lasse sich entgegen der Beklagten nicht sagen, dass dem Veränderungsverbot neben dem Störungsverbot keine zusätzliche, selbständige Bedeutung zukomme. Für das Verständnis der Dienstbarkeit sei der Gesamteindruck entscheidend. Was Sinn und Zweck der Baubeschränkung anbelange, sei klar, dass diese die Erhaltung eines einheitlichen Siedlungsbilds bezwecke. Im Rahmen von § 238 Abs. 1 PBG könnten hingegen keine Angleichung einer Baute an ihre bauliche Umgebung oder gar architektonische Sonderleistungen gefordert werden. Diese Bestimmung erlaube in der Regel nicht, in einem Quartier eine einheitliche und gleichgeschaltete Überbauung durchzusetzen. Es sei somit nicht davon auszugehen, dass die Anforderungen von § 238 Abs. 1 PBG strenger seien als diejenigen der vorliegenden BaubeschränkungsDienstbarkeit. Hinzu kämen die unterschiedlichen Blickwinkel der Bestimmungen. Die öffentlich-rechtlichen Einordnungsvoraussetzungen würden sich auf die bauliche Umgebung unter Einbezug der weiteren Umgebung und der optischen Fernwirkung beziehen. Demgegenüber ziele die Dienstbarkeit nach dem Wortlaut des Servitutenprotokolls einzig auf "die Siedlung", womit nur die Siedlung K. _____-Strasse 1–39 gemeint sein könne, was sich schon daraus ergebe, dass nur diese Grundstücke an der Dienstbarkeit beteiligt seien. Dass der Siedlungscharakter unter Einbezug der weiteren baulichen Umgebung zu beurteilen wäre, ergebe sich weder aus dem Wortlaut des Servitutenprotokolls noch aus dem Zusammenhang. Es könne hier, wo es um die Bindungswirkung der Dienstbarkeit gehe, auch keine Rolle spielen, dass der Charakter der Siedlung durch Häuser in der Nachbarschaft "aufgeweicht" werde. Die Liegenschaft der Beklag-

ten befinde sich zwar am Rand der Siedlung K._____-Strasse. Trotzdem sei sie ein Teil davon und durch die fragliche Dienstbarkeit belastet (Urk. 67 S. 15-19).

2.3. Die Siedlung K._____-Strasse 1–39 bestehe aus 20 Einfamilienhauseinheiten. Im Mittelteil der Siedlung fänden sich zwei Reihen von je sechs aneinander gebauten, seitlich leicht gestaffelten Gebäuden. Westlich sei dieser Siedlungskern von insgesamt vier einzeln stehenden Häusern eingefasst; danach folge der N._____-Bach. Im Norden würden zwei Doppeleinfamilienhäuser die Siedlung zur K._____-Strasse abschliessen. Die vier einzeln stehenden Häuser verfügten lediglich über je ein Vollgeschoss und ein Dachgeschoss. Die übrigen Gebäude setzten sich aus je zwei Vollgeschossen und einem nicht ausgebauten Dachgeschoss zusammen. Sämtliche Gebäude hätten flache Satteldächer. Die hell verputzten Fassaden seien mit feinmassstäblichen Fenstern unterbrochen. Teilweise seien diese mit Fensterläden ausgestattet. Gewisse Gebäude verfügten über einen Balkon. Insgesamt könne – im Sinne einer ersten Würdigung – von einer kleinmassstäblichen Einfamilienhaussiedlung gesprochen werden. Die beiden Doppeleinfamilienhäuser und die zusammengebauten Einfamilienhauseinheiten im Mittelteil der Siedlung würden daran entgegen der Ansicht der Beklagten nichts ändern (Urk. 67 S. 19 f.). Der Kläger 3 habe sein Gebäude erweitert und auf der südlichen Dachfläche eine auffällige Solaranlage installiert. Andere Eigentümer hätten ihre Gebäude ebenfalls erweitert, und der Farbton der Fensterläden sei bei beinahe allen Gebäuden verändert worden. Offen sei noch ein Bauprojekt an der K._____-Strasse 11. Ob diese Veränderungen den Anforderungen der Dienstbarkeit genügten, brauche vorliegend nicht entschieden zu werden. Dass ihretwegen nicht mehr von einem einheitlichen Baustil gesprochen werden könne, treffe jedenfalls – entgegen der Ansicht der Beklagten – nicht zu. Entsprechendes habe auch das Verwaltungsgericht nicht festgestellt. Dessen Aussage zum fehlenden einheitlichen Baustil habe sich klarerweise auf die weitere bauliche Umgebung bezogen, von den zwei dominanten Wohnhochhäusern sowie der länglichen, dreigeschossigen Wohnzeile im Norden der Siedlung K._____-Strasse über das Flachdachgebäude im Süden bis zu den kubischen Mehrfamilienhäusern hinter dem N._____-Bach (Urk. 67 S. 20 f. unter Verweis auf Urk. 2/9/31 E. 3.5).

2.4. Der projektierte Ersatzneubau bestehe aus einem leicht verzogenen, vierseitig geknickten, rhombusähnlichen Hauptkörper mit einem allseitig zurückversetzten Attikaaufbau. Ein einseitig auskragender Balkon löse die südöstliche Gebäudecke leicht auf. Die Fassaden seien geprägt von Fenstern unterschiedlicher Grösse, wobei raumhohe Fenster dominierten. Der optische Eindruck sei geprägt von einer modernen, zeitgenössischen Architektur (Urk. 67 S. 21).

2.5. Es sei unbestritten, dass das Bauvorhaben der Beklagten im Vergleich zum bestehenden Einfamilienhaus eine deutlich grössere Grundfläche und Kubatur aufweise und damit eine dichtere Überbauung der Bauparzelle bewirken würde. Auch würde der Neubau höher – wenn auch nicht deutlich höher – ausfallen als sämtliche bisherigen Gebäude der Siedlung K. _____-Strasse 1–39. Dass das vorgesehene Bauvolumen sich, wie von der Beklagten geltend gemacht, nicht deutlich oder scharf von den benachbarten Wohnbauten abhebe, möge zutreffen. Das Bauvolumen sei aber nicht das einzige Kriterium. Immerhin wäre der Neubau das einzige Gebäude der Siedlung, das über drei ausgebaute Geschosse verfügen würde. Ob das Bauprojekt sich von seiner Umgebungsgestaltung her in das bestehende Siedlungsbild einordne, könne, da diese noch nicht feststehe, nicht abschliessend beurteilt werden. Zuzustimmen sei der Beklagten darin, dass der geplante, grosszügige Grünraum nicht zu beanstanden sei. Von der Nutzungsaufteilung her solle neu ein Mehrfamilienhaus mit drei übereinanderliegenden Wohneinheiten entstehen. Die bisherige Siedlung bestehe demgegenüber ausschliesslich aus Einfamilienhäusern, d.h. aus vertikal ausgerichteten Wohneinheiten, auch wenn die wenigsten von diesen freistehend seien. Zwar liege keine Baubeschränkung auf Einfamilienhäuser vor. Die Nutzungsaufteilung sei aber durchaus als ein Element der Siedlungscharakteristik zu betrachten. Was die Fassadengestaltung anbelange, hätten die Aussenwände zunächst in zwei unterschiedlichen Putzen sowie zwei verschiedenen, neutralen Grautönen gehalten werden sollen. Die kommunale Baubehörde habe insofern eine Anpassung gefordert und zwei (helle) Grautöne vorgeschlagen. Vor dem Hintergrund der unterschiedlich hell verputzten Fassaden der übrigen Gebäude der Siedlung wäre das angedachte Farbkonzept mit zwei (hellen) Grautönen für sich allein nicht zu beanstanden. Was die Fenster angehe, kämen in der Siedlung, insbesondere in den

Anbauten, auch vereinzelt grossflächigere Fenster vor. Beim Bauprojekt seien die grossflächigen, raumhohen Fenster aber durchgängig und würden das Erscheinungsbild prägen. Diese grossflächigen, raumhohen Fenster ohne Läden würden nicht ins Siedlungsbild passen. Daran ändere nichts, dass das Baurekursgericht diese nicht beanstandet habe und zum Schluss gekommen sei, dass deren Gröszenmasse sowie ihre Verteilung und Anordnung ein sorgfältig abgestimmtes Gesamtbild ergäben. Das Baurekursgericht habe sich dabei einzig auf die Gestaltung der Fassade und nicht auf deren Einordnung ins Siedlungsbild bezogen. Der einseitig auskragende Balkon verbleibe sodann grösstenteils innerhalb der Kubatur des Gebäudes und gleiche damit einer Loggia. Er unterscheide sich damit von den der Siedlung eigenen, klassischen Balkonen, die als offene Austritte aus der Wand hervorragten. Die Dachgestaltung schliesslich widerspreche der Siedlungscharakteristik grundlegend. Statt eines für die Siedlung durchgehend typischen Satteldachs sei ein Flachdach mit aufgesetztem Attikageschoss vorgesehen. Dass der Attikaaufbau zurückhaltend formuliert sei und sich dem Hauptkörper klar unterordne, ändere nichts am modernen und kubischen Erscheinungsbild des geplanten Ersatzneubaus. Das Projekt weise somit nicht nur etliche Eigenheiten auf, die sich von den bestehenden Häusern unterscheiden würden. Es stehe in seiner Gesamtheit für eine moderne, zeitgenössische Architektur. Die geplante Baute würde in das einheitliche Bild der älteren Siedlungsüberbauung eine neue Formensprache einführen. Sie würde gegenüber der bisherigen Ausgestaltung der Siedlung in störenden Widerspruch treten und sich geradezu aus dieser verabschieden. Im Sinne der hier zu beurteilenden Baubeschränkungsdienstbarkeit liege eine Störung beziehungsweise zumindest eine erhebliche Veränderung des Siedlungscharakters vor (Urk. 67 S. 22 f.).

2.6. Die Vorinstanz hiess die Dienstbarkeitsklage (*actio confessoria*) daher gut und verbot der Beklagten im Sinne von Rechtsbegehren Ziff. 1 der Kläger, das geplante Bauvorhaben zu realisieren. Antragsgemäss verband sie das Verbot mit der Strafandrohung nach Art. 292 StGB (Urk. 67 S. 23 und S. 25, Dispositivziffer 1). Die Kläger hatten ihre Klage auch auf Besitzerschutz gestützt (Urk. 2/1 Rz. 32 ff.; Urk. 12 Rz. 132 ff.). Darauf ging die Vorinstanz folgerichtig nicht mehr ein.

3.1.1. Die Beklagte lässt im Berufungsverfahren den noch vor Vorinstanz eingenommenen Standpunkt, die Dienstbarkeit finde auf ihr Neubauvorhaben von vornherein keine Anwendung, fallen (vgl. Urk. 66 S. 7). Neu macht sie geltend, die Dienstbarkeit weise einen widerrechtlichen Inhalt auf und sei daher insofern nichtig. Weil die Dienstbarkeit weniger weit gehe als die kantonalrechtliche Vorschrift von § 238 PBG, würde heute ihr Eintrag in das Grundbuch verweigert. Durch Dienstbarkeiten könnten und dürften die zwingenden öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen nicht abgeändert werden (Urk. 66 S. 9 unter Verweis auf Art. 680 Abs. 3 ZGB; vgl. auch Urk. 66 S. 14).

3.1.2. Die Kläger bestreiten die Ausführungen der Beklagten. Es treffe zu, dass Unterlassungspflichten, die dem Grundeigentümer durch gesetzliche Vorschriften auferlegt seien, nicht zum Gegenstand einer Dienstbarkeit gemacht werden könnten. Die Dienstbarkeit und § 238 Abs. 1 PBG hätten aber unterschiedliche Blickwinkel. Der Inhalt der Dienstbarkeit sei daher nicht von § 238 PBG erfasst (Urk. 72 Rz. 51).

3.1.3. Gemäss Art. 680 Abs. 3 ZGB ist die Aufhebung oder Abänderung von Eigentumsbeschränkungen öffentlich-rechtlichen Charakters ausgeschlossen. Deshalb ist ein Dienstbarkeitsvertrag, welcher eine in einer zwingenden Bestimmung festgelegte Eigentumsbeschränkung aufhebt oder vermindert, wegen seines widerrechtlichen Inhalts nichtig im Sinne von Art. 20 OR (BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 680 N 30). Dass und wo die Beklagte schon vor Vorinstanz behauptet hatte, dass die Dienstbarkeit nichtig sei, legt sie nicht dar. Die Nichtigkeit betrifft indes eine Rechtsfrage. Neue rechtliche Argumente sind keine Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO und können im Berufungsverfahren unbeschränkt vorgebracht werden, solange sie sich nicht auf unzulässige neue Tatsachen stützen (vgl. BGer 4A_519/2011 vom 28. November 2011, E. 2.1). Insofern kann die Nichtigkeit eines Vertrages jederzeit geltend gemacht werden und ist überdies von Amtes wegen zu beachten (statt vieler BSK OR I-Huguenin/Meise, Art. 20 N 70, mit Hinweisen). Auf die diesbezügliche Argumentation ist deshalb dennoch einzugehen. Sie ist allerdings nicht stichhaltig. Vorliegend liegt nämlich kein Dienstbarkeitsvertrag vor, der eine in einer zwingenden Bestimmung festgelegte Eigen-

tumsbeschränkung aufhebt oder vermindert. Vielmehr steht das genaue Gegenteil zur Diskussion: Das Bauvorhaben entspricht gemäss den verwaltungsrechtlichen Instanzen den Vorgaben von § 238 PBG, soll aber gemäss den Klägern dennoch gegen die Dienstbarkeit verstossen. Damit ist kein Anwendungsfall von Art. 680 Abs. 3 ZGB gegeben. In den von der Beklagten angeführten Literaturstellen (Urk. 66 S. 9) wird denn auch nichts festgehalten, was für ihre Argumentation sprechen würde. Auf die diesbezüglichen Ausführungen der Beklagten ist daher nicht weiter einzugehen.

3.1.4. Die auf § 238 PBG gestützte Argumentation der Beklagten (Urk. 66 S. 7 ff.) geht aber auch sonst an der Sache vorbei. Entgegen ihrer im Berufungsverfahren wiederholten Ansicht trifft nicht zu, dass bei einem Bauvorhaben, das den positiven Anforderungen von § 238 Abs. 1 PBG entspricht und zumindest eine befriedigende Gesamtwirkung für sich wie auch für die bauliche und landschaftliche Umgebung erreicht, das Vorliegen einer negativen Veränderung oder Störung des Siedlungsbildes von vornherein ausgeschlossen ist (vgl. Urk. 66 S. 9 f.). Die Vorinstanz hat ausführlich und zutreffend dargelegt, aus welchen Gründen der diesbezüglichen Argumentation der Beklagten nicht gefolgt werden kann; auf ihre Erwägungen (Urk. 67 S. 17 ff.) kann vollumfänglich verwiesen werden. Hervorzuheben ist, dass, wie auch die Kläger in ihrer Berufungsantwortschrift darlegen (Urk. 72 Rz. 52), die Rechtsprechung zu § 238 PBG vorliegend nicht relevant ist, sondern einzig entscheidend ist, wie das konkrete Servitutenprotokoll nach seinem Wortlaut und Zusammenhang sowie namentlich aufgrund der Bedürfnisse der beteiligten Grundstücke und mit Rücksicht auf Sinn und Zweck der Dienstbarkeit verstanden werden durfte und musste (Urk. 67 S. 18). Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt und von der Beklagten auch grundsätzlich nicht in Frage gestellt wird, ist Zweck der streitgegenständlichen Baubeschränkung die Erhaltung eines einheitlichen Siedlungsbildes, was dadurch erreicht werden soll, dass Störungen und Veränderungen des Siedlungscharakters verboten werden (Urk. 67 S. 13 und S. 18). Es ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass im Rahmen von § 238 Abs. 1 PBG dagegen keine Angleichung einer Baute an ihre bauliche Umgebung oder gar architektonische Sonderleistungen gefordert werden können und die Bestimmung in der Regel nicht erlaubt, in einem Quartier eine einheitliche und gleichge-

schaltete Überbauung durchzusetzen (Urk. 67 S. 19 mit Hinweis). Die Vorinstanz hat zudem – entgegen der Ansicht der Beklagten (Urk. 66 S. 16) – zu Recht auf die unterschiedlichen Blickwinkel der Bestimmungen hingewiesen. Es trifft zu, dass die öffentlich-rechtlichen Einordnungsvoraussetzungen sich auf die bauliche Umgebung unter Einbezug der weiteren Umgebung und der optischen Fernwirkung beziehen, während die in Frage stehende Dienstbarkeit nach dem Wortlaut des Servitutenprotokolls einzig auf "die Siedlung" zielt und damit nur die Siedlung K._____-Strasse 1-39 gemeint sein kann; auch diesbezüglich sind die Erwägungen der Vorinstanz nicht zu beanstanden (Urk. 67 S. 18 f.). Entgegen der Ansicht der Beklagten (Urk. 66 S. 16) ist § 238 Abs. 1 PBG insoweit nicht "strenger" als die vorliegende Baubeschränkungsdienstbarkeit, sondern *anders*. Wie die Kläger richtig ausführen, sind die ästhetischen Qualitäten (gemeint: des geplanten Ersatzbaus) daher bei der vorliegenden Dienstbarkeit nicht allein massgeblich (Urk. 72 Rz. 61). Im Übrigen ist entgegen der Darstellung der Beklagten unrichtig, dass die verwaltungsrechtlichen Instanzen ausdrücklich auch eine positive Einordnung in das Bild *der Siedlung* bestätigt hätten (so die Beklagte in Urk. 66 S. 16), abgesehen davon, dass die Beklagte nicht dartut, dass und wo sie diese Behauptung bereits vor Vorinstanz vorgebracht hätte, und damit nach dem unter Erw. III./2. Dargelegten ohnehin nicht zu hören ist. Vor dem gegebenen Hintergrund sind die Ausführungen der Beklagten zu den Erwägungen des Baurekursgerichts und des Verwaltungsgerichts daher auch irrelevant. Das Verwaltungsgericht hat auch nicht festgehalten, dass sich das Bauvorhaben positiv und befriedigend in die Bauten der Kläger und ihrer Nachbarn einordne (so die Beklagte: Urk. 66 S. 12), sondern stellte fest, dass das Projekt die Anforderungen von § 238 PBG erfüllt, wobei es bei seiner Beurteilung die weitere bauliche Umgebung, wozu insbesondere auch zwei dominante Wohnhochhäuser, eine längliche dreigeschossige Wohnzeile im Norden der Siedlung K._____-Strasse und kubische Mehrfamilienhäuser hinter dem N._____-Bach gehören, einbezog (Urk. 2/9/31 S. 9). Der Argumentation der Beklagten, wenn ihr Bauvorhaben sich gut, zumindest aber befriedigend in die von der Dienstbarkeit betroffene *Siedlung* einordne, sei es schlicht ausgeschlossen, dass es umgekehrt plötzlich die Gebäude der Kläger negativ stören könne (Urk. 66 S. 12), ist daher auch insoweit die Grundla-

ge entzogen. Schliesslich ist auch der Darstellung der Beklagten zu widersprechen, die Vorinstanz habe behauptet, dass sowohl das Baurekursgericht als auch das Verwaltungsgericht *in Missachtung des Anspruchs der Kläger auf rechtliches Gehör* auf deren Argumente, wonach die Ausgewogenheit und das Gleichmass der Siedlung K.____-Strasse beeinträchtigt werde, das Bauprojekt wuchtig wirke und die siedlungstypische Kleinmassstäblichkeit missachte, gar nicht erst eingegangen sei (Urk. 66 S. 10 und S. 12 f.; vgl. auch Urk. 66 S. 16). Die Vorinstanz hielt in diesem Zusammenhang vielmehr fest, dass die verwaltungsrechtlichen Instanzen aufgrund von § 1 VRG gar nicht kompetent gewesen wären, die Konformität des beklaglichen Bauprojekts mit der hier interessierenden, privatrechtlichen Dienstbarkeit zu prüfen (Urk. 67 S. 17; vgl. auch Urk. 67 S. 14 f.), was im Übrigen zutrifft. Der weiteren Argumentation der Beklagten, das zivilrechtliche Verfahren könne nicht der Ort sein, um angebliche Mängel der verwaltungsrechtlichen Verfahren zu heilen (Urk. 66 S. 10), ist damit ebenfalls die Grundlage entzogen.

3.2. Zu widersprechen ist der Beklagten ferner, soweit sie geltend macht, die Vorinstanz habe behauptet, dass jegliche Veränderung verboten sei (vgl. Urk. 66 S. 15). Die Vorinstanz hat festgehalten, dass gemäss der Dienstbarkeit *der Charakter der Siedlung K.____-Strasse 1-39 zu erhalten sei* resp. der Siedlungscharakter weder verändert noch gestört werden dürfe. Dabei gehe die Dienstbarkeit relativ weit, da sogar Änderungen am Farbton der Fassaden, an den Fensterläden oder an der Umgebung von der Baubeschränkung *betroffen* seien (vgl. Urk. 67 S. 13). Damit brachte sie zum Ausdruck, dass gemäss der Dienstbarkeit auch der Farbton der Fassaden, die Fensterläden oder die Umgebungsgestaltung den Siedlungscharakter weder verändern noch stören dürfen. Dies ist indes nicht einem Verbot jeglicher Änderung gleichzusetzen. Die Vorinstanz ging somit keineswegs davon aus, dass alle Gebäude der Siedlung einheitlich die gleiche Fassadestruktur mit der gleichen Farbe, gleich grossen Fenstern, gleichen Fensterläden und gleichen Balkonen sowie die gleiche Dachform aufweisen müssten (vgl. das Vorbringen der Beklagten in Urk. 66 S. 15). Auch aus der von der Beklagten weiter angeführten Erw. IV./6.f des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 67 S. 17) ergibt sich nichts Entsprechendes. Auf die weiteren Ausführungen der Beklagten in die-

sem Zusammenhang (vgl. Urk. 66 S. 15) braucht daher nicht eingegangen zu werden.

3.3. Die Beklagte macht sodann geltend, dass die Zivilgerichte (nur) an rechtskräftige Entscheide der öffentlich-rechtlichen Instanzen gebunden seien, weshalb der rechtskräftige Abschluss des Baubewilligungsverfahrens entgegen der Ansicht der Vorinstanz von Bedeutung sei (Urk. 66 S. 13). Wie die Kläger zutreffend ausführen (Urk. 72 Rz. 53 f.), wäre dies indes nur der Fall, wenn die verwaltungsrechtlichen Instanzen bereits über den Streitgegenstand entschieden hätten. Dies ist, wie die Vorinstanz korrekt festhielt (Urk. 67 S. 17), nicht der Fall und wird auch von der Beklagten nicht behauptet (vgl. Urk. 66 S. 13). Die Vorinstanz hat, wie bereits dargelegt wurde, zutreffend darauf hingewiesen, dass die verwaltungsrechtlichen Instanzen dafür gemäss § 1 VRG auch gar nicht zuständig gewesen wären (Urk. 67 S. 17). Abgesehen davon tut die Beklagte auch in diesem Zusammenhang nicht dar, dass und wo sie diese Behauptung bereits vor Vorinstanz vorgebracht hätte (vgl. vorne Erw. III./2.).

3.4.1. Sodann bringt die Beklagte vor, entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei die Lage ihrer Liegenschaft am Rand der von der Dienstbarkeit betroffenen Grundstücke nicht unerheblich. Dies sei selbstverständlich mit zu berücksichtigen. Weiter liege die Siedlung nicht fernab von weiteren Überbauungen, sondern mitten im Siedlungsgebiet der Stadt Zürich. Die bauliche Umgebung präge den Charakter der betroffenen Siedlung insgesamt mit. Auch insoweit widerspreche ein Ausschluss der baulichen Umgebung der Siedlung bei der gestalterischen Beurteilung der von der Vorinstanz ansonsten geforderten Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände (Urk. 66 S. 16 f.).

3.4.2. Auch dieser Argumentation der Beklagten kann nicht gefolgt werden. Die Dienstbarkeit betrifft die Siedlung K'_____, und nur diese. Es kann daher nur die Charakteristik dieser Siedlung berücksichtigt werden; für den Einbezug der weiteren baulichen Umgebung oder der Fernwirkung besteht im vorliegenden Verfahren, wie die Kläger zutreffend ausführen (Urk. 72 Rz. 65 und 67), kein Raum.

3.5.1. Weiter macht die Beklagte geltend, dass die Nutzungsaufteilung ein Element der Siedlungscharakteristik sei, treffe nicht zu. Es sei unerheblich, ob die Zeilen-, Doppel- und alleinstehenden Häuser jeweils durch eine Familie, mehrere Familien oder Einzelpersonen pro Gebäude oder pro Zimmer einer Baute bewohnt würden. Dies sei an ihrer äusseren Gestaltung, auf die es hier allein ankomme, nicht ablesbar. Es liege denn auch keine Dienstbarkeit vor, die nur die Erstellung von Gebäuden zulassen würde, die nur von einer Familie (allenfalls unter Einschluss einer Einliegerwohnung) genutzt werden dürften. Daher sei entgegen dem angefochtenen Entscheid nicht von Bedeutung, dass die Beklagte das bestehende Gebäude auf ihrem Grundstück durch ein Haus mit drei Wohnungen ersetzen wolle (Urk. 66 S. 5; vgl. auch Urk. 66 S. 20).

3.5.2. Die Kläger bestreiten die Ausführungen der Beklagten. Die Dienstbarkeit bezwecke, die Einheitlichkeit der "Siedlung K'._____", die als kleinmassstäbliche Einfamilienhaussiedlung charakterisiert werde, zu wahren. Wenn neu auch Mehrfamilienhäuser zugelassen würden, würde die Einheitlichkeit durchbrochen und der Charakter der Siedlung gefährdet (Urk. 72 Rz. 37).

3.5.3. Die von der Beklagten mit vorstehender Argumentation gerügte vorinstanzliche Erwägung, dass die Nutzungsaufteilung durchaus als ein Element der Siedlungscharakteristik zu betrachten sei (Urk. 67 S. 22), ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Dabei ist vorliegend weniger entscheidend, wie viele Personen resp. Personeneinheiten eine Liegenschaft bewohnen, als ob der Neubau von aussen betrachtet als Mehrfamilienhaus wahrgenommen wird und dies im Widerspruch steht zur heutigen Siedlung. Dies ist beim von der Beklagten geplanten Neubau ohne Weiteres der Fall. Nur schon aufgrund seiner Kubatur drängt sich der Schluss auf, dass dieser aus mehreren Einheiten besteht. Dies wird durch die drei separaten Aussenbereiche (Gartensitzplatz im Erdgeschoss, Loggia-artiger Balkon im 1. Obergeschoss, um den Attikaaufbau herumführende Terrasse im Attikageschoss) bestätigt. Die Anordnung und Gestaltung der Aussenbereiche und auch der Fenster erweckt den Eindruck, dass es sich um drei horizontal ausgerichtete Wohneinheiten und demzufolge um das handelt, was gemeinhin unter einem "Mehrfamilienhaus" verstanden wird. Dass der Eindruck, es handle sich um

drei horizontal ausgerichtete Wohneinheiten, nicht ganz zutrifft, weil die beiden Fünzfimmereinheiten als Maisonette-Wohnungen je auf zwei Stockwerke (Erdgeschoss/1. Obergeschoss sowie 1. Obergeschoss/Attikageschoss) verteilt sind, ist unerheblich, da sich diese Einteilung von aussen her betrachtet nicht aufdrängt. Demgegenüber ist bei den Bauten der bestehenden Siedlung nur schon aufgrund der Haustüren, die jeder Einheit gesondert zugeordnet werden können, sowie der Befensterung klar, dass es sich um vertikal ausgerichtete Einfamilienhäuser handelt, wenngleich diese grösstenteils nicht freistehend sind und die Kubatur jedenfalls der zwei Einfamilienhausreihen diejenige des geplanten Neubaus übersteigt. Bei den angebauten Einfamilienhäusern findet überdies durch die seitliche Staffe- lung praktisch aller Einheiten eine Verstärkung dieser Wahrnehmung statt. Die Argumentation der Beklagten, optisch-konkret würden diese zwei Hausreihen als grosse Gebäudekomplexe wirken, auch wenn sie rein gedanklich-abstrakt in kleinmassstäbliche Einzelelemente aufgespalten werden könnten (Urk. 66 S. 17), greift daher zu kurz. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist demzufolge erheb- lich, dass das bestehende Gebäude, ein freistehendes Einfamilienhaus, durch ein Haus mit drei Wohnungen ersetzt werden soll.

3.6. Unerheblich ist, ob die bereits vorgenommenen und neu vorgesehenen An- bauten an anderen Gebäuden der Siedlung der Typologie der Siedlung wider- sprechen (so die Beklagte in Urk. 66 S. 17) – dies ist nicht Thema des vorliegen- den Verfahrens und braucht daher nicht beurteilt zu werden. Sodann hat die Vor- instanz in Erw. IV./7.b und IV./7.f (Urk. 67 S. 19 f. und S. 22) nicht argumentiert, der Grundriss resp. die Grundfläche des Bauvorhabens der Beklagten würde die Kleinmassstäblichkeit der einzelnen Gebäude der Siedlung sprengen, weshalb die diesbezüglichen Vorbringen der Beklagten (Urk. 66 S. 17; vgl. auch Urk. 76 S. 3) unbeachtlich sind. Die Beklagte macht ferner geltend, die Beurteilung der Vorinstanz, das Bauvorhaben weise eine "moderne, zeitgenössische Architektur" auf, die den Siedlungscharakter im Sinne der Dienstbarkeit störe, treffe nicht zu (Urk. 66 S. 3), begründet dies indessen, soweit die Bezeichnung als "moderne, zeitgenössische Architektur" betreffend, nicht weiter. An anderer Stelle führt sie denn auch aus, die Dienstbarkeit enthalte kein Verbot einer "modernen, zeitge- nössischen Architektur"; ein Widerspruch zu den gestalterischen Anforderungen

der Dienstbarkeit sei nicht ersichtlich, geschweige denn nachgewiesen. Es müsste dargelegt und nachgewiesen werden, dass die behauptete moderne, zeitgenössische Architektur im vorliegend konkreten Einzelfall zu einem störenden Gegensatz führe, was im angefochtenen Urteil jedoch nicht der Fall sei und bei materieller Würdigung ohnehin nicht zutrefte (Urk. 66 S. 18). Die Vorinstanz hatte ausdrücklich die grossflächigen, raumhohen Fenster ohne Läden, den einseitig auskragenden, Loggia-artigen Balkon und die Dachgestaltung des geplanten Neubaus als nicht in das Siedlungsbild passend bezeichnet (Urk. 67 S. 22 f.; vgl. vorne Erw. IV./A.2.5.). Was die Beklagte dagegen vorbringt, überzeugt nicht. Ihre Argumentation, die Zeilenhausbauten der Siedlung würden nur Estrichgeschosse mit keinem oder nur geringem Kniestock sowie flachen Satteldächern aufweisen, weshalb, wenn diese weggelassen würden, ein Gebäude mit Flachdach entstehen würde (Urk. 66 S. 19 f.), ist zwar richtig, aber nicht weiterführend, nachdem die durchgehend vorhandenen Satteldächer das Siedlungsbild prägen. Sodann hat die Vorinstanz der Kubatur des geplanten Neubaus kein entscheidendes Gewicht beigemessen (Urk. 67 S. 22; vgl. vorne unter Erw. IV./A.2.5.), weshalb die diesbezüglichen Ausführungen der Beklagten (Urk. 66 S. 20) irrelevant sind. Was den Balkon des geplanten Neubaus angeht, stellt die Beklagte selber nicht in Abrede, dass dieser sich grundlegend von der in der heutigen Siedlung vorhandenen Balkonform unterscheidet (vgl. Urk. 66 S. 21). Und mit Bezug auf die Fenster hat die Vorinstanz keineswegs übersehen, dass auch bei den später erstellten Anbauten der heutigen Siedlung raumhohe Fenster vorhanden sind (Urk. 67 S. 22 f.; zur diesbezüglichen Kritik der Beklagten vgl. Urk. 66 S. 21). Dass sie dort nur vereinzelt vorkommen, wie die Vorinstanz argumentierte (Urk. 67 S. 23), wird von der Beklagten aber nicht substantiiert widerlegt. Zudem stellt die Beklagte nicht in Abrede, dass die Fenster des geplanten Neubaus keine Läden aufweisen und (auch) daher nicht ins Siedlungsbild passen (so aber die Vorinstanz: Urk. 67 S. 23). Hinzu kommt, dass der geplante Ersatzneubau die Architektursprache der bestehenden Siedlung auch sonst kaum aufnimmt. Bestenfalls lässt sich das Argument der Beklagten, die Grundform der von der Dienstbarkeit betroffenen Gebäude aus Rechtecken werde durch den rhombusähnlichen Grundriss des ge-

planten Neubaus sanft erweitert (Urk. 66 S. 17 und S. 19), unter diesem Gesichtspunkt anführen.

3.7. Gesamthaft betrachtet gelingt es der Beklagten nicht, die vorinstanzliche Schlussfolgerung, dass die geplante Baute in das einheitliche Bild der älteren Siedlungsüberbauung eine neue Formensprache einführen, gegenüber der bisherigen Ausgestaltung der Siedlung in störenden Widerspruch treten und sich aus dieser geradezu verabschieden würde (Urk. 67 S. 23; vgl. vorne Erw. IV./A.2.5.), zu widerlegen. Dies hat zur Folge, dass die Gutheissung der Dienstbarkeitsklage der Kläger 1-7 durch die Vorinstanz nicht zu beanstanden ist. Demzufolge ist die Berufung der Beklagten hinsichtlich der Kläger 1-7 mit Bezug auf Dispositivziffer 1 des vorinstanzlichen Urteils (Berufungsantrag Ziff. 1.a)) abzuweisen und dieses insoweit zu bestätigen.

B. Widerklage

1. Die Beklagte erhob vor Vorinstanz die eingangs wiedergegebene Widerklage, mit der sie den Klägern befehlen lassen will, ihr die Inanspruchnahme der Erschliessungsparzellen und des Weges für die Ausführung von bewilligten neuen Hauptgebäuden mit mehr als einer Wohneinheit, insbesondere aber für die Ausführung ihres konkreten Neubauvorhabens auf ihrem Grundstück, zu erlauben. Die Vorinstanz erwog, da das Rechtsbegehren Ziff. 1 der Kläger gutzuheissen sei und die Beklagte sich überdies, soweit sie die Erschliessungsparzellen und den Weg in genereller Weise "für die Ausführung von neuen Hauptgebäuden mit mehr als einer Wohneinheit" beanspruchen wolle, in Widerspruch setze zu ihren eigenen Ausführungen, wonach andere bauliche Massnahmen als das streitgegenständliche Bauvorhaben nicht zur Diskussion stünden, sei die Widerklage abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei (Urk. 67 S. 24 und S. 25, Dispositivziffer 3).

2. Beim vorliegenden Ausgang des Verfahrens kann hinsichtlich der Kläger 1-7 grundsätzlich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Insbesondere kann angesichts des Verfahrensausgangs der von der Beklagten beantragte Befehl, es sei ihr die Inanspruchnahme der fraglichen Erschliessungs-

parzellen und des Weges für die Ausführung des streitgegenständlichen Bauvorhabens zu erlauben, nicht erteilt werden. Soweit die Beklagte die Erschliessungsparzellen und den Weg in genereller Weise "für die Ausführung von neuen Hauptgebäuden mit mehr als einer Wohneinheit" beanspruchen will, setzt sie sich nicht mit der Begründung der Vorinstanz, weshalb dieser Antrag abzuweisen sei, auseinander, weshalb sie insofern ihrer Rügeobliegenheit nicht in rechtsgenügender Weise nachkommt. Die Beklagte argumentiert im Berufungsverfahren damit, dass die Kläger in ihrer Replik die Inanspruchnahme der Erschliessungsanlagen für den Bau eines neuen Hauptgebäudes mit mehr als einer Wohneinheit auf ihrem Grundstück als nicht zulässig erachteten und nicht erlauben wollten. Es bestehe mithin ernsthaft die Befürchtung, dass die Kläger ihr die Ausübung ihrer Miteigentümerrechte auch für andere Gebäude nicht erlauben wollten (Urk. 66 S. 23 f.). Letzteres bestreiten die Kläger (Urk. 72 Rz. 95). In diesem Zusammenhang zeigt die Beklagte allerdings ohnehin nicht auf, dass und wo sie entsprechende Ausführungen bereits im vorinstanzlichen Verfahren gemacht hätte, weshalb sie damit nach dem unter Erw. III./2. Ausgeführten nicht zu hören ist. Die Berufung mit Bezug auf die Widerklage ist daher hinsichtlich der Kläger 1-7 ohne Weiteres abzuweisen. Hinsichtlich der Klägerin 8 fehlt es heute aufgrund der Veräusserung des Grundstücks an der Passivlegitimation, weshalb der Entscheid der Vorinstanz, es sei die Widerklage abzuweisen, soweit auf sie einzutreten sei, im Ergebnis auch hinsichtlich der Klägerin 8 richtig ist. Hätte die Klägerin 8 das Grundstück nicht verkauft, würde es sich gleich verhalten wie bei den Klägern 1-7. Auch hinsichtlich der Klägerin 8 ist daher die Berufung der Beklagten mit Bezug auf die Widerklage abzuweisen.

C. Fazit

Demzufolge ist die Berufung gegen Dispositivziffer 1 des vorinstanzlichen Urteils hinsichtlich der Kläger 1-7 abzuweisen und das angefochtene Urteil insoweit zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO). Betreffend die Klägerin 8 ist die Berufung gegen Dispositivziffer 1 des vorinstanzlichen Urteils gutzuheissen und die Klage insoweit abzuweisen. Hinsichtlich Dispositivziffer 3 des vorinstanzlichen Urteils ist die Berufung abzuweisen und dieses insoweit zu bestätigen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Vorinstanz ging von einem Streitwert von Fr. 750'000.– aus (vgl. Urk. 67 S. 6 f. und S. 24). Dieser wurde von den Parteien nicht in Frage gestellt (Beklagte: Urk. 66 S. 3), weshalb auch für das Berufungsverfahren auf diesen Betrag abzustellen ist.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V.m. § 12 GebV OG auf Fr. 25'750.– festzusetzen.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind der Beklagten aufzuerlegen. Hinsichtlich der Berufung gegen die Kläger 1-7 ergibt sich dies aus Art. 106 Abs. 1 ZPO. Hinsichtlich der Klägerin 8 ist die Berufung der Beklagten betreffend die Hauptklage zwar gutzuheissen. Die Klägerin 8 würde indes wie die Kläger 1-7 im Berufungsverfahren vollumfänglich obsiegen, hätte sie ihr Grundstück nicht vor dem Erlass des vorliegenden Entscheids veräussert. Da es die Beklagte als Berufungsklägerin war, welche die Klägerin 8 als berufungsbeklagte Partei ins zweitinstanzliche Verfahren zwang, in dessen Verlauf letztere zufolge Veräusserung ihres Grundstücks die Sachlegitimation einbüsste, rechtfertigt es sich, den auf die Klägerin 8 entfallenden Anteil der Kosten in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO ebenfalls der Beklagten aufzuerlegen.
4. Die Beklagte ist ferner zu verpflichten, den Klägern für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 27'650.– zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer (Urk. 72 S. 3), mithin von Fr. 29'779.05, zu bezahlen, hinsichtlich der Kläger 1-7 gestützt auf Art. 95 Abs. 3 und Art. 106 Abs. 1 ZPO, mit Bezug auf die Klägerin 8 aus den vorstehend genannten Gründen gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO. Damit entfällt eine ausgangsgemässe Verpflichtung der im Berufungsverfahren unterliegenden Klägerin 8 zur Leistung einer Parteientschädigung an die (insoweit obsiegende) Beklagte.
5. Die Kosten- und Entschädigungsregelung des erstinstanzlichen Verfahrens wird von den Parteien nicht eigens beanstandet und ist angesichts des Ausgangs des Berufungsverfahrens zu bestätigen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 5. Juli 2018 hinsichtlich der Dispositivziffer 2 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Betreffend die Klägerin 8 wird die Berufung gegen Dispositivziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 5. Juli 2018 gutgeheissen und die Klage insoweit abgewiesen. Hinsichtlich der Kläger 1-7 wird die Berufung gegen Dispositivziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 5. Juli 2018 abgewiesen und dieses insoweit bestätigt.
2. Die Berufung gegen Dispositivziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 5. Juli 2018 wird abgewiesen und dieses insoweit bestätigt.
3. Die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositivziffern 4-8) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 25'750.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 29'779.05 zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, an die Kläger unter Beilage eines Doppels von Urk. 76.

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

8. 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. 750'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 6. Juni 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

Dr. M. Nietlispach

versandt am:
am