

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB210021-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 1. September 2021

in Sachen

1. **A.** _____,
2. **B.** _____,

Beklagte und Berufungskläger

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

gegen

1. **C.** _____,
2. **D.** _____,

Kläger und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. et lic. phil. Y. _____

betreffend **Grunddienstbarkeit**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 15. März 2021;
Proz. CG160039**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 f.)

- " 1. Die Beklagten seien unter Androhung von richterlicher Bestrafung nach Art. 292 StGB mit Haft oder Busse im Widerhandlungsfall und einer Ordnungsbusse für jeden Tag der Nichterfüllung zu verpflichten,
- a) mit Eintritt der Rechtskraft des Gerichtsurteils den Betrieb des Wasserfalls vollständig einzustellen, der sich in den auf dem Dach des klägerischen Hauses an der E. _____-strasse 1 (Eigentum Assek.-Nr. 2 auf Kat.-Nr. 3) in F. _____ erstellten Brunnentrog ergiesst, und
 - b) innert vier Wochen nach Eintritt der Rechtskraft des Gerichtsurteils
 - die auf dem vorbezeichneten Dach aufgebaute Brunnen- und Blumentroganlage zu entfernen sowie
 - den gestützt auf die Grunddienstbarkeit SP 4 vom 29. September 1967 gemäss Baubewilligung für die Gesamtüberbauung vom 17. Januar 1967 ursprünglich errichteten "Japangarten" im Umfang gemäss beigelegtem Plan mit den darin eingetragenen Abmessungen für Garten und Blumentröge im Sinn von Mindestmassen wieder herzurichten und die Terrassenbodenplatten mit einer Trittschallisolation nach SIA-Norm 181 zu versehen,
 - *eventuell* entlang den Terrassenbrüstungen Blumentröge mit einer durch das Gericht nach durchgeführtem Beweisverfahren festzustellenden Tiefe, mindestens jedoch mit 1.5 m Tiefe aufzustellen und die Terrassenbodenplatten mit einer Trittschallisolation nach SIA-Norm 181 zu versehen.
2. Eventuell: Die Beklagten seien unter Androhung von richterlicher Bestrafung nach Art. 292 StGB mit Haft oder Busse im Widerhandlungsfall und einer Ordnungsbusse für jeden Tag der Nichterfüllung zu verpflichten, mit Eintritt der Rechtskraft des Gerichtsurteils den Betrieb des Wasserfalls vollständig einzustellen, der sich in den auf dem Dach des klägerischen Hauses an der E. _____-strasse 1 (Eigentum Assek.-Nr. 2 auf Kat.-Nr. 3) in F. _____ erstellten Brunnentrog ergiesst, und es sei ihnen unter gleicher Androhung von richterlicher Bestrafung nach Art. 292 StGB und einer Tagesordnungsbusse im Widerhandlungsfall zu verbieten, den Betrieb dieses Wasserfalls wieder aufzunehmen,

solange nicht technisch und betrieblich sichergestellt ist, dass der Wasserfall oder ein alternativ gewählter Wassereinlauf in den Blumentrog ohne lästige Einwirkung im klägerischen Haus erfolgen kann.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzügl. Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten. "

Urteil des Bezirksgerichtes:

(act. 166 S. 52 ff.)

1. Die Beklagten werden unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB verpflichtet, innert 90 Tagen ab Rechtskraft dieses Urteils an der Brüstung ihrer Terrasse (E.____-strasse 5, ... F.____, Kat. Nr. 6) Tröge mit einer Breite von mindestens einem Meter anzubringen.

Art. 292 StGB lautet: 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. Den Beklagten wird unter Strafandrohung nach Art. 292 verboten, die sich auf ihrer Terrasse (E.____-strasse 5, ... F.____, Kat. Nr. 6) befindliche Brunnenanlage in der Nacht (von 22.00 Uhr bis 07.00 Uhr), bei einem Füllstand unter 35 cm und/oder bei Vereisungen zu betreiben.

Art. 292 StGB lautet: 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.

3. Den Beklagten wird unter Strafandrohung nach Art. 292 verboten, ihre Terrasse (E.____-strasse 5, ... F.____, Kat. Nr. 6) zu nutzen, solange sie keine Massnahmen umgesetzt haben, welche die von der Nutzung der Terrasse ausgehenden Trittschalimmissionen auf ein mit den erhöhten Anforderungen der SIA Norm 181 konformes Mass beschränken.

Art. 292 StGB lautet: 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.

4. Im Mehrumfang wird die Klage abgewiesen.
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
CHF 21'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
CHF 13'197.25 Gutachten
CHF 300.00 Zeugenentschädigungen
CHF 34'497.25 Kosten total.
6. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
7. Die Gerichtskosten werden im Umfang von CHF 19'100.– aus dem von den Klägern geleisteten Kostenvorschuss und im Umfang von CHF 1'000.– aus dem von den Beklagten geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Die verbleibenden Kosten werden von den Beklagten, je unter solidarischer Haftung bezogen. Die Beklagten werden sodann unter solidarischer Haftung verpflichtet, den Klägern den von ihnen geleistete Kostenvorschuss im Umfang von CHF 1'851.40 zu ersetzen. Schliesslich werden die Beklagten unter solidarischer Haftung verpflichtet, den Klägern die Kosten des Schlichtungsverfahrens von total CHF 525.00 zur Hälfte zu ersetzen.
8. Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.
9. (Schriftliche Mitteilung).
10. (Rechtsmittel/Berufung).

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungskläger (act. 165 S. 2):

- 1 Es sei Dispositiv Ziff. 1 des angefochtenen Urteils (Beilage, S. 52 unten) aufzuheben;

eventuell unter Rückweisung an die Vorinstanz zur Durchführung des verweigerten Augenscheins durch die Gesamtabteilung und anschliessender Neubeurteilung;
- 2.1 Es sei Dispositiv Ziff. 3 des angefochtenen Urteils (Beilage, S. 53) wegen fehlendem Rechtsschutzinteresse und Gegenstandslosigkeit im Zeitpunkt der Ur-

teilsfällung in dem Umfange aufzuheben und als gegenstandslos abzuschreiben, als grundsätzlich die Umsetzung von Massnahmen betreffend Konformität mit den erhöhten Anforderungen der SIA Norm 118 angeordnet wird;

- 2.2 Es sei Dispositiv Ziff. 3 des angefochtenen Urteils auch in dem Umfange aufzuheben und als gegenstandslos abzuschreiben, als darin ein Nutzungsverbot angeordnet wird, solange solche Massnahmen nicht umgesetzt worden wären;

eventuell sei Dispositiv Ziff. 3 dahingehend abzuändern, dass den Berufungsklägern eine mit dem öffentlich rechtlichen Baubewilligungsentscheid vom 12.11.2019 kongruente Frist zur Umsetzung der dort verfügten Auflage 2.b gesetzt wird, ohne ihnen die Nutzung der Terrasse bis zur Erfüllung zu verbieten.

- 3 Es seien Dispositiv Ziff. 6 und Ziff. 8 aufzuheben und dahingehend zu ändern, dass die erstinstanzlichen Kosten auf der Grundlage eines gesamthaften **Unterliegens der Berufungskläger in der Vorinstanz im Verhältnis von 245 / 35** auf die Parteien verteilt werden und dass die Berufungsbeklagten verpflichtet werden, den Berufungsklägern auf der gleichen Grundlage eine entsprechende gesetzmässige Parteientschädigung zu bezahlen.
- 4 Es seien die Kosten des Berufungsverfahrens den Berufungsbeklagten aufzuerlegen und diese zu verpflichten, den Berufungsklägern eine gesetzmässige Parteientschädigung für das Berufungsverfahren zu bezahlen.

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind Stockwerkeigentümer derselben Überbauung aus den 60-iger Jahren in F._____. Die Kläger und Berufungsbeklagten (nachfolgend Kläger) sind seit 1994 Eigentümer des Grundstücks E._____-strasse 1, Kat. Nr. 3 (act. 5/12), die Beklagten und Berufungskläger (nachfolgend Beklagte) seit 2002 des Grundstücks E._____-strasse 5, Kat. Nr. 6 (act. 1 Rz. 1; act. 5/3). Die Terrasse der Beklagten ist zugleich das Dach der Wohnräume der Kläger. Im Jahr 2015 bauten die Beklagten ihre Terrasse um und errichteten eine Brunnenanlage. Die Kläger stören sich seit dem Umbau an Lärm- und Trittschallimmissionen (vibrierender Dauerton, Trittschall und Möbelrücken).

2. Im Dezember 2015 leiteten die Kläger ein öffentlich-rechtliches Verfahren über die Baubewilligung der Brunnenanlage ein. Mit Beschluss vom 12. November 2019 erteilte die Baubehörde F._____ nachträglich den von den Beklagten vorgenommenen Änderungen die Bewilligung, unter Vorbehalt gewisser Auflagen zur Einhaltung der Anforderungen der SIA-Normen betreffend Immissions- und Wärmedämmungsschutz. Gleichzeitig wurde den Beklagten die baurechtliche Auflage erteilt, den Betrieb der Brunnenanlage zwischen 22 Uhr und 7 Uhr einzustellen (act. 125/1). Diesen Entscheid haben beide Parteien an das Baurekursgericht des Kantons Zürich weitergezogen (act. 125/3 und 125/5), welches am 17. November 2020 die Rekurse abwies (act. 158/1). Dagegen erhoben die Beklagten Rekurs beim Verwaltungsgericht (act. 158/2); das Verfahren ist, soweit ersichtlich, noch pendent (act. 165 S. 4).

3. Am 11. November 2016 reichten die Kläger bei der Vorinstanz Klage auf Beseitigung der Eigentumsstörung ein und verlangten im Wesentlichen, der Brunnenbetrieb sei einzustellen, die Brunnen- und Blumentroganlage sei abzubauen und der ursprünglich in der Baubewilligung im Jahr 1967 vorgesehene Japangarten auf der Terrasse der Beklagten wieder herzurichten (act. 1). Die Vorinstanz

führte das Hauptverfahren, einschliesslich zweier Instruktionsverhandlungen durch. Im Rahmen des Beweisverfahrens holte sie ein Gutachten und Ergänzungsgutachten ein und befragte Zeugen. Die Schlussvorträge fanden am 25. August 2020 statt (Prot. Vi S. 4 ff.). Mit Beschluss vom 15. März 2021 wies die Vorinstanz den Antrag der Beklagten auf Abnahme eines Augenscheins ab und erkannte am gleichen Tag in teilweiser Guttheissung der Klage, die Beklagten hätten innert 90 Tagen an der Brüstung ihrer Terrasse Tröge mit einer Breite von mindestens einem Meter anzubringen und den Betrieb des Brunnens in der Nacht, bei tiefem Füllstand oder Vereisung einzustellen. Zudem wurde den Beklagten die Nutzung der Terrasse solange verboten, bis sie die nötigen Massnahmen zur genügenden Dämmung des Trittschalls vorgenommen hätten. Im Falle der Unterlassung wurde die Bestrafung nach Art. 292 StGB angedroht (act. 166 S. 52 f.).

4. Dagegen erhoben die Beklagten am 3. Mai 2021 beim Obergericht Berufung und verlangen zusammengefasst die Aufhebung der Anweisung zur Verbreiterung der Tröge und des Nutzungsverbots (act. 165). Die Akten der Vorinstanz wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1-163). Auf die Einholung einer Berufungsantwort kann verzichtet werden (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO), da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist.

II.

1. Die Eintretensvoraussetzungen sind erfüllt. Die Berufung wurde beim Obergericht rechtzeitig erhoben. Sie enthält Anträge sowie eine Begründung (Art. 311 ZPO). Der verlangte Kostenvorschuss von CHF 6'500.– wurde rechtzeitig bezahlt (act. 170).

2. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer

2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Fehler leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Die Berufungsinstanz hat sich - abgesehen von offensichtlichen Mängeln - grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz allerdings nicht an die mit den Rügen vorgebrachte Argumentation oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sondern kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 310 N 6). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diejenige Partei, welche vor der Berufungsinstanz das Novenrecht beanspruchen will, hat die Novenqualität jedes ihrer Vorbringen darzutun und zu beweisen (vgl. BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013 E. 3.5.1; OGer ZH LB170050 vom 22. September 2017 E. II./3; LB170028 vom 30. November 2017 E. II./1.2).

3.

3.1 Vor Vorinstanz hatten die Kläger im Wesentlichen geltend gemacht, es bestehe eine Grunddienstbarkeit, welche die Beklagten verpflichte, den ursprünglich errichteten Japangarten aufrechtzuerhalten und reglementarische Vorgaben zur Gestaltung der Terrassen einzuhalten. Der Japangarten diene nicht nur der Ästhetik, sondern auch dem Schutz der Privatsphäre der Miteigentümer, namentlich dem Schutz vor Einblicken. Die Dienstbarkeit beschränke die Nutzung auf die als Terrasse ausgeschiedenen Flächen, die Terrasse dürfe nicht vollständig begehbar sein. Der Umbau der Beklagten ermögliche in unzulässiger Weise Einblicke auf die Terrasse der Kläger. Zudem würden von der neuen Gartenanlage übermässige Immissionen ausgehen. Das ursprüngliche Konzept des Japangartens sei auf beinahe allen Terrassen beibehalten worden. Die Miteigentümerversammlung habe überdies im Jahr 2004 eine Trogbreite von mindestens einem Meter

verbindlich beschlossen. Die Kläger verlangten im Wesentlichen die Zustände vor dem Umbau im Jahr 2015 (act. 1, 52 und 63).

3.2 Dem hielten die Beklagten entgegen, es seien in der Gesamtüberbauung diverse Änderungen (u.a. auch von den Klägern) an den Terrassen vorgenommen und die begehbare Fläche vergrössert worden. Sie bestritten mit dem Umbau Einblicksmöglichkeiten auf die Terrasse der Kläger geschaffen und die Nutzfläche vergrössert zu haben. Die bestehenden Blumentröge würden vollständigen Sichtschutz gewähren. Bereits die Rechtsvorgänger hätten eine Terrassenanlage mit Teich- und Wasserspiel betrieben und den ursprünglichen Japangarten weitgehend geräumt. Es bestehe keine Dienstbarkeit über die Gestaltung der Terrasse. Neue übermässige Immissionen wurden bestritten (act. 13, 56 und 153).

4. Die Vorinstanz legt in ihrem Entscheid zunächst die rechtlichen Überlegungen zur Auslegung einer Dienstbarkeit ausführlich dar (act. 166 S. 16 f.). Insbesondere hält sie fest, dass einem Dritten, der bei der ursprünglichen Vertragsschliessung über die Dienstbarkeit nicht beteiligt gewesen sei, nur derjenige Inhalt der Dienstbarkeit entgegengehalten werden könne, welcher aus dem Eintrag im Grundbuch und dem Dienstbarkeitsvertrag objektiv hervorgehe (act. 166 S. 16 f.). Weiter erwägt die Vorinstanz, Gegenstand der Dienstbarkeit bilde vorliegend ein Überbaurecht der Beklagten im Sinne von Art. 674 ZGB (Terrasse). Aus dem Wortlaut des Grundbucheintrags bestehe ein Veränderungsverbot hinsichtlich statischer Verhältnisse und äusseres Erscheinungsbild sowie ein Immissionsverbot. In der ursprünglichen Baubewilligung werde der Japangarten nicht genannt; die genaue Ausgestaltung der Terrassengärten sei für die Bewilligung somit wohl von untergeordneter Bedeutung gewesen. Das Nutzungs- und Verwaltungsreglement der Miteigentümergeinschaft Sonnenterrasse enthalte jedoch eine im Grundbuch angemerkte verbindliche Präzisierung der Dienstbarkeit, wonach bei Veränderungen die Japangärten und Blumentröge nur soweit verkleinert werden dürften, als der Sichtschutz bezüglich der untenliegenden Terrassen gewahrt werde, was eine Trogbreite von mindestens einem Meter erfordere. Es sei den Beklagten deshalb in gestalterischer Hinsicht erlaubt, ihre Terrasse umzugestalten, ausgenommen der Fläche eines Meters ab und entlang der Brüstung. Die Beklagten

seien somit zu verpflichten, Blumentröge mit einer Breite von mindestens einem Meter aufzustellen (act. 166 S. 21 ff.).

Bezüglich der Emissionen der Brunnenanlage und Schalldämmung des Terrassenbodens betont die Vorinstanz die Pflicht der dienstbarkeitsberechtigten Beklagten zur schonenden Rechtsausübung. Sie legt die anzuwendenden rechtlichen Grundlagen sowie das Verhältnis zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Normen zum Schutz von Immissionen dar (act. 166 S. 32 f.). Im Weiteren geht die Vorinstanz auf die rechtlichen Aspekte der von den Klägern erhobenen Beseitigungsklage im Sinne von Art. 679 ZGB ein (act. 166 S. 34 f.). Die Vorinstanz hält es als erwiesen, dass die Brunnenanlage jeweils im Nachgang zu von den Klägern eingeleiteten Prozessschritten (quasi als Retorsion) durchgehend, auch nachts, in Betrieb gewesen sei. Das Gutachten samt Ergänzungsgutachten habe ergeben, dass der Betrieb der Wasserpumpe in den Räumen der Beklagten unterschiedlich starke, störende, tieffrequente Geräusche verursache. Es bestünden je nach Wasserstand die Werte der SIA Norm 181 sowie der deutschen DIN 45680 (Messung und Bewertung tieffrequenter Geräuschemissionen in der Nachbarschaft) überschreitende Immissionen. Bei Vereisung werde sowohl der höhere als auch der geringere Grenzwert gemäss SIA Norm 181 stets überschritten. Es fehle auch eine spezielle Körperschalldämmung der Pumpe. Weiter hätten die Gutachter Trittschallimmissionen im Wohnzimmer der Kläger feststellen können, welche die bei Stockwerkeigentum geltenden erhöhten Anforderungen der SIA Norm 181 nicht einhielten. Es fehle bei der Terrassenkonstruktion eine Trittschallschutz-Schicht (act. 166 S. 37 ff.). Die durch den Umbau im Jahr 2015 neu geschaffene Begehbarkeit der Terrasse verlange nach erhöhtem Schallschutz (act. 166 S. 42).

Die Vorinstanz kommt zum Schluss, es bestehe eine durch den Umbau verursachte, nicht zu tolerierende übermässige Belästigung bzw. eine Verletzung der Pflicht zur schonenden Rechtsausübung. Um übermässige Immissionen zu verhindern, sei der Betrieb der Brunnenanlage in der Nacht und bei tiefem Wasserstand sowie Vereisung einzustellen (act. 166 S. 44 ff.). Um die unzulässigen Trittschallimmissionen zu vermeiden, sei den Beklagten die Benutzung der Terrasse

zu verbieten, bis sie Massnahmen zur Einhaltung der Messwerte gemäss SIA Norm 181 getroffen hätten. Die Kläger hätten aufgrund der Grunddienstbarkeit nur das Recht auf Unterlassung der Immissionen, sie könnten die Beklagten jedoch nicht aktiv verpflichten, die Terrasse zu isolieren (act. 166 S. 47 ff.).

5.

5.1 Die Beklagten rügen zunächst, die Vorinstanz habe ihre wiederholten Sistierungsanträge nicht behandelt, und verlangen überdies die Sistierung des Berufungsverfahrens. Sie hätten am 6. Januar 2020 und an der Hauptverhandlung vom 25. August 2020 die Sistierung des Zivilverfahrens beantragt. Die Kläger würden zwei verschiedene Verfahren mit identischer Zielsetzung führen, nämlich das öffentlich-rechtliche Baubewilligungs- und das vorliegende zivilrechtliche Verfahren. Das Zivilverfahren hätte aus prozessökonomischen Gründen bis zum Entscheid des Baurekursgerichts bzw. des Verwaltungsgerichts sistiert werden sollen (act. 165 S. 2 und 4).

5.2 Die Beklagten verweisen bezüglich der von ihnen gestellten, von der Vorinstanz angeblich missachteten Sistierungsanträge zunächst auf act. 24. Dabei handelt es sich um die an der ersten Instruktionsverhandlung mit informellem Augenschein unter Mitwirkung des Gerichts abgeschlossene vorläufige Vereinbarung der Parteien. Darin kamen sie überein, das Verfahren sei bis 20. April 2018 zu sistieren, wobei jede Partei die Wiederaufnahme des Verfahrens verlangen könne (Prot. Vi S. 6 und act. 24). Mit Verfügung vom 24. April 2017 sistierte die Referentin das Verfahren bis zum besagten Datum (Prot. Vi S. 7 und act. 25). Nachdem die Kläger mit Eingabe vom 29. März 2018 die Durchführung eines (thematisch beschränkten) zweiten Schriftenwechsels verlangt hatten (act. 32), hob die Referentin die Sistierung mit Verfügung vom 6. April 2018 vorzeitig auf und setzte das Verfahren fort (act. 33). Unter diesen Umständen erweist sich der Vorwurf der Beklagten, die Vorinstanz habe den Sistierungsantrag vom 6. Januar 2020 nicht behandelt, als offensichtlich unbegründet. Vielmehr entsprach sie dem von den Parteien vereinbarten Wunsch nach einer befristeten Sistierung umgehend. Dass die Referentin das Verfahren bereits am 6. April wieder aufnahm, ist angesichts der Eingabe der Kläger nicht zu beanstanden, gaben diese darin doch

unmissverständlich zum Ausdruck, die Sistierung aufheben und das Verfahren fortsetzen zu wollen. Auch die Beklagten anerkannten im Übrigen an der Hauptverhandlung vom 25. August 2020, sich schon bald nach Abschluss nicht mehr an den Vergleich gehalten haben zu wollen (Prot. Vi S. 142).

Sollten die Beklagten ihre Eingabe vom 6. Januar 2020 (act. 124) gemeint haben (act. 165 Rz. 8), könnten sie daraus ebenfalls nichts zu ihren Gunsten ableiten. Ferner stellten sie am 6. Januar 2020 einen formellen Sistierungsantrag. Dieser wurde indes umgehend behandelt und mit Beschluss der Vorinstanz vom 7. Januar 2020 abgewiesen (act. 126).

5.3 Die Beklagten berufen sich zudem auf einen an der Hauptverhandlung vom 25. August 2020 angeblich gestellten Sistierungsantrag (act. 165 Rz 3). An diesem Tag fand vor Vorinstanz die Fortsetzung der Hauptverhandlung statt, an welcher die Parteien ihre mündlichen Schlussvorträge hielten (Prot. Vi S. 139 ff.). Dabei erwähnte der Rechtsvertreter der Beklagten, dass die Kläger zwei Verfahren zum gleichen Thema führten. Es sei völlig unerklärlich, wieso zwei Verfahren geführt und zwei Anwälte beigezogen würden. Dies stehe der Findung einer einvernehmlichen Lösung eindeutig im Wege (Prot. Vi S. 140). Diese Ausführungen sind als bloße Meinungsäußerungen des Rechtsvertreters zum prozessualen Vorgehen der Kläger zu beurteilen. Daraus lässt sich kein hinreichend substantiierter Antrag auf Sistierung des Zivilverfahrens entnehmen. Die Beklagten erläutern in ihrer Berufung denn auch nicht, worauf sie die Annahme, hier einen formellen Sistierungsantrag gestellt zu haben, im Einzelnen stützen und sie bezeichnen insbesondere die Stelle nicht, wo sich der angebliche formelle Sistierungsantrag finden lassen würde.

An derselben Hauptverhandlung reichte der Rechtsvertreter der Beklagten seine Plädoyernotizen zu den Akten (act. 153). Weder aus den eingangs aufgeführten formellen Anträgen noch aus der Inhaltsübersicht lässt sich ein formeller Antrag auf Sistierung des Zivilverfahrens erkennen. Die Beklagten lassen in diesem Parteivortrag erneut lediglich vorbringen, die Kläger würden ein zivil- und ein öffentlich-rechtliches Verfahren mit identischer Zielsetzung führen, was dem Grundsatz der Verfahrensökonomie widerspreche und die Gefahr widersprüchli-

cher Urteile berge (act. 153 lit. E.). Aus diesen Ausführungen der anwaltlich vertretenen Beklagten bleibt indes offen, welche Schlüsse sie daraus ziehen, ob sie einen formellen Sistierungsantrag erwägen und welches der beiden Verfahren allenfalls zu sistieren wäre. Ein Sistierungsantrag ist deutlich zum Ausdruck zu bringen und entsprechend zu formulieren. Diesen Anforderungen genügen die Willensäußerungen im Plädoyer nicht. Ob die Beklagte andernorts im Vortrag einen hinreichend substantiierten Sistierungsantrag gestellt haben, kann offen bleiben. Es ist Sache der Parteien, der Berufungsinstanz nachvollziehbar darzulegen, an welcher Stelle sie die Sistierung beantragt haben, was von der Vorinstanz zu Unrecht nicht berücksichtigt worden sein soll.

5.4 Erst mit Eingabe vom 30. Januar 2021 ersuchten die Beklagten vor Vorinstanz substantiiert, das Zivilverfahren sei bis zum rechtskräftigen Abschluss des Baubewilligungsverfahrens zu sistieren. Zur Begründung verwiesen sie auf Erwägungen im Entscheid des Baurekursgerichts vom 17. November 2020 (act. 65 Rz 5 und act. 157).

Die Vorinstanz teilte den Parteien mit Schreiben vom 3. Februar 2021 mit, dass das (zivilrechtliche) Verfahren mit Abschluss der Hauptverhandlung ins Stadium der Urteilsberatung übergegangen sei. Neue Tatsachen könnten nicht mehr berücksichtigt werden (act. 160/1).

Der Auffassung der Beklagten, die Vorinstanz habe das Sistierungsgesuch nicht behandelt, kann unter diesem Gesichtspunkt nicht zugestimmt werden. Die Vorinstanz reagierte prompt mit Schreiben vom 3. Februar 2021. Sie wies unmissverständlich darauf hin, dass sie das Sistierungsgesuch resp. die darin vorgebrachten neuen Tatsachen als verspätet erachte und dieses nicht berücksichtigen werde. Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs im Sinne, die Vorinstanz habe ein gestelltes Sistierungsgesuch nicht behandelt, ist demnach unbegründet.

Das Schreiben vom 3. Februar 2021 stellt keine prozessleitende Verfügung dar, gegen die sich die Beklagten hätten unmittelbar wehren müssen. Sie können sich demnach grundsätzlich noch mit dem Rechtsmittel gegen den Endentscheid

dagegen wehren (vgl. u.a. BGer 5D_182/2015 vom 2. Februar 2016 E. 1.3; M. KAUFMANN, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 319 N 23). Sie setzen sich jedoch in ihrer Berufung mit der Begründung der Vorinstanz nicht auseinander und zeigen nicht auf, was daran unrichtig und weshalb der Antrag nicht verspätet gestellt worden sein soll. Insoweit erweist sich die Berufung in diesem Punkt so- gleich als unzureichend begründet.

Wann das Verfahren ins Stadium der Beratung trat, wurde den Parteien von der Vorinstanz nicht formell bekannt gegeben. Das Sistierungsgesuch wurde am 30. Januar 2021 gestellt, das Urteil erging am 15. März 2021. Prozesshandlungen zwischen diesen Daten sind im Protokoll keine erfasst. Angesichts dessen, dass die Schlussvorträge bei Stellung des Antrags bereits Monate zurücklagen, war Ende Januar 2021 damit zu rechnen, dass sich das Verfahren im Stadium der Be- ratung befand. Die Beklagten wenden nicht ein, die Beratungsphase habe über- mässig lange gedauert. Dies liesse sich auch nicht offensichtlich bejahen (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.5 ff.). Die Beklagten dringen aus diesen Gründen mit ihren Rügen betreffend Missachtung der Sistierungsanträge nicht durch.

5.5 Des Weiteren beantragen sie, das Berufungsverfahren sei zu sistieren (act. 165 S. 2). Das Gericht kann das Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt. Das Verfahren kann namentlich sistiert werden, wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist (Art. 126 Abs. 1 ZPO). Nach der Rechtsprechung ist die Sistierung eines Verfahrens nur ausnahmsweise zu- lässig. Im Zweifelsfall kommt dem Beschleunigungsgebot der Vorrang zu (BGer 5A_218/2013 vom 17. April 2013 E. 3.1.).

In diesem Zusammenhang kann einleitend auf die anschaulichen Ausführ- ungen der Vorinstanz zum Verhältnis von öffentlich- und privat-rechtlichen Ver- fahren verwiesen werden. Sie erläuterte, dass bei der Frage, ob im Servitutsrecht Immissionen übermässig seien, zwar die öffentlich-rechtlichen Schranken in der Gesamtsicht einzubeziehen seien, indes nicht direkt Anwendung fänden. Im Bau- bewilligungsverfahren seien die öffentlich-rechtlichen Vorschriften wie Bau- und Zonenordnung, Normen betreffend Lärmschutz, Luftreinhaltung etc., zu beachten, die andere Referenzgrössen als das Privatrecht aufweisen würden. Das privat-

rechtliche Verfahren sei einzelfallbezogen und schütze nicht generelle Interessen der Öffentlichkeit. Es könne deshalb im Rahmen des privatrechtlichen Immissionsschutzes nicht auf das öffentlich-rechtlich Zulässige zurückgegriffen werden (act. 166 S. 33 f.).

Die Beklagten lassen diese Ausführungen unwidersprochen. Den vorinstanzlichen, rechtlichen Erwägungen ist zuzustimmen. In beiden Verfahren sind unterschiedliche Rechtsnormen zu berücksichtigen und andere Wertungen sowie Interessenabwägungen vorzunehmen. Daraus erhellt ohne weiteres, dass der rechtskräftige Entscheid im Baubewilligungsverfahren den Entscheid im Verfahren betreffend Servituts- und Eigentumsverletzung nicht präjudizieren kann, auch wenn (teilweise) gleiche Fragen (allerdings unter verschiedenen Blickwinkeln) zu beantworten sind. Die Beklagten begründen ferner nicht, welche prozessökonomischen Vorteile die Sistierung des Zivilverfahrens im Berufungsverfahren hätte. Solche sind nicht ersichtlich, vielmehr würde die Sistierung zu einer Verzögerung des Rechtsmittelverfahrens führen. Die Beklagten zeigen überdies nicht auf, in welchen konkreten Punkten widersprüchliche Urteile drohen, zumal sie nicht näher auf das Baubewilligungsverfahren eingehen. Auch aufgrund der Akten (act. 125/1 und 158/1) bestehen keine Anhaltspunkte, dass ein Entscheid im Baubewilligungsverfahren ergehen könnte, der die Zielsetzung und Vollstreckung des zivilrechtlichen Entscheids verunmöglichen würde. Aus diesen Gründen besteht kein Anlass zur Sistierung des Berufungsverfahrens.

5.6 Abschliessend erweisen sich die Rügen der Beklagten zur Missachtung der Sistierungsanträge sogleich als unbegründet, und ihr Antrag auf Sistierung des Berufungsverfahrens ist abzuweisen.

6.

6.1 Die Beklagten werfen der Vorinstanz vor, sie habe zu Unrecht den beantragten Augenschein durch das Kollegialgericht zu den Sichtverhältnissen und Einblicken auf den Terrassen nicht zugelassen und ihnen dadurch das rechtliche Gehör verweigert. Sie seien nur im Hinblick auf eine gütliche Einigung mit dem informellen Augenschein durch eine Gerichtsdelegation einverstanden gewesen. Um das Empfinden "normaler Durchschnittsmenschen" abbilden und die Sichtverhältnisse

von der Terrasse der Beklagten auf die darunter liegende Terrasse der Kläger rechtsgenügend feststellen zu können, hätte zwingend ein Augenschein durch mehrere Personen erfolgen müssen. Das Gutachten trage nichts zur Frage der Sichtverhältnisse bei. Die Verweigerung stelle einen groben und unheilbaren Verfahrensmangel dar (act. 165 S. 6 ff.).

6.2 Durch Konsultation des in der Berufung konkret genannten Verweises auf die Eingabe der Beklagten vom 4. Januar 2019 ist in Erfahrung zu bringen, dass die Beklagten vor Vorinstanz einen Augenschein durch das Gesamtgericht dafür beantragt haben, *dass sich der Sichtschutz durch die Neugestaltung der Terrassen verbessert habe, indem die Tröge nun durchgehend, ohne Möglichkeit bis an die Brüstung zu treten, angeordnet seien* (act. 165 Rz 14 und act. 56 Rz 164). Anzumerken bleibt, dass der spätere Antrag auf einen Augenschein des Gesamtgerichts "zu allen von den Parteien als relevant geltend gemachten Umständen" (act. 165 Rz 14 und 56 Rz 171) den Anforderung von Art. 221 Abs. 1 lit. f ZPO nicht genügt, da der Beweisantrag nicht konkreten Behauptungen zugeordnet werden kann (vgl. u.a. BSK ZPO-WILLISEGGER, 3. Auflage, Art. 221 N 31). Dieser Antrag war daher für die Vorinstanz zum vornherein unbeachtlich.

Am 20. April 2017 fand ein informeller Augenschein am Wohnort der Parteien durch eine Gerichtsdelegation statt, anlässlich welchem die Brunnenanlage besichtigt, an- und ausgeschaltet wurde und Trittschallproben vorgenommen wurden. Ein Protokoll wurde nicht geführt (Prot. VI S. 5). Am 11. April 2019 erging der Beweisbeschluss, welcher unter anderem auch das Beweismittel des Augenscheins vorsah (Prot. S. 20 ff., act. 70). Am 19. Juni 2019 wies die Vorinstanz den Antrag der Beklagten auf Beweisabnahme durch das Kollegialgericht (act. 87) und am 15. März 2021 den Antrag der Beklagten auf Abnahme eines Augenscheins ab (act. 166 E. III. 2 sowie S. 52).

Es bleibt zu prüfen, ob die Vorinstanz auf die Abnahme des Augenschein durch das Kollegialgericht zu den Sichtverhältnissen verzichten durfte. Die Sichtverhältnisse sind nach der Auffassung der Beklagten im Zusammenhang mit der in Dispositiv-Ziff. 1 angeordneten Verpflichtung zur Anbringung von Trögen mit einer Breite von mindestens einem Meter von Bedeutung.

Die Vorinstanz begründet die Anordnung in Dispositiv-Ziff. 1 zusammengefasst damit, die angebrachten schmälere Tröge widersprächen der Dienstbarkeit. Es sei bei der Auslegung der Dienstbarkeit das im Grundbuch angemerkte Benutzungs- und Verwaltungsreglement der Miteigentümergeinschaft einzubeziehen. Gemäss Präzisierung des Reglements Nr. 4 (act. 5/19) sei es das Verständnis aller Miteigentümer damals gewesen, dass bei der Brüstung zum Sichtschutz Tröge mit mindestens einem Meter Breite anzubringen seien, wobei die Miteigentümer in der Gestaltung der Terrasse im Übrigen frei seien (act. 166 S. 23 ff.). Mit dieser Argumentation stützt sich die Vorinstanz nicht auf die tatsächlichen Sichtverhältnisse vor Ort, sondern auf das Servitutsrecht, namentlich den durch Auslegung eruierten Inhalt der bestehenden Dienstbarkeit (so schon act. 166 E. III. 2 S. 10 f.). Die Beklagten setzen sich mit diesen Erwägungen nicht auseinander und erklären nicht, weshalb diese Überlegungen fehlerhaft sind. Da die konkreten Sichtverhältnisse für die Entscheidung der Vorinstanz nicht massgeblich waren, ist nicht ersichtlich, wie die Durchführung des Augenscheins durch das Gesamtgericht am Entscheid der Vorinstanz etwas hätte ändern können. Die Einwände der Beklagten verfangen deshalb nicht und der Vorwurf, die Vorinstanz habe durch die Abweisung des Antrags auf Augenschein durch das Kollegialgericht das rechtliche Gehör der Beklagten beschnitten, ist unbegründet.

6.3 Auch die weiteren Einwände der Beklagten sind im Wesentlichen mit der gleichen Begründung nicht zu schützen. Diese wenden ein, es fehle eine materielle Rechtsgrundlage für die Anordnung gemäss Dispositiv-Ziff. 1 des angefochtenen Entscheids. Die Vorinstanz habe diese Anordnung nicht nachvollziehbar begründet. Es wäre an den Klägern gewesen zu beweisen, dass der Sichtschutz mangelhaft sei; sie hätten aber keine Beweis erbracht. Es sei aktenkundig, dass die ursprüngliche Ausgestaltung der Terrasse ermöglichen würde, an jeder Stelle der Terrasse bis zur Brüstung zu gelangen und senkrecht auf die darunter liegende Terrasse zu schauen. Die heutigen Tröge seien als Sichtschutz besser und ausreichend. Die Kläger hätten nicht substantiiert, welchen Sichtschutz die Beklagten konkret errichten müssten (act. 165 S. 9 ff.).

Für die Entscheidung der Vorinstanz gemäss Dispositiv-Ziff. 1, breitere Tröge anzubringen, waren wie gesehen nicht die tatsächlichen Verhältnisse, sondern der durch Auslegung eruierte Inhalt der Dienstbarkeit massgeblich. Beweisfragen bezüglich Effektivität des Sichtschutzes stellten sich nach dieser Argumentation nicht, weshalb die Vorbringen der Beklagten zu den tatsächlichen Sichtverhältnissen und der Beweislastverteilung im Grundsatz an der Sache vorbeizielten. Die Vorinstanz legte die rechtlichen Grundsätze des Dienstbarkeitsrechts dar und nahm eine nachvollziehbare Auslegung des Inhalts und Umfangs des Servituts im Sinne des bestehenden Überbaurechts vor. Die Rechtsgrundlage für die Verpflichtung zur Anbringung von breiteren Trögen fand die Vorinstanz somit im Servitutsrecht. Die Beklagten wenden ein, die Dienstbarkeit könne nicht so ausgelegt werden, dass ein Anspruch auf Sichtschutz bestehe, und es sei den Klägern im Übrigen nicht gelungen, eine Trogbreite von einem Meter im Miteigentumsreglement zu verankern (act. 165 S. 10). Mit diesen Behauptungen gehen sie allerdings nicht substantiiert auf die ausführlichen Überlegungen der Vorinstanz zur Auslegung des Servituts ein und erwähnen mit keinem Wort die am 30. Dezember 2004 dem Grundbuchamt gemeldete Präzisierung des Benutzungs- und Verwaltungsreglements der Miteigentümergeinschaft (act. 5/19, letzte Seite). Darin steht klar und deutlich, dass die Blumentröge eine Mindestbreite von 1.00 m nicht unterschreiten dürfen. Der Wortlaut lässt daher wenig Spielraum bei der Auslegung des Inhalts der Dienstbarkeit offen. Weshalb das Ergebnis der Auslegung der Vorinstanz unzutreffend sein soll, lässt sich aus den diversen Einwänden der Beklagten deshalb nicht nachvollziehen. Mit ihren Vorbringen, die Wahl des Sichtschutzes stehe in ihrem Belieben bzw. sie könnten zusätzliche Brüstungselemente anbringen (act. 165 S. 10), gelingt es ihnen ebenfalls nicht, Fehler im angefochtenen Entscheid offenzulegen. Diese Behauptungen beziehen sich zwar thematisch auf den auszulegenden Inhalt des Servituts. Dass die Beklagten diese bereits im vorinstanzlichen Verfahren eingebracht haben, behaupten sie jedoch nicht und werfen der Vorinstanz auch nicht substantiiert vor, bei der Auslegung des Inhalts der Dienstbarkeit falsch vorgegangen zu sein bzw. wesentliche Vorbringen nicht berücksichtigt zu haben. Die Ausführungen sind verspätet, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

6.4 Damit erweisen sich sämtliche gegen Dispositiv-Ziff. 1 des angefochtenen Urteils vorgebrachten Einwände als haltlos. Das Berufungsbegehren Ziffer 1 ist somit abzuweisen.

7.

7.1 Die Beklagten wehren sich im Weiteren gegen das Nutzungsverbot gemäss Dispositiv-Ziff. 3 des angefochtenen Urteils (Berufungsbegehren 2.1 und 2.2). Vorab ist bezüglich des Berufungsantrags Ziff. 2.1 in Betracht zu ziehen, dass die Vorinstanz die Beklagten nicht verpflichtet hat, Massnahmen zur Umsetzung der Konformität mit SIA Norm 181 vorzunehmen (act. 166, Dispositiv-Ziff. 3). Mit dem Berufungsbegehren Ziff. 2.1 verlangen die Beklagten deshalb etwas Unmögliches, zumal nicht vorhandene (umzusetzende) Anordnungen nicht aufgehoben werden können. Darauf ist folglich im Weiteren nicht mehr einzugehen.

7.2 In Berufungsbegehren Ziff. 2.2 verlangen die Beklagten die Aufhebung des Nutzungsverbots. Sie monieren, die Vorinstanz habe zu Unrecht auf die Abnahme des Augenscheins durch das Kollegialgericht verzichtet. Zudem habe sich der Trittschall seit 2015 nicht verstärkt. Die Kläger hätten sich früher nie darüber beklagt. Die Beklagten verweisen auf den Entscheid des Baurekursgerichts vom 17. November 2020, welcher ebenfalls die Anordnung einer SIA Norm 181 konformen Trittschalldämmung geschützt habe. Diesen Entscheid hätten sie akzeptiert, weshalb die Beklagten kein Rechtsschutzinteresse hätten (act. 165 S. 11 f.).

Was die Beklagten mit ihren Behauptungen, sie hätten die Anordnung einer SIA Norm 181 konformen Trittschalldämmung im Baubewilligungsverfahren anerkannt, für sich im von ihnen angehobenen Berufungsverfahren ableiten wollen, bleibt unklar. Was das angeblich mangelnde Rechtsschutzinteresse der Kläger betrifft, lässt sich dieses angesichts der verschiedenen Zielsetzungen und Auswirkungen der beiden Verfahren nicht ernsthaft bestreiten. So beschränkt beispielsweise der vorinstanzliche Entscheid in Dispositiv-Ziff. 2 den Betrieb der Brunnenanlage im grösseren Ausmass als der Baubewilligungsentscheid der Baubehörde F._____ (act. 125/1). Ein rechtskräftiger Baubewilligungsentscheid ist zudem noch nicht gefällt, weshalb auch nach der Begründung der Beklagten das nötige Rechtsschutzinteresse der Kläger am vorliegenden Zivilverfahren ge-

geben wäre. Letztlich sind es aber die Beklagten und nicht die Kläger, die Berufung erhoben haben, ansonsten das Zivilverfahren bereits abgeschlossen wäre.

Ob und wo die Beklagten in ihren Rechtschriften vor Vorinstanz einen Augenschein zur Frage der Lärmimmissionen konkret offerierten, substantiieren sie in der Berufung nicht. Es lässt sich deshalb nicht klären, ob die Vorinstanz korrekt angebotene Beweismittel zu Unrecht übergang. Des Weiteren setzen sich die Beklagten mit der Begründung der Vorinstanz zu den Trittschallimmissionen erneut nicht auseinander und erläutern nicht, welche Überlegungen im Entscheid falsch sein sollen. Insbesondere gehen sie nicht auf die vorinstanzlichen Erwägungen zur den Feststellungen im Gutachten und Ergänzungsgutachten ein, wonach die von den Klägern behaupteten Trittschallimmissionen wahrzunehmen und auf die mangelhafte Terrassenkonstruktion der Beklagten zurückzuführen seien, welcher eine eigentliche Trittschallschutzschicht fehle (act. 166 S. 41 f.). Die Vorinstanz stützte das Nutzungsverbot damit nicht auf eine Verschlechterung der Lärmsituation gegenüber dem Zustand vor dem Umbau, sondern auf aktuell unzulässige Verhältnisse. Die früheren tatsächlichen Verhältnisse waren daher nach Überlegung der Vorinstanz nicht abzuklären. Was daran falsch sein soll, geht aus den Vorbringen der Beklagten nicht hervor. Es wäre ferner von den Beklagten auch nicht dargetan, dass ein Augenschein durch das Gesamtgericht an der aus gutachterlichen Feststellungen gewonnen Überzeugung des Gerichts etwas hätte ändern können. Auch diese Einwände der Beklagten überzeugen somit nicht.

7.3 Sie verlangen eventualiter, Dispositiv-Ziff. 3 sei abzuändern und es sei eine mit dem Baubewilligungsentscheid kongruente Frist zur Umsetzung der dort verfügten Auflage 2.b anzusetzen, ohne die Nutzung zu verbieten (act. 165, Berufsbegehren 2.2). Das sofortige Nutzungsverbot sei unangemessen. Die Kläger hätten sich vor dem Verfahren weder beklagt noch jemals vorsorgliche Massnahmen gestellt. Es sei im Zivilverfahren auf ein Nutzungsverbot zu verzichten und die vorgesehene Vollstreckungsstrafe auf Fälle der Nichteinhaltung des Baurechtsentscheids vom 12. November 2019 zu beschränken (act. 165 S. 12).

Die Berufungsanträge dürfen – vorbehältlich einer zulässigen Klageänderung im Sinne von Art. 317 Abs. 2 ZPO – nicht über die Begehren des erstinstanz-

lichen Verfahrens hinausgehen, soweit die Dispositionsmaxime gilt (ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 311 N 35). Das Berufungsverfahren dient nicht der Fortsetzung des Hauptverfahrens (BGE 138 III 374 Erw. 4.3.1). Die Beklagten stellen mit ihrem Eventualbegehren in Ziff. 2.2 einen neuen Antrag. Sie äussern sich nicht dazu, ob und welche Ausführungen sie im vorinstanzlichen Verfahren zur Gewährung einer Übergangsfrist vorgebracht haben, welche die Vorinstanz bei ihrer Entscheidung übersah. Das Eventualbegehren erweist sich daher im Lichte von Art. 317 Abs. 2 ZPO als unzulässig und wäre im Übrigen nicht hinreichend begründet. Die Beklagten gehen auf die Ausführungen der Vorinstanz nicht näher ein. Diese begründete das Verbot zusammengefasst damit, die Nutzung überschreite die massgeblichen Grenzwerte nach der SIA Norm 181 zufolge des unzureichend isolierten Terrassenbodens. Die Kläger hätten nur einen Rechtsanspruch auf Unterlassung, aber nicht auf Verpflichtung der Beklagten zur Verbesserung der Terrassenkonstruktion, weshalb nur ein Nutzungsverbot in Betracht fallen könne (act. 166 S. 48). Die Beklagten legen nicht dar, was an diesen Überlegungen fehlerhaft ist. Insbesondere behaupten sie nicht, die Vorinstanz habe die Dispositionsmaxime verletzt, indem sie ein Nutzungsverbot anordnete. Auch setzen sie sich mit der Frage der Verhältnismässigkeit des Verbots nicht näher auseinander und unterlassen insbesondere, die massgeblichen Interessen zu schildern und gegeneinander abzuwägen. Auf die Ausführungen der Beklagten ist deshalb nicht näher einzugehen.

8. Zusammenfassend erweist sich die Berufung sogleich als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist.

III.

1.

1.1 Die Vorinstanz bezifferte den Streitwert mit CHF 280'000.– (act. 166 S. 49 ff.). Dies fechten die Beklagten nicht an (act. 165 S. 6). Ebenso wurde die Höhe der Gerichtsgebühr von CHF 21'000.–, die Gutachterkosten von CHF 13'197.25 sowie die Zeugenentschädigung über CHF 300.– nicht beanstandet (vgl. act. 166 S. 52 f. und 165).

1.2. Die Verteilung der Prozesskosten nahm die Vorinstanz ermessensweise vor, da die einzelnen klägerischen Anträge nicht auf bestimmte Betragswerte lauteten und die Anträge nur teilweise gutgeheissen wurden. Sie erachtete eine hälftige Teilung der Gerichtskosten für angemessen (act. 166 S. 51).

Dem widersprechen die Beklagten. Sie beantragen, es seien die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens auf der Grundlage des gesamten Unterliegens der Berufungskläger [recte wohl Berufungsbeklagten] im Verhältnis von 245/35 auf die Parteien zu verteilen und den Berufungsklägern eine entsprechende Parteientschädigung zuzusprechen (Berufungsbegehren Ziff. 3). Sie führen aus, die Kläger seien mit ihrem Rechtsbegehren auf Rückbau der Terrassenanlage gescheitert. Sie hätten zudem zwei parallele Verfahren darüber geführt. Der Streitwert der abgewiesenen Rechtsbegehren betrage CHF 280'000.–, derjenige der gutheissenden Rechtsbegehren lediglich CHF 35'000.- (act. 165 S. 13).

Die Vorinstanz hat sich zur Kostenaufgabe ausführlich geäussert und ebenfalls einbezogen, dass die Kläger mit ihrem Hauptanliegen insofern gescheitert seien, als der Rückbau der Terrasse nicht angeordnet werde. Hingegen würden sie bezüglich Trittschallimmissionen und Blumentröge obsiegen, was angesichts des Nutzungsverbots eine Umgestaltung der Terrasse zur Folge habe. Insgesamt sei eine hälftige Aufteilung angemessen (act. 166 S. 51 f.). Die Beklagten substantiieren nicht, inwiefern die Argumentation fehlerhaft ist, sondern belassen es dabei, eine abweichende eigene Darstellung zu präsentieren. Ein Fehler bei der Ermessensausübung oder gar eine Überschreitung des Ermessens durch die Vorinstanz wird nicht schlüssig behauptet. Damit kommen die Beklagten ihrer Begründungsobliegenheit nur ungenügend nach. Bei ihren Behauptungen zu den Streitwerten der einzelnen Klagebegehren (act. 165 S. 5 f.) handelt es sich überdies, soweit ersichtlich, um erstmals erhobene und im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO verspätete Vorbringen. Auf diese ist nicht weiter einzugehen. Es besteht kein Anlass, das angefochtene Urteil bezüglich der Kostenverteilung und Parteientschädigung zu korrigieren. Demnach sind die Dispositiv-Ziff. 6 und 8 des angefochtenen Urteils zu belassen.

2. Die Beklagten unterliegen im Berufungsverfahren, weshalb ihnen die Kosten dieses Verfahrens aufzuerlegen sind (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Angesichts des hälftigen Unterliegens bei einem Streitwert von CHF 280'000.– im erstinstanzlichen Verfahren ist der Streitwert im Berufungsverfahren mit CHF 140'000.– zu veranschlagen (§ 12 Abs. 2 GebV OG). Gestützt auf §§ 4 und 12 Abs. 1 GebV OG ist die Gebühr des Rechtsmittelverfahrens auf CHF 5'000.– festzusetzen und mit dem Kostenvorschuss der Beklagten von CHF 6'500.– zu verrechnen; der übersteigende Betrag ist ihnen zurückzuerstatten.

Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen; den Klägern nicht, weil ihnen im Berufungsverfahren keine zu entschädigenden Aufwände entstanden sind, den Beklagten nicht, weil sie unterliegen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt und den Berufungsklägern auferlegt.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden mit dem von den Berufungsklägern geleisteten Vorschuss von Fr. 6'500.– verrechnet; der Überschuss wird den Berufungsklägern zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs.

3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 165, sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

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

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesge-

richt, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 140'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw N. Seebacher

versandt am: