

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PP160024-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter Dr.  
P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber  
lic. iur. M. Isler

## Urteil vom 7. Februar 2017

in Sachen

1. **A.** \_\_\_\_\_,

2. **B.** \_\_\_\_\_,

Beklagte, Widerkläger und Beschwerdeführer

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

1. **C.** \_\_\_\_\_,

2. **D.** \_\_\_\_\_,

Kläger, Widerbeklagte und Beschwerdegegner

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Eigentum / überragende Bauten**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 4. März 2016; Proz. FV150009**

**Rechtsbegehren der Kläger:**

(act. 1 und 4)

1. Die Beklagten seien unter Androhung der Bestrafung im Sinne von Art. 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) zu verpflichten, die von ihnen widerrechtlich gestrichene Südfassade der Liegenschaft E.\_\_\_\_-Strasse 1, F.\_\_\_\_, die sich im Eigentum der Kläger befindet, wieder im gleichen Farbton zu streichen, wie die übrige Liegenschaft der Kläger;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Beklagten.

**Widerklagebegehren der Beklagten:**

(act. 13)

1. Es sei festzustellen, dass kein Überbau vom Grundstück der Kläger aus (...) auf das Grundstück der Beklagten (...) besteht.
2. Eventuell, im Falle dass ein Überbau vom Grundstück der Kläger aus (...) auf das Grundstück der Beklagten (...) bestünde, sei festzustellen, dass den Klägern diesbezüglich kein dingliches Recht zusteht.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Widerbeklagten.

**Entscheid des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren  
des Bezirksgerichtes Pfäffikon:**

(act. 41 S. 18 f.)

**Es wird verfügt:**

1. Der prozessuale Antrag der Beklagten auf Stellungnahme bezüglich der im Grundbuch eingetragenen Dienstbarkeit wird abgewiesen.
2. Auf die Widerklage wird nicht eingetreten.
- 3.–7. ... [Kostenfolgen, Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung]

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Klage werden die Beklagten unter Hinweis auf Art. 292 StGB, nämlich Bestrafung mit Busse bis Fr. 10'000.– im Falle der Nichtbefolgung, verpflichtet, die Südfassade der Liegenschaft E.\_\_\_\_-Strasse 1, F.\_\_\_\_, innert dreier Monate nach

Rechtskraft des Urteils, im gleichen Farbton wie die übrige Liegenschaft der Kläger zu streichen.

2. Die Entscheidunggebühr wird auf Fr. 650.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden den Beklagten unter Solidarhaftung auferlegt. Sie werden aus dem Kostenvorschuss der Kläger bezogen, sind ihnen von den Beklagten jedoch vollumfänglich zu ersetzen. Der Überschuss wird den Klägern ausbezahlt.
4. Die Beklagten werden unter Solidarhaftung verpflichtet, den Klägern eine Parteientschädigung von Fr. 750.– (zuzüglich 8 % MwSt.) zu bezahlen.
5. ... [Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung]

### **Beschwerdeanträge:**

#### **der Beklagten, Widerkläger und Beschwerdeführer (act. 39):**

1. Es seien Dispositiv Ziff. 1, 3 und 4 des angefochtenen Urteils aufzuheben,
2. es sei die Klage in vollem Umfange abzuweisen,
3. eventuell sei Urteilsdispositiv Ziff. 1 wie folgt zu ändern:  
Die Beklagten werden verpflichtet, das gegen die Liegenschaft (der Kläger) E.\_\_\_\_-Strasse 1 gelegene (vorspringende) Seitenwändchen im OG der Liegenschaft (der Beklagten) E.\_\_\_\_-Strasse 2 im gleichen Farbton zu streichen, in welchem die Fassade der Liegenschaft (der Kläger) E.\_\_\_\_-Strasse 1 aktuell eingefärbt ist.
4. subeventuell sei die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück zu weisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegner.

der Kläger, Widerbeklagten und Beschwerdegegner (act. 47):

1. Es sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen und demgegenüber Urteil und Verfügung des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 4. März 2016 (Prozess-Nr.: FV150009) vollumfänglich zu bestätigen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Beklagten, der Widerkläger und Beschwerdeführer.

**Erwägungen:**

I.

1.

Die Parteien sind die Eigentümer zweier aneinandergebauter Reiheneinfamilienhäuser an der E. \_\_\_\_\_-Strasse in F. \_\_\_\_\_/G. \_\_\_\_\_ (act. 1 Ziff. 7 ff.). Die südliche Parzelle (Kat. Nr. ...) wurde 1981 von den Beklagten erworben und danach überbaut (act. 15/4). Die nördliche Parzelle (Kat. Nr. ...) kauften die Kläger samt Haus im Jahre 1989 (act. 15/4, act. 5/2; act. 1 Ziff. 12, act. 13 Ziff. 5 und 7).

Die Grundstücksgrenze verläuft in Richtung West-Ost (die Himmelsrichtungen sind in diesen Erwägungen der Anschaulichkeit wegen um ca. 30° gerundet). Die Häuser der Parteien stossen an der Grenze aneinander (act. 1 Ziff. 10, act. 5/3; act. 13 Ziff. 7, 20). Die westliche (rückwärtige) Front des (südlichen) Hauses der Beklagten ist gegenüber jener des (nördlichen) Hauses der Kläger etwas zurückversetzt (act. 1 Ziff. 12 Abs. 3 ff., act. 5/4–5, 5/9, act. 15/5).

Beide Häuser weisen an der Grundstücksgrenze eine Mauer auf. Ob sich auch im Bereich zwischen den beiden versetzten West-Fassaden der Häuser eine doppelte Mauer befindet, ist streitig. Die Kläger behaupten, in diesem Bereich sei entgegen der ursprünglichen Bauplanung nur ihre Mauer errichtet worden. Um trotzdem einen richtigen Mauerabschluss zu ermöglichen, sei sie auf der Seite der Beklagten gedämmt worden. Die verputzte Aussenwärmedämmung rage 2 cm über die Grenze auf das Grundstück der Beklagten (act. 1 Ziff. 11 ff.). Die Beklagten be-

haupten, die Mauer sei auf der ganzen Länge zweischalig (act. 13 Ziff. 7 f., Ziff. 23 ff., act. 15/5/1). Die Kläger bezeichnen das streitige Mauerstück aus ihrer Sicht als Südfassade, die Beklagten als Seitenwand (act. 1 Ziff. 12; act. 13 Ziff. 4, 18, act. 39 Ziff. 2).

Farblich unterscheiden sich die Häuser offenbar seit 2008, als die Beklagten ihre Fassade neu streichen liessen (act. 24 Ziff. 4; Prot. I S. 9). Die Parteien sind sich uneinig darüber, wie das streitige Fassadenstück im Grenzbereich zu streichen ist. Im September 2012 versahen die Kläger die streitige Seitenwand mit einem Farbanstrich (act. 13 Ziff. 3, 14 und 74; vgl. act. 1 Ziff. 26). Anfang 2014 stellten die Beklagten beim Friedensrichter das Begehren, die Kläger seien zu verpflichten, "die von ihnen in einer anderen Farbe gestrichene Fassade [...] wieder im ursprünglichen Farbton [...] bemalen zu lassen" (act. 1 Ziff. 27, act. 5/8; act. 13 Ziff. 49, 74). Als keine Einigung erzielt wurde, nahmen sie den Anstrich im Farbton ihres Hauses selbst vor (act. 1 Ziff. 28 f.; act. 13 Ziff. 50, 74).

Am 6. Oktober 2014 klagten die Kläger beim Friedensrichteramt G.\_\_\_\_\_ gegen die Beklagten auf Anbringung eines Anstrichs im Farbton des klägerischen Hauses (act. 4). Im März 2015 leiteten sie das Verfahren beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Pfäffikon ein (act. 1).

## 2.

Das Einzelgericht hiess die Klage mit Urteil vom 4. März 2016 gut (act. 41). Es erwog im Wesentlichen, der Bestand folgender Dienstbarkeit sei unbestritten (act. 15/1):

"Die Eigentümer obiger Grundstücke dürfen die Aussenwände (Fassaden) ihrer Wohnhäuser ohne gegenseitige Zustimmung nicht verändern. [...] Bei Unterhalts- und Erneuerungsarbeiten sind Struktur und Farbe des Verputzes möglichst beizubehalten."

Demnach setzten jegliche Veränderung der Fassade und bei Unterhalts- und Erneuerungsarbeiten das Abweichen in Struktur und/oder Farbe die Zustimmung der benachbarten Eigentümer voraus. Unbestritten sei auch, dass der von den Beklagten beim Anstrich der fraglichen Fassade gewählte Farbton vom ursprüng-

lichen Farbton abweiche (act. 41 Erw. III/3.1 und III/3.3). Auf dem von den Klägern eingereichten Foto act. 5/9 sei ersichtlich, dass von einem Beibehalten des ursprünglichen Farbtons im Sinne der Dienstbarkeit nicht gesprochen werden könne. Da die Kläger ihre Zustimmung zum Anstrich verweigert hätten, sei die Veränderung der Fassade durch die Beklagten unzulässig, gleichgültig in wessen Eigentum sie sich befinde und unabhängig davon, ob sich der Farbton problemlos in die Siedlung einreihe (a.a.O. Erw. III/3.3 S. 11/12). Der Vorwurf der Beklagten, die Klage sei rechtsmissbräuchlich und verletze das Gebot der schonenden Rechtsausübung im Sinne von Art. 737 Abs. 2 ZGB, sei unbegründet (a.a.O. Erw. III/4.1–2).

### 3.

Gegen diesen Entscheid erhoben die Beklagten beim Obergericht mit Eingabe vom 13. Mai 2016 rechtzeitig Beschwerde mit den vorn genannten Anträgen (act. 39; vgl. act. 34/1). Für die Gerichtskosten leisteten sie einen Vorschuss von Fr. 900.– (act. 44).

In der Beschwerdeantwort vom 6. September 2016 beantragten die Kläger die Abweisung der Beschwerde (act. 47).

## II.

### 1.

Die Beklagten werfen der Vorinstanz – unter anderem – eine Verletzung des in Art. 55 Abs. 1 ZPO verankerten Verhandlungsgrundsatzes vor. Sie machen geltend, die Kläger hätten die Klage ausschliesslich auf ein vermeintliches Eigentumsrecht gestützt; die Fassaden-Dienstbarkeit hätten sie weder tatsächlich noch rechtlich als Grundlage der Klage geltend gemacht (act. 39 Ziff. 9 f.).

### 2.

Die Kläger machten in der Klageschrift geltend, die Dämmung ihrer Mauer reiche 2 cm über die Grenze hinaus. Das Klagebegehren begründeten sie im Wesentli-

chen wie folgt (act. 1 Ziff. 34 ff.): Nach Art. 674 ZGB verblieben Bauten, die von einem Grundstück auf ein anderes überragten, Bestandteil des Grundstückes, von dem sie ausgingen, wenn dessen Eigentümer auf ihren Bestand ein "dingliches" Recht habe. Die Kläger hätten ein dingliches Recht auf die Baute. Das Eigentum am Überbau entstehe nicht erst mit dem Eintrag einer Dienstbarkeit im Grundbuch im Sinne von Art. 674 Abs. 2 ZGB oder der zwangsweisen Begründung im Sinne von Art. 674 Abs. 3 ZGB. Das Recht könne als Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen werden, es könnten aber auch andere Regelungen erfolgen. Die Parteien seien sich 1989/1990, als die Beklagten vor ihrer Westfassade einen Wintergarten geplant und realisiert hätten, des Überragens der Mauer bewusst geworden und hätten sich darauf geeinigt, dies so zu belassen. Es könne von einem obligatorischen Überbaurecht gesprochen werden, das die Beklagten den Klägern und umgekehrt – bezüglich des Wintergartens – die Kläger den Beklagten eingeräumt hätten. Es habe stillschweigende Vereinbarungen gegeben, die bestehende Situation zu tolerieren. Den Klägern, welche das Haus erst Jahre nach der Erstellung gekauft hätten, sei die Beseitigung des Überbaus nicht zuzumuten. Die Beklagten hätten das Recht verwirkt, die Beseitigung des Überbaus zu verlangen. Die Kläger könnten sich als Eigentümer des überragenden Fassadenteils gegen Angriffe auf ihr Eigentum wehren und die Beklagten zwingen, ihr Eigentum wieder so herzustellen, wie es vor deren unzulässigem Eingriff gewesen sei. – Die Fassaden-Dienstbarkeit erwähnten die Kläger nicht.

Den Bestand einer Fassaden-Dienstbarkeit erwähnten die Kläger an der Hauptverhandlung in der Klagebegründung (act. 24 Ziff. 4). In ihrer Entgegnung zu dem von den Beklagten in der Stellungnahme zur Klageschrift erhobenen Vorwurf, ihr Klagemotiv sei "undurchsichtig" (act. 13 Ziff. 1–4), führten die Kläger aus, die Parteien hätten bis 2004 in Frieden gelebt. Sie wüssten nicht, warum sich dies geändert habe. 2008 hätten die Beklagten "ihre Fassade" streichen lassen, ohne die Nachbarn zu informieren, was nach der *"eingetragenen Dienstbarkeit"* nicht zulässig gewesen sei. Nicht nur die Kläger, sondern auch sämtliche anderen Reihenhaus-Eigentümer hätten dies (aber) akzeptiert. An zwei Friedensrichterverfahren hätten die Kläger den Beklagten vergeblich Angebote zur Beilegung der Auseinandersetzung gemacht, unter der Bedingung, dass die Beklagten aner-

kennen würden, dass die streitige Fassade Eigentum der Kläger sei (act. 24 Ziff. 1 ff.).

In der Klageantwort erklärte der Vertreter der Beklagten, das Gericht möge die Beklagten über die Fassaden-Dienstbarkeit befragen. Er nehme an, dass es sich um eine Reiheneinfamilienhaus-Dienstbarkeit handle mit dem Zweck, "unmögliche" Farbanstriche zu verhindern. Davon könne hier keine Rede sein. Der 2008 angebrachte Farbanstrich reihe sich problemlos in die Siedlung ein; es gehe um Nuancen (Prot. I S. 9). Auf weitere Parteivorträge verzichteten die Parteien, worauf unter Mitwirkung des Gerichts Vergleichsgespräche geführt wurden. Nach deren Abschluss ersuchte der Vertreter der Beklagten erfolglos um Gelegenheit zur Stellungnahme bezüglich der Fassaden-Dienstbarkeit (Prot. I S. 11). In einer unaufgefordert erstatteten Eingabe vom 27. Oktober 2015 wies er die Vorinstanz auf den Dispositions- und Eventualgrundsatz hin. Die von der Vorinstanz, wie sie im Rahmen ihrer Vergleichsbemühungen geäußert habe (vgl. act. 41 Erw. II/1), in Betracht gezogene Berücksichtigung der Fassaden-Dienstbarkeit sei unzulässig, weil im Rahmen der abgeschlossenen Parteivorträge keine Partei entsprechende Behauptungen aufgestellt habe. Eventualiter machte er geltend, den Klägern fehle die Aktivlegitimation zur Geltendmachung der Dienstbarkeit; ferner sei die Dienstbarkeit nicht verletzt und schliesslich wäre das Gebot der schonenden Rechtsausübung zu beachten (act. 28).

### 3.

Nach Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Es ist die Aufgabe, aber auch das Recht der Parteien, diejenigen Elemente des Sachverhaltes zusammenzutragen und geltend zu machen, aus denen sie ihre Rechte ableiten wollen. Die Geltendmachung von Tatsachen muss "spezifisch" erfolgen, damit für das Gericht und die Gegenpartei der Prozessstoff klar erkennbar wird (vgl. ZR 97 [1998] Nr. 87 zu § 54 Abs. 1 ZPO/ZH).

Es trifft zu, dass die Kläger die Fassaden-Dienstbarkeit nicht als Anspruchsgrundlage in den Prozess einführten. Sie erwähnten sie lediglich im Rahmen der Dar-

stellung des nachbarschaftlichen Verhältnisses (act. 24 Ziff. 4; Erw. II/3 oben). Den Grundregisterauszug, worin sich der Wortlaut der Dienstbarkeit findet, reichten die Beklagten mit der Stellungnahme zur Klageschrift ein, um das Eigentum an ihrer Parzelle zu beweisen (act. 13 Ziff. 5, act. 15/1; in dem von den Klägern eingereichten Kaufvertrag act. 5/2 ist die Dienstbarkeit nur stichwortartig erwähnt). Keine Partei hat auf den Wortlaut hingewiesen. Die Kläger dachten offensichtlich nicht daran, den Bestand der Fassaden-Dienstbarkeit als tatsächliche Grundlage für ihren Anspruch auf Rückgängigmachung des Anstrichs ihrer "Südfassade" zu behaupten.

Die Berücksichtigung der Fassaden-Dienstbarkeit durch die Vorinstanz stellt eine Verletzung der Verhandlungsmaxime dar (BK ZPO-Hurni, Art. 55 N 21, SJZ 1996 S. 68). Die Beschwerde erweist sich somit als begründet. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben.

### III.

#### 1.

**1.1.** Die Kläger machen geltend, die auf das Nachbargrundstück überragende Wärmedämmung ihrer Mauer bilde aufgrund von Art. 674 ZGB Bestandteil der gedämmten Mauer und stehe in ihrem Eigentum; sie hätten ein dingliches Recht auf die Baute (act. 1 Ziff. 35 ff.).

**1.2.** Nach dem Akzessionsprinzip bilden überragende Bauteile, soweit sie nicht bloss in den Luftraum des Nachbargrundstücks hinüberragen, sondern auf oder unter dessen Oberfläche errichtet sind, Bestandteil des *Nachbargrundstücks* (Art. 642 Abs. 1, Art. 667 Abs. 2 und Art. 671 Abs. 1 ZGB; BK ZGB-Meier-Hayoz, Art. 674 N 2). So oder so ist der Eigentümer des überbauten Grundstücks grundsätzlich berechtigt, die Beseitigung des überragenden Bauteils auf Kosten des Überbauenden zu verlangen. Vorbehalten bleiben Art. 674 Abs. 3 ZGB sowie abweichende vertragliche Regelungen (Koller, Das rechtliche Schicksal von Überbauten, in AJP 2011 S. 939, insbes. S. 939/940).

Art. 674 ZGB regelt den Überbau wie folgt:

<sup>1</sup> Bauten und andere Vorrichtungen, die von einem Grundstück auf ein anderes überragen, verbleiben Bestandteil des Grundstückes, von dem sie ausgehen, wenn dessen Eigentümer auf ihren Bestand ein dingliches Recht hat.

<sup>2</sup> Das Recht auf den Überbau kann als Dienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen werden.

<sup>3</sup> Ist ein Überbau unberechtigt, und erhebt der Verletzte, trotzdem dies für ihn erkennbar geworden ist, nicht rechtzeitig Einspruch, so kann, wenn es die Umstände rechtfertigen, dem Überbauenden, der sich in gutem Glauben befindet, gegen angemessene Entschädigung das dingliche Recht auf den Überbau oder das Eigentum am Boden zugewiesen werden.

**1.3.** Das dingliche Überbaurecht (die Überbaudienstbarkeit) entsteht nicht unmittelbar von Gesetzes wegen. Die Entstehung des Rechts setzt den rechtsgültigen Abschluss eines Vertrags über die Begründung einer Grunddienstbarkeit und den daran anschliessenden konstitutiv wirkenden Grundbucheintrag bzw. ein richterliches Gestaltungsurteil voraus (BSK ZGB II-Rey/Strebel, 5. Aufl., Art. 674 N 7 f., 14; CHK-Göksu, 3. Aufl., ZGB 674 N 6 ff.). Unter den Voraussetzungen von Art. 674 Abs. 3 ZGB steht dem Eigentümer des Grundstücks, von dem die überragende Baute ausgeht, ein Anspruch auf Zuweisung des dinglichen Rechts auf den Überbau oder das Eigentum am Boden zu. Der Anspruch ist realobligatorischer Natur und kann deshalb auch von einem späteren Eigentümer des Baues und gegen einen späteren Eigentümer des überbauten Grundstücks geltend gemacht werden, sofern die Voraussetzungen im Verhältnis zwischen den ursprünglichen Eigentümern zur Zeit der Erstellung des Überbaus gegeben waren (BK ZGB-Meier-Hayoz, Art. 674 N 32, 73; BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 675 N 9 ff.).

Ein dingliches Recht der Kläger am Überbau besteht nicht. Es gibt weder einen entsprechenden Grundregistereintrag noch ein das Überbaurecht begründendes Urteil.

## **2.**

Ein Überbaurecht mit nur obligatorischer Wirkung kann formlos eingeräumt werden. In diesem Fall bleibt es sachenrechtlich bei der Geltung des Akzessionsprin-

zips (CHK-Göksu, ZGB 674 N 5). Der Eigentümer des überbauten Grundstücks verzichtet für die Dauer der Verpflichtung auf die Geltendmachung der Eigentumsfreiheitsklage (BK ZGB-Meier-Hayoz, Art. 674 N 28; Bürgisser, Das Überbaurecht des ZGB und des BGB, Diss. Zürich 1978, S. 287).

Die Kläger behaupten, die Parteien seien sich (erst) 1990 bewusst geworden, dass ihre Südfassade 2 cm über die Grenze rage. Die Beklagten hätten damals an ihrer Westfront einen Wintergarten realisiert und die Kläger hätten für den Fall, dass sie auch einmal einen Grenzbau errichten würden, in Verlängerung der streitigen Südfassade eine – nach Darstellung der Beklagten ca. 2,5 m hohe (act. 13 Ziff. 10) – Brandmauer hochgezogen (vgl. act. 15/6). Die Brandmauer sei in Absprache mit den Beklagten bündig mit der Fassade gebaut worden, das heisst ebenfalls 2 cm über die Grenze ragend. Die Parteien hätten sich darauf geeinigt, die überragende Mauer zu belassen, zumal die Beklagten keinen Nachteil daraus gehabt hätten (act. 1 Ziff. 16 ff., 38). Zwischen den Parteien habe es stillschweigende Vereinbarungen gegeben, die Situation so zu tolerieren, wie sie sei (act. 1 Ziff. 40 f.; vgl. act. 24 Ziff. 11). Die Beklagten bestreiten diese Darstellung; sie behaupten eine auf der Grenze stehende zweischalige Mauer (vgl. act. 13 Ziff. 10).

Trifft die klägerische Darstellung eines Überbaus zu und erlaubten die Beklagten den Klägern 1989/1990 auch, die Brandmauer grenzüberschreitend zu bauen, ist ein Verzicht der Beklagten auf ihren Anspruch auf Beseitigung der streitigen Südfassade denkbar. Substanzierte Ausführungen zum Zustandekommen und zum Inhalt der stillschweigenden Vereinbarungen fehlen aber. Den Rechtsschriften lässt sich nicht entnehmen, dass die Farbgebung zu jener Zeit ein Thema war. Damit erweist sich das klägerische Begehren unter diesem Aspekt als unbegründet, um so mehr, als die Kläger nicht geltend machen, dass der beanstandete Farbanstrich der Beklagten die Substanz des Überbaus beeinträchtigt.

### **3.**

Die Kläger mögen – wenn ein Überbau besteht – nach Art. 674 Abs. 3 ZGB einen gesetzlichen Anspruch auf die Begründung einer Überbaudienstbarkeit haben. Einem Beseitigungsbegehren der Beklagten könnte ein solcher Anspruch mög-

licherweise schon vor der Begründung der Dienstbarkeit entgegengestellt werden (Koller, a.a.O., S. 940/941). Diese Konstellation ist hier aber nicht gegeben. Aus einem allfälligen Anspruch der Kläger auf Begründung einer Überbaudienstbarkeit ergibt sich kein Anspruch gegen die Beklagten auf Rückgängigmachung des Anstrichs des Überbaus. Die Begründung einer Dienstbarkeit ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens.

#### 4.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Klage unbegründet ist. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Klage abzuweisen.

#### IV.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Kläger für die Verfahren vor beiden Instanzen kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die erstinstanzliche Entscheidgebühr ist zu bestätigen. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 900.– festzusetzen. Die Kläger sind nach Massgabe der AnwGebV zu verpflichten, den Beklagten zusammen je Instanz eine Parteientschädigung von Fr. 750.– zu zahlen. Mehrwertsteuerzusätze haben die Beklagten nicht beantragt.

#### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 4. März 2016 aufgehoben und die Klage abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 650.– wird bestätigt, den Klägern auferlegt und aus dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 900.– festgesetzt, den Klägern auferlegt und aus dem von den Beklagten geleisteten Kostenvor-

schuss bezogen. Die Kläger werden solidarisch verpflichtet, den Beklagten den geleisteten Vorschuss von Fr. 900.– zu ersetzen.

4. Die Kläger werden solidarisch verpflichtet, den Beklagten zusammen für das erstinstanzliche und das zweitinstanzliche Verfahren Parteientschädigungen von je Fr. 750.– zu zahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagten unter Beilage des Doppels von act. 47, und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmitelfrist an die Vorinstanz zurück.

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

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt weniger als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: